

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**CENTRO DE INVESTIGACIONES**  
**JURÍDICAS Y SOCIALES**

# **ANUARIO XVIII**

ABOSLAIMAN, Lucrecia; ADEN, Ercilia; ARNAUDO, Daniel;  
AZARIAN, Fidel; BARBARÁ, Jorge E.; BERGOGLIO, María I.;  
BERROTARÁN, Alejandro; BUTELER, Enrique R.; CENA, Julieta;  
DEL CAMPO, Cristina; DI PIETRO, María Cristina; DURAN, Valeria;  
ECHEGARAY DE MAUSION, Carlos E.; ETCHICHURY, Horacio J.;  
EUBE MADUSSI, Alfredo; FARAONI, Fabián; FERREYRA, María E.;  
GARAYO, Nadia; GÓMEZ PERDIGUERO, Ignacio; GORRA, Daniel;  
JULIÁ, Marta; KOWALENKO, Andrea; LLOVERAS, Nora; LLORENS,  
María P.; MIGNON, María B.; MOLINA, Matías E.; MONJO, Sebastián;  
MORA, María A.; MORENO UGARTE, Graciela; MOYANO, Rami-  
ro; ORLANDI, Olga; PARMIGIANI, Myriam C.; PARODI, Lucía H.;  
PERETI, Carla; RÍOS, Juan P.; ROSSI, Julia; SAHARREA, Juan M.;  
SELEME, Hugo; TAVIP, Gabriel; URQUIZA, María I.; VELASCO,  
Milagros; VERCELLONE, Adriana; VERPLAETSE, Susana.

La reproducción de este libro, ya sea total o parcial, en forma idéntica o con modificaciones, escrita a máquina por el sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso, etc., que no fuera autorizada por esta Editorial, es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

ISSN: 1667-6122

*Editado por:*



Universidad  
Nacional  
de Córdoba

---

C I J S

*Impreso en:*

**ADVOCATUS**

Obispo Trejo 181 - Córdoba  
editorial@eadvocatus.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en Argentina

## **AUTORIDADES**

### **FACULTAD DE DERECHO**

---

*DECANO*

**Guillermo BARRERA BUTELER**

*VICEDECANO*

**Edgardo GARCÍA CHIPLE**

### **CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES**

---

*DIRECTOR*

**Esteban LLAMOSAS**

*VICEDIRECTOR UNIDAD EJECUTORA CONICET-UNC*

**Guillermo LARIGUET**

*COORDINADORA ACADÉMICA*

**María Alejandra STICCA**

*COORDINADORA DE EXTENSIÓN*

**María Cristina DI PIETRO**

### **COMITÉ EDITORIAL DEL ANUARIO XVIII**

---

Esteban F. LLAMOSAS

Elena GARCÍA CIMA

Carlos Julio LASCANO

Hugo SELEME

Ernesto REY CARO

María Alejandra STICCA (Secretaria)

Indexado en Catálogo y Directorio en el “Sistema Regional de Información  
en línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y  
Portugal (Latindex)”

## **REGLAMENTO DEL *ANUARIO* - NORMAS EDITORIALES**

### **1. CARACTERÍSTICAS DEL *ANUARIO***

El *Anuario* es una publicación científica, arbitrada, periódica (anual), cuyo propósito principal es difundir las investigaciones llevadas a cabo por los investigadores vinculados al Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, y los docentes de la Facultad de Derecho de la UNC. Presenta a la comunidad académica los avances y resultados de los proyectos que guardan relación con el CIJS, con el propósito de estimular el diálogo interdisciplinario, sin privilegiar perspectivas ni poseer orientación particular. Sólo admite trabajos inéditos, no propuestos simultáneamente a otras publicaciones periódicas.

El *Anuario* no se hace responsable por los contenidos de los artículos publicados, ni por las opiniones emitidas por los autores.

### **2. CONTENIDO DEL ANUARIO**

En cada número se publican investigaciones realizadas en el CIJS y la Facultad de Derecho sobre temáticas jurídicas y sociales, agrupadas por afinidad disciplinar. También se admiten trabajos de investigadores externos a la institución.

### **3. NORMAS DE RECEPCIÓN Y ARBITRAJE**

El *Anuario* acusará recibo de los originales remitidos por los autores, que serán evaluados por el Comité Editorial y un evaluador externo, en lo que refiere a su relevancia académica, su originalidad y su estructura formal. Se comunicará a los autores la aceptación para publicar, y en su caso, la conveniencia de una revisión del original, o el rechazo de la solicitud. En caso de ser necesario se recurrirá a una segunda evaluación externa,

notificándose a los autores de las decisiones adoptadas. Los autores serán informados de la fecha de recepción y de la fecha de aceptación de sus trabajos, lo que será asentado en la publicación.

#### **4. LINEAMIENTOS DE LOS ORIGINALES**

El artículo deberá seguir los siguientes lineamientos:

##### *Extensión*

Los originales de los artículos no deberán sobrepasar la cantidad de 15 páginas, tamaño A4, en Times New Roman 12, a simple espacio, utilizando Word para Windows. Los resúmenes de investigación de los becarios no deberán sobrepasar la cantidad de 3 páginas, bajo las mismas condiciones. En esta extensión quedan comprendidas notas y referencias. Se admite un solo artículo por autor.

##### *Forma del escrito*

La portada deberá contener: a) Título en español e inglés; b) Nombre del Autor o Autores, acompañándose al pie con asterisco las referencias académicas del o de los mismos (en no más de tres renglones) relativas a la máxima titulación, función laboral y lugar donde trabaja, correo electrónico<sup>1</sup> y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés con un máximo de 100 palabras; d) Palabras-clave y key words en número no mayor a cinco expresiones.

##### *Abreviaturas y otros signos*

Todas las abreviaturas que se empleen deben ser explicadas la primera vez que se las utilice. Los símbolos estadísticos o algebraicos utilizados se colocan en itálica, salvo que se empleen letras griegas.

---

<sup>1</sup> Ejemplo: Doctor en Derecho y Cs. Sociales (UNC); Profesor Titular de Derecho Político, Facultad de Derecho.

### *Tablas y figuras*

Todas las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla. Todas las tablas y figuras serán mencionadas en el texto y estarán numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

### *Notas*

Cuando se utilicen, las notas de pie de página deben indicar:

- Apellido y nombre del autor con versalita;
- Título del trabajo en bastardilla sin comillas, si se trata de título de libro;
- Título del trabajo entre comillas y en letra de imprenta si éste corresponde a una publicación periódica u obra conjunta. Cuando se trate de publicación periódica se indicará en bastardilla el nombre de la publicación, completándose con letra de imprenta los datos de volumen, número, año de edición, página/páginas. Cuando se trate de obra conjunta, se indicará con letra versalita el nombre del responsable de la obra y en bastardilla el título de la obra conjunta.

Toda aclaración respecto al trabajo (colaboradores, agradecimientos, etc.) debe ponerse en una nota al pie, señalada con un asterisco y no con un número.

## **5. ENVÍO DEL ARTÍCULO**

El original debe remitirse por correo electrónico a la dirección [cinvestderecho@gmail.com](mailto:cinvestderecho@gmail.com), con el asunto “Publicación Anuario CIJS”.

Se deberá adjuntar:

- Nota dirigida al Comité Editorial, solicitando la publicación del trabajo, acompañada de declaración jurada en la que el autor haga presente que ha respetado las normas vigentes en materia de propiedad intelectual y se hace responsable de cualquier violación a las mismas.

En caso de considerarlo necesario, el Comité Editorial podrá solicitar al autor el envío de un breve CV.

## **6. CORRECCIÓN DE PRUEBAS**

El *Anuario* habitualmente entrega a los autores las pruebas de galera de sus artículos. Las correcciones han de ser devueltas dentro de un plazo de cinco días hábiles a partir de su recepción.

## **7. ENTREGA DE LA PUBLICACIÓN AL AUTOR**

Cada autor de trabajo publicado recibirá o tendrá a su disposición un ejemplar del *Anuario*.



CONICET



UNC

Universidad  
Nacional  
de Córdoba

C I J S

## PRÓLOGO

### DESIGUALDAD, DERECHO, INVESTIGACIÓN

Con la publicación del *Anuario XVIII* presentamos las conclusiones o trayectos de investigación realizados por nuestros investigadores y profesores durante los años 2018 y 2019. La obra, dividida en 3 secciones, está compuesta por 24 artículos y 3 colaboraciones de becarios de pregrado, todas sometidas al referato de especialistas. En la Sección de Derecho Privado publicamos un artículo de la Dra. Nora Lloveras, fallecida el 16 de julio de 2019, a quien el Comité Editorial desea reconocer y homenajear especialmente compartiendo este trabajo que aparece póstumamente.

Al mismo tiempo, aprovechamos la oportunidad para rendir cuentas de la labor desarrollada por la Dirección del *Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales* durante el período mencionado.

La Unidad Ejecutora CONICET-UNC ya lleva dos años de funcionamiento y permite un mínimo balance de su tarea y perspectivas de futuro. En febrero de 2018 se realizó un acto significativo para su constitución formal con la elección de su primer Consejo Directivo, para el que resultaron electos Hernán Bouvier, Adriana Dreyzin, Marta Juliá, Guillermo Lariguet, Carla Saad y Juan Marco Vaggione por los investigadores; María Pilar Llorens (titular) y Ramiro Moyano (suplente) por los becarios; y Juan Carlos Moreno por el personal técnico-administrativo. Este primer Consejo ha trabajado de manera plural y dedicada, avanzando en los pasos reglamentarios que restaban para el funcionamiento completo de la UE y en la puesta en marcha de las primeras líneas estratégicas de la institución. En el primer sentido, correspondió al Consejo la aprobación del Reglamento Interno y la designación como Vicedirector del Dr. Guillermo Lariguet, a propuesta del Director; en el segundo, se resolvió que el tema central que ocuparía transversalmente el debate y las principales actividades institucionales sería la relación entre desigualdad y derecho.

Durante 2019, en cumplimiento del nuevo Convenio Marco CONICET-UNC, se creó la Unidad de Enlace entre la UE y Decanato, integrada por el Director del CIJS y el Decano de la Facultad de Derecho, cuya firma conjunta se requiere para la aprobación de algunos actos administrativos. En este mismo año el CIJS recibió y comenzó a ejecutar el primer presupuesto por parte de CONICET, con lo que se dio cumplimiento efectivo en el área económica a la doble dependencia institucional. Por otra parte, y como consecuencia de la situación financiera de nuestro país con graves consecuencias para el sector científico, la Universidad Nacional de Córdoba auxilió a sus Unidades Ejecutoras, a través de la Secyt, con una ayuda económica similar al monto anual que otorgaría CONICET. Este dinero se utilizó para la compra de insumos y materiales indispensables para la labor cotidiana del CIJS, que se suman al esfuerzo realizado por la Facultad de Derecho para sostener los gastos corrientes de funcionamiento.

En cuanto a las actividades directamente vinculadas a CONICET, tanto el Director como el Vicedirector de la UE participan del Consejo Directivo del Centro Científico Tecnológico Conicet-Córdoba (CCT); los consejeros Bouvier y Moyano concurren a las reuniones de la Oficina de Vinculación Tecnológica del CCT; se ha producido un incremento en la prestación de Servicios Tecnológicos de Alto Nivel (STAN); y los investigadores del CIJS integran asiduamente las comisiones de becas, ingresos y promociones de CONICET, además de desempeñarse como pares evaluadores o miembros de tribunales para otras Unidades Ejecutoras.

En la convocatoria de becas CONICET 2018 el CIJS tuvo un desempeño extraordinario, ya que incorporó nueve becarias y becarios en las categorías doctoral, finalización de doctorado y posdoctoral. Además, se produjeron varias promociones en la carrera de investigador científico, destacando el ascenso de los Dres. Hugo Seleme y Juan Marco Vaggione a Investigadores Principales.

Ya en relación a las tareas del CIJS más vinculadas a la formación de recursos humanos y al grado en la Facultad de Derecho, durante los dos años informados se otorgaron 17 nuevas becas de pregrado (7 en 2018, 10 en 2019); continúa con éxito, bajo la responsabilidad del Director y la coordinación de la Esp. Patricia Alderete, el dictado de la asignatura opcional “Tutorías de Investigación”, a la que se realizaron ajustes para acompañar de manera más cercana el proceso de elaboración del proyecto final de los estudiantes; y en 2019 comenzaron a dictarse las materias

opcionales “Aspectos de los derechos de las personas con discapacidad. Perspectiva de empleo”, dirigida por la Prof. Carla Saad y la Dra. Alejandra Sticca y “Feminismo jurídico. La reconstrucción del derecho positivo”, a cargo de la Dra. Mariana Sánchez.

En 2018 y 2019 se celebraron la “XIX y XX Jornada sobre Experiencias en Investigación”, acompañadas de la “XV y XVI Feria de Información sobre Becas y Subsidios”, en las que recibimos como invitados al Instituto Italiano de Cultura, Alianza Francesa, Instituto de Intercambio Cultural Argentino Norteamericano (IICANA), Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), Goethe Institut, Centro de Perfeccionamiento Ricardo Núñez del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales y Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho. También se realizaron, bajo la coordinación de los propios becarios, las “VII y VIII Jornadas de Jóvenes Investigadores”, ya convertidas en una saludable tradición del CIJS. Sobre el cierre de 2019, con una notable concurrencia, se realizaron las “Segundas Jornadas Interuniversitarias de Mediación”.

Además de los proyectos individuales de sus investigadores y becarios, el CIJS cuenta actualmente con 21 Proyectos de equipos de investigación y 5 Programas radicados en su sede, entre los que destacan los dos programas sobre género y derecho que han iniciado en este período. Esta intensa labor se traduce en una rica y numerosa oferta de conferencias, seminarios, cursos y conversatorios, que sólo durante 2019 sumó casi 50 actividades y permitió la visita de investigadoras e investigadores de Italia, México, Alemania, Bélgica, Brasil, Inglaterra, España y Colombia. Una de esas actividades institucionales, el Ciclo “Pensando desde el Centro”, que lleva 8 años de organización ininterrumpida, en 2019 se reconvirtió en un espacio dedicado a la presentación, discusión y difusión de las investigaciones llevadas adelante por becarias y becarios CONICET y Secyt del CIJS.

También ha sido 2019 un año rico en publicaciones bajo nuestro sello institucional. Con la ayuda de un subsidio de la Secretaría de Políticas Universitarias para la investigación en la Facultad de Derecho, se reimprimió el libro *Los procesos de elaboración y presentación de proyectos de investigación*, material utilizado en nuestras asignaturas opcionales y de frecuente consulta por parte de los investigadores iniciales; se publicó el Número V de *Nuestra Joven Revista Jurídica*, revista de estudiantes

auspiciada y evaluada por el CIJS; el *Anuario XVII*, que al finalizar el convenio con la editorial *La Ley* sólo se había presentado en la página web de la Facultad de Derecho; y se garantizó la publicación de este *Anuario XVIII*. A fin de 2019 se aguarda la salida, también con nuestro sello, del libro *Prácticas ciudadanas y democratización. Un enfoque sociocultural*, bajo la coordinación de Humberto Molina, que deriva de un proyecto radicado en el CIJS.

A fin de poder realizar sus actividades, especialmente aquellas de transferencia y difusión a la comunidad del resultado de sus trabajos, el CIJS ha contado con la inestimable ayuda económica otorgada por organismos provinciales y universitarios. Así, se recibieron subsidios del Ministerio de Ciencia y Tecnología de la Provincia de Córdoba y de la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba, ambos para la realización de la “XX Jornada sobre Experiencias en Investigación y XVI Feria de Información sobre becas y subsidios”. Por otra parte, ya a fines de 2019, recibimos la información del otorgamiento del subsidio del Programa de Modernización Tecnológica de la Secretaría de Ciencia y Tecnología y la Secretaría de Asuntos Académicos de la UNC, para el Proyecto Cat. A - Modalidad Institucional, “Modernización del Laboratorio de Análisis y Procesamiento de Datos e Información del CIJS”, que nos permitirá el año próximo renovar y mejorar el equipamiento de nuestra Sala de Computadoras, utilizada para clases, reuniones y consulta de publicaciones científicas.

En cuanto a infraestructura, ya ha comenzado la obra de reparación de cubierta de techo y fachada del CIJS, a cargo de la Secretaría de Planeamiento de la UNC. Además, hemos avanzado en la mejora de nuestras instalaciones con fondos de CONICET y algunos subsidios. Así, a inicios de 2019 inauguramos nuestra página web institucional: <https://cijjs.derecho.unc.edu.ar/>, que potencia la comunicación y difusión de la labor realizada y se suma a nuestra página de Facebook y a la información compartida en la web de la Facultad de Derecho; hemos ampliado el ancho de banda de Internet, mejorando notoriamente la conectividad y la posibilidad de realizar videoconferencias; hemos instalado un nuevo Aire Acondicionado Frío/Calor en una oficina de investigadores del segundo piso; y con el referido monto de la Secretaría de Políticas Universitarias hemos adquirido una Notebook y una PC para oficina.

El eje temático Desigualdad y Derecho, aprobado por el Consejo Directivo, implica para la UE el gran desafío de reflexionar colectivamente y realizar propuestas concretas sobre uno de los dolores más lacerantes de nuestra sociedad. En un ciclo institucional que llegará hasta mediados de 2020, hasta ahora se han realizado seminarios sobre aspectos filosóficos, éticos e histórico-jurídicos de la desigualdad, conferencias con invitados de las Unidades Ejecutoras de Filosofía (IDH) y Psicología (IIPSI), un conversatorio y muestra de fotos sobre parto respetado y violencia obstétrica, y se preparan nuevas acciones para el año próximo, que incluyen una propuesta de reforma del Código Procesal Civil de la Provincia de Córdoba para determinar y renovar la capacidad progresiva de las personas humanas, a fin de armonizar la legislación con los preceptos de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*; la instalación de una radio abierta en la Facultad de Derecho, a cargo de estudiantes de abogacía, trabajo social, comunicación y antropología, para cuestionar categorías naturalizadas por las normas que generan desigualdad en el acceso a derechos sobre la base de la nacionalidad; y la publicación de un libro colectivo con los debates, reflexiones y proyectos presentados en el ciclo.

Nuestro derecho ha elevado la igualdad jurídica como uno de sus valores más preciados, pero también está hecho de tradiciones culturales que la potencia del discurso no ha logrado romper. Al momento en que la desigualdad entre los sujetos apareció en la agenda pública como asunto discutible, con la codificación y el constitucionalismo, la cultura jurídica occidental se concebía de orden revelado y matriz religiosa. Un orden normativo indisponible, conformado por verdades ontológicas modeladas por la religión y sus mediadores, los teólogos, que decantaba inexorablemente en la organización de una sociedad estratificada y corporativa. En ese orden de desigualdades explícitas, que aceptaba la asignación de roles y jerarquías por la naturaleza, la comunidad primaba sobre los individuos y la sociedad política era pensada en clave organicista, como un cuerpo en que cada miembro cumplía función específica. De ese consenso derivaban estatutos y fueros particulares, pero también una noción de justicia como conservación y garantía de los equilibrios sociales, y una comprensión de la ley como traducción de un orden preconcebido, fuera del alcance humano.

El discurso de códigos y constituciones, aparentemente, abolió ese mundo para reemplazarlo por otro en que había sujeto único, igualdad general y disolución de los múltiples estados personales. Un mundo de personas que valían por sí mismas, sin necesidad de pertenecer a un agre-

gado que las dotara de derechos. Sin embargo, aquella vieja sociedad tenía una incompatibilidad congénita para asumir los nuevos derechos, ya que sus desigualdades constitutivas no resultaban tan fáciles de borrar por el nuevo discurso abstracto de los códigos. ¿Cómo declamar una sociedad igualitaria cuando a la vista había esclavos, mujeres tuteladas, trabajadores adscriptos a la tierra?

El discurso de códigos y constituciones, con su enorme potencia y la “silenciosa violencia de la abstracción jurídica”<sup>2</sup>, logró esconder las desigualdades en la capacidad de actuar y permitir así la sanción de textos concisos, sencillos y generales. No desconocemos el peso del discurso para comenzar a erosionar realidades, pero ello solo no bastaba. El Antiguo Régimen explicitaba las desigualdades porque las consideraba naturales; el primer orden de códigos y constituciones decidió ocultarlas, pero allí permanecieron. De ese tiempo al nuestro, los textos fueron variando y asumiendo algunas de ellas, para comenzar a anularlas.

El ejercicio de reflexión histórica, el debate y cruce entre disciplinas, contribuyen a mantenernos alertas frente a esta curiosa habilidad del discurso jurídico para esconder lo que está a la vista. Ese será nuestro desafío para los años que vienen.

Esteban F. Llamosas

*Director*

CIJS CONICET - UNC

---

<sup>2</sup> Pío Caroni; *La soledad del historiador del derecho*, Madrid, Universidad Carlos III, 2010, p. 111.

## ÍNDICE GENERAL

Reglamento del Anuario .....	9
Prólogo.....	13

### SECCIÓN I

#### **Derecho Público y Análisis de Políticas Públicas**

El valor público como principio de una nueva gestión pública <i>Lucrecia Aboslaiman</i> .....	25
La Representación: dos ideas contrapuestas <i>Jorge Edmundo Barbará</i> .....	39
Acción penal: prescripción y la ley de ética pública. Fundamento de la causal de suspensión por delitos de funcionarios públicos. (art. 67 2do párrafo CP) <i>Enrique R. Buteler</i> .....	81
Tensiones constitucionales de la objeción de conciencia ante casos de salud sexual y no reproductiva <i>María Julieta Cena</i> .....	95
Evaluación Ambiental Estratégica -Notas caracterizantes- <i>Cristina del Campo</i> .....	115
Banco Mundial, seguridad social y derecho argentino <i>Horacio Javier Etchichury</i> .....	135
Uso de energías renovables: elementos sobre la construcción de las políticas energéticas y ambientales <i>Marta Juliá</i> .....	165

“La victoria no da derechos”: doctrina internacional <i>María Pilar Llorens</i> .....	165
Propiedad e ideología en clave constitucional. Consideraciones a partir de la constitución de Weimar <i>Myriam Consuelo Parmigiani</i> .....	205
Atentados a la competencia de la Corte Penal Internacional: Revisión de los Acuerdos Bilaterales de Impunidad a veintiún años de la firma del Estatuto de Roma <i>Lucía Hipatía Parodi</i> .....	221
La Corte Suprema y los pueblos indígenas (2013-2018) <i>María Isabel Urquiza</i> .....	243

## SECCIÓN II

**Derecho Privado ~ Derecho Internacional Privado**

La Estrategia Probatoria: La prueba en la mediación -proceso autocompositivo- y en juicio –proceso heterocompositivo-. <i>María Cristina Di Pietro</i> .....	263
La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico argentino: Interpretación en valores de su regulación <i>Alfredo Eube Madussi ~ Milagros Velasco</i> .....	277
Aplicación exclusiva de la ley 27.449 <i>María Eugenia Ferreyra</i> .....	301
La colación en el Código Civil y Comercial de la Nación, la igualdad de los legitimarios y su debate actual <i>Nora Lloveras y otros</i> .....	309
Las compensaciones económicas - Efectos diferenciados en las uniones convivenciales, en el matrimonio y ante la muerte <i>Olga Etelvina Orlandi, Gabriel Eugenio Tavip y otros</i> .....	325



SECCIÓN III  
**Filosofía ~ Sociología ~ Ética**

Legitimidad democrática internacional. Un análisis de la propuesta de Thomas Christiano <i>Ercilia Irene Adén</i> .....	359
¿Opresión y/o explotación? Aportes del feminismo a la concepción marxista del trabajo <i>Fidel Azarián</i> .....	377
Desafíos y oportunidades para la investigación socio-jurídica latinoamericana <i>María Inés Bergoglio</i> .....	393
“No” es “No”. Algunos casos para reflexionar sobre consentimiento y sexualidad <i>Nadia Garayo ~ Adriana Vercellone</i> .....	417
Una nota de la persona jurídica: la actividad intencional colectiva <i>Ignacio Gómez Perdiguero</i> .....	445
Análisis de criterios de aplicación del término violencia de género en fallos judiciales en Villa Mercedes ¿Cómo interpretan los jueces el femicidio? <i>Daniel Gorra ~ Juan Manuel Saharrea</i> .....	461
El estatus de la igualdad educativa en el liberalismo rawlsiano. Exegesis crítica de dos perspectivas contemporáneas <i>Ramiro Moyano</i> .....	479
Consideraciones sobre el castigo penal a carreros por actos de maltrato animal <i>Hugo Seleme y otros</i> .....	497

SECCIÓN IV  
**Becarios de Pregrado**

Reforma a la ley de migraciones: ¿Lucha contra el crimen internacional organizado o legitimación para expulsar migrantes? <i>Diego A. Cevallos Ammiraglia</i> .....	511
Ampliación de la función judicial en el Estado argentino. El caso de las acciones de clase <i>Luis Eugenio Fasoli</i> .....	517
Leyes de cupo femenino en el régimen federal argentino <i>Franco Valdéz</i> .....	523
Abstracts .....	529

SECCIÓN I

---

**DERECHO PÚBLICO Y ANÁLISIS  
DE POLÍTICAS PÚBLICAS**



# EL VALOR PÚBLICO COMO PRINCIPIO DE UNA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA\*

*Lucrecia Aboslaiman\*\**

**Resumen:** El tema que abordaremos de manera aproximativa es el del *valor público*. Se propone, cambiar el enfoque tradicional de la gestión pública orientado hacia una acción eficaz de acuerdo a objetivos políticos de los gobiernos y desde una perspectiva centrada exclusivamente en la administración pública.

Entre todas las perspectivas desde las cuales se puede estudiar el tema referido, una de ellas se centra en conocer cuánto incide el concepto de valor público en la planificación y si la planificación se convierte en una construcción social y de bien común.

**Palabras clave:** Valor Público ~ Responsabilización ~ Democracia.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el Proyecto de Investigación del cual participo como miembro-investigador, abordamos “Las TIC como soporte del desarrollo de las políticas de Gobierno Abierto (GA) en municipios de la provincia de Córdoba: estrategias y acciones”.

El tema que pretendemos abordar de manera aproximativa en este trabajo es el del valor público; cómo el concepto y la realización de *valor público* es estructurante de los objetivos y finalidades del proyecto y lo atraviesa conceptual y metodológicamente en todos sus aspectos.

El concepto de Valor Público es un concepto que fue introducido en 1995 por Mark Moore como un enfoque destinado a trazar “una estructura de razonamiento práctico que suponga una guía para el gestor público”

---

\* Artículo recibido el 13/06/2019 ~ Aprobado para su publicación el 10/10/2019.

\*\* Docente por Concurso de la Facultad de Derecho. UNC. Investigadora-Categoría III por Secyt-Nación. E-mail: lucreabos@hotmail.com

(MOORE, 1998:19). Se propone, cambiar el enfoque tradicional de la gestión pública orientado hacia una acción eficaz de acuerdo a objetivos políticos de los gobiernos y desde una perspectiva centrada exclusivamente en la administración pública.

Entre todas las perspectivas desde las cuales se puede estudiar el tema referido, una de ellas se centra en conocer cuánto incide el concepto de valor público en la planificación y si la planificación se convierte en una construcción social y de bien común.

## 2. DESARROLLO

En su obra *El futuro de la democracia*, el célebre teórico político italiano, Norberto Bobbio, reconoce en la virtud, en el amor a la cosa pública, un elemento fundamental de la democracia. Al distinguir entre ciudadanos pasivos y activos, se inclina decididamente por los segundos. Una democracia plena requiere ciudadanos activos que amen la cosa pública y busquen en ella el sentido de su identidad (BOBBIO, 2007).

Pocos pensadores políticos modernos han analizado con mayor profundidad el valor de un ciudadano comprometido en el marco de una esfera pública comprensiva y plural como lo hicieron entre otros Hannah Arendt.

Sus ensayos sobre la naturaleza del poder y la política, la autoridad y el totalitarismo, redescubren un ciudadano altamente comprometido con la vida pública y capaz de alterar el curso de la historia a través del discurso y la palabra.

El tema del *valor público* es novedoso y está relacionado con las políticas de transparencia y participación ciudadana, comprometiendo a las instituciones públicas con la eficacia y eficiencia de las políticas públicas.

Es imprescindible incorporar el concepto de *valor público* en estas nuevas instituciones participativas y colaborativas que permiten activar a los ciudadanos y al Gobierno en la democracia de hoy, utilizando las herramientas tecnológicas de digitalización.

Oscar Oszlak afirma que toda nueva política pública, de cualquier naturaleza, no solamente debería tomar en cuenta los efectos directos de su aplicación; también debería considerar qué otros impactos y consecuencias podría ocasionar y cómo afectan las decisiones individuales o colectivas

de los ciudadanos. Es bastante lógico suponer que esas múltiples decisiones individuales a nivel micro terminan produciendo transformaciones importantes en la estructura social en un nivel macro. (OSZLAK, 1998).

Los efectos colaterales de políticas erróneas pueden producir altos costos sociales o provocar efectos devastadores en otros planos, aun cuando, *prima facie*, prometen alcanzar resultados positivos a partir de análisis someros o estrechos de otras circunstancias o variables verdaderamente relevantes que pueden actuar negativamente sobre tales supuestos beneficios.

Este aspecto del estilo de gestión se debe al intrínseco carácter acotado de la racionalidad que los decisores aplican en el diseño de políticas públicas. No es sencillo establecer la relación causa-efecto entre utilizar determinados insumos y conseguir ciertos resultados, que no es otra cosa que gestionar. Pero parte de la explicación también radica en el hecho de que, al no existir o funcionar adecuadamente los mecanismos de rendición de cuentas y responsabilidad por resultados, la preocupación por eventuales efectos colaterales de las políticas se reduce. Esto implica que el tema que nos convoca, el de *valor público* es un pilar trascendental para evitar estas malas praxis.

### 3. RESPONSABILIZACIÓN Y DEMOCRACIA

Pocos conceptos como el de responsabilización por la gestión pública, presentan un carácter tan polisémico y, a la vez, una vinculación natural tan extendida con otros conceptos asociados. Su sola mención evoca de inmediato relaciones directas o indirectas con las nociones de transparencia, eficiencia, eficacia, autonomía, control, servicio al ciudadano, legitimidad, buen gobierno o, incluso, democracia. Todo ello puede abarcarse por lo que se entiende como valor público.

También aparece asociado con sus opuestos: opacidad, arbitrariedad, descontrol, corrupción, captura burocrática, ineficiencia, inimputabilidad o autoritarismo. Es que de una mejor o peor gestión pública depende la suerte misma de una sociedad, su mayor o menor nivel de desarrollo y bienestar social, el grado de equidad distributiva entre sus diferentes sectores y la gobernabilidad de sus instituciones. Por lo tanto, la responsabilización por la gestión es el requisito mínimo que toda sociedad debe asegurar para

que quienes asumen responsabilidades por la producción de *valor público*, conozcan los límites de su actuación y respondan por sus resultados.

La cuestión de la responsabilización ha sido planteada como tema central de las teorías sobre la democracia. Esto no es casual. Los totalitarismos y los autoritarismos militares o tradicionales de cualquier signo no rinden cuentas a la sociedad; el poder se ejerce de manera omnímoda. La coerción, y no el consenso, es el mecanismo fundamental de la dominación estatal. Vista como ámbito de análisis de opciones, negociación y acuerdo, la escena política es vedada a la mayoría de las instancias y organizaciones de representación social. Naturalmente, la participación directa de los ciudadanos en la vida política también está ocluida y, consecuentemente, no existe ejercicio alguno de control ciudadano sobre los resultados de la actividad estatal o sobre la correcta aplicación de los recursos que la sociedad le confía para *la creación de valor público*. Ni siquiera existen manifestaciones libres de la opinión pública, expresadas a través de los medios de comunicación, que además de actuar como voz legítima de la sociedad, podrían servir como retroalimentación de las decisiones estatales.

La democracia es, precisamente, un sistema político que al establecer diferentes mecanismos de controles y equilibrios entre poderes, busca restringir su excesiva concentración en manos de aquellos que asumen la responsabilidad de producir *valor público*. En este sentido, la evidencia empírica y la producción académica coinciden en una proposición básica, derivada de la observación comparativa del desempeño burocrático: cuanto mayor el poder del aparato institucional del Estado, menor su productividad (ILCHMAN, 1984).

En resumen, la responsabilización tiene como principal fundamento la vigencia de sistemas democráticos de alta intensidad que expresen la vigencia de una serie de mecanismos institucionales tendientes a evitar el ejercicio de un poder discrecional por parte de los gobernantes y sus agentes. De esta forma, esas democracias minimizan las posibilidades de que los recursos puestos a su disposición se vean malgastados y pueda lograrse, en cambio, que las instituciones estatales obtengan resultados que apunten a promover el desarrollo, la gobernabilidad y la equidad.

Los sistemas de información suelen ser el talón de Aquiles de la responsabilización. Si no se dispone de los datos necesarios para establecer la distancia entre las metas que deben cumplirse y los efectos conseguidos, resultará imposible que funcione un proceso transparente y objetivo de



rendición de cuentas. No podrá saberse qué insumos fueron asignados a qué responsables, cuáles fueron las actividades que se completaron ni, menos todavía, qué efectos se lograron a través de los productos obtenidos.

Idealmente, estos sistemas no sólo deberían informar cuál fue el desempeño en el proceso de conversión de insumos en productos (eficiencia), sino también de qué manera se convirtieron los productos en efectos o resultados inmediatos (efectividad), dimensión mucho más difícil de observar frente a la multidimensionalidad de la mayoría de las cuestiones de política pública (NORTON y ELSON, 2002).

No obstante, la dificultad no radica en la complejidad de la tecnología requerida, sino en la disposición cultural de los funcionarios -políticos y de carrera- para someterse voluntariamente a la lógica implacable de un sistema que, primero, registra los compromisos de logro de resultados mediante metas e indicadores más o menos precisos; luego, exige el seguimiento o monitoreo del cumplimiento de esas metas en tiempos predeterminados; y, finalmente, expone desnudamente si se lograron o no los resultados finales previstos. La filosofía de gobierno abierto multiplica hoy estas exigencias, en la medida en que los ciudadanos pasarían a cumplir un rol mucho más protagónico en todas estas instancias de la gestión pública.

La tecnología informática dispone hoy de la capacidad necesaria para planificar, programar, monitorear y evaluar resultados en prácticamente cualquier área de la gestión. En cambio, la cultura burocrática es mucho más reacia a aceptar que el desempeño quede expuesto de un modo tan objetivo y personalizado a la mirada inquisidora de quienes pueden demandar una rendición de cuentas por los resultados.

Por eso, los cambios culturales han quedado a la zaga de las innovaciones tecnológicas en esta materia. Por eso, también, han tenido que multiplicarse los controles y exigencias de rendición de cuentas, en sucesivos intentos por compensar esa renuencia a la responsabilidad. Una condición esencial de una cultura responsable es la lenta decantación en la conciencia de valores que alienten esa disposición ética. Los *valores compartidos* en este sentido ético, seguirán marcando la diferencia entre sociedades que basan la responsabilidad en mecanismos institucionales de responsabilización y sociedades que tienden a fundarla en la responsabilidad. Sólo la tecnología, unida a una firme y persistente voluntad política, podría contribuir a modificar esa cultura y cerrar la brecha.

#### 4. ESQUEMA DEL CONCEPTO DE VALOR PÚBLICO QUE ATRAVIESA NUESTRO PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Antes de analizar cada uno de los párrafos, volvemos a señalar cómo el concepto y la realización de *valor público* es estructurante de los objetivos y finalidades del proyecto, así mismo, lo atraviesa conceptual y metodológicamente en todos sus aspectos.

Expresa nuestro Proyecto:

- El principio de Tecnología e innovación, se refiere a que los gobiernos deben asegurar a los ciudadanos el acceso abierto a las nuevas tecnologías como motores de la innovación para soluciones creativas a los problemas de carácter público, lo cual incluye el concepto de valor público.
- Según la Carta Iberoamericana, el Gobierno Abierto es el conjunto de mecanismos y estrategias que contribuyen a la gobernanza pública y al buen gobierno, basado en los pilares de la transparencia, participación ciudadana, rendición de cuentas, colaboración e innovación, centrande e involucrando a la ciudadanía en las políticas públicas, con el propósito de fortalecer la democracia, la legitimidad de la acción pública y *el bienestar colectivo* en el que está comprometido el concepto de *valor público*.
- *De igual modo, y en conformidad a lo ya señalado oportunamente sobre la crisis de representatividad, se trata de facilitar la participación de la ciudadanía en el diseño e implementación de las políticas públicas; como así también la generación de espacios de colaboración entre las administraciones públicas, la sociedad civil y el sector privado, para co-diseñar y/o co-producir valor público (RAMÍREZ-ALUJAS, 2011).*
- *Desde el lanzamiento de la Alianza para el Gobierno Abierto (AGA, 2011), una iniciativa multilateral que involucra a un gran número de países de todos los continentes, se han logrado diversos niveles de progreso en procura de generar plataformas innovadoras para fomentar la colaboración cívica a fin de co-crear valor público en la planificación, el diseño, la implementación y la evaluación de políticas y servicios públicos.*
- El nuevo tipo de ciudadano se caracteriza por su mayor capacidad crítica y grado de organización que demanda participación sobre las decisiones políticas, y en la generación de soluciones para los

problemas y necesidades de su ciudad, provincia o región. Éste es el cambio de paradigma al que hicimos referencia. Éste representa una transformación del rol del ciudadano en el sistema político, que pasa de ser un actor secundario *para convertirse en un generador de valor* y conocimiento; comprometido con los asuntos públicos. Es decir cómo en la participación y toma de decisiones del ciudadano se construye el valor público y cómo integra *el nuevo paradigma el valor público* en todo los puntos que venimos destacando.

Pero, es necesario subrayar que este activismo cívico se potencia gracias a la utilización de las redes y tecnologías digitales, que permite emerger a la superficie del debate público con particular fuerza y capacidad de ejercer presión en la agenda de los problemas y generando *valor público*.

- El concepto de *Valor Público* es un concepto que fue introducido en 1995 por Mark Moore como un enfoque destinado a trazar “una estructura de razonamiento práctico que suponga una guía para el gestor público” (MOORE, 1998:19). Se propone, entonces, cambiar el enfoque tradicional de la gestión pública orientado hacia una acción eficaz y eficiente de acuerdo a objetivos políticos de los gobiernos y desde una perspectiva centrada exclusivamente en la administración pública (en lugar de actuar de modo similar al de la empresa), y cuyo resultado ha sido frecuentemente, la ausencia de liderazgo en la prestación de servicios públicos. Por el contrario, Moore propone que los recursos públicos generen valor tal como lo hace la empresa privada lo que requiere la inclusión de la perspectiva de los ciudadanos desde la planificación e implementación de las políticas públicas con la finalidad de materializar beneficios sociales que sean percibidos por los propios destinatarios, al igual que lo haría el consumidor o usuario de un producto o servicio.

El valor público (RAMÍREZ-LUJAS y DASSEN, 2012) se nutre del propósito de fortalecer los sistemas democráticos, incrementar los niveles de confianza de la ciudadanía en las instituciones políticas, potenciar la participación y el compromiso cívico, y mejorar la calidad, eficacia y eficiencia de los gobiernos y sus administraciones públicas. Esto implica desarrollar en cuánto incide el concepto de valor público en la planificación y si la planificación se convierte en una construcción social y de bien común.

- Una política de Gobierno Abierto requiere del trabajo de colaboración entre las instituciones gubernativas, los ciudadanos, empresas y organizaciones de la sociedad civil para tomar decisiones consensuadas y asumidas en forma colectiva. Aquí cabe preguntarse cómo se construye un valor consensuado, entre quienes y en qué nivel de igualdad.
- La finalidad de esta política de acuerdos es restablecer la credibilidad y confianza en las *instituciones* de gobierno y fortalecer la calidad institucional de la democracia y, a la vez, establecer “gobiernos más eficientes, eficaces y transparentes en apoyo de los procesos de reforma del Estado y modernización de los servicios públicos” (HOFMANN, RAMÍREZ-ALUJAS y BOJÓRQUEZ, 2013). Nos preguntamos aquí qué rol y qué incidencia tiene el valor público en dicha credibilidad.
- Teniendo en cuenta el pormenorizado estudio que citamos y las recomendaciones del Mecanismo de Revisión Independiente (MRI), se puede afirmar que los compromisos firmes de los países de la región han estado signados por los graves niveles de deterioro en los niveles de confianza de los gobiernos e instituciones representativas retroalimentadas con las denuncias, investigaciones y procesos judiciales sobre delitos de corrupción. Es comprensible, por tanto, que los esfuerzos de los Estados hayan priorizado aquellas iniciativas que fueran sensibles a los reclamos de la ciudadanía por mayor transparencia sobre los actos de gobierno y manejos financieros, posibilidades de control y rendición de cuentas y lucha contra la corrupción, subordinando el diseño y puesta en prácticas de iniciativas de carácter más inclusivos, participativos y abiertos en la elaboración, co-creación e implementación y seguimiento de los planes de acción (MRI Chile, 2014). Posiblemente, en la generación de políticas transversales relacionadas con el Estado en red, solo estamos en el campo de las promesas, sin experiencia previa; o lo que es peor, ante una ausencia de compromisos. Es de suma transcendencia tener en cuenta en qué medida la importancia de la credibilidad, la transparencia y la confianza son constitutivas del *valor público* que nos compromete a todos porque es de carácter social.
- Sin duda que promover la participación ciudadana hacia grado de involucramiento más proactivos, es un proceso que requiere un cambio gradual de cultura política y prácticas habituales que per-

mitan una *internalización de los valores* y procedimientos que la hagan posible y eficaz. El modo de comenzar a transitar ese proceso es mediante campañas de sensibilización, promoción, publicidad y difusión del modelo de gobierno abierto tanto al interior de la propia administración como de la misma sociedad civil. Si bien se ha avanzado en lo que hace al acceso a la información, se requiere de medidas de transparencia activa e información útil como también las que permitan una reducción de las brechas digitales. Esto último es un problema que debe ser considerado tan importante como la alfabetización tradicional e la población. Los valores son constitutivos de la cultura por lo cual forman parte de un proceso cultural que incluye los modos de sentir, pensar y valorar de una sociedad. Esto está ligado con procesos de educación sin lugar a dudas que permitan dicha formación.

- Por eso, reiteramos lo que ya señalamos, son los gobiernos municipales, por su proximidad con la realidad que viven los vecinos, los que pueden desplegar más eficazmente medidas de Gobierno Abierto, involucrando en las acciones públicas a los mismos ciudadanos, tanto en las etapas de diagnóstico, planificación, ejecución, seguimiento y evaluación (RAMÍREZ ALUJAS, Álvaro y Nicolás DASSEN, 2016: pp. 40 –41).

Queda claro que el concepto y la concreción de *valor público* debe estar presente en todas estas etapas que incluyen a mi criterio a al Gobierno también.

- El Gobierno Abierto no sólo tiene una dimensión tecnológica, por cierto esencial, sino también otras de carácter político y cultural que no deben ser soslayadas, ya que la Administración Pública debe afrontar una profunda transformación de su cultura organizacional para estar en condiciones de asumir, con mentalidad abierta y aptitud conveniente, las amplias posibilidades que se abren a la participación ciudadana, a la transparencia de los procesos burocráticos y a la disponibilidad de información para la toma de decisión y la elaboración y evaluación de políticas públicas. Esto revela qué importante es la dimensión cultural en la construcción y consolidación del Gobierno Abierto. Una dimensión cultural que no sólo incluye valores, sino también principios ético-jurídicos.

- Las posibilidades de participación ciudadana en una democracia digital presuponen la posesión de un conjunto de competencias y capitales (culturales, simbólicos, económicos, sociales), tales como la presencia en la red, uso de lenguajes y habilidades específicas (habilidades cognitivas, instrumentales y técnicas para su manejo), que son indispensables para formar parte de esta comunidad virtual. Garantizar la igualdad de acceso a campo virtual se convierte en una exigencia para los gobiernos en todos los niveles si tienen como política constituirse en gobierno digitales o electrónicos. Para ello deben aplicarse políticas que reduzcan a niveles aceptables la brecha digital que obstaculiza la materialización de una democracia digital inclusiva; pues los gobiernos no pueden estar aislados en una comunidad con la que no se puede vincular por medios de las tecnologías de información y comunicación (TICs) en el escenario de una política globalizada.

Resulta evidente cómo la dimensión cultural va a adquirir relevancia y los valores culturales dentro de ella para compatibilizar con una política globalizada.

Consideramos que éste puede ser el concepto de *valor público* aplicado a todas las etapas, tanto de diagnóstico, como de planificación, entre otras.

- Los interrogantes acerca de las TICs y su relación con la *democracia sustantiva* (garantía de ejercicio de los derechos) con los de una democracia digital de tipo procedimental, vinculada a la noción de *gobierno abierto*. Éste modelo se inspira no sólo en la promoción de la transparencia y la rendición de cuentas de sus actos de gobierno ante el control y juicio de la ciudadanía, más allá de las instancias electorales, sino *también en las virtudes de la participación activa de los ciudadanos en los asuntos públicos* (en “ágoras” virtuales), mediante la admisión de sus demandas e iniciativas. Este concepto de democracia digital supone condiciones como el acceso libre, abierto y gratuito a la información; los mecanismos necesarios para el o libre, abierto y gratuito a la información; los mecanismos necesarios para el empoderamiento del ciudadano frente a las instituciones públicas representativas. Esto es sumamente importante, el *valor público* es fundante en la democracia sustantiva para después fundarlo en el gobierno abierto.

Finalmente entre los objetivos del proyecto se encuentra el de: - Observar las acciones que los municipios proveen para salvar *la brecha digital* que afecta a los sectores sociales que están en la periferia o fuera de la comunidad virtual, lo que nos demuestra cuánto influye y colabora la construcción del valor público para que esa brecha desaparezca. Conceptos de igualdad, inclusión, alfabetización, concientización, compromiso y transparencia son nociones fundamentales en la desaparición de dicha brecha.

## 5. REFLEXIONES FINALES

Analizamos de manera aproximativa y esquemática cómo nuestro proyecto aborda el concepto de *valor público*, que como expresamos lo atraviesa conceptual y metodológicamente.

Si el trabajo lo planteamos desde el enfoque del rol que la sociedad encomienda al Estado, la respuesta debería apuntar a los resultados que derivan del desempeño de ese papel. Por lo tanto, el objeto de ese conocimiento debería ser la medida en que esos resultados, en última instancia, promueven o no el desarrollo integral de la sociedad, bajo condiciones de gobernabilidad y equidad.

Si bien esta respuesta es todavía vaga, nos señala la dirección de la búsqueda: el Estado debe conocer si los objetivos que se propuso alcanzar en la gestión del desarrollo fueron efectivamente alcanzados porque, cualquiera fuere el caso, debería rendir cuentas a la sociedad por su desempeño. Para la sociedad, la rendición de cuentas representa la base de datos esencial para juzgar si el contrato de gestión entre principal y agente se ha cumplido, si corresponde o no renovarlo o si conviene probar con otros programas o con otros agentes. Para el Estado, entonces, mejorar la información sobre sus resultados equivale a tornar más transparente su gestión y, en caso de haber producido los resultados propuestos, a legitimar su desempeño y a aspirar -si ello fuera posible o deseable- a renovar el mandato de sus ocupantes. Por eso, todo esfuerzo que se realice para aumentar o mejorar la calidad de la información debería servir a una mejor evaluación del cumplimiento del contrato de gestión entre principal y agente, entre ciudadanía y Estado y al respeto de este concepto que tiene que estar presente en todas las etapas de la gestión pública, el de *valor público*.

Es un tema complejo y novedoso, que no puede ser agotado en esta pequeña contribución, pero sí servir de estímulo para futuras hipótesis de investigación.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARENDRT, H., *La condición humana*, Editorial Paidós, Barcelona, 2007.
- APTER, D., *The Politics of Modernization*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1965.
- BADILLA VILLANUEVA, A. & BLANCO GONZALEZ, H., ¿Democracia electrónica o gobierno *digital*? Disponible en: <http://www.uned.ac.cr/Redti/segunda/democracia.pdf>, julio 2007.
- BAUMAN, Z., *La globalización. Consecuencias humanas*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1999.
- BECK, U., ¿Qué es la globalización?. *Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1998.
- BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
- CLAD, *Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto*, aprobada por la XVII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Bogotá, Colombia, 7 y 8 de julio de 2016.
- CUNILL GRAU, N., *La construcción de ciudadanía desde una institucionalidad pública ampliada*, Ed. Myrsa, Lima, 2008.
- FERNÁNDEZ SUÁREZ, E.G., (coord.): *Democracia Digital y ciberciudadanía: gobierno y participación en tiempos de revolución tecnológica*, Ediciones Esmeralda, Córdoba, 2015.
- HIRSCHMAN, A., *Estudios sobre Política Económica en América Latina*, Aguilar S.A. de Editores, Madrid, 1964.
- HOFFMAN, A., RAMÍREZ-ALUJAS y BOJÓRQUEZ, J., (coord.), *La promesa del Gobierno Abierto*, InfoDF e ITAIP, 2011.
- ILCHAMAN, W., *Administración Pública Comparativa y el 'Sentido Común Académico*, en Oscar Oszlak (comp.), *Teoría de la Burocracia Estatal: Enfoques Críticos*, Paidós, Buenos Aires, 2004.
- LINDBERG, S., *International Review of Administrative Sciences Mapping accountability: core concept and subtypes*. Lindberg University of Gothenburg, Sweden and University of Florida, USA, 2009.
- MRI/AGA, *Mecanismo de Revisión Independiente [MRI]/Alianza para el Gobierno Abierto [AGA]*, Manual de Procedimientos MRI. Washington D.C.: MRI/AGA, 2014.



- MOORE, M., *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público*. Paidós, Barcelona, 1998.
- NORTON, A.; ELSON, D., *What's behind the budget? Politics, Rights and Accountability in the Budget Process*, Working Paper Social Development Department at the Department for International Development, London, 2009.
- OSZLAK, O., *El Estado irresponsable: conceptos foráneos y conductas autóctonas*, en *Aportes para el Estado y la Administración Gubernamental*, Año 5, N° 11, Buenos Aires, 1998.
- RAMÍREZ, ALUJAS, “Gobierno abierto y modernización de la gestión pública: Tendencias actuales y el (inevitable) camino que viene. Reflexiones seminales”, *Revista Enfoques*, Volumen IX, N°15, diciembre de 2012.
- ROBLES MORALES, J.M., *Ciudadanía digital: una introducción a un nuevo concepto de ciudadano*, Editorial Uoc, 1ª ed., 1ª imp. Madrid, 2008.
- SIERRA CABALLERO, F., *Ciudadanía, tecnología y cultura*, Editorial Gedisa, Madrid, 2013.



# LA REPRESENTACIÓN: DOS IDEAS CONTRAPUESTAS\*

*Jorge Edmundo Barbará\*\**

**Resumen:** La Representación política ha sido considerada como instrumento de la libertad, pero también de la esclavitud. Las ideas contrapuestas de Carl Schmitt y de Hans Kelsen sobre la Representación permiten acercarnos a un conocimiento mayor sobre el *problema* de la Representación y a la posibilidad de encontrarle convivencia con la idea de democracia.

**Palabras clave:** democracia ~ problema de la representación.

## INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la representación política es un *problema* para la teoría política y para la teoría constitucional. Así lo he considerado con anterioridad (2016). En la filosofía política ese fenómeno ha sido considerado instrumento de la libertad, pero también de la esclavitud. Es por ello que no me parece apropiado hablar de “*crisis de la representación*”, sino del *problema* que esa institución presenta al momento de reflexionar sobre su concepto. El *problema* es tanto más complejo y mayor cuanto que las Cartas Constitucionales propias del Estado de Derecho, de manera unánime, adoptan la “*forma de gobierno representativa*” como correlato institucional del principio de soberanía del pueblo. Y el *problema* se complejiza aún en mayor grado cuando se fusiona la soberanía del pueblo con la democracia, y se espera que la institución de la representación otorgue satisfacción a las demandas sociales que se invocan en nombre de la idea

---

\* Artículo recibido el 15/06/2019 ~ Aprobado para su publicación el 28/10/2019.

\*\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de Derecho Político. Universidad Nacional de Córdoba. estudiojuridicobarbara@gmail.com

de un gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, idea que excluye, precisamente, la existencia de la representación. Ciertamente que las demandas sociales insatisfechas exceden las reflexiones académicas y son susceptibles de plantearse en un escenario de violencia.

¿Es la representación una aporía o podemos superar la dificultad y tornarla compatible con el orden estatal democrático?

Es por ello que considero de interés detenerme en el concepto que de representación les merece a Carl Schmitt y a Hans Kelsen, pensadores ambos de rigor y entidad indiscutidos, ambos contemporáneos en una época europea de profunda inestabilidad y de profundos ataques, desde la izquierda y desde la derecha, al Estado de Derecho.

La oposición entre ambos pensamientos es precisamente el motivo de la selección de esos dos autores.

El antagonismo de sus posiciones intelectuales y de sus consecuentes conceptos sobre la representación contribuirá a formarnos nuestra propia idea sobre el concepto de la representación y su eventual viabilidad en el Estado de Derecho.

Schmitt, crítico del Estado de Derecho y al que denomina “Estado Burgués de Derecho”. Kelsen, defensor del Estado de Derecho al que concreta en el sistema parlamentario.

## **LA REPRESENTACIÓN EN CARL SCHMITT**

En Carl Schmitt el concepto de representación es abarcativo de un todo superior.

Ese todo superior sería el pueblo existente como una unidad política que llega a configurar un ser superior en relación con cualquier otro grupo humano.

Si no se representara a esa categoría social superior llamada pueblo, no estaríamos en presencia de una genuina representación política.

Para arribar a esa idea de representación es conveniente seguir el propio camino que recorre Carl Schmitt. En otras palabras, una mirada que pretende ser rigurosa en la comprensión del concepto schmittiano de representación, requiere detenernos en su propia mirada.

## 1. EL ESTADO DE DERECHO Y LAS FORMAS POLÍTICAS

Antes de ingresar en el concepto de representación, Carl Schmitt advierte que el Estado de Derecho desvirtúa los principios políticos-formales que permiten comprender al Estado como un *status* del pueblo en el sentido de una unidad política.

Según fuere la manera de configurarse una unidad política del pueblo, estaremos en presencia de una forma política. Monarquía, aristocracia y democracia son formas políticas cuyos criterios de diferenciación serán desarrollados al momento en que Schmitt se ocupe de la representación como uno de esos criterios de diferenciación.

Schmitt entiende que en el Estado de Derecho, al incorporar los principios de derechos fundamentales y de división de poderes, las formas políticas quedan resignificadas a través de una Constitución.

En ese sentido nos dice Schmitt que “.....*La introducción de estos principios (derechos fundamentales y división de poderes) transforma toda monarquía en una monarquía constitucionalmente limitada, es decir, en la llamada monarquía **constitucional**, en que ya no es definitivo lo monárquico, sino lo constitucional. De igual manera, se cambia el principio político de la democracia y se hace de un Estado democrático puro una democracia **constitucional**....*” (2011:266, destacado del propio autor).

Ello significa que para Schmitt el Estado de Derecho no constituye, en sí mismo, ninguna forma de gobierno sino “*sólo una serie de límites y controles del Estado, un sistema de garantías de la libertad burguesa y de relativización del poder del Estado*” (2011:265).

Por lo tanto, los principios de la libertad burguesa determinan que cualquier Estado debe ser **limitado** en el ejercicio del poder, con prescindencia de la forma política que adopte como vestidura.

Schmitt señala que, para los teóricos del Estado Liberal Burgués, el concepto de soberanía se adscribe a la Constitución en sí misma –“*soberanía de la Constitución*”–, lo cual significa la soberanía de los principios del Estado de Derecho, o en abstracto, la “*soberanía de la razón y justicia*”, “*en lugar de una soberanía con existencia concreta*” (2011:266).

Ello significa que el concepto de soberanía del pueblo queda subordinado a la exigencia de incolumidad de los derechos fundamentales y de la división de poderes, aún en una democracia<sup>1</sup>.

Es de advertir que cuando Schmitt entiende que la soberanía es una “soberanía con existencia concreta” es consecuente con su idea de que la soberanía se adscribe a un sujeto con capacidad de decisión en la medida que el pueblo se haga presente como unidad política. Y ello ocurre cuando un pueblo alcanza un grado de una conciencia política propia y voluntad nacional, con aptitud para distinguir entre amigo y enemigo.

Si la esencia de lo político radica en que el reagrupamiento real amigo-enemigo sea intenso y exclusivo, superando la mera diferenciación religiosa o cultural o de cualquier otro carácter, aparece entonces una unidad decisiva y, además, soberana en el sentido de una capacidad real y efectiva que asume la decisión sobre el caso decisivo.

En *El concepto de lo político* Schmitt nos dice:

*“Todo enfrentamiento religioso, moral, económico, étnico o de otro tipo se transforma en un enfrentamiento político si es lo bastante fuerte como para reagrupar efectivamente a los hombres en amigos y enemigos. Lo “político” no consiste en la lucha misma, que tiene sus propias leyes técnicas, psicológicas y militares, sino, como se ha dicho, en un comportamiento determinado por esta posibilidad real, en el claro conocimiento de la situación particular de ese modo creada y en la tarea de distinguir correctamente amigo y enemigo..... En todo caso es siempre, por eso, el reagrupamiento humano **decisivo**, y como consecuencia de ello la unidad política, toda las veces que existe, es la unidad decisiva y “soberana” en el sentido de que la decisión sobre el caso decisivo, aun cuando éste sea el caso de excepción, por necesidad lógica debe corresponderle siempre a ella. El término “soberanía” es aquí usado en un buen sentido, como el término “unidad” (1984:34-35 destacado del propio autor).*

Pero además de subordinar los principios del Estado de Derecho al concepto de la soberanía del pueblo, el Estado de Derecho modifica y

---

<sup>1</sup> MARTIN KRIELE, de manera emblemática, sostiene que “*En el Estado constitucional no puede haber un soberano.....En el Estado constitucional no hay soberano: se trata, en cambio –histórica y conceptualmente-, de la división de la soberanía estatal entre la totalidad de los órganos del Estado y del derecho público*” (1980:156-157).

desvirtúa los principios político-formales que permiten distinguir las tres formas tradicionales de gobierno: monarquía, aristocracia y democracia.

Esto último porque el Estado de Derecho se presenta como un Estado mixto y la Constitución burguesa del Estado de Derecho es también una Constitución mixta porque en la estructuración de los poderes se encuentran recíprocamente vinculados distintos principios político-formales.

Ciertamente que Schmitt advierte que la larga tradición clásica del *status mixtus* fue desplazada por el absolutismo monárquico que puso en vigencia el ideal de una Constitución pura -no mixta-, apareciendo la teoría de la Constitución pura como teoría del absolutismo.

Sin embargo, Schmitt afirma que la mixtura del Estado de Derecho y de su Constitución no configuran una forma política propia y no configuran una unidad política.

De allí que el Estado de Derecho no puede resolver exitosamente la cuestión referida al poder constituyente. Esa cuestión no puede, pues, resolverse ni desde el punto de vista teórico ni práctico, por los principios y elementos propios del Estado de Derecho.

La mezcla de ideas liberales y democráticas y las abstracciones tales como “soberanía de la Constitución” o “soberanía de la justicia” oscurecen y obstruyen una inteligencia rigurosa y correcta del poder constituyente, núcleo crucial a partir del cual puede entenderse la cuestión referida a la forma política<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> La diferenciación entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado y la consecuente limitación de este último a la matriz del Estado de Derecho se encuentra en línea con la observación de Schmitt. Si bien es cierto que Schmitt sostiene que la facultad de “reformular la Constitución” no contiene la facultad de dar una nueva Constitución o de una destrucción de la Constitución ya que “los órganos competentes para acordar una ley de reforma de la Constitución no se convierten en titular o sujeto del poder constituyente”, no es menos cierto que dicha afirmación la efectúa en el marco del art. 76 de la Constitución de Weimar el cual establece que “la Constitución puede ser reformada por vía legislativa” (158:2011). Soy de la opinión que cuando se reforma una Constitución, particularmente por una Convención o Asamblea Constituyente, como es el caso de la República Argentina, se está ejerciendo el poder constituyente. El propio Schmitt sostiene que “una ley constitucional es, por su contenido, la formación que lleva a la práctica la voluntad constituyente” (125:2011). En tal sentido, la circunstancia de que el art. 30 de la Constitución Nacional de la República Argentina autorice la posibilidad de reforma no sólo parcial sino también total de la Constitución, unido a la necesidad de una previa declaración de una mayoría calificada de los miembros del Congreso, cercana a la unanimidad, y el requerimiento de que una

En este marco conceptual del “*Estado Burgués de Derecho*”, como lo denomina Schmitt, al cual le ha formulado severas críticas que no sólo lo llevan a advertir que carece de identidad en cuanto forma política propia sino, y lo que es aún más grave, distorsiona y desvirtúa los supuestos cruciales de conformar una unidad estatal, tales como el poder constituyente y la soberanía, el autor, se va a ocupar de los principios estructurales de las diversas formas políticas. Y aquí encontramos a su concepto de representación.

## 2. LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DE LAS FORMAS POLÍTICAS: IDENTIDAD Y REPRESENTACIÓN

Schmitt sostiene que existen dos principios de estructura política “*contrapuestos, de cuya realización ha de recibir su forma concreta toda unidad política*” (2011:270).

---

Convención Constituyente constituida por representantes extraordinarios del pueblo, lleven adelante una reforma total, **se encuentra en oposición** con la exigencia de que deba ser una ley la que predetermine los puntos a reformar o de supuestos contenidos pétreos del texto constitucional insusceptibles de ser reformados **y, con ello, en oposición** con la *idea* de que esos representantes extraordinarios no son mandatarios del pueblo, sino que es el propio pueblo que se expresa al momento de ejercer el poder constituyente. Tal es la doctrina de SIEYES (2003:Cap. V, en particular págs.141-145) y del propio HAMILTON: “*..debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios*” (1943:340). Asimismo el principio de “soberanía del pueblo” que nuestra Constitución adopta no parece autorizar a distinguir dos clases de pueblos cualitativamente diferentes: Uno, el que efectivizaría el poder constituyente originario, siempre superior; otro, el que ejercería el poder constituyente derivado, siempre subordinado al primero. La circunstancia de que se desconfie de un ejercicio del poder constituyente por un pueblo no propenso a mantener las libertades individuales y la limitación del poder no puede encontrar fundamento en criterios doctrinarios contradictorios con la propia doctrina ideológica que luchó por aquellas libertades y por el significado del poder constituyente. Antes bien, el fundamento de negarle idéntica potestad soberana a un pueblo habría que buscarlo en el esfuerzo de encubrir actores institucionales envilecidos que descuidaron el poder que el propio pueblo les había confiado, particularmente al momento de atender el crucial problema de la ejemplaridad ética y de la educación. Por lo demás, el desconcierto en la comprensión del poder constituyente puede advertirse en los pronunciamientos contradictorios de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en los respectivos casos “Fayt” (Fallos:322:1616 ) y “Schiffrin” (Fallo de fecha 28/03/2017).



Cuando Schmitt sostiene que estos principios son “*contrapuestos*” no necesariamente debe entenderse que son opuestos o contradictorios, sino que se trata de polarizaciones de tipos puros.

Tales principios son el principio de identidad y el principio de representación.

Antes de ingresar en la conceptualización y caracterización de estos dos principios, Schmitt nos dice que el “*Estado es un determinado status de un pueblo, y, por cierto, el status de la unidad política. Forma política es la manera especial de conformación de esa unidad. Sujeto de toda determinación conceptual del Estado es el pueblo. Estado es una situación, la situación de un pueblo*” (2011:270).

Por tanto, para Schmitt, el Estado es el reflejo de un pueblo que ha alcanzado una situación de unidad política.

Entiendo que el concepto que de pueblo sostiene Schmitt en cuanto “*status de la unidad política*” es compatible con las ideas del romanticismo alemán, toda vez que “el pueblo”, como tal, es insusceptible de adquirir una capacidad de acción unitaria de cuyo reflejo aparezca el Estado. Aún en situaciones de profunda homogeneidad, el colectivo social que llamamos “pueblo” se caracteriza por el carácter plural, cuando no antagónico, del acontecer social.

Ello no significa que para arribar a la condición de pueblo no se requiera cierto grado de homogeneidad a través de lazos culturales, de religión, étnicos, lingüísticos o de cualquier otra índole, que va alcanzando un grupo humano, que se ha hecho sedentario, a través de las generaciones.

Pero de allí a configurar el pueblo una “*situación de unidad política*” dista mucho trecho.

Hermann Heller, en su *Teoría del Estado*, en el capítulo que denomina “Condiciones naturales y culturales de la unidad estatal”, desarrolla, como una de tales *condiciones* “Las condiciones de la actividad estatal que se relacionan con el pueblo”. En el marco de este tema, diferencia a “*El pueblo como condición natural*” del “*Pueblo como formación cultural*”. Dentro de este último concepto es por demás riguroso y terminante en sostener la falacia de una supuesta “unidad del pueblo”, “unidad” que sería susceptible de explicar la unidad estatal.

A este respecto sostiene Heller:

“*Los pensadores románticos, nacionales y demoliberales elaboraron con los más varios matices políticos, y en evidente oposición con la rea-*

*lidad social, la ficción de una comunidad del pueblo homogénea social y políticamente, con un espíritu y una voluntad política unitaria, cuyo producto más o menos automático o aun mero epifenómeno, se decía que era la unidad estatal..... La realidad del pueblo y de la nación no revela, empero, por lo general, unidad alguna, sino un pluralismo de direcciones políticas de voluntad, y, aun en los casos de pleno apogeo nacional, existe siempre, frente a la unidad nacional que tiene su expresión en el Estado, un grupo en el pueblo que disiente de ella en los fines o en los medios.....*

*No puede, pues, considerarse el Estado como simple función de la unidad del pueblo o de la nación. Su peculiar legalidad no consiste tampoco en ser una legalidad cualquiera del pueblo, aun cuando ésta sea de carácter político. La concepción que, bajo nuevas formulaciones, vuelve una y otra vez, según la cual bajo Estado popular debe entenderse la “absoluta identidad del Estado con el pueblo políticamente organizado” (como Preuss, “Das deutchse Volk und die Politik”, 1916, p.110) ignora la autonomía específica del Estado. Pueden concebirse organizaciones políticas del pueblo y de la nación que se diferencien del Estado no sólo cuantitativa sino también cualitativamente. ....Hay, pues, que distinguir radicalmente entre organización del pueblo y organización estatal” (1998:212-214).*

La unidad de acción y decisión es, pues, un atributo del Estado y de su consecuente poder en cuanto institución organizada, no del “pueblo” o de la “nación” en cuanto homogeneidad social real, por profunda que ésta se mostrare.

También Kelsen, y más específicamente en relación con la democracia, cuestiona la idea de la democracia como identidad de dirigentes y dirigidos y el consecuente supuesto de que la democracia reduce una pluralidad de hombres a una unidad. Y así sostiene Kelsen:

*“La democracia es la idea de una forma de Estado o de Sociedad en la que la voluntad colectiva, o más exactamente, el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el **pueblo**. Democracia significa identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo. Ahora bien, ¿qué es el pueblo? Parece ser un supuesto fundamental de la democracia que una pluralidad de hombres se reduzca mediante ella a una unidad. Para la democracia, el pueblo, como unidad, es tanto más importante cuanto que actúa, más bien que como objeto, como sujeto del poder o, por lo*

*menos, así ocurre en teoría. Sin embargo, para una investigación atenta a la realidad de los hechos, no hay precisamente nada más problemático que aquella unidad designada con el nombre de “pueblo”. Fraccionado por diferencias nacionales, religiosas y económicas, representa -según el criterio sociológico- más bien una aglomeración de grupos que una masa compacta de naturaleza homogénea. Sólo puede considerársele como unidad en sentido normativo, pues la unidad del pueblo como coincidencia de los pensamientos, sentimientos y voluntades y como solidaridad de intereses, es un postulado ético-político afirmado por la ideología nacional o estatal mediante una ficción generalmente empleada, por ende, no sometida a revisión. En definitiva, la unidad del pueblo es sólo una realidad jurídica que puede ser descrita con alguna precisión en los siguientes términos: Unidad de ordenación jurídica del Estado reguladora de la conducta de los hombres sujetos a ella” (1977:30-31, destacado del propio autor).*

He considerado pertinente confrontar la idea de “*unidad del pueblo*” en cuanto determinante de la unidad estatal que sostiene Schmitt, con las posiciones –las cuales comparto- que suponen rigurosas objeciones a esa idea formuladas, de manera precisa, por dos autores de, al menos, rigor intelectual similar a la de Schmitt, ambos contemporáneos a este último.

Está claro que las posiciones de Heller y de Kelsen no les son desconocidas para Schmitt. Ni tampoco las dimensiones del romanticismo nacional opuesto a los principios analíticos que la Revolución Francesa representaba ni al romanticismo demoliberal de base contractual.

Pero también resulta claro que los principios estructurales de identidad y representación, como sustentos de la *unidad política del pueblo*, constituyen elementos conceptuales imprescindibles para la construcción lógica del concepto schmittiano de lo político en cuanto reagrupamiento decisivo de los hombres en amigos y enemigos que antes he referido.

Y ello porque sólo una concepción del pueblo con homogeneidad tan profunda que le permita alcanzar una conciencia política unitaria, supone la existencia también de una voluntad con aptitud para distinguir entre el reagrupamiento propio –los amigos – y el extraño –los enemigos- y, en el caso extremo o de excepción, efectivizar la decisión soberana susceptible de dirimir el conflicto entre tales grupos.

Considero que ésta, y no otra, es la culminación de la construcción conceptual de los principios de identidad y de representación. El primero

de los principios –el de identidad- lo considero imprescindible para comprender el agrupamiento intenso y unitario susceptible de distinguir entre el grupo propio, normalmente fronteras adentro, y el extraño, normalmente fronteras afuera. El segundo –la representación- que posibilita personificar el sujeto de la decisión, –el Gobierno-.

No considero que ésta sea una interpretación caprichosa. Por el contrario, se fundamenta en las propias palabras de Schmitt.

En efecto, al pretender resumir los conceptos desarrollados a lo largo de toda su exposición sobre los principios de identidad y de representación, de manera aparentemente accesoria – inclusive entre paréntesis-, Schmitt introduce, por única vez en la temática que está desarrollando, su concepto sobre la esencia de lo político. Sin embargo, esa apariencia encierra, de manera inequívoca, dar por supuesto o sobreentendido que ese concepto es inherente a la construcción conceptual de los dos principios de que se trata. Y así Schmitt nos dice:

*“En resumen puede decirse: El Estado se basa como unidad política en una vinculación de dos contrapuestos principios de formación, el principio de identidad (del pueblo presente consigo mismo como unidad política, cuando, por virtud de propia conciencia política y voluntad nacional, **tiene aptitud para distinguir entre amigo y enemigo**) y el principio de representación, en virtud del cual la unidad política es representada por el **Gobierno**”* (ib.281, destacado me pertenece).

Precisadas las ideas, sus objeciones y sus implicancias, veamos ahora cómo juegan los principios de identidad y de representación en relación a la situación de unidad política de un pueblo.

Para Schmitt *“el pueblo puede alcanzar y mantener de dos modos distintos la situación de unidad política”* (2011:270).

Por el primer modo, el pueblo habría alcanzado un grado tan profundo de homogeneidad que ese colectivo podría actuar de manera unitaria y real. El pueblo actuaría, por sí mismo y no a través de otro u otros, con capacidad política de acción y decisión.

Schmitt ilustra esta posibilidad de que un pueblo arribe a esa capacidad real e inmediata -como si fuese un organismo único- en el caso de un pueblo que habitare un espacio delimitado por fronteras naturales infranqueables. En ese caso, suponemos, a través de las generaciones ese grupo sedentario y encerrado dentro de tales fronteras habría adquirido aquel profundo grado de homogeneidad, siendo plenamente consciente

de las dependencias recíprocas que esa homogeneidad supone, y de los medios y fines que ese colectivo se plantea y resuelve de manera armónica, unitaria y satisfactoria.

El grupo habría arribado, pues, a un grado tan complejo de relaciones recíprocas y de división de trabajo social, que, por sí mismo, deliberaría y decidiría sobre sus necesidades, existencia, permanencia y, de ser necesario, en última instancia, sobre su expansión. Y, particularmente, observaría con sus conductas aquello que habría decidido. El grupo o *pueblo* que manda y obedece sería el mismo, sería *idéntico*.

Tal situación es la que expresa Schmitt cuando nos dice que el pueblo *“puede ser capaz de actuación política, ya en su realidad inmediata -por virtud de una homogeneidad fuerte y consciente a consecuencia de firmes fronteras naturales, o por cualesquiera otras razones-, y entonces es una magnitud política como magnitud real -actual en su **identidad inmediata**- consigo misma. Este principio de identidad del pueblo, existente en un momento dado, consigo mismo, como unidad política, se basa en que no hay ningún Estado sin pueblo, y, por ello, un pueblo ha de estar siempre realmente presente como magnitud efectiva”* (2011:271, resaltado del propio autor).

Prescindiendo de una visión de la Geopolítica de principios del siglo XX, propia de una organología biológica afin con el romanticismo alemán, que se muestra en las palabras arriba transcritas, se advierte aquí de manera nítida el significado de una organización política que no requiere de otros conceptos más que el de pueblo para comprender el ejercicio práctico y la justificación ética del ejercicio del poder. Quien lo crea y ejerce es *idéntico* de quien se encuentra sometido a él.

La imagen de una democracia directa extrema se compadece con esa imagen. Es una imagen de identidad que se revela a sí misma.

Y es por ello que esa imagen, cuando no se revela por su propia identidad, requiere de otro u otros que la revelen. Y aquí aparece el principio *contrapuesto* de representación.

*“El principio contrapuesto parte de la idea de que la unidad política de un pueblo como tal nunca puede hallarse presente en identidad real, y por ello tiene que estar siempre **representada** por hombres”* establece Schmitt (2011:271).

Todas las auténticas formas políticas, democracia, monarquía, aristocracia, república, se reducen a este “contraste decisivo” entre identidad y representación.

Para Schmitt, ello se vincula directamente con el *sujeto* del poder constituyente. Si el sujeto es el pueblo, la forma política se encuentra definida por el principio de identidad. Si el sujeto es *de legibus solutus*, una monarquía absoluta, estamos en presencia de una representación absoluta, ya que ello se fundamenta en la idea de que la unidad política del pueblo sólo puede hacerse a través de la representación: “*La frase L’État c’est moi significa: yo sólo represento la unidad política de la nación*” (ib.271). Más abajo me detendré en el pensamiento que Schmitt sostiene, acerca de que la representación genuina de un monarca no debe, ni puede, fundamentarse en componente normativo alguno, esto es, en la necesidad de que el monarca se encuentre absuelto de las normas para que exista una representación absoluta, esto es, el sujeto debe ser *de legibus solutus*.

Schmitt nos señala que no existe Estado alguno en el cual cualquiera de estos principios puedan ser renunciados totalmente. En cualquier Estado estructurado a través del principio de identidad, aparecen elementos del principio de representación. Y a la inversa, ocurre lo mismo.

De allí que esos dos principios no son excluyentes entre sí, sino referencias de orientación contrapuestas para la conformación de la unidad política del pueblo.

Para comprender el concepto de representación en Schmitt es esencial advertir esta determinación que asume la unidad política del pueblo para la idea de representación.

En otras palabras, el sentido mismo de la representación política se define en el escenario del “pueblo”, es decir, sólo en el marco referencial de lo público, y no en lo privado.

No existe aquí delegación alguna por parte de una persona de su voluntad individual a otra persona, tampoco en el caso que esta última persona esté configurada por uno, varios o muchos actores institucionales. Es decir, tampoco habría esa delegación para fundamentar la representación en una monarquía, en una aristocracia ni en una democracia.

No existe en la idea schmittiana de representación fundamento contractual alguno.

La persona representada es un todo definido como unidad política del pueblo, y el ser que efectiviza la voluntad de ese colectivo es el representante.

En verdad, la idea que Schmitt sostiene de representación muta de tal forma el origen privado y contractual de ese concepto, que esa muta-

ción permite que aquella idea sea compatible con la idea roussoniana de rechazo a la representación. Ello, si la representación fuera el *resultado o consecuencia* de una unidad política del pueblo de antemano configurada.

Pero en el caso de que la unidad política del pueblo fuera creada a partir de la polarización extrema del principio de representación, tal el caso de un monarca absoluto *-de legibus solutus-*, la unidad del pueblo sería un *resultado o consecuencia* de la representación.

En efecto, Schmitt señala, en el pensamiento de Rousseau, la diferencia entre ciudadano individual concebido “*en su humanidad natural de individuo*”, y el ciudadano como *citoyen*. Sostiene, entonces, que cuando en una democracia la persona vota a través de un sufragio individual secreto, *sin asamblea popular*; esto es, debemos entender sin el caso de democracia directa, ese voto no lo emite como persona privada ni para su propio beneficio ni de la lista del partido, “*sino como medio de alcanzar una representación de la unidad política, única cosa esencial*” (ib.272). Es por ello que los diputados son representantes de todo el pueblo, configurando, por ello la sustancia pública, de la representación: “Todo diputado se considera como “*representante de todo el pueblo, es decir, como representante en sentido público*” (destacado del propio autor).

Schmitt constata su posición en la propia Constitución de Weimar, en el art.21, en cuanto establece que “*los diputados son representantes de todo el pueblo*”, norma similar a la del art. 44 de la Constitución Nacional de la República Argentina en cuanto establece, en relación a la Cámara de Diputados, “*....diputados de la Nación....*”

La circunstancia de considerar al ciudadano y a su representante como, respectivamente, parte de un todo y como imagen o representación de ese todo, le permite a Schmitt, siguiendo “*la idea inspiradora*” de Rousseau, conciliar al pensamiento de Rousseau con la representación<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> ROUSSEAU, en su *Contrato Social*, la esencia misma de ese contrato consiste en que “*cada cual pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo*”. Al instante, este acto de asociación *transforma la persona particular de cada contratante en un ente normal y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual recibe de este mismo acto su **unidad**, su yo común, su vida y su voluntad. La **persona pública** que así se constituye, por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de Ciudad y hoy el de República o cuerpo político, la cual es denominado Estado cuando es activo, potencia en relación con sus semejantes.*



En este caso nos encontramos, pues, con un concepto de representación que es *resultado o consecuencia* de un pueblo que ha configurado previamente su unidad política, representación que aparece como elemento complementario, pero imprescindible, al principio de identidad, ya que éste es el principio que ha permitido arribar a esa unidad política.

Pero la representación no requiere que exista, *ex ante*, la unidad política, sino que, por el contrario la existencia de dicha unidad puede ser producida por la representación. Éste es el caso de la representación absoluta, es decir el caso de la monarquía absoluta. Y así nos dice Schmitt:

*“En todo Estado ha de haber hombres que puedan decir: L’État c’est nous. Pero representación no necesita ser creación de la unidad política. Es posible que la unidad se produzca mediante la representación. Esto ocurre en la medida en que la forma política se aproxima a la representación absoluta....”* (ib.273, destacado me pertenece).

A poco que se repare que la unidad estatal, como fenómeno político de la modernidad, aparece de la mano de la monarquía absoluta a través de la concentración, en esas manos, de los medios reales de poder y de la última ratio del establecimiento y aseguramiento del orden jurídico positivo, podemos advertir el rol protagónico del absolutismo al momento de definir una unidad política que actúe y decida como tal. La persona del monarca posibilita la unidad estatal.

Esa representación que produce la unidad, Schmitt la encuentra claramente en Hobbes: *“....Como Hobbes dice, el Estado tiene “su unidad en la persona de un soberano”; es “united in the Person of one Sovereign”. La representación produce la unidad.....”*(ib.281)

Pero aún en ese extremo, la invocación *“L’État c’est nous”* que Schmitt hace valer para “todo Estado”, supone la necesidad complementaria de una cierta homogeneidad social y, con ello, también en ese extremo se encuentra el principio de identidad que la existencia de un pueblo conlleva.

---

*En cuanto a los asociados, estos toman colectivamente el nombre de **Pueblo** y particularmente el de **ciudadanos, como partícipes de la autoridad soberana** y el de súbditos por estar sometidos a las leyes del Estado”* (1985:42-43, destacado me pertenece). De la transcripción expuesta pueden advertirse los conceptos centrales rousseaunianos que considero constitutivos de la *“idea inspiradora”* que refiere Schmitt. Para el enérgico rechazo de la representación y la idea de representación en ROUSSEAU, véase libro III, Cap. XV de su *Contrato Social*.



Los principios de identidad y de representación permiten, pues, alcanzar y mantener dos distintas situaciones de unidad política del pueblo, cuya polarización se muestra en la democracia y en la monarquía absoluta, advirtiéndose que aún en esos extremos contrapuestos están presente ambos principios, aunque uno de ellos en forma complementaria.

### **La singularidad política y jurídico-política del concepto de representación**

La concepción de Schmitt sobre representación política descansa sobre un supuesto esencial que consiste en diferenciarla de cualquier concepto derivado del derecho privado y de intereses sectoriales.

Por ello es necesario consultar las distinciones que Schmitt entiende que son indispensables para caracterizar y, por ende, precisar su concepto de representación.

Es, pues, crucial partir del pensamiento de Schmitt en cuanto sostiene: *“El principio formal de la representación no puede ser ejecutado nunca pura y absolutamente, es decir, ignorando al pueblo, siempre presente en alguna manera. Esto es ya imposible, porque no hay representación sin la condición de lo público, ni publicidad sin pueblo. Por lo demás, el concepto de representación puede ser captado en su singularidad política y jurídico-política, liberándolo del amontonamiento con otros conceptos, como mandato, representación<sup>4</sup>, encargo de negocios, comisión, etc., porque, si no, romperían su singularidad ideas de Derecho privado y de técnica económica (ib.273-274).*

Veamos, pues, las precisiones que formula Schmitt para precisar la singularidad del concepto de representación.

En primer lugar señala que la representación tiene lugar, de manera exclusiva y excluyente, la **esfera de lo público**. No existe lugar para asuntos particulares ni secretos. Se excluye, por ello, ideas que son propias del derecho privado y de la economía, tales como gestión de negocios o

---

<sup>4</sup> En el sentido alemán de la palabra “Vertretung”.

de representación de intereses privados. Por ello resultan incompatibles, asimismo, “*las decisiones que recaen a espaldas de lo público*”<sup>5</sup>.

En segundo lugar, advierte que la representación es “**algo existencial**”. Se trata de hacer perceptible un ser de existencia o presencia pública. La superioridad de ese ser, según ya se advirtió antes en nota a pie, hace posible que sea elevado a un ser público. Por ello, grandeza, alteza, majestad, gloria, dignidad y honor, son palabras apropiadas para

---

<sup>5</sup> En su *Catolicismo y Forma Política*, Schmitt formula apreciaciones que considero pertinentes e ilustrativas para su concepto de representación. Allí también se preocupa en desagregar, en el concepto de representación, elementos propios del pensamiento económico, ciertamente en relación al principio de representación que aplica a la Iglesia Católica y que define su ser. El poder de la Iglesia Católica, señala, no reside en medios de poder económicos ni poder militar. Su fuerza emana de su fuerza representativa: “...tiene la fuerza de la representación. Representa la civitas humana, representa en cada momento el nexo histórico con la encarnación y crucifixión de Cristo, representa al propio Cristo, personalmente, al Dios hecho Hombre en la realidad histórica. En su capacidad representativa radica su ventaja sobre una era de pensamiento económico” (2009:67). Asimismo el contenido del valor superior y de la alta dignidad que inviste la *persona* del representante, contenido que también se requiere de la persona o idea representada, por ej. Dios o el Pueblo, y que inclusive alcanza ese contenido al destinatario al que se dirige, advierte sobre la diferencia que ocurre con la representación privada. Las expresiones que en relación a estos últimos conceptos emplea Schmitt, permiten también apreciar la posibilidad de acceder de manera más directa a esos conceptos en razón de las propias expresiones de la lengua alemana para referirse a la representación específica de carácter público –*Repräsentation*- y a la representación privada –*Stellvertretung*-. Y así nos dice Schmitt: “...La idea de representación (*Repräsentation*) se halla tan dominada por el pensamiento de una autoridad personal que tanto el representante como el representado deben afirmar una dignidad personal: no se trata, por tanto, de un concepto cosificado. En un sentido eminente, sólo una persona puede representar, y ciertamente (a diferencia de lo que ocurre con la simple representación privada –*Stellvertretung*-) solo pueden hacerlo una persona que goce de autoridad o una idea que, en la medida en que sea representada, quede personificada. Dios, o en la ideología democrática el Pueblo, o ideas abstractas como la Libertad y la Igualdad, son contenidos susceptibles de representación, pero no la Producción o el Consumo. La representación otorga a la persona del representante una dignidad propia, porque el representante de un valor importante no puede ser alguien privado de valor. Pero no solo el representante y el representado reclaman un valor, sino que incluso también lo reclama el destinatario, el tercero al que se dirigen....” (2009:70). En sentido coincidente y en lo terminológico, en su *Teoría de la Constitución*, nos dice “...*Repräsentation* o *Vertretung*” (es decir: las dos raíces de la palabra representación, que en alemán se emplean para distinguir la representación en ambas ramas del Derecho, pública y privada)....” (2011:275).

caracterizar esa existencia. Ello permite a Schmitt que se diferencie aquello que sirve “*tan solo*” a cuestiones o intereses privados, como por ej. la representación que inviste un abogado o un encargado de negocios. Aquí debe prestarse atención que no se trata de que Schmitt caracterice con términos grandilocuentes al representante público en desmedro de un menor valor prejuicioso que supondría una representación privada. Por el contrario aquello que da gloria y honor al representante es la grandeza de la idea o persona representada, y es por ello que Schmitt afirma que “*el pueblo existente como unidad política tiene una alta y elevada, intensiva, especie de ser, frente a la realidad natural de cualquier grupo humano con comunidad de vida*” (ib.276).

Tratándose del pueblo como un todo, su representación es superior a aquella que se representa intereses privados o económicos.

El carácter existencial de la representación significa que esa existencia no depende de ningún procedimiento ni sistema normativo.

La intensidad de la representación se realiza, por tanto, cuando el monarca es absoluto, no existe limitación normativa para su poder. Es, pues, *de legibus solutus*, no requiere legalidad ni de legitimidad alguna.

De manera precisa y consecuente con ese carácter representativo Schmitt cita al antiguo Tratado de Derecho Internacional (Droit de Gens) de mediados del siglo XVIII del jurista suizo Emer de Vattel, en los siguientes términos: “*El carácter representativo del soberano se basa en que representa a su nación; con esto, reúne el monarca en su persona toda la majestad que compete a la nación como cuerpo unitario*” (ib.276, destacado me pertenece).

He destacado en la cita aquello que entiendo sintetiza, con precisión, el concepto de representación de Schmitt, y a través de un autor cuya existencia se enmarca en el momento histórico de la monarquía absoluta, particularmente en Francia.

La subsistencia de la monarquía en el siglo XIX, que, para esa permanencia, debió fundamentarse en la legitimidad, supuso trasladarle a la monarquía principios cuya esencia son de derecho privado -posesión, familia, derecho hereditario-.

Como forma viva de representación, significó la muerte de la monarquía.

En tercer lugar nuestro autor destaca que “*la unidad política es representada como un todo*” (ib.278, destacado del propio autor).

Aquí debemos entender tanto que no a cualquier órgano estatal le corresponde el atributo de la representación, cuanto que si el representante no abarca la totalidad no será un genuino representante.

La representación corresponde, por tanto, a quien gobierna, no a quien meramente administra. De allí que la Administración carece de atributo representativo.

En este último sentido Schmitt destaca que la idea de la representación propia de la monarquía se trasladó al Derecho Constitucional de la Revolución Francesa. En esa línea puede entenderse la disposición de la primera Constitución revolucionaria de 1791 que expresamente establece el sistema representativo, siendo representantes el cuerpo legislativo y el rey, mientras que también expresamente se dice que los administradores no tienen carácter representativo (véase ib.277).

Es el gobierno, entonces, quien representa y concreta la unidad política. Es de su esencia el carácter político de su función porque efectiviza el principio espiritual de la existencia política de un pueblo.

En cuarto lugar Schmitt establece que “*el representante es independiente; por eso, no es ni funcionario, ni agente, ni comisario*” (ib.270 destacado del propio autor).

Aquí acentúa la esencial diferencia entre un representante y un agente. Reiterando la cita de la Constitución francesa de 1791 la disposición respectiva en cuanto establece “*Las personas a quienes se confía la administración del Estado no tienen carácter representativo. Son agentes*” (tít. III, cap. IV, sección 2, art. 2).

La preocupación de distinguir entre representante y agente, mandatario o comisionado reviste particular trascendencia para Schmitt.

Y ello porque según fueren los fundamentos que se sostuvieron para conceptualizar el carácter *independiente* del representante, estaremos en presencia de una idea de la esfera de lo público o, por el contrario, de la esfera de lo privado y del derecho privado.

En efecto, si el fundamento de la independencia reside en razones prácticas, tales como la imposibilidad de reunirse todo el pueblo siempre y al mismo tiempo en el mismo lugar, aquél que resulte elegido por los electores sería un mero representante de derecho privado que tomaría a su cargo los intereses de los electores. Por ello es *dependiente* de esos intereses y de esos electores.

Por el contrario, si el fundamento de la independencia reside en que el representante tiene sentido porque es una persona pública que es elevada a ese rango superior por la superioridad que significa *el pueblo como un todo*, y aquello que como tal ejerce no es sólo una función sino un “poder” que se explica por la unidad política que le da existencia, entonces estaremos en presencia de la esfera de lo público. Por ello el representante es *independiente* de organizaciones de electores y de sus intereses.

Por lo expuesto Schmitt nos ilustra con las siguientes palabras: “*Una comisión no representa sino que es exponente sujeto a dependencia respecto de un grupo mayor que la ha formado por razones técnicas y prácticas. El Parlamento, como representante del pueblo, no es una comisión del pueblo o del cuerpo electoral*” (ib.280, destacado del propio autor).

Ciertamente que en este carácter independiente en que reside la diferencia entre representantes y agentes, la “*idea inspiradora*” también la encuentra en Rousseau: “*Ya habló Rousseau en el Contrat social de agentes y comisarios, que sólo tienen una comisión de negocios (emploi), y son simples funcionarios (officiers), a diferencia de un representante*” (ib.27 destacado me pertenece).

Resulta aquí palmario el entronque de la idea schmittiana de representación con los conceptos de Rousseau en su *Contrato Social*<sup>6</sup>.

No resulta un pensamiento precisamente menor, conciliar a Rousseau con la representación, a pesar de que éste sostiene que la representación hace caer al pueblo “*en su condición de esclavo*” (libro tercero, cap. XV).

---

<sup>6</sup> En el Libro Primero, en el trascendente y breve Cap. V, de su *Contrato Social*, ROUSSEAU sostiene ...*Que muchos o pocos hombres, cualquiera sea su número, estén sojuzgados a uno solo, yo sólo veo en una sociedad un señor y unos esclavos, jamás un pueblo y su jefe; representarán en todo caso una agrupación, pero nunca una asociación, porque no hay ni bien público ni una entidad política. Ese hombre, aunque haya sojuzgado a medio mundo, no es más que un particular; su interés, separado del de los demás, será siempre un interés privado. Un pueblo, dice Grocio, puede darse un rey. Según Grocio, ese pueblo existe antes y como consecuencia de poder darse un rey. Ese don representa, pues, un acto civil, desde el momento que supone una deliberación pública.....*” (1985:39, destacado me pertenece). La diferencia entre lo público y lo privado, el concepto de una asociación política cuya existencia es inherente al bien público, la idea de pueblo y el concepto mismo de representación vinculado a la deliberación pública y repulsiva de los intereses privados, los cuales son susceptibles de convertir a los hombres en esclavos y a los que se refiere en el libro tercero, cap. XV del *Contrato*, amén de las expresas citas de Schmitt a Rousseau, muestra la influencia fundamental de Rousseau en Schmitt, al construir su concepto de representación.

Ciertamente que Schmitt ubica ese rechazo de Rousseau en el sentido de una mera representación de intereses privados.

Sin embargo, la singularidad del concepto schmittiano permite esa conciliación sin forzar el texto rousseauiano. Antes bien, aquella “*idea inspiradora*” es desarrollada con la mira puesta en la crítica al sistema parlamentario propio de aquello que denomina “*Estado Burgués de Derecho*”.

### **La representación y el sistema parlamentario del “*Estado Burgués de Derecho*”**

Schmitt sostiene que cuando la burguesía luchaba en Europa por “*su*” Estado de Derecho, lo hacía contra todo tipo de absolutismo estatal, tanto el de la monarquía absoluta cuanto el de la democracia absoluta, tanto contra la representación extrema cuanto contra la identidad extrema.

El objetivo de la burguesía era el sistema parlamentario.

Esa fue la exigencia de carácter político de la burguesía liberal.

Ese sistema adoptó el nombre de “sistema representativo” o de “Constitución representativa”.

Para Schmitt, el Parlamento, en cuanto asumió una representación del pueblo, de la unidad política del pueblo, luchó contra la representación absoluta del monarca. El componente democrático del parlamento sólo se restringe a la lucha contra la monarquía absoluta. Sólo en contraste con la monarquía aparece el Parlamento como algo democrático.

Sin embargo, la idea liberal acerca de los diputados que debían configurar el Parlamento era una idea rigurosamente aristocrática. Debían reunir la condiciones de inteligencia y de preparación, es decir por sus conocimientos, su cultura y su probidad, que los hicieran dignos de ser *seleccionados por elección* para representar a todo el pueblo y velar por los intereses públicos, no los sectoriales ni particulares.

Tanto por la calidad de los actores los *mejores*- cuanto por el método de su selección –la *elección*- el Parlamento se erigió como una asamblea aristocrática.

Ese tipo de representación *superior* resultaba consecuente con el concepto de representación genuina, capaz de oponerse, con éxito, a la representación absoluta del monarca absoluto.

Resulta, pues, claro, que en cuanto esa representación *es* representación de la unidad política, se opone a la democracia.

Por tanto, no es exacto tratar a la “democracia representativa” como una subespecie de la democracia toda vez que “*lo representativo es precisamente lo no-democrático de esa democracia*” (ib. 285).

Es precisamente el advenimiento de una creciente democratización, la causa del debilitamiento del carácter aristocrático y representativo del Parlamento.

En este caso la elección se torna un nombramiento de representantes de intereses, transformándose estos en agentes. La dirección es inversa porque va de arriba hacia abajo, el elegido está subordinado al elector, aquél es su *inferior*, no su superior, como en el caso de la representación de la unidad política como un todos.

“*En tanto que organizaciones permanentes de partido dominan al Parlamento, como entidades firmes siempre presentes, se encuentra aquél sometido a las consecuencias de la democracia directa, y ya no es representante*” establece nuestro autor (ib.286).

Por todo ello Schmitt sostiene que el sistema parlamentario no es una forma política propia. Es un simple contrapeso de formas opuestas que *utiliza* elementos formales de la democracia y de la monarquía para el *fin* de la distinción de poderes.

Desvirtuaría, entonces, la pureza de las formas políticas *puras*, con fin de dividir el poder para mejor controlarlo y, consecuentemente, garantizar las libertades de la burguesía.

La conclusión aparece adelantada al momento de iniciar el tratamiento del tema que hemos abordado: El Estado de Derecho -Estado Burgués de Derecho- no constituye forma política alguna. Consiste sólo en una serie de límites y controles del Estado, un sistema de garantías para la libertad burguesa y de la relativización del poder del Estado.

Si ello fuera así, deberíamos entender, entonces, que esta conclusión lleva insita la desaparición de la prioridad de la idea del pueblo en cuanto unidad política y la desaparición del carácter existencial de lo público como contenido esencial del concepto de la representación y, por tanto, el triunfo de lo privado a través de meros agentes.

La crítica profunda al Estado de Derecho no proviene desde la izquierda sino desde la derecha antiliberal, aunque la calidad de su pensamiento ejerciera influencia, también para esa crítica, en esa misma izquierda<sup>7</sup>.

### **La representación en Hans Kelsen**

Resulta de particular interés advertir que el pensamiento de Kelsen abreva en Rousseau en grado no menor que el de Schmitt, no obstante la sustancial diferencia y oposición de pensamientos que media entre uno y otro.

Kelsen expresa su idea sobre la representación política en el marco del significado de la ideología y de la realidad de la democracia parlamentaria.

Veamos, pues, este marco y aquella idea.

### **El ideal de la democracia y las metamorfosis de la idea de la libertad**

En su obra *Esencia y valor de la democracia*, Kelsen sostiene que la democracia se fundamenta en la idea de la libertad, la cual deriva de la idea de la igualdad.

Ello así porque la conciencia del propio valer rechaza soportar el peso de una voluntad ajena impuesta por el orden social: “*si él es un hombre como yo, y todos somos iguales, ¿de dónde emana su derecho a mandarme?*”.

Para Kelsen, este sentimiento lo impone la “*misma Naturaleza que en su ansia de libertad se subleva contra la sociedad*” (1977:15).

---

<sup>7</sup> Véase, i.a, ELLEN KENNEDY en “Schmitt y la Escuela de Frankfurt. La crítica alemana al liberalismo en el siglo XX”. Asimismo, en cuanto la afinidad conceptual de C. Schmitt y René Capitant respecto del concepto de representación, XAVIER MARCHAND en “Parlamentarismo y democracia. Las doctrinas de Carl Schmitt y René Capitant”. Ambos ensayos en *Política y orden mundial. Ensayos sobre Carl Schmitt* de Juan Carlos Corbetta y Ricardo Sebastián Piana (compiladores), Prometeo Libros, Buenos Aires, 2007. Asimismo, la “Presentación” de JOSÉ ARICÓ a *El concepto de lo político. Teoría del partisano. Notas complementarias al concepto de lo político*, Folios Ediciones, Buenos Aires, 1984.



Niega, pues, que exista en el otro condición alguna que suponga superioridad -por ej. heroicidad- susceptible de legitimar su dominación sobre mi persona y es por ello que soy plenamente libre en el sentido de la más plena y *natural autodeterminación*.

Y así nos dice Kelsen que *“la idea absolutamente negativa y anti-heróica de la **igualdad** presta base a la aspiración, también negativa, hacia la **libertad**. Del supuesto de nuestra igualdad -ideal- puede inferirse la tesis de que nadie debe dominar a nadie”* (ib.15-16, destacado del propio autor).

Kelsen sitúa, pues, estos *ideales* de libertad e igualdad en un estado de naturaleza ya ellos suponen la *sublevación contra la sociedad*, la negativa contra todo orden social.

Sin embargo, la experiencia demuestra la existencia de la Sociedad y del Estado, y, por tanto, la existencia de un dominio ajeno.

Pero ello no significa que renunciemos a aquellos ideales inherentes al estado de naturaleza.

Por tanto, la compatibilidad de aquella idea de libertad con los principios que la realidad social impone, requerirá de un cambio o *metamorfosis* del significado de la palabra *libertad*.

Ello supone que la aceptación del dato empírico de un orden obligatorio para la convivencia social y de una consecuente autoridad, conlleva la aspiración de, al menos, gobernarnos por nosotros mismos.

La aspiración de participar en la creación del orden colectivo que se nos va a imponer, significa que la libertad natural se convierte en libertad política o social:

*“Es políticamente libre quien, aun estando sometido, lo está solamente a su propia voluntad y no a la ajena”* (ib.17).

Kelsen entiende, a través de este postulado, planteada la principal diferencia entre las formas de Estado y de Sociedad, entre democracia y autocracia.

Este paso del estado de naturaleza al estado social y político, lleva en sí un cambio esencial en la legalidad peculiar de cada uno de ellos: a la *ley de la causalidad* propia del estado de naturaleza se le opone la *norma, el principio de la normatividad*.

En tal sentido nos dice Kelsen: *“Desde el punto de vista de la Naturaleza, y en un sentido primitivo, libertad significa la negación de las*

*leyes sociales, y desde el punto de vista de la Sociedad, la negación de las leyes naturales. El “retorno a la Naturaleza” (o la “libertad natural”) sólo significa ruptura de los vínculos sociales, mientras que el acceso a la Sociedad (o sea la libertad social) significa ruptura con las leyes naturales. Esta antítesis se resuelve tan pronto como el concepto de “libertad” se interpreta en el sentido de un ley específica, principalmente referida a lo social (esto es, a lo ético-político y jurídico-estatal), y en cuanto la contraposición entre Naturaleza y Sociedad, se reduce a una dualidad de leyes distintas y, por consiguiente, de diversos puntos de vista” (ib.17).*

El paso del estado de naturaleza al estado social significa, entonces, el paso de la “libertad natural” a la “libertad social” y el consecuente abandono de la ley de la causalidad e ingreso al mundo de la normatividad.

Aquí se ha producido **una primera modificación** en el concepto de libertad: la libertad natural que tiene su origen *“en una recóndita fuente del espíritu humano y en aquel instinto primitivo hostil al Estado”* se transforma *“en un mero anhelo hacia una determinada posición del individuo dentro de la Sociedad. La libertad de la **anarquía** se transforma en libertad de la **democracia**”* (ib.18 resaltado del propio autor).

Es precisamente en este momento trascendente que se requiere comprender de qué manera se produce semejante transformación de la idea de la libertad. La pieza angular que da respuesta a esa transformación la encuentra en Rousseau – a quien llama *“tal vez el primer teórico de la democracia”*- y en su *Contrato Social*, más precisamente en el Libro I, Capítulo VI, de ese *Contrato* que lleva por título *“Del Pacto Social”*.

Para Kelsen, Rousseau plantea el problema de la democracia en la siguiente pregunta: *“¿Cómo podría encontrarse una forma de sociedad que defienda y proteja a cada uno de sus miembros, y en la cual cada uno, uniéndose a los demás, sólo se obedezca a sí mismo y mantenga, por consiguiente, su libertad anterior?”*

Aquello que motiva esta pregunta es la crítica que formula Rousseau al sistema parlamentario representativo inglés, en razón de que la formulación de la voluntad colectiva se expresa de manera indirecta a través de sus representantes y no directamente a través del pueblo: *“El pueblo inglés se cree libre, pero se engaña extraordinariamente, pues lo es sólo al elegir sus diputados; una vez elegidos, vuelve a la servidumbre y queda anulado”* (ib.19).

Esta cita que Kelsen transcribe corresponde al Libro III, Cap. XV del *Contrato Social*.

Pues bien, ese Capítulo, bajo el acápite “*De los Diputados o Representantes*” contiene el ataque más implacable de Rousseau a la representación.

Ciertamente, y ya lo destacamos cuando nos ocupamos del concepto de representación en Schmitt, Rousseau se está refiriendo a la representación de origen medieval, fundada en intereses particulares.

Sin embargo, las frases de Rousseau que inmediatamente preceden a la cita que Kelsen transcribe, rezan: “*La soberanía no puede ser representada por la misma razón de ser inalienable; consiste en esencialmente en la voluntad general, y a la voluntad no se la representa: es una o es otra. Los diputados del pueblo no son ni pueden ser representantes; son únicamente sus comisarios, y no pueden resolver nada en definitiva. Toda ley que **el pueblo en persona** no ratifica es nula; vale decir, no es una ley. El pueblo inglés.....*” (1985:147, destacado de pertenecer).

Este pensamiento de Rousseau es rigurosamente consecuente con la cláusula esencial constitutiva del Pacto Social que consiste en que “*Cada uno pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible de un todo*” (L. I, Cap. VI).

Ello significa que toda manifestación de voluntad formulada de manera ajena a una asamblea constituida, directamente, por *ciudadanos* partícipes de una cuota parte, en relación al universo de *ciudadanos*, de la voluntad general, no es *representativa* de esa voluntad general, y, por tanto, insusceptible de formular una ley.

En otras palabras, no existe espacio para representantes fuera de la expresión de voluntad *de todo el pueblo en persona*.

Si algún actor institucional expresara *su* voluntad, sería sólo expresión *particular*, sólo susceptible de transformarse en *pública*, si así lo decide *todo el pueblo en persona*.

Es, pues, tan intenso el rechazo de Rousseau a la representación que sólo admite una deliberación y decisión colectiva del *pueblo en persona*.

Es que, para Rousseau, el fenómeno político medieval logró la enajenación de la propia persona en beneficio de su Señor:

“*La idea de los representantes es moderna, proviene del gobierno feudal, bajo cuyo sistema la especie humana se degradó y la palabra hombre*

*resulto un deshonor. En las antiguas repúblicas, y aun en las monarquías, jamás tuvo el pueblo representantes”* (L. III, Cap. XV, 1985:147-148)<sup>8</sup>.

Está claro que Kelsen no se detiene en considerar la idea de la libertad en una democracia directa al estilo de Rousseau.

Por el contrario, continuará el camino que explique, ahora, la idea de la libertad en una democracia parlamentaria y representativa.

Y aquí también Rousseau le proporciona un soporte ideológico de valor inestimable y que consiste en la “*necesidad de retroceder a una convención primitiva*”.

Tal es el título del Libro I, Capítulo V, del *Contrato Social* y cuya enorme importancia destaqué al momento de referirme a los fundamentos de la mirada schmittiana sobre representación.

Kelsen se apoya, pues, en la “*convención originaria*” de Rousseau para encontrar explicación y sentido al principio de la mayoría.

La necesidad de que esta convención originaria sea acordada y consensuada por *unanimidad*, es decir, por *todos* aquellos que han de constituir, a través de esa convención, una asociación política, lleva en sí misma la idea de la libertad.

Es que esa *convención, acuerdo o contrato expresada por unanimidad* ha supuesto el ejercicio pleno de la libertad de cada individuo, sin previa sujeción a dominio o coacción externa alguna ni vicio susceptible de afectar aquella expresión de la voluntad.

La unanimidad, es, pues, idéntica a la libertad de cada uno de los integrantes de ese todo. Estamos en presencia de la autonomía de la voluntad.

Esa convención celebrada por unanimidad es el paso del estado de naturaleza al estado de sociedad.

Sin embargo, la *unanimidad* necesaria para que cada uno se exprese en *libertad* es requisito sólo exigible para el momento de la *creación* del

---

<sup>8</sup> BERNARD MANIN, en *Los principios del gobierno representativo*, destaca, en relación al texto transcrito, la grave ofensa que para la dignidad de la humanidad significó la relación de Señorío propia del feudalismo medieval. Y así comenta ese texto de Rousseau: “*La expresión “nombre de hombre” (o “palabra hombre” en nuestra edición), hace referencia, con impresionante, aunque implícita, exactitud histórica, al juramento feudal por el que el vasallo se convertía en “hombre” del señor al prometerle lealtad. Según Rousseau, era un deshonor para la raza humana asociar su nombre con un acto de subordinación*” (1998:116).

orden social y político, pero no para su *mantenimiento*, ya que en este último caso la voluntad contraria de sólo un miembro frustraría la formulación de la voluntad social.

El *principio de la mayoría* aparece, pues, como la aproximación “*relativamente mayor a la idea de la libertad*” (ib.22), pues es la mayor aproximación a la *unanimidad* de la convención originaria.

Este es **un nuevo paso de la metamorfosis** de la idea de la libertad:

*“En cuanto a la democracia, inspirándose, al menos hipotéticamente, en la idea de la libertad, desarrolla por determinaciones de la mayoría el orden inicialmente creado por unanimidad, viene a conformarse con una mera aproximación a la idea original. Es un paso más en la metamorfosis de la idea de libertad que todavía se interprete como autodeterminación, o sea como gobierno exclusivo de la propia voluntad, el hecho de la sumisión a la mayoría”* (ib.21).

El principio de la mayoría deriva, entonces, del principio de la libertad y no del principio de igualdad.

Ahora bien, el principio de la mayoría, en sí mismo, responde a un significado cuantitativo en cuanto que más votos tendrían más peso que la menor cantidad de ello. Ello vendría a significar la afirmación de la superioridad de los muchos sobre los pocos y, por tanto, significaría el ingreso del principio de la fuerza por sobre el contenido ético-espiritual del Derecho. De allí que la idea de que sean *libres* la mayor cantidad posible de personas, conduce, de manera lógica, al principio de la mayoría<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> La idea de la libertad como principio vertebrador de la democracia aparece de manera clara en ARISTÓTELES. En efecto, en *La Política*, en el Libro VII que trata “De la organización de los poderes en la oligarquía y en la democracia”, Capítulo II que titula precisamente “Bases de las la instituciones democráticas - La libertad”, nos dice: “*El sistema democrático reconoce como principio la libertad, que es al mismo tiempo su fin. Parece que sólo en la democracia puede haber verdadera libertad, cuyo primer carácter es la alternativa del mando y de la obediencia. El derecho político en la democracia es la igualdad, basada en el número y no en la virtud. Se sigue de este principio que el pueblo es siempre soberano, y que la voluntad de la mayoría es la ley suprema. Así, en la democracia, los pobres son soberanos con exclusión de los ricos, porque son los más numerosos, y prevalece la opinión de la mayoría. Este es el primer carácter distintivo de la libertad, que consideran indispensable los partidarios de la democracia. El segundo carácter de la democracia es el derecho de vivir cada cual como mejor le parece: el hombre libre, se dice, debe hacer su voluntad, así como el esclavo debe someterse a la ajena. Resulta de estos principios que ninguno,*

---

*en la democracia, puede ser mandado, o que, si obedece, debe ser bajo la condición de mandar a su vez. Así, en este sistema se combina la libertad con la igualdad. Esto dicho ¿cuáles serán las bases de una constitución democrática? En primer lugar, todos los ciudadanos deben ser electores y elegibles para todas las magistraturas. Todos deben mandar a cada uno, y cada uno a todos, alternativamente. Los cargos, al menos los que no exigen demasiada experiencia, deben discernirse a la suerte. El censo no debe existir o ser insignificante. Nadie debe ocupar dos veces el mismo cargo, o rara vez, en funciones de poca importancia; deben exceptuarse los empleos militares. La duración de las magistraturas se limitará todo lo posible. Los jueces, que serán todos, o elegidos entre todos, juzgarán todos los negocios, o al menos los más importantes, como la responsabilidad de los magistrados, los políticos y los civiles. La asamblea del pueblo estará investida del poder supremo, dejando a los magistrados atribuciones secundarias.....*

*Tales son las bases de las instituciones democráticas. Emanan directamente del principio democrático, es decir, de la perfecta igualdad entre los individuos, que parece constituir esencialmente este sistema de organización política. Es innegable que la igualdad existe cuando pobres y ricos llegan indistintamente a las magistraturas y cuando no son solamente soberanos los pobres, sino todos igualmente, siguiendo el criterio del número. Sólo así habrá en la democracia verdadera libertad e igualdad.”* (1996: 204-206).

El orden conceptual arriba transcrito permite, de manera descriptiva, relacionar los principios o valores que sustentan a un sistema rigurosamente democrático en cuanto que cada ciudadano es tan igual a otro que cada uno tiene idéntico valor numérico que otro, ya que cada uno asciende o *vale* uno, y sólo uno, y de allí que sea libre, pues no existe, en tal sistema, otro cuyo valor exceda de uno, y por esa *diferencia o distinción en su valor*, esté autorizado a mandar.

Creo necesario advertir que al momento de fundamentar la adscripción a un sistema político en el cual gobiernen las leyes en lugar de *un individuo de mérito*, confrontando con la sofocracia platónica, ARISTÓTELES exige una consideración diferente hacia el principio de la mayoría.

En efecto, al tratar también en *La Política*, en el Libro Tercero –“Del Estado y del ciudadano – Teoría de los gobiernos y de la soberanía – De la monarquía”-, en el Capítulo Décimo, al continuar refiriéndose precisamente a las diversas clases de monarquía, Aristóteles se pronuncia en favor de un sistema político que esté gobernado por un sistema de leyes que no provenga de la soberanía de un sólo hombre sino, por el contrario, de una muchedumbre que decida en base al principio de la mayoría. Sin embargo, para que esta mayoría se encuentre legitimada para dictar leyes impasibles o exentas de las pasiones humanas y, por ello, dignas de gobernar, no basta el número, sino que se requiere de la mayoría que sea virtuosa. Es aquí necesario aquí recordar que virtud supone conocimiento, sabiduría, honradez. Y es por ello que la respuesta a esa preferencia política de Aristóteles se encuentra en la propia pregunta que formula: “¿No será evidente que esa mayoría numerosa será más incorruptible que un hombre solo?” (1996:114). La mayoría *vale*, entonces, para gobernar a través de leyes a las cuales les es inherente un criterio universal, y no individual, si responde a un criterio

La idea de la libertad que porta el principio de la mayoría, a través del cual se ha de formular la voluntad estatal, significa, pues, que los sujetos al orden estatal participan en la formulación de ese orden.

El poder estatal es creado exclusivamente a partir de la cooperación de los individuos.

Para Kelsen esta transformación del concepto de libertad, desde la idea de no sumisión del individuo a autoridad social o estatal alguna, a entenderse cooperación en la formulación del poder estatal, “*refleja el tránsito del liberalismo a la democracia*” (ib.24 destacado me pertenece).

Pues bien, esta profunda transformación del concepto de libertad tiene consecuencias graves para la libertad individual.

Es que si la idea de libertad de cuño rousseauiano desplaza la libertad del *súbdito* en favor del *ciudadano*, ya que, según Rousseau, el *súbdito* renuncia a su libertad para recuperarla como *ciudadano*, y éste sólo es parte invisible de una entidad colectiva –el Estado–, aquello que es libre es la persona del Estado, y no el individuo en sí.

Kelsen culmina este itinerario de las metamorfosis de la idea de libertad en los siguientes términos:

*“...Esto se expresa también diciendo que únicamente es libre el ciudadano de un Estado libre. El lugar de la libertad del individuo es ocupado por la soberanía del pueblo, o, en otros términos, el Estado libre como supuesto fundamental....Éste es el último grado en la metamorfosis de la idea de la libertad....el ciudadano sólo es libre merced a la voluntad colectiva y que, por lo tanto, al que se niegue a someterse a esta voluntad, debe obligársele a ser **libre** sometiéndole*

---

de distinción o diferencia al del mero peso numérico consistente en la virtud de cada uno de sus componentes.

Introduce, entonces, un elemento valorativo que espiritualiza a la mayoría y, por ello, la legitima como concepto de dominación. No es la *fuerza* numérica la que domina, sino el *contenido virtuoso* que dicha fuerza significa o encarna. El derecho positivo que de ella dimana es, pues, legítimo y, en consecuencia, digno de ser obedecido, digno de constituir *el gobierno de las leyes* y no de individuos que dominan.

Aristóteles, cuando caracteriza a las diversas formas de gobierno, particularmente en relación a su fin –para el filósofo “*la naturaleza de toda cosa es precisamente su fin*” (1996: 29)–, es porque previamente ha estudiado comparativamente un considerable número de constituciones referidas a diversos regímenes políticos y, entre ellas y en particular, a las de Atenas (BARBARÁ J. E. 2016:52-53).

*de modo coactivo a la voluntad del Estado. Más que una paradoja, es un símbolo de la democracia, que en la República genovesa se leyese en las puertas de las cárceles y en las cadenas de los galeotes la palabra “Libertad” (ib.27-28 destacado del propio autor)<sup>10</sup>.*

La relación de tensión entre las libertades individuales inherentes a la idea de libertad del liberalismo, en cuyo amparo se ha de construir el Estado Constitucional Representativo, y la idea de libertad de la democracia de cuño rousseauiano, a la cual también le debe su construcción ese mismo tipo de Estado, reclaman reflexiones para la necesaria convivencia de ambas *ideas*.

Es por ello que ahora estamos en situación de examinar, en Kelsen, el concepto de representación que pretende caracterizar y definir particularmente al Parlamento, órgano fundamental del Estado de Derecho Liberal y Democrático.

## **El Parlamento y la Representación**

Kelsen sostiene que la existencia de la democracia depende del Parlamento es un instrumento útil para resolver las necesidades sociales. Y ello porque, según entiende, el Parlamento es la única forma *real* en que puede traducirse la idea de la democracia en la realidad social, aunque la democracia y el parlamentarismo no sean idénticos.

Es de la convicción que las críticas al Parlamento se deben a la ignorancia acerca de la *esencia objetiva* a la que responde el Parlamento, que no debe confundirse con interpretaciones subjetivas que parten del lado de aquellos a quienes les interesa la subsistencia del Parlamento.

Ello significa que Kelsen va a desagregar el concepto que considera erróneo y desde el cual se ha pretendido caracterizar y definir al Parlamento, más precisamente va a desplazar a la representación del concepto mismo de parlamentarismo. En efecto, para Kelsen la representación ha resultado funcional o útil a los enemigos de la democracia al brindarle argumentos eficaces para atacarla.

---

<sup>10</sup> Véase Rousseau, ob. cit., Libro I, Caps. VI y VII.



Por tanto, al definir al parlamentarismo y al penetrar en el lugar donde el parlamentarismo contiene la idea de la libertad, prescinde total y deliberadamente de la institución de la representación.

Kelsen define al parlamentarismo de la siguiente manera: “*Formación de la voluntad decisiva del Estado mediante un órgano colegiado elegido por el pueblo en virtud de un derecho de sufragio general e igual, o sea democrático, obrando a base del principio de la mayoría*” (ib.50).

En esta definición se destacan dos conceptos, a saber: a) la voluntad estatal la expresa un órgano colegiado diferente del pueblo aunque **elegido** por éste. Es decir, la voluntad estatal se formula no de manera directa por el pueblo sino de manera *indirecta* por un órgano colegiado. **Observemos que es aquí donde omite la figura de la representación.** b) el órgano colegiado obra en base al principio de la mayoría.

Del juego de estos dos conceptos Kelsen va a pulverizar, de manera magistral, a la institución misma de la representación.

En efecto, Kelsen advierte que es en el principio de la mayoría que se muestra la idea de la libertad, aunque mermada, según ya se ha explicado. Allí se encuentra, en cuanto aproximación a la unanimidad, la libertad en el sentido de autodeterminación.

Pero el otro elemento, el referido al *carácter indirecto* de la formación de la voluntad estatal, se vincula con el imperativo de la división del trabajo social. Este imperativo se opone al sentido básico de la idea de la libertad, en cuanto ésta sólo se deja realizar a través de manifestaciones de voluntad *directa* por parte de todos los integrantes de una *asociación o pueblo* susceptibles de transformarse en decisiones estatales. Mientras mayor sea la distancia que mediere entre las decisiones de órganos estatales diferentes del pueblo en razón del imperativo de división de trabajo social y aquellas decisiones ejercidas por el pueblo por sí mismo, mayor será la pérdida de la libertad.

Kelsen formula, entonces, una rigurosa ley de cumplimiento inexorable, y con carácter de fatalidad para la subsistencia de la libertad, en los siguientes términos:

“*Toda diferenciación del organismo del Estado destinada a la división del trabajo y toda transferencia de cualquier función oficial a un órgano distinto del pueblo, significa necesariamente una restricción de la libertad*” (ib.52).

En consecuencia, el parlamentarismo debe ser entendido “*como una transacción entre la exigencia democrática de la libertad y el principio, imprescindible para todo progreso de la técnica social, de la distribución diferenciada del trabajo*” (ib.52).

El Parlamento es, pues, un resultado del principio de la división del trabajo social.

Y ello porque la voluntad estatal no es expresada directamente por el pueblo sino de manera indirecta por un órgano muy distinto del pueblo, aunque elegido por éste. El ideal democrático sufre una considerable restricción de la libertad en virtud de ese carácter indirecto de la voluntad estatal, resultado tal carácter por el principio de división del trabajo social.

Kelsen sostiene, entonces, que precisamente para ocultar semejante pérdida de la libertad es que se ha recurrido a la institución de la representación.

Previo a detenernos en la representación, estimo necesario señalar que Kelsen entiende que la representación resulta de la transferencia de la voluntad de un sujeto a otro, se trata de una *delegación* de la voluntad individual.

La raíz de esa *delegación* de la voluntad individual se encuentra en el derecho privado. El mandato imperativo medieval, resultante del carácter contractual propio de las relaciones de poder de la Edad Media, va a ser sustituido en la modernidad por el mandato *libre*, pero cuya esencia sigue siendo la misma: la transferencia de la voluntad del mandante al mandatario. La figura jurídica del *consentimiento*, inherente a toda relación contractual, en nuestro caso para que *un mandante* legitime a *un mandatario*, también es de raíz contractual privatista. La sustancia de la *elección* consiste en ser un correlato instrumental de un *consentimiento* respecto de aquél a quien se ha *elegido y, por ello, consensuado*<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> KELSEN, en su *Teoría Pura del Derecho*, es explícito en la reiterada referencia a figuras del derecho privado al referirse a la representación política. Por lo demás, la “ficción de la representación” como concepto vinculado a la representación política, permanece en esta obra (1995:302-305). Creo asimismo pertinente apuntar que BERNARD MANIN entiende, entre los principios del gobierno representativo, al triunfo de la elección sobre el sorteo y el rol esencial que cumplió el consenso de raíz medieval y de origen de Derecho Romano para aquel “triunfo de la elección”. Véase, ob. cit., Cap. 2, en particular pág. 103 y sigtes.

Kelsen observa esta línea conceptual de raíz privatista para entender a la representación política.

En efecto, Kelsen entiende que “según su concepto ideológico, la elección ha de significar una **transferencia de voluntad** de los electores a los elegidos...esta interpretación ideológica de la elección se halla visiblemente inspirada por la intención de mantener en pie la **ficción** de la libertad. **Puesto que la voluntad para permanecer libre sólo puede determinarse ella misma**, hace falta interpretar que la voluntad de los elegidos traduce la voluntad de los electores. De aquí la identificación ficticia de los electores con los elegidos. Ahora bien, **el significado objetivo de la elección no acompaña a esta ideología subjetiva**, sino que, por lo contrario, el contenido **real** de esta función es muy distinto” (ib. 117 destacado me pertenece).

La naturaleza contractual que la transferencia de la voluntad supone y la idea de la libertad en el sentido de autodeterminación -o autonomía de la voluntad-, muestra, de manera palmaria, la línea de derecho privado con que Kelsen analiza la representación.

Kelsen entiende que la figura de la representación pretendió ocultar la enorme pérdida de la libertad que se produce a causa del principio de división del trabajo. Es que cuanto más grande y complejo se vuelve el colectivo social tanto menos se encuentra en condiciones de expresar *de manera directa* la voluntad social y política. Ante esa imposibilidad de carácter técnico social se hace menester que, por aplicación del principio de división del trabajo, la formulación de la voluntad estatal quede a cargo de determinados órganos diferentes del pueblo, pero responsables ante él.

Pero el parlamentarismo, al tiempo que fue resultante de aquel principio de división del trabajo, **afirmó la creencia que expresaba, de manera exclusiva, la idea de la libertad.**

Kelsen señala que la ficción de la representación servía para este último fin. Esta ficción consiste en la idea “*de que el Parlamento no es más que el lugarteniente del pueblo, y que el pueblo puede exteriorizar su voluntad solamente dentro de y por el Parlamento*” (ib.53), aunque todas las Constituciones establecen la condición de que los representantes no tienen que recibir de sus electores mandatos imperativos, sino que aquéllos son jurídicamente *independientes* del pueblo.

La ficción de la representación sirve, pues, para legitimar al Parlamento en base al principio de la soberanía del pueblo.

Pero es el caso que el principio de división del trabajo, de cuya aplicación resulta la existencia del Parlamento y el consecuente carácter *indirecto* de la formulación de la voluntad estatal, es contrario e incompatible con la idea de la libertad individual.

Haber recurrido a la representación para legitimar la idea de la libertad en el Parlamento resulta una contradicción insuperable. Por ello, sostener esa idea es un engaño.

De allí que sea necesario expulsar del concepto de Parlamento a la representación en cuanto idea de la libertad.

Y es precisamente lo que hace Kelsen.

Por lo tanto, la eliminación de la representación del concepto de Parlamento en razón del carácter ficticio de esa institución no sólo está motivada en un requerimiento teórico de rigor conceptual en relación a la comprensión del parlamentarismo.

Esa eliminación está mucho más motivada en una cuestión argumental de carácter práctico: destruir el argumento de los enemigos de la democracia parlamentaria consistente en que ésta se funda en un engaño manifiesto, argumento cuya veracidad Kelsen expresamente reconoce en los siguientes términos:

*“Esta patente ficción, destinada a ocultar la verdadera y esencial restricción que experimenta el principio de la libertad por el parlamentarismo, ha facilitado a los adversarios el argumento de que la democracia se funda en un engaño manifiesto”* (ib.53).

El adversario de la democracia sostiene, entonces, que la voluntad estatal formulada por el Parlamento no es la voluntad del pueblo, ya que la voluntad del pueblo sólo se expresa en el momento de la elección de los representantes.

Kelsen advierte que este argumento es exacto si se pretende legitimar al parlamentarismo por el lado de la soberanía del pueblo.

Y es por ello aquella construcción del concepto del Parlamento excluyendo la ficción de la representación.

Kelsen entiende que el auxilio de esa ficción no es necesario.

El Parlamento puede justificarse como medio específico y técnico social para la estructuración de un orden estatal.

Este imperativo de la división del trabajo aparece como exigencia de todo tipo de Estado, también en las autocracias.

Esto último porque necesariamente el autócrata también requiere de organismos colegiados para la legislación, tales como consejeros, asambleas o como fuere que se llamaren, en razón de que sólo no puede gobernar.

La circunstancia de que la designación de los integrantes de tales organismos colegiados se deba, en un caso al nombramiento del autócrata y, en el otro, a la elección por el pueblo, tiene ciertamente importancia.

Pero es mayor el que tienen desde el punto de vista ideológico.

De allí la importancia del elemento ideológico que *tambié* define al parlamentarismo democrático consistente en la comprensión del principio de la mayoría como expresión de la libertad.

Kelsen, pues, va a concebir al parlamentarismo como una transacción necesaria entre la idea rudimentaria de la libertad política contenida en el principio de la mayoría y el principio de la diferenciación del trabajo.

## **El principio de la mayoría y la realidad de la democracia**

Quedaría trunca la comprensión del principio de la mayoría si sólo nos quedáramos en su momento ideológico.

En efecto, para Kelsen el principio de la mayoría juega un rol fundamental en la **realidad** de la democracia.

En razón de que arriba hemos adelantado que el concepto de representación se formula en el marco del significado de la ideología y de la realidad del sistema parlamentario democrático, nos detendremos de manera sintética para observar la democracia en su realidad a partir del principio de la mayoría.

Pues bien, Kelsen sostiene que el principio de la mayoría, por su propio concepto, requiere de una minoría.

Este principio no significa la dictadura de la mayoría sobre la minoría. No es razonable sostener un permanente gobierno de la misma mayoría, pues la minoría dispondría del último recurso de renunciar a su intervención, despojando, con ello, a la mayoría en su condición de tal.

Kelsen advierte que la denominación precisa requiere llamar al principio de que se trata como "*principio de la mayoría y de la minoría*".

La existencia de una mayoría y de una minoría significa que se trata de la formación de dos grupos dinámicamente cambiantes y que todo el

procedimiento parlamentario tiende a lograr transacciones o acuerdos que posibiliten la formulación de la voluntad estatal.

Este esfuerzo es tanto más intenso en cuanto la mayoría, las más de las veces, es, en verdad, una primera minoría, que debe esforzarse en realizar acuerdos o transacciones, para lograr una unión, posponiendo lo que estorba a esa unión, en favor de lo que contribuye a ella. Ése es el significado que Kelsen otorga a esa *transacción*.

Conviene aquí también reproducir las palabras de Kelsen para que se advierta la relevancia que otorga a aquella *transacción* derivada del principio de la mayoría:

*“Las ventajas que ofrece el principio de la mayoría dentro del sistema parlamentario como principio de transacción y elemento de equilibrio entre los términos opuestos, son apreciables a primera vista en la práctica parlamentaria. Todo el procedimiento parlamentario descansa sobre la fijación de una línea media entre los intereses opuestos como resultante de la pugna sostenida por las fuerzas sociales. Es la garantía para que los distintos intereses de los grupos representados en el Parlamento se manifiesten y puedan darse a conocer en un procedimiento público”* (ib.86, destacado me pertenece).

La fijación de un punto de equilibrio entre fuerzas opuestas y en pugna que a nivel institucional se logra a través de la transacción, permite observar que los antagonismos propios de la vida social, la conflictividad social misma, se resuelve de manera armónica y pacífica.

Los intereses extremos y unilaterales de fuerzas sociales antagónicas se renuncian recíprocamente en beneficio de acuerdos o transacciones que contienen un equilibrio equidistante de aquellos intereses.

Pero la transacción no sólo juega un rol crucial para la realidad de la democracia sino que también lleva en sí misma el principio de la libertad.

En efecto, la transacción es un contrato que en el escenario del orden social y político reproduce la unanimidad contenida en la convención originaria, convención o contrato que significó la creación del orden social por los propios sujetos al mismo, abandonado el estado de naturaleza. La transacción es la mejor aproximación a aquella unanimidad y, por esa razón contiene, pues, la idea de la libertad.

La violencia como instrumento de dominación causa repulsa a la realidad y a la ideología de la democracia:

“Si existe alguna forma que ofrezca la posibilidad de apartar esta contraposición abismal, tan deplorable como real, de la catástrofe a que conduciría el camino de la revolución sangrienta, llevándola a una armonía pacífica y gradual, sólo puede ser la democracia parlamentaria, cuya ideología es, en verdad, una libertad no asequible en la práctica social, pero **cuya realidad es la paz**” (ib. 98, destacado me pertenece).

Kelsen encuentra en la democracia parlamentaria la única posibilidad de armonizar las tensiones y contrastes inherentes al pluralismo social, tensiones y contrastes que a su vez dependen del grado de homogeneidad y de heterogeneidad de una sociedad, a través de un modelo de integración y no de conflicto.

El método dialógico que Kelsen deriva del principio de la mayoría, permite arribar a acuerdos como manera pacífica de superar la conflictividad social y plasmarse en la formulación de la voluntad estatal.

El orden normativo así creado compatibiliza la idea de la libertad con la autoridad emanada de ese mismo orden normativo.

Kelsen efectúa, pues, una profunda defensa de la democracia en su dimensión parlamentaria, en particular de los ataques que recibe desde la izquierda y desde la derecha.

## Reflexiones Finales

El concepto de representación en Schmitt y en Kelsen no sólo es enteramente diferente en uno y en otro sino, y particularmente, antagónico.

Esta relación antitética la referí en la “Introducción” de este trabajo a fin de guiarnos en la búsqueda de la compatibilidad entre su significado y la forma de gobierno representativa propia del Estado de Derecho que se asume como democrático.

Aunque sin mencionarse recíprocamente, Schmitt y Kelsen se encuentran sin embargo, recíprocamente presentes en uno y en otro.

De la riqueza provocativa de ambos pensamientos, haremos sólo algunas reflexiones que nos nacen de sus miradas recíprocas, no expresadas por ninguno de ambos autores, pero que nos nacen de esa implícita riqueza provocativa.

Considero que para Schmitt, Kelsen estaría atrapado en un esclarecimiento del significado y sentido de la representación en cuanto *Vertretung*,

dentro del “*amontonamiento*” de conceptos propios del derecho privado. Por ende, Kelsen ignoraría la singularidad política y jurídico-política de su significado y sentido que reclama un ser superior de existencia pública que refleje la imagen de una también existencial y superior unidad del pueblo. Ignoraría, pues, que se trata de una *Repräsentation*.

Para Schmitt, afirmar que el Parlamento es una diferenciación del Estado impuesto por la división de trabajo social, es decir por razones técnico-sociales, es convertir al Parlamento en un ámbito de comisionados o encargados de negocios representantes de intereses particulares, incluyendo en ese carácter a los intereses electorales. El Parlamento sería una Comisión que no representa sino que sería exponente dependiente de un grupo mayor que lo ha formado por razones técnicas. La ignorancia consistiría aquí, pues, en no comprender que el Parlamento es representante del pueblo, no agente dependiente de organizaciones electorales y de intereses. Sería, en definitiva, transformar, saqueándolo, al concepto de representación (*Repräsentation*) que pertenece, de manera exclusiva y excluyente, al ámbito público y de derecho público, de carácter aristocrático en cuanto selección de los mejores, en un concepto menor de carácter privado (*Vertretung*), en una comisión de masas electorales, ignorando particularmente que “lo representativo” es precisamente lo no-democrático de una democracia.

Schmitt, para arribar al concepto de representación, parte de una mirada fuertemente crítica al Estado de Derecho, al cual considera que no configura forma de gobierno alguno. No es una forma de configurar una unidad política del pueblo, y, por ello, no es capaz de significar una forma política propia. Democracia, aristocracia y monarquía son formas políticas porque permiten comprender al Estado como un *status* del pueblo en el sentido de una unidad política. El Estado de Derecho, no. El Estado de Derecho consiste sólo en asegurar las garantías de las libertades burguesas y limitar el ejercicio del poder estatal. Se trata de la protección de las “libertades burguesas”, no de reflejar al pueblo como un todo -“el Pueblo”- o a ideas abstractas como la Libertad o la Igualdad. Las libertades burguesas, vinculadas a intereses diferentes a los del pueblo como un todo, no son susceptibles de representación. Sólo pueden erigir, por razones técnicas o económica, agentes o comisionados, pero carecen de la dignidad superior que posibilita la existencia de una representación. La denominación que reserva para ese tipo de Estado es congruente con esa posición crítica, pues lo llama Estado *Burgués* de Derecho.



Kelsen arriba al concepto de representación por el camino de la libertad entendida como autodeterminación. Libertad que, al derivarse de la igualdad de cada integrante del género humano, excluye cualquier concepto de superioridad o señorío susceptible de legitimar el dominio de una persona sobre otra persona. El escenario del estado de naturaleza que permite observar esta repulsa hacia la heteronomía y al dominio ajeno, sitúa a Kelsen en el ámbito del contractualismo. Abreva en el contrato originario rousseauiano pero, sin embargo, es consecuente con la ideología contractualista kantiana que entiende la libertad como autonomía de la voluntad y sobre la cual edifica el Estado de Derecho en sentido material<sup>12</sup>.

Es que al conceptualizar al Parlamento advierte que en el principio de la mayoría se encuentra la idea de la libertad en cuanto aproximación a la unanimidad, es decir, la libertad en el sentido de autodeterminación.

En razón de que una voluntad autónoma, para ser tal, no puede transferirse si pretende seguir siendo libre, no es posible transferir la libertad de los electores a los elegidos.

Incluir a la representación para explicar la existencia de la libertad en el Parlamento, particularmente en su pretensión democrática, es un contrasentido que, por ello, lo torna vulnerable a ataques provenientes de adversarios del parlamentarismo.

La ficción de la representación sólo sirve para ocultar la real pérdida de libertad que la institución parlamentaria significa en razón del carácter indirecto de la formación de la voluntad estatal.

De allí el decidido rechazo de esa institución al momento de definir al Parlamento.

Kelsen es rigurosamente congruente con la línea conceptual que entiende la creación y el mantenimiento del orden social a partir de su origen contractual.

---

<sup>12</sup> Para la configuración del Estado de Derecho en sentido material en KANT, véase, particularmente, *La Metafísica de las Costumbres*. Para la naturaleza humana que se resiste al dominio impuesto por el orden social, véase, en KANT, el “cuarto principio” de la naturaleza humana –la “insociable sociabilidad”– en *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita*. Para el rol del principio de autonomía de la voluntad en la configuración del Estado de Derecho, véase BARBARÁ J. E. en *Estado de Derecho y autonomía de la voluntad*.

Esa línea conceptual es sustancialmente antagónica a la de Schmitt. A poco que se observe que en Schmitt el principio de la representación se liga a un monarca absuelto de observancia a procedimiento normativo alguno *-de legibus solutus-*, absuelto precisamente del *principio de la normatividad* que Kelsen entiende que reina en el mundo social y político, se advertirá el abismo infranqueable que existe entre Schmitt y Kelsen al momento de ocuparse del concepto de representación.

Antagonismo que se revela de manera palmaria en el concepto de superioridad y dignidad que caracteriza a la persona del representante -“*el contenido del valor superior y de la alta dignidad que inviste la persona del representante*”-, reflejo del valor y dignidad superior a representar *-Dios, el Pueblo*, “*o ideas abstractas como la Libertad y la Igualdad*”- y que se contrapone con la esencial exigencia de ausencia de todo tipo de superioridad entre los hombres de la que Kelsen parte al momento de comprender no sólo a la representación y al Parlamento, sino a todo orden social que contenga, aunque fuera de manera rudimentaria, a la idea de libertad individual que la democracia supone.

Por todo ello, considero que la eliminación de la representación del concepto de un orden social que se asume democrático a través del órgano parlamentario entiendo resuelve el *problema* que plantea la representación para la teoría política y para la teoría constitucional.

Sin embargo, este esclarecimiento del *problema* no significa la pretensión de eliminación de la expresión “*forma de gobierno representativo*” de las Cartas Constitucionales. Entiendo que el anclaje jurídico de la expresión “*representativo*” referencia una costumbre jurídica instalada en el más alto grado jurídico estatal. Empleo la expresión “*costumbre jurídica*” no sólo en razón de su reiteración en normas jurídicas, sino, y particularmente, porque tanto la expresión latina *mos*, *-ris* cuanto la expresión alemana *Sitte*, si bien significan “*costumbre*”, de sus respectivas raíces derivan las palabras *moral* y *moralidad* -*Sittlichkeit* o *Moralität* en alemán-. Esa *buena costumbre* jurídicamente establecida ha llegado a alcanzar el valor simbólico para el imaginario social de tratarse de un gobierno democrático y no autocrático. Y ello es razón bastante para continuar con la denominación de “*gobierno representativo*”.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ARISTÓTELES (1996). *La Política*. Alba, Madrid.
- BARBARÁ, Jorge Edmundo (2016). “El Problema de la Democracia”. En *Revista de la Facultad. Vol.VII - N° 2 - Nueva Serie II (2016)- Facultad de Derecho –Universidad Nacional de Córdoba- Argentina*. La Ley, Buenos Aires.
- \_\_\_\_\_ (2008) *Estado de Derecho y autonomía de la voluntad*. Advocatus, Córdoba, Argentina.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, Santiago y JAY, John (1943). *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica, México DF.
- HELLER, Hermann (1998). *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México DF.
- KANT, Immanuel (1996). *La metafísica de las costumbres*. Altaya, Barcelona.
- \_\_\_\_\_ (1997). *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita*. Incorporado en *Filosofía de la historia*. Fondo de Cultura Económica, México DF.
- KELSEN, Hans (1977). *Esencia y valor de la democracia*. Punto Omega/Guadarrama, Barcelona.
- \_\_\_\_\_ (1995). *Teoría pura del derecho*. Porrúa, México DF.
- KENNEDY Ellen (2007). “Schmitt y la Escuela de Frankfurt. La Crítica Alemana al Liberalismo en el Siglo XX”. En *Política y Orden Mundial. Ensayos sobre Carl Schmitt*. Juan Carlos Corbetta y Ricardo Sebastián Piana (comp.). Prometeo Libros, Buenos Aires.
- KRIELE, Martin (1980). *Introducción a la Teoría del Estado*. Depalma, Buenos Aires.
- MANIN, Bernard (1998). *Los principios del gobierno representativo*. Alianza Editorial, Madrid.
- MARCHAND, Xavier (2007). “Parlamentarismo y democracia. Las doctrinas de Carl Schmitt y René Capitant”. En *Política y Orden Mundial. Ensayos sobre Carl Schmitt*. Juan Carlos Corbetta y Ricardo Sebastián Piana (comp.). Prometeo Libros, Buenos Aires.
- PINTO, Julio y Juan Carlos CORBETTA (comp.) (2005). “*Reflexiones sobre la teoría política del siglo XX*”. Prometeo Libros, Buenos Aires.
- PITKIN, Hanna (2014). *El concepto de representación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- RIBERI, Pablo (2014). *Teoría de la representación política*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- ROUSSEAU, Jean Jacques (1985). *El contrato social*. Sarpe, Madrid.
- SCHMITT, Carl (2011). *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial, Madrid.
- \_\_\_\_\_ (2009). *Catolicismo y forma política*. Areté, Buenos Aires.

\_\_\_\_\_ (1984). *El concepto de lo político*. Folios Ediciones, Buenos Aires.  
SIEYES, Emmanuel (2003). *¿Qué es el Tercer Estado?* Alianza Editorial, Madrid.

**ACCIÓN PENAL:  
PRESCRIPCIÓN Y LA LEY DE ÉTICA PÚBLICA  
FUNDAMENTO DE LA CAUSAL DE SUSPENSIÓN  
POR DELITOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS  
(Art. 67 2<sup>do</sup>. párrafo CP)\***

*Enrique R. Buteler\*\**

**Resumen:** El cómputo del término de prescripción se suspende en los delitos cometidos por funcionarios públicos mientras éstos permanezcan en su cargo (art. 67 2do. párrafo CP). La norma, que rige desde 1964, plantea problemas para encontrar un fundamento que justifique los alcances que se le asignan. Estas dificultades se profundizaron con los cambios introducidos a la fórmula por la ley de ética pública N.º 25.188 en el año 1999. Procuraremos demostrar cómo ese vínculo entre dicha ley y esta causal de suspensión, permite hallar su verdadero fundamento y superar esos problemas de interpretación.

**Palabras clave:** Acción penal. Extinción. Prescripción. Suspensión. Ley de ética pública. Funcionario público.

## 1. INTRODUCCIÓN

La prescripción se caracteriza porque el paso del tiempo tiene efectos extintivos sobre la pretensión punitiva. De ese modo, aunque el delito subsiste como acción típica, antijurídica y culpable, deja de ser punible<sup>1</sup>.

---

\* Artículo recibido el 5/7/2019 ~ Aprobado para su publicación el 20/12/2019.

\*\* Doctor, Magíster y Especialista en derecho penal y procesal penal. Profesor Adjunto por concurso de Derecho Penal Parte General. Codirector de carrera de especialización en Derecho penal. Ex Relator de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Vocal de la Cámara 6º del Crimen de la ciudad de Córdoba.

<sup>1</sup> LASCANO, Carlos J. (h), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni (Dir.), Marco A. Terragni (Coord.), 3a edición, editorial Hammurabi, Bs. As., 2012, tomo 2B, p. 169.

Esta asignación al tiempo de consecuencias jurídicas extintivas de la acción penal, se intenta explicar de distintas maneras.

El fundamento más generalizado, que consideramos central por su recepción por parte de la CSJN<sup>2</sup>, se relaciona con la gradual *cesación del daño social* del delito por el transcurso del tiempo, que hace inútil la respuesta penal<sup>3</sup>. Desaparecería la necesidad de penar al difuminarse el sentido y significado del delito cometido y convertirse en un dato histórico que ya no conmueve la subsistencia de la sociedad<sup>4</sup>.

Dicho de otro modo, se trataría de la “normativización de la desaparición de las emociones reactivas” generadas por el delito<sup>5</sup> ante la merma de sus efectos psíquicos (intranquilidad y alarma, temor, odio, necesidad de dar satisfacción al ofendido, ansia de retribución y pago, etc.)<sup>6</sup>.

Pero el fundamento de la prescripción también suele argumentarse de otras maneras.

Por un lado, se invocan razones de seguridad jurídica, pues elimina la incertidumbre en las relaciones jurídicas entre delincuente y estado<sup>7</sup>. Por otro lado, se argumenta que el transcurso del tiempo sin que el acusado vuelva a delinquir, permite inferir la desaparición de la necesidad preventivo especial de pena<sup>8</sup>. Incluso se ha sostenido que la extinción constituye una especie de sanción a la ineficacia de los órganos estatales encargados de la persecución penal<sup>9</sup>. Finalmente, desde perspectivas procesales, la

---

<sup>2</sup> CSJN, Fallos: 292-103, causa “Corradino”, ED 127-500, 6/11/87. Lo destacan HAI-RABEDIÁN, Maximiliano – ZURUETA, Federico, *La prescripción en el proceso penal*, 3a. Edición, edit. Mediterránea, Córdoba, 2017, p. 31, n. 23.

<sup>3</sup> Dicho de otro modo, “el paso del tiempo acalla la alarma social provocada por el delito y trasunta olvido y desinterés por el castigo”. Autores y obra citada, p. 30.

<sup>4</sup> RAGUES I VALLÈS, Ramón, *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, edit. Atelier, Barcelona, 2004 pp. 41 y ss,

<sup>5</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Malum passionis*. Mitigar el dolor del Derecho penal, edit. Atelier, Barcelona, 2018, p. 167.

<sup>6</sup> MERKEL, Adolf, *Derecho penal, parte general*, trad. Dorado Montero, Madrid, 2004. *Apud* autor y obra citada, p. 166-

<sup>7</sup> LASCANO, Carlos J. (h), obra citada, p. 169.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

extinción de la acción se sustenta en las dificultades probatorias derivadas de la desaparición de los rastros y efectos del delito por el paso del tiempo<sup>10</sup>.

Lo cierto es que cualquiera sea el fundamento, la prescripción siempre supondrá la decisión político-criminal de priorizar fines de menor necesidad de pena, ajenos a la lógica del merecimiento del castigo del delito e -incluso- a ciertas pretensiones preventivas. Por ello no han faltado las voces total o parcialmente contrarias a esta institución que propician, sino su eliminación, su exclusión frente a ciertos delitos especialmente graves.

En ese sentido, un autor de la jerarquía Beccaria, proponía limitar la prescripción para excluirla frente a *delitos atroces*; y –nada menos que– Bentham, planteaba directamente su eliminación por entender que constituye una puerta a una impunidad que incita la perpetración de nuevos delitos<sup>11</sup>.

En ese marco, resulta comprensible que se admitan excepciones por las cuáles, el paso del tiempo, no tenga siempre esos efectos en la impunidad del delito. Aunque éstas deben interpretarse fundada y restrictivamente, si se quieren evitar tensiones con la garantía de igualdad de trato ante la ley.

Por ello entendemos adecuado que hoy solo se admitan las que surgen específicamente de fuentes constitucionales y convencionales. Así ocurre con la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, de lesa humanidad y de los graves atentados al sistema democrático<sup>12</sup>.

La razón por la que en estos casos se excepciona la regla de la prescriptibilidad, tiene que ver con exigencias de una mayor necesidad de

---

<sup>10</sup> Autor y obra citada, p. 168.

<sup>11</sup> Autor y obra citada, p. 30.

<sup>12</sup> Es por ello, también, que el principal argumento para alegar la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, suele centrarse en interpretaciones de los alcances del art. 36 CN y los compromisos internacionales del país en esa materia. En efecto, el art. 36, 3er. párrafo de la CN consagra la imprescriptibilidad de los atentados contra el orden constitucional y el sistema democrático (art. 36, 3er. párrafo CN). Entre ellos, parecerían incluirse también, los *graves delitos dolosos contra el Estado que conlleven enriquecimiento* (art. 36 5to. párrafo CN) equipara a un atentado contra el sistema democrático, a quien incurriere *en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento*. Por lo cual, no deja de plantearse si ciertos delitos de corrupción resultan imprescriptibles. Y lo mismo ocurre con los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad a partir de la recepción legislativa de la Convención que consagra su imprescriptibilidad (celebrada en 1968, aprobada por el país mediante Ley N. 24.584, promulgada el 23 de noviembre de 1995).

persecución penal derivada de la gravedad especial y superior de estos delitos. Del mismo modo que el art. 62 del CP hace depender la extensión del término de prescripción de la entidad del delito<sup>13</sup>.

También el otorgamiento de efectos interruptivos a determinados actos de persecución penal que muestran la voluntad estatal de hacerlo del art. 67 CP, se relaciona con mayores necesidades de castigo evidenciada por los actos de persecución estatal<sup>14</sup>. Éstos actualizan el recuerdo social del delito ante el efectivo esfuerzo estatal por ejercer esa acción penal, cuya extinción, entonces, en absoluto tranquilizaría a la comunidad.

En lo que aquí nos interesa, el Código Penal de 1921 no contemplaba ninguna causal de suspensión del término de la prescripción. La primera de todas ellas, surgió por creación pretoriana de la CSJN, unos años después.

En efecto, el máximo tribunal del país, siguiendo precedentes franceses, admitió jurisprudencialmente que el cómputo del término de prescripción debía suspenderse su procedencia en caso de mediar un *obstáculo legal* que hiciera imposible ejercer la acción antes de su extinción por prescripción<sup>15</sup>.

De ese modo se procuraba evitar la afectación que ello supondría al *derecho a la defensa* del ofendido penalmente por ese delito—hoy diríamos, la tutela judicial efectiva—<sup>16</sup>.

Esta primera causal pretoriana, pronto fue receptada legislativamente con la incorporación de esa regla en el art. 67, 1er. párrafo CP por la ley 13.569 (1949). Allí se estableció que “la prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio”.

El fundamento que se dio a esta primera causal de suspensión, fue el mismo que le había dado la CSJN en su formulación pretoriana inicial. La afectación de los intereses del ofendido, que supondría la imposibilidad

---

<sup>13</sup> Lo advierte con claridad al introducir el análisis de los delitos imprescriptibles, LASCANO, Carlos J. (h), obra citada, p. 195.

<sup>14</sup> Por todos, se refiere a estos efectos, LASCANO, Carlos J. (h), otra citada, pp. 178 y 173.

<sup>15</sup> VERA BARROS, Oscar N., *La prescripción penal en el código penal*, 2da. edición con notas de actualización de Oscar Tomás Vera Barros, edit. Lerner, Córdoba, 2007, pp. 231 y cctes.

<sup>16</sup> Fallos CSJN: 194-242, (“Roigt v. Andrada”); JA, 1942-IV-841; LL, t. 28-665. VERA BARROS, Oscar N., obra citada, p. 231.



de cumplir con el deber de perseguir el delito por un impedimento que surge de la propia normativa legal.

De ese modo, el instituto nació relacionado con aquella lógica relativa a la existencia de impedimentos normativos para el ejercicio de la potestad punitiva.

Con posterioridad, el legislador incorporaría una segunda causal de suspensión del término de prescripción. Se trata del supuesto del funcionario público al que se refiere el art. 67, 2do. párrafo del CP. La hipótesis cuya interpretación aquí nos interesa aclarar.

Esta nueva causal de suspensión, fue introducida en el 2do. párrafo al art. 67 CP por la ley 16.648 (1964). En esta formulación inicial, la suspensión solo procedía frente a los delitos previstos en los capítulos 6, 7, 8, 9 y 10, del Título XI, libro II del Código Penal mientras cualquiera de los que hayan participado se encuentren desempeñando un cargo público". La ley 17.567 (1968) incorporará las figuras del capítulo 9 bis.

Se trata del grupo de delitos especiales de corrupción pública, integrados por las figuras de cohecho y tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, exacciones ilegales y -con la ampliación de la ley 17.567-, y enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados.

Al tener que desarrollar cuál debía ser la *ratio* para interpretar la nueva fórmula legal, se continuó con la lógica del impedimento de la primera causal del 1er. párrafo art. 67 CP. Con base en ello se intentó construir un fundamento relacionado con un impedimento fáctico -en vez de legal- derivado de los riesgos de la intervención ulterior del funcionario público, quién para ello aprovecharía la posición que le brinda su permanencia en el cargo.

Ese argumento podía tener un mayor asidero en esa formulación inicial. En ella era más fácil inferir o asociar la posibilidad de acciones eficaces del funcionario para obstaculizar el ejercicio de la acción penal. Sobre todo, si se atendía a su competencia en el marco de esos específicos delitos de corrupción pública que allí se trataban.

Sin embargo, ya en esa primera formulación, la lógica del impedimento permitía avizorar los problemas interpretativos que advertimos e intentamos responder aquí.

Esto es así, por cuanto esta causal de suspensión no contemplaba ninguna excepción a la suspensión del término en casos como los de

descubrimiento, inicio o incluso avance en la investigación del delito atribuido al funcionario que permanecía en el cargo. Algo que resultaba muy difícil –sino imposible– de compatibilizar con esa fundamentación basada en la idea del peligro de un impedimento real.

Esos problemas interpretativos se acentuaron decididamente con las reformas que introdujo a esta causal de suspensión en la ley de ética pública 25.188 (1999). Ésta amplió la fórmula del art. 67 2do. párrafo CP para extender la suspensión frente a *‘cualquier delito –por ende, para cualquier funcionario; y no solo los que intervenían en los delitos de corrupción pública de la fórmula original–*.

En efecto, en esta última redacción, la fórmula legal dirá que “la prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público”. Y ello aleja decididamente las posibilidades de vincular las posibilidades de investigación con riesgos reales derivado de acciones eficaces que el funcionario pueda interponer desde su cargo para la investigación del delito.

Pese a esta última reformulación, la doctrina y jurisprudencia dominantes mantuvieron el fundamento original del instituto. Aquél relacionado con la idea del impedimento de la primera causal. En otras palabras, se insistió con la adaptación del argumento desarrollado para los impedimentos legales para estos casos de riesgo de impedimentos fácticos.

Esa lógica del impedimento, incluso pareció consolidarse como fundamento común para todas las causales de suspensión ante su compatibilidad con las otras que sucesivamente se fueron añadiendo.

En efecto, la propia ley de ética pública (25.188) introdujo una nueva causal de suspensión en el art. 67 3er. párrafo CP para los delitos de atentado al sistema democrático previstos en los arts. 226 y 227 bis CP –hasta tanto se reestablezca el ordenamiento constitucional–. Y con posterioridad, la ley 27206 (2015) incorporó otro supuesto en un 4to. párrafo que se añadió al citado art. 67 CP. En este caso, en delitos sexuales cometidos contra menores de edad, mientras la víctima no sea mayor y ejerza la acción o ratifique la ejercida por sus representantes legales.

Así las cosas, intentaremos mostrar cómo la asignación de esa *ratio* a esta causal de suspensión del art. 67 párrafo 2do. CP, no es adecuada para justificar los alcances que se le asignan en la ley y en su interpretación doctrinaria y jurisprudencial.

Paralelamente, presentaremos el que para nosotros constituye el verdadero fundamento superador de este instituto. Éste será desarrollado a partir de la vinculación que la reforma de la ley de ética pública planteó entre esta causal de suspensión de la prescripción frente a funcionarios públicos y los fines de mayor transparencia que se buscan a través de esa ley<sup>17</sup>.

## 2. EL PROBLEMA DE LA CAUSAL DE SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DEL ART. 67, 2DO. PÁRRAFO CP

La suspensión del término de prescripción se presenta como una excepción al cómputo del tiempo para la extinción de la acción penal. Por ello, destacamos, es necesario hallar el fundamento justifique razonablemente esta diferencia de trato frente a los casos en los que el término no se suspende.

La doctrina y jurisprudencia dominantes invocan los riesgos de impedimentos fácticos a la persecución penal derivados de la situación de poder del funcionario cuando se mantiene en su cargo.

Esto es, el peligro –aun abstracto– que la investidura del cargo puede representar para el descubrimiento, acreditación y sanción del hecho delictivo<sup>18</sup>. El “obstáculo que al descubrimiento del hecho delictivo (en perjuicio de la administración pública) o a su investigación eficaz, puede significar la investidura oficial del agente”<sup>19</sup>. Los impedimentos de hecho que podrían surgir por la potencial influencia que el funcionario público podría ejercer para afectar la iniciación o el avance de la investigación del delito por él cometido<sup>20</sup>.

Esa argumentación buscó adaptar esta nueva causal de suspensión, a la lógica del impedimento con la que surgió el primer supuesto de sus-

<sup>17</sup> Se refiere a ese origen constitucional de la ley de ética pública y a sus proyecciones en materia de transparencia, GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, edit. La Ley, 4ª edición, 8va. reimpresión, Bs. As., 2015, T. I, p. 513.

<sup>18</sup> Por todos, LASCANO, Carlos J. (h), obra citada, p. 180. En cuanto a jurisprudencia, por todos TSJ, Sala Penal, “Aguirre”, S. 233, 15/9/2009.

<sup>19</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano –ZURUETA, Federico, obra citada, p. 96.

<sup>20</sup> DE LA RÚA, Jorge – TARDITI, Aída, *Derecho penal. Parte general*, edit. Hammurabi, Bs. As., 2015, t. 2, p. 448.

pensión del término de prescripción del art. 67 párrafo 1ro. del CP. Y esto se extenderá a las demás causales de suspensión.

Sin embargo, ni el supuesto original de suspensión del 1er. párrafo, ni en los posteriores de los párrafos 3ro. y 4to., presentan los inconvenientes que advertimos en la traducción de esa misma lógica al supuesto del funcionario público del 2do. párrafo del art. 67 CP.

El problema reside en las enormes diferencias que plantean ambas situaciones. Por un lado, las características futuras, relativas y dependientes del eventual accionar humano entorpecedor que podría desplegar el funcionario que conserva el cargo. Por otro lado, la naturaleza actual, absoluta y -por cierto- independiente de toda conducta humana, que plantean las situaciones de impedimento legal o institucional mencionadas.

En efecto, el impedimento legal al que se refiere el 1er párrafo del art. 67 CP es real y no admite matices. Simplemente no se puede ejercer la acción penal hasta que no se allane el obstáculo legal. Algo similar podría predicarse ante la falta de instituciones democráticas o -con limitaciones- frente a la mayoría de edad de la víctima a las que se refieren las hipótesis del 3er. y 4to párrafo del art. 67 CP.

No ocurre lo mismo en los casos de suspensión por permanencia del funcionario público en el cargo a los que se refiere el 2do. párrafo. En rigor, su continuidad en el cargo, ni siquiera puede considerarse por sí mismo un impedimento. Cuando mucho podría plantearse como un riesgo de impedimento. Y éste, ni siquiera derivaría por sí de esa calidad, sino del eventual aprovechamiento de esa situación para una conducta posterior.

Sin embargo, aun cuando equiparáramos impedimento con riesgo de impedimento en una suerte de adelanto de barreras, las situaciones concretas presentarían márgenes demasiados significativos de variabilidad. Y esto impediría asignarles razonablemente el mismo efecto suspensivo. Menos aún para excluir excepciones, siquiera en los casos en que la persecución penal haya sido iniciada o incluso presente distintos grados de avance.

En primer lugar, no es tan fácil relacionar fácticamente la permanencia del funcionario que cometió el delito en el cargo, con riesgos acciones futuras suyas idóneas como para impedir la investigación y castigo del delito en términos que justifiquen semejante excepción.

Por otra parte, estos peligros no parecen ser verdaderamente considerados como fundamento de la suspensión. Prueba de ello es que, incluso las posiciones que intentan restringir esos alcances de esta causal de

suspensión para ceñirlos a esta lógica del impedimento fáctico, no llevan sus argumentos hasta sus últimas consecuencias.

En efecto, calificada doctrina entiende que no cualquier cargo público autoriza a sospechar el riesgo del empleo de la autoridad o influencia del sujeto para perjudicar el ejercicio de la acción penal. En sintonía con ello sostienen que ese riesgo debe comprobarse atendiendo a las exigencias de dicha investigación y su relación con la competencia funcional que sustente el riesgo de esa potencial influencia del funcionario público<sup>21</sup>. Sin embargo, luego rechazan que, en esos casos, también resulte necesario acreditar que esa capacidad de influir haya sido efectivamente empleada en el caso con ese objeto<sup>22</sup>.

Esas incongruencias resultan todavía mayores -y se vuelven *racionalmente insoportables*-, cuando se advierte la ausencia de excepciones a la suspensión una vez descubierto el delito, o iniciada o incluso avanzada su investigación.

Pese a ello, nada de todo esto ha sido previsto en la ley ni es admitido por la doctrina o la jurisprudencia dominantes, desde el propio surgimiento de esta causal en 1964. La ley simplemente no contempla excepciones a la suspensión por el inicio o avance de la investigación. Y ni la doctrina ni la jurisprudencia dominantes han considerado que ello sea necesario

Pues bien, con la reforma que impuso a la fórmula legal la ley de ética pública 25.188 —en 1999—, esos problemas, lejos de resolverse, se han acentuado decididamente. Como hemos visto, ésta determinó la suspensión frente a la permanencia en el cargo de *cualquier funcionario público*, en el sentido amplísimo del art. 77 CP, y por *cualquier delito*.

Es que, ya no se trata, siquiera, de ese grupo más reducido de funcionarios públicos relativamente calificados para obstaculizar la investigación por su posición en relación a esos especiales delitos de corrupción pública de la fórmula original. Y por cierto, tampoco la nueva ley ha previsto, en absoluto, que se exceptúe la suspensión del término cuando esté iniciada o incluso avanzada la investigación.

---

<sup>21</sup> En ese sentido HAIKABEDIÁN, Maximiliano - ZURUETA, Federico, obra citada, p. 99. Citan en respaldo la posición de ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, 2a edición Ediar, Bs. As., 2003, p. 904.

<sup>22</sup> TSJ, Sala Penal, "Aguirre". S. N.º 233, 15/9/2009.

### 3. LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

Las dificultades interpretativas que venimos señalando, no obedecen a un error en el alcance que se asigna a esta causal de suspensión. Tienen que ver con falencias en la manera en que se ha intentado construir su fundamentación.

Desde nuestra perspectiva, no es correcto fundar la suspensión del término de prescripción previsto para los delitos cometidos por funcionarios públicos mientras éstos permanezcan en su cargo, por el riesgo de que, desde allí, éstos puedan obstaculizar la investigación.

Al contrario, ese argumento debe reemplazarse por otro que permita dar cuenta del alcance que se otorga a esta causal de suspensión y que se relaciona con exigencias de perseguir y aclarar el delito por razones de transparencia.

En efecto, aquella fundamentación nació de la pretensión de adaptar la lógica de la causal del impedimento jurídico del 1er. párrafo del art. 67 CP para responder a la necesidad de fundar el supuesto de su 2do. párrafo. Sin embargo, eso no solo no era necesario, sino que resultó perturbador para interpretar adecuadamente sus alcances.

En cambio, hay buenas razones para asentar la interpretación de la *ratio* de esta causal, sobre los argumentos que surgen de la vinculación de este instituto con la ley de ética pública. En especial, con sus exigencias en orden a una mayor necesidad de investigar delitos cuando intervienen funcionarios públicos que permanecen en sus cargos, para lograr una mayor transparencia y confianza en la función pública<sup>23</sup>.

Ello explicaría adecuadamente la ausencia de excepciones luego de iniciada o incluso de avanzada la investigación del delito. También permitiría comprender, por qué el término no se computa mientras el funcionario sospechado se mantiene en ese cargo frente a cualquier delito; y no solo los relacionados con su competencia funcional –como sucedía

---

<sup>23</sup> A pesar de ello, parecería que la lógica del impedimento no desaparece completamente. Por ejemplo, la fórmula introducida por la ley 25.188, mantiene que la prescripción se suspende *para todos los que hubiesen participado en el delito, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público*. De modo que se suspende también para los no funcionarios. Pero no deja de tratarse de un problema relativo, pues también puede obedecer al propósito de transparentar la situación de todos los involucrados cuando intervino un funcionario.

en la fórmula anterior que solo contemplaba esos especiales casos de corrupción pública—.

Esta situación era más difícil de advertir en la regulación original que introdujo esta causal de suspensión por la ley 16.648 (1964) en el 2do. párrafo al art. 67 CP. Ello es así, por cuanto en esa versión original, la suspensión solo operaba “en los casos de delitos previstos en los capítulos 6, 7, 8, 9 y 10, del Título XI, libro II del Código Penal mientras cualquiera de los que hayan participado se encuentren desempeñando un cargo público”. La ley 17.567 (BO 1968) adicionará al listado el capítulo 9 bis (enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados) que la propia ley 16.648 había incorporado al código penal.

Pese a que tampoco allí se contemplaran excepciones ante el inicio o el avance en la investigación, lo cierto es que la hipótesis del impedimento fáctico tenía más asidero. Esto, debido a la especial posición que suponían las competencias del funcionario en relación con el delito de corrupción pública cometido que se mantenía en ese cargo<sup>24</sup>.

De modo que las mejores posibilidades de dar con el verdadero fundamento del instituto y superar esas falencias, recién se dieron con las reformas introducidas a esta causal de suspensión del 2do. párrafo del art. 67 CP, por la ley de ética pública 25.188 (1999). Aunque debido a la inercia de las construcciones doctrinarias anteriores, esto no parece haber sido fácil de advertir por la doctrina.

En efecto, dicha ley no solo amplió la suspensión frente a *cualquier delito* y por ende para *cualquier funcionario* restando fuerza a la hipótesis del impedimento. También vinculó el instituto con los fines de transparencia de la función pública a los que se orientaba esa ley de ética pública en su reglamentación del imperativo del art. 36 CN<sup>25</sup>.

En efecto, el art. 1º de la ley 25.188 establecía expresamente que su finalidad principal como ley de ética pública, consistía en incorporar “*un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías*”. En definitiva, aclarar toda sospecha

---

<sup>24</sup> Como hemos visto, se trataba nada menos que de los delitos de cohecho y tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública y exacciones ilegales y enriquecimiento ilícito.

<sup>25</sup> GELLI, María Angélica, obra citada, T. I, p. 513.

de corrupción sobre los funcionarios públicos que se desempeñan en la administración estatal.

Estos propósitos también se desprenden de la exposición del diputado Soria como miembro informante en la presentación de la ley. En dicha oportunidad, dijo que la nueva norma tenía “la firme intención de activar sistemas de control que garanticen la transparencia de los actos de gobierno y de los funcionarios intervinientes”<sup>26</sup>. Lograr de un sistema que no solo controle a los funcionarios públicos que cometen actos de corrupción o delitos en fraude a la administración pública, sino que, al mismo tiempo, ponga a los funcionarios públicos correctos a resguardo de la difamación”<sup>27</sup>.

Tal interpretación también se condice con las características y propósitos perseguidos por los otros institutos que incorporan los demás capítulos de esa ley de ética pública –además del referido a las modificaciones ampliatorias de esta causal de suspensión–. Ello por cuanto, también éstos se orientan a evitar toda sospecha de delincuencia en los funcionarios públicos mientras éstos permanecen desempeñándose en la administración.

En efecto, los propósitos de transparencia y liberación de sospechas sobre los funcionarios públicos son tan claras en ley de ética pública, que es ella la que establece, los deberes y pautas de comportamiento ético que deben atender los funcionarios en actividad (capítulo II, arts. 2 y 3). También incorpora un régimen de declaraciones juradas para ellos que garantice su mayor transparencia (capítulo III, arts. 4 a 11) y la exigencia de una declaración jurada de falta de antecedentes (capítulo IV, art. 12). Además, regula sus incompatibilidades y conflictos de intereses para su desempeño (capítulo V, arts. 13 a 17) y hasta introduce una normativa específica para transparentar los obsequios que puedan hacerse a funcionarios públicos (capítulo VI, art. 18). Finalmente, es también esta ley la que incorpora normas para la prevención sumaria de todo enriquecimiento o violaciones a los deberes de la ley” (capítulo VII, arts. 19 a 22) y la que regula el funcionamiento de la “Comisión Nacional de Ética Pública” (capítulo VIII, arts. 23 a 25).

---

<sup>26</sup> *Antecedentes parlamentarios de la Ley 25.188 – Ley de ética de la función pública*, año 2000, N° 1, p. 690.

<sup>27</sup> *Obra citada*, p. 691.



En este marco, los fines de transparencia de la causal de suspensión que estamos analizando parecen evidentes. La paralización del término de prescripción tiene mucho más que ver con especiales necesidades de persecución penal frente a imputaciones de funcionarios públicos por razones de transparencia, que con la prevención de riesgos potenciales de obstáculos fácticos que éstos puedan oponer a dicha actuación de la ley penal.

Por consiguiente, su principal fundamento no reside en la pretensión de neutralizar riesgos de impedimentos fácticos a la actuación de la ley. Tiene que ver, de manera principal, con una mayor necesidad de persecución penal de estos delitos para la aclaración de todo delito por el que haya surgido la imputación a un funcionario público que permanezca en actividad

Finalmente, esa lógica de una mayor necesidad de persecución penal de los delitos cometidos por funcionarios públicos que permanecen en sus cargos por razones de transparencia, también encuentra un decisivo respaldo en recientes reformas penales. Por cierto, posteriores a la sanción de la ley de ética pública y, por ende, imbuidas de su espíritu.

Así ocurre con la explícita exclusión de los funcionarios públicos que delincan, para obtener la extinción de la acción penal por disponibilidad derivada de la aplicación de criterios de oportunidad, conciliación, reparación y suspensión del juicio a prueba.

Ello también revela una firme y difundida pretensión legislativa de que se complete la persecución penal y se llegue hasta el final con el dictado de una sentencia frente a toda sospecha del delito en la mayoría de los casos de intervenciones de funcionarios públicos<sup>28</sup>.

Así surge tanto de su regulación puramente nacional –art. 76 bis, 7mo. párrafo CP- como de disposiciones nacionales y locales que se enmarcan dentro de una regulación común y coordinada –art. 13 ter inc. 1° y 360 bis 2do. párrafo CPP en función del 59 incs. 5°, 6° y 7° CP-.

---

<sup>28</sup> Suele incluirse no solo los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones sino también los ejecutados en contextos generados con motivo de dicho desempeño.

#### 4. CONCLUSIÓN

Con base en lo que hemos expuesto, entendemos haber logrado una respuesta satisfactoria a los problemas que nos habíamos planteado al inicio en relación con los fundamentos y alcances de la causal de suspensión del término de prescripción del art. 67 2do. párrafo del CP.

Frente al dilema entre asumir que la fundamentación dada por la doctrina clásica a esta causal de suspensión es defectuosa o restringir los alcances que se le asignan para ceñir su interpretación a esos fundamentos, nos inclinamos por la primera alternativa.

Ello obedece a nuestro claro entendimiento sobre la efectiva existencia de otros argumentos que explican correctamente la extensión que se asigna a esta causal de suspensión.

En ese sentido, concluimos en que la necesidad de suspender el término de prescripción de la acción mientras el funcionario público sospechado por la comisión de un delito que permanece en su cargo, sin excepciones, solo puede fundarse en un motivo. El de lograr una mejor transparencia en la cosa pública investigando todo delito en el cual se atribuya intervención de un agente para, asimismo, liberar sospechas al resto de los funcionarios públicos.

Ello va en plena sintonía con los propósitos perseguidos por la ley de ética pública, a partir de los cuáles debe interpretarse esta causal referida específicamente a funcionarios públicos sospechados de delitos. Sobre todo, luego de las reformas introducidas y evidente conexión demostrada entre esta causal de suspensión y dicha normativa constitucional y sus fines de transparencia.

# TENSIONES CONSTITUCIONALES DE LA OBJECION DE CONCIENCIA ANTE CASOS DE SALUD SEXUAL Y NO REPRODUCTIVA\*

*María Julieta Cena\*\**

**Resumen:** Mediante la sistematización por búsqueda de palabra clave, sobre la identificación de la objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pretendo establecer criterios en la construcción de la figura como herramienta jurídica que permite la abstención al cumplimiento de obligaciones legales. Obligaciones que surgen a raíz del ejercicio y reconocimiento de diversos derechos y que visualizan las tensiones y particularidades que la objeción de conciencia puede guardar cuando es ejercida en el terreno de los derechos de salud sexual y -no- reproductiva.

**Palabras clave:** objeción de conciencia ~ salud sexual y -no- reproductiva ~ constitución nacional ~ derechos humanos.

## 1. INTRODUCCIÓN

La objeción de conciencia (en adelante OC), es una construcción política–legal relacionada principalmente con las íntimas convicciones y la libertad religiosa, que respondió a diversas temáticas a lo largo de la historia. A medida que las sociedades se tornaron más complejas y plurales, la figura proliferó de manera exponencial, observándose en los últimos años una extensión significativa en el uso de la misma en el terreno de la

---

\* Artículo recibido el 5/07/2019 ~ Aprobado para su publicación el 11/09/2019.

\*\* Abogada, Magister en Derecho y Argumentación de la Facultad de Derecho (FD) de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Becaria doctoral de Conicet CIJS, doctoranda en Derecho FD UNC y en Administración y Políticas Públicas del instituto de investigación y formación en administración pública (IIFAP) UNC. e-mail: mjulietacena@gmail.com

salud sexual y reproductiva, en particular ante aquellas prácticas que no tiendan a la reproducción<sup>1</sup>.

La salud sexual y reproductiva comprende el acceso a bienes y servicios que posibiliten el pleno disfrute y goce de un estado de bienestar físico y mental respecto a la reproducción. Se proyecta en el desarrollo de la vida y de las relaciones personales, garantizando la capacidad de disfrutar de una sexualidad satisfactoria, sin riesgo, con la libertad de decidir cuándo procrear o no. (Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y desarrollo El Cairo 1994)<sup>2</sup>. De esta manera, se inscribe en el marco de los derechos sexuales y reproductivos (en adelante DDSSRR).

Por su parte, la objeción a las prácticas que permitan la satisfacción de los DDSSRR, pone en escena nuevas tensiones en el campo jurídico que requieren ser analizadas para que su ejercicio permita la convivencia de sectores de cosmovisiones éticas diferentes, sin afectar el acceso a los derechos de otras personas.

Siguiendo a Alexy<sup>3</sup>, la importancia que tiene la jurisprudencia de los máximos órganos de justicia en la discusión acerca de los derechos fundamentales conduce a analizar el contenido y alcance que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) le ha otorgado históricamente a la OC, advirtiendo algunas tensiones constitucionales existentes. De esta manera, intentaré comparar los estándares jurisprudenciales de la figura planteada ante diversos derechos, deteniéndome en las especificidades que surgen ante los derechos de salud sexual y no reproductiva (en adelante SS/SNR).

---

<sup>1</sup> Cfr. ALEGRE, MARCELO “¿Opresión a conciencia? La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva” en *Derecho y Sexualidades*, SELA 2009 y PUGA, MARIELA Y VAGGIONE JUAN MARCO “La política de la conciencia. La objeción como estrategia contra los derechos sexuales y reproductivos” en MARTA VASSALLO (comp) *Peripecias en la lucha por el derecho al aborto* Colección Religión Género y sexualidad. Vol. N° 2013 pp. 94-137. Disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/66/](http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/66/)

<sup>2</sup> Disponible en [http://www.unfpa.org/publicaciones/PoA\\_sp.pdf](http://www.unfpa.org/publicaciones/PoA_sp.pdf) (última revisión 22/03/2017)

<sup>3</sup> ALEXY, ROBERT *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993 pp23

## 2. LA CONSTRUCCIÓN DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN

La conceptualización generalmente admitida de la OC concibe a la figura como una clase de desobediencia al derecho<sup>4</sup>. En este sentido ha sido definida como: “aquel incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia que impide observar el comportamiento prescrito y cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual, renunciando a cualquier estrategia de cambio político o de búsqueda de adhesiones”<sup>5</sup> Así, la OC no es concebida como una manera de apelar al sentido de justicia de la mayoría –como sí sería el caso de la desobediencia civil-, sino a rehusarse a cumplir una orden o deber sobre la premisa de que no existen bases para un acuerdo mutuo. Los fundamentos pueden ser principios políticos, religiosos o de otra clase, pero siempre individuales y personales. Sin embargo, mediante este instrumento no debieran perseguirse fines políticos ni de imitación, sino simplemente la abstención de la realización de esa obligación, para preservar la propia libertad individual. Quien objeta entiende que existe una injusticia intolerable con relación a sus concepciones personales, y por ello pretende imponer al máximo sus convicciones individuales en los conflictos que pudieran surgir con la norma jurídica, otorgando prevalencia a aquéllas.

Si bien en Argentina no existe una clausula constitucional que contemple de manera precisa la posibilidad de abstenerse del cumplimiento de una orden legal, la CSJN ha implementado la figura de la OC ante situaciones diversas y con disímil alcance. En algunas oportunidades la OC forma parte de la construcción argumentativa de la mayoría resolutive, mientras que en otras de las disidencias. De cualquier forma, ambos casos dan cuenta de la construcción jurídica que la OC tiene en nuestro ordenamiento.

---

<sup>4</sup> Cfr. GASCON ABELLAN, MARINA *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1990 y PIETRO SANCHIS, LUIS La objeción de conciencia sanitaria. En GASCON ABELLAN, GONZÁLEZ CARRASCO Y CANTERO MARTINEZ (coord.) *Derecho Sanitario y bioética. Cuestiones actuales*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. pp.981-1011. Otras desobediencias al derecho se manifiestan mediante la desobediencia civil, la resistencia al derecho, e incluso los actos de rebeldía. La nota distintiva entre estos y la objeción de conciencia, es que esta última es la única que el ordenamiento permite sin consecuencias jurídicas en términos de infracción.

<sup>5</sup> GASCON ABELLAN, MARINA *Ibidem*. Pp.85

Como primer acercamiento a la temática, cabe resaltar el tratamiento dado a la abstención del servicio militar obligatorio. Así, pese a que el fallo “Lopardo” (1982)<sup>6</sup> no enuncia expresamente a la OC, por primera vez la mayoría de la CSJN enmarcó el conflicto entre las obligaciones constitucionales relativas a la conscripción y la posibilidad de incumplimiento basado en el derecho a la libertad de conciencia.

De esta manera, la CSJN va perfilando la construcción de la OC como herramienta tendiente a evitar el cumplimiento de una obligación legal con blindaje jurídico. En el caso en cuestión, estableció que el ejercicio de la libertad de conciencia está restringido por exigencias provenientes del justo orden público, el bien común y la protección de los legítimos derechos de la nación. Por ello, subsumidos los hechos a la formulación normativa, consideró que la negativa a prestar el servicio militar fundada en la libertad de conciencia no franquea los límites descriptos. Es menester rescatar que al momento del dictado de la sentencia, Argentina padecía de un gobierno dictatorial en un contexto social y político posterior a la guerra de Malvinas.

Años más tarde, ya en democracia, la CSJN nuevamente trata la temática en el caso “Portillo” (1989)<sup>7</sup>. En dicha ocasión el accionante buscaba se le eximiera de la conscripción y su correlativa sanción por incumplimiento. Para ello alegó la inconstitucionalidad de la ley que obligaba a la prestación del servicio militar por ser esta contraria a la libertad religiosa y de conciencia.

La sentencia de la causa adquirió relevancia al ser la primera vez que el máximo órgano de justicia le otorgaba rango constitucional a la OC. Mediante la manifestación de una interpretación integral de la Constitución Nacional (en adelante CN), la CSJN revistió a la OC como el mecanismo de equilibrio entre libertad y seguridad, frente a posibles violencias estatales al fuero interno de valores, tanto religiosos como de diseño del propio plan de vida. Para arribar a tal solución, enmarcó los hechos en un conflicto entre el derecho a la autonomía, la libertad religiosa y de conciencia (arts. 14 y 19 de la CN) y una obligación legal dispuesta en el art. 21 de la CN.

Asimismo, si bien reconoció a la OC como derecho, condicionó su procedencia a dos circunstancias. Por un lado, una acabada acreditación

---

<sup>6</sup> “Lopardo, Fernando Gabriel” CSJN Fallos 304:1524

<sup>7</sup> “Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 ley 17.531” CSJN Fallos: 312:496

y escrutinio de los motivos con la consecuente carga de demostración por parte de quién alega la objeción, y por otro, una evaluación efectuada por el Estado respecto a los intereses que podrían verse afectados. Es decir, confirmó la vinculación de la OC al ejercicio de libertades, pero lo limitó a las exigencias ya previstas en “Lopardo”. Límites que entendió que en tiempo de paz, no son conmovidos por el incumplimiento a la portación de armas. Llegó incluso a proyectar que en estados de excepción, como la guerra, las autoridades tendrían un derecho en sentido fuerte, a obligar a la conscripción aún por sobre los conflictos con las íntimas convicciones personales de los/as ciudadanos/as.

Es oportuno advertir que en “Portillo”, la Corte sienta un concepto diferente al de “Lopardo” respecto la unidad nacional como criterio de apreciación. En efecto, expresó que contextos democráticos, la unidad es asociada al respeto de la libertad, la tolerancia y la diversidad y no la uniformidad.

Por consiguiente, determinó que la OC posibilita la abstención de portar armas por contrariar el dogma católico “no matarás”, pero no alcanza para dispensar de la obligación de realizar el servicio militar, como así tampoco de la extensión sancionatoria de un año más al tiempo exigido por ley. Por lo tanto del resolutivo se sigue que la OC procede ante aquellos actos que estén directamente vinculados con el impedimento moral en cuestión.

Por último, la CSJN aclaró que la falta recepción legal de la OC no afecta la solución, ya que los derechos individuales, en especial aquellos que solo exigen la abstención de los poderes públicos y no la realización de conductas positivas, deben ser hechos valer por los jueces en el caso concreto, aún sin que estén previstos en la legislación. A distinta solución llega el voto en disidencia del ministro Severo Caballero, quien afirmó que la mera objeción basada en la libertad de conciencia que no está prevista legalmente, carece de fuerza para perturbar un derecho expresado en una cláusula de la CN, como es el caso del artículo 21.

Es menester destacar que en el año 1994 la Ley Nacional N° 24429 zanja la problemática. En efecto, al regular el servicio militar voluntario prevé por primera vez, aunque sin denominarla expresamente, a la OC para quienes sean convocados por cuestiones de vacancia. Para ello, deben estar impedido/as por *“profundas convicciones religiosas, filosóficas o morales, opuestas en toda circunstancia al uso personal*

*de armas o a la integración de cuerpos militares*” (artículo 19). No obstante no portar armas, no estarán exentos/as de cumplir el servicio militar con actividades sustitutivas.

Sobre la posibilidad de abstenerse a honrar símbolos patrios y su vinculación con el derecho a la educación, la sentencia “Ascencio” (1982)<sup>8</sup>, emitida también en tiempos dictatoriales, adquiere relevancia. Si bien la mayoría de la CSJN resuelve bajo el argumento de una desproporcionalidad de la resolución ministerial por no cumplir con la progresividad del régimen sancionatorio, es la disidencia y las circunstancias fácticas, las que advierten la potencialidad de la figura en la cuestión debatida.

La acción judicial surge a raíz de la exclusión de un niño de 10 años del sistema escolar público argentino. La prohibición de inscripción al ciclo lectivo, era producto de una resolución ministerial que lo sancionaba por no haber honrado los símbolos patrios. Por ello el padre inició acciones judiciales, alegando su incompatibilidad con el culto Testigo de Jehová que profesaba el grupo familiar.

Cabe recordar que el procurador justifica la actitud del niño en una obediencia a los/as padres/madres, descartando una desobediencia a la norma. En este sentido, para la procuración es el propio sistema educativo quien debe formar para la obediencia a la ley.

Si bien tal como mencioné previamente, la mayoría admite la pretensión mediante un supuesto argumento de razonabilidad, es el voto en disidencia de los ministros Cesar Black y Carlos A. Renom el que refiere explícitamente a la OC como herramienta resolutive. Mediante un argumento consecuencialista, afirma que no puede apelarse a fundamentos religiosos susceptibles de proliferar casos que pongan en riesgo la unidad nacional. Por ello, quién se abstenga del cumplimiento de una obligación, deberá cargar con las consecuencias.

Continuando con la construcción de la figura en relación al derecho a la educación, pero esta vez asociada al derecho al trabajo, es dable desatacar el voto en disidencia de la jueza Highton de Nolasco en el caso “Asociación Testigos de Jehová” (2005)<sup>9</sup>. La causa versó sobre la inconstitucionalidad de la normativa provincial de Neuquén, por obligar

---

<sup>8</sup> “Jorge Hernán Ascencio – acción de amparo” CSJN Fallos 304:1293

<sup>9</sup> “Asociación de los Testigos De Jehova C/ Consejo Provincial de Educación De Neuquén S/Acción De Inconstitucionalidad” CSJN Fallos: 328:2966



al personal relacionado con la docencia a exteriorizar una conducta de reverencia a los símbolos patrios. Actitud que quienes profesan el culto en cuestión, reservan en su intimidad por razones religiosas.

Mientras que la mayoría resolutive rechaza la acción por considerar que no hay cuestión federal en juego, el voto disidente de Highton de Nolasco incorpora la OC a la causa. De ahí conceptualiza la figura como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros/as ni otros aspectos del bien común.

Además vinculó la OC con los derechos de libertad de conciencia, libertar religiosa y el derecho a la privacidad. En lo que respecta al primer derecho, afirmó su goce en sentido amplio para todos/as los/as habitantes de la Nación conforme el artículo 14 de la CN. Con relación al segundo derecho mencionado, le otorgó un valor particular por haber sido producto de esfuerzos y tribulaciones que incluyen la posibilidad objetar. Y a propósito de la asociación de la OC con el derecho a la privacidad, el voto en cuestión derivó de la faz negativa del artículo 19 de la CN el respeto por no expresarse, y de allí la OC.

Pero tal como lo había sentado el presente de “Lopardo” limitó el ejercicio de la libertad de conciencia a las exigencias razonables del justo orden público. De la misma manera, aclaró que este reconocimiento a la figura en cuestión, en modo alguno implica dejar de lado el deber de la ciudadanía, deber que por ser exigencia de la justicia legal o general es un imperativo de conciencia exigible por los órganos del Estado. En este contexto, consideró que en el caso había una escasa afectación al bien común, por lo cual la acción debía ser concedida.

Es interesante resaltar que este voto también da cuenta de las limitaciones a la hora de legislar en la materia. Ello en cuanto establece que la cuestión no puede ser regulada de manera discrecional por parte de las autoridades administrativas provinciales. Si bien las cuestiones relativas a la organización de la educación constituyen una facultad no delegada por las provincias al Estado Nacional en función de los artículos 5 y 123 de la CN, las declaraciones, derechos y garantías reconocidos en la CN no son sólo límites a los poderes del gobierno federal sino también a los

pertenecientes a los gobiernos provinciales. Criterio similar es el confirmado por la mayoría de la CSJN en el fallo “Castillo” (2017)<sup>10</sup>.

A propósito de la procedencia de la OC ante otros derechos civiles, es dable mencionar la disidencia de Boggiano en el fallo “Sisto”<sup>11</sup> (1998). La causa giró en torno al pedido de inconstitucionalidad de la normativa que disponía la nulidad de toda renuncia a pedir el divorcio vincular. El argumento alegado era una pretensa injustificada e ilegítima imposición de un único modelo matrimonial que violaba la libertad de conciencia de la pareja peticionante, así como la libertad religiosa y el principio de igualdad y no discriminación. La acción fue rechazada por la mayoría sin advertir la relación con la OC.

Pese a ello, en la disidencia el ministro referido, introduce la OC como una posibilidad de no cumplir con la supuesta obligación de no renunciar a un derecho. Para tal fundamento, justifica a la OC como parte de la libertad religiosa que se proyecta en el ámbito de la intimidad, e innova al considerar la figura un derecho previsto en el artículo 33 de la CN, es decir, un derecho implícito. Producto de esta conjunción normativa postula a la OC como la vía para evitar la interferencia en el ámbito de posible violencia estatal al fuero interno, que no solo es religioso y que se proyecta en el propio plan de vida. Agrega que es el mecanismo necesario para evitar arbitrarias discriminaciones por parte de la mayoría sin perjuicio del pluralismo.

Ahora bien, a medida que la figura tomó trascendencia como construcción política jurídica, comenzó a incluirse ante una gama de prácticas relacionadas con el derecho a la salud. El caso generalmente identificado en estos términos, es el denominado “Bahamondez” (1993)<sup>12</sup>, en virtud del cual la CSJN resolvió sobre la negativa de un paciente a recibir transfusión de sangre, por ser esto contrario a los dogmas de la religión que practicaba.

Nos encontramos ante una sentencia donde la mayoría declaró abstracta la cuestión -al resolver el paciente había salido del cuadro de riesgo sin transfusiones- pero en la disidencia se estipuló una serie de

---

<sup>10</sup> “Castillo, Carina Viviana y otros c/Provincia de Salta – Ministerio de Educación de la Prov. de Salta. s/ Amparo” CSJN Fallos: 340:1795.

<sup>11</sup> “Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio s/ información sumaria –sumarísimo”. CSJN S.C. S.526.XXVI.

<sup>12</sup> “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar.”CSJN Fallos 316:479.

conceptos y alcances de derechos oportunos de resalar. En particular, el voto en disidencia de los ministros Cavagno y Boggiano, que mediante el precedente “Ríos” (1987)<sup>13</sup>, sostuvieron la justiciabilidad del caso por ser susceptible de repetición.

Respecto al tema que nos convoca, el voto innovó al fundar a la libertad religiosa en términos de derecho natural, con rango constitucional y de la cual deriva la OC. Por consiguiente, al estar la OC en el concepto mismo de persona, afirmaron que no requeriría de normativa que la reconozca para su exigencia. Aún así, admitieron como límite la afectación significativa de los derechos de terceros/as y aspectos del bien común, entendiéndolo como las exigencias razonables del justo orden público.

Si tenemos en cuenta la definición de OC, es cuestionable que la abstención de los/as pacientes a recibir tratamientos médicos sean casos donde se alegue la figura, en particular por la ausencia de obligación legal. No obstante, el voto en cuestión interpreta una suerte de prohibición de consentir legalmente que se influyan daños corporales como obligación.

Si bien la sentencia es relevante atento comienza a visibilizar la implementación jurisprudencial de la figura en el ámbito sanitario, la dudosa obligación por parte de quién es usuario/a del sistema sanitario, dificulta la procedencia técnica de la figura. De ahí que destaco “F.A.L.” (2012)<sup>14</sup> como la primera sentencia por medio de la cual la CSJN vincula la OC al sistema de salud. Más precisamente como posibilidad de médicos/as a abstenerse a la intervención en casos de aborto no punible enmarcado como derecho de SS/SNR.

En la referida sentencia, la CSJN interpreta de manera extensiva el régimen de causales previstos en el artículo 86 del código penal. De ahí sostiene que la persona gestante que se encuentre en las situaciones dispuestas por la norma, no puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del embarazo ya que ello, lejos de estar prohibido está permitido y no resulta punible. De la misma forma reconoce la obligación del Estado de poner a disposición de quién solicita las condiciones médicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida accesible y segura, atento ser el garante de la administración de la salud pública.

---

<sup>13</sup> Fallos 310:819.

<sup>14</sup> “F., A.L. s/ medida autosatisfactiva” CSJN Fallos 335:197.

En aras de evitar obstáculos en el acceso a los derechos referidos, la CSJN exhorta a las jurisdicciones locales y nacional, a realizar protocolos sanitarios que homogenicen los pasos para la realización de la práctica. Dentro de los lineamientos que recomienda contemplar, de manera expresa enuncia que deben prever un sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de OC. Con el límite de que no puede traducirse en derivaciones o demoras que comprometan la atención de las personas requirentes.

Posteriormente, mediante el fallo “DMA” (2015)<sup>15</sup> la CSJN profundizó en la temática. El caso en cuestión versaba en torno a la suspensión del suministro de agua y alimentos a un paciente en estado vegetativo. Suspensión requerida por la familia del mismo. La asociación de la cuestión con la práctica de eutanasia generó crisis dentro de la institución sanitaria. En virtud de ello, la CSJN observó la necesidad de que las autoridades correspondientes contemplen mediante protocolos las vías por las que el personal sanitario pueda ejercer su derecho de OC, nuevamente aclarando que este no puede, ni debe, entorpecer los derechos de los/as pacientes.

En esta oportunidad específico aún más, y determinó una serie de condiciones que deben ser cumplidas para la procedencia de la figura. Por un lado, un límite temporal de manifestación al momento de implementación del protocolo, o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente. Por otro, que toda institución debe contar con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley les confiere a los/as pacientes.

En definitiva, un análisis de las características sentadas en la jurisprudencia de la CSJN permite derivar las siguientes interpretaciones sobre el contenido general de la OC: a) En contextos de tolerancia, se funda en libertad religiosa, libertad de conciencia y en ciertos casos intimidad. b) En condiciones de excepción el Estado igualmente puede obligar al cumplimiento de la norma. c) Mediante la figura no debe cuestionarse la norma o el sistema, sino solo el ejercicio por quién alega. d) el Estado debe efectuar una evaluación respecto a los intereses que podrían verse afectados por el incumplimiento. e) tiene que darse una acabada acreditación y escrutinio de los motivos. Quién alega debe demostrar la veracidad de la imposibilidad moral. f) la abstención sólo puede ser ejercida en relación

---

<sup>15</sup> “D.M.A. c/ y otro s/declaración de incapacidad” CSJN Fallos 338:556.

a la práctica que directamente entra en tensión con la libertad religiosa y/o de conciencia g) no es relevante la contemplación normativa de la objeción en tanto los derechos en juego impliquen una abstención por parte de los poderes públicos y no la realización de conductas positivas. h) Halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público y el no daño a terceras personas.

Como podemos observar de las dos últimas sentencias referidas, cuando la CSJN incorpora la figura al ámbito sanitario, lo hace anticipadamente con intención de evitar que su ejercicio pueda ocasionar conflictos en el acceso al derecho a la salud. Pero en realidad, las cuestiones debatidas no son resueltas mediante su implementación ya que los conflictos de derechos de los casos concretos, no son los que enervan la figura en cuestión. Por ello, en el apartado siguiente trataré de vincular los criterios sentados en la jurisprudencia con las particularidades del escenario de la OC ante casos de SS/SNR, para así reflexionar sobre ciertos criterios de procedencia para la figura en este terreno.

### **3. LA SALUD SEXUAL Y NO REPRODUCTIVA Y LAS TENSIONES EN EL EJERCICIO DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA.**

Siguiendo a Vaggione<sup>16</sup>, la institucionalización de los DDSSRR es de reciente origen, y se vincula a la participación y acción de los movimientos por los derechos humanos (en adelante DDHH), la diversidad sexual y el feminismo. Estando conformados por un conjunto de derechos enunciados en los tratados internacionales, que a partir de la década del '90 comienzan a incorporarse lentamente en el discurso de los DDHH y en las legislaciones de los Estados.

Concretamente en nuestro país, el debate sobre DDSSRR en general, adquiere mayor importancia a partir de la reforma constitucional de 1994<sup>17</sup>,

---

<sup>16</sup> VAGGIONE, JUAN MARCO “La “cultura de la vida”. Desplazamientos estratégicos del activismo católico conservador frente a los derechos sexuales y reproductivos”. En *Religião e Sociedade*, Rio de Janeiro, 32. 2012 pp.57-80.

<sup>17</sup> Cfr. PETRACCI MONICA Y PECHENY MARIO *Argentina, DDHH y Sexualidad*. Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos CLAM. Buenos Aires. 2007 Disponible en <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/DerechosHumanosysexualidad-argentina-pdf.pdf>; BROWN JOSEFINA “El aborto como bisagra entre los derechos reproductivos y los sexuales”. En: Pecheny, Mario, Figari, Carlos y Jones, Daniel

especialmente en cuanto a la incorporación de los tratados de DDHH al bloque de constitucionalidad. Lo expuesto en tanto, si bien la obligación internacional de Argentina comienza con la ratificación de la Convención Americana de DDHH (en adelante CADDHH) en el año 1984, y la posterior incorporación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), así como del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) ambos en el año 1986, la jerarquización normativa explicitada mediante el art. 75 inc. 22 de la CN y la posterior incorporación de otros tratados internacionales relativos a los DDSSRR, aportan elementos socio-jurídicos trascendentes en cuanto a la exigibilidad y visibilización de los derechos de SS/SNR.

En este sentido, una noción amplia de los DDSSRR, ligada a los DDHH, supone entenderlos como aquellos que comprenden, tanto los referidos al libre ejercicio de la sexualidad como a la autodeterminación y reproducción sexual<sup>18</sup>. Específicamente con relación a estos últimos, en nuestro ordenamiento encontramos derechos relativos a la “reproducción” (por ejemplo: vinculados a la ley de fertilización asistida, a la ley de parto respetado, seguridad durante el embarazo, etc), como a la “no reproducción” (derechos relativos a la anticoncepción quirúrgica, al aborto no punible, a la ley de identidad de género y adecuación de sexo o reasignación genital etc.)

A diferencia de la OC, la salud sexual y reproductiva sí tiene reconocimiento expreso de jerarquía constitucional. Por caso, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Comité DESC), en su calidad de órgano de control y monitoreo del PIDESC, mediante la Observación General N°22<sup>19</sup> confirma que la salud sexual y reproduc-

---

(comps.) *Todo sexo es político: estudios sobre sexualidades en Argentina*. 2008. Buenos Aires. Ed. Del Zorzal pp. 277/301.

<sup>18</sup> Cfr. RICHARDSON D “Constructing sexual citizenship: theorizing sexual Rights”, En *Critical Social Policy*, Vol. 20, Num. 1. Sage Journals Online. 2000. Pp. 105/135; PEÑA DEFAGO, MARIA ANGÉLICA “Las políticas de salud sexual y reproducción desde un enfoque de DDHH”. En MORÁN FAÜNDES, JOSÉ MANUEL; SGRÓ RUATA MARIA CANDELARIA. Y VAGGIONE JUAN MARCO (eds.) *Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos*. 2012. Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad, UNC. pp. 191/223

<sup>19</sup> Disponible en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2FGC%2F22&Lang=es](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2FGC%2F22&Lang=es) (última Revisión 14/03/2017).

tiva forma parte del derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del PIDESC. Por consiguiente Argentina se ha comprometido a garantizar el acceso a toda persona al disfrute del más alto nivel posible de tanto salud física como mental, incluida la SS/SNR.

En esta instancia cabe aclarar que si bien los DDSSRR contemplan una gama de DDHH más amplios que la salud, a los fines del presente trabajo partiré desde este concepto para abordar la complejidad de la temática. Por consiguiente, me limitaré a complejizar el contenido y alcance de la OC cuando es ejercida ante casos de SS/SNR.

Conforme Brown<sup>20</sup>, la trascendencia de la cuestión radica en el hecho de que ante estos derechos, la abstención del personal sanitario es efectuada frente a prácticas que, al escindir la sexualidad de la reproducción, acercan a la OC al control de los cuerpos que no se inscriben en los márgenes de un proceso reproductivo.

Es que, a diferencia de lo que sucedió en ocasión de la alegación de la OC ante otros derechos, en el caso del reconocimiento normativo de los DDSSRR, es la misma legislación la que contempla la posibilidad de abstenerse al cumplimiento. Además, este escenario normativo se ve complejizado por las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, que acompañan las crecientes demandas de los movimientos feministas en el tejido social legal.

A nivel nacional, la primera ley que contempla la posibilidad del personal sanitario de abstenerse ante prácticas de DDSSRR es la N° 25673 (2002) de creación del programa nacional de salud y procreación responsable. Cabe aclarar que el programa tiene como objetivo la puesta en práctica de acciones tendientes a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable en nuestra población. En particular, el artículo 10 posibilita a las instituciones confesionales a exceptuarse de la prescripción y suministro de anticonceptivos, mientras que el decreto reglamentario expresamente contempla a la OC como un derecho individual e institucional, en virtud del cual pueden apartarse de participar en

---

<sup>20</sup> BROWN JOSEFINA “Ciudadanía de mujeres en Argentina. Los derechos (no) reproductivos y sexuales como bisagra. Lo público y lo privado puestos en cuestión” (*tesis de maestría*), 2007. Buenos Aires Argentina. FLACSO. Disponible en: <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/1019/1/TFLACSO-2007JLB.pdf>.

el programa subsumiendo la problemática al marco de reglamentaciones del ejercicio profesional de cada jurisdicción.

Por su parte, el artículo 6 de la Ley N°26.130 (2006) que toda persona, sea médico/a o personal auxiliar del sistema de salud, tiene derecho a ejercer su OC sin consecuencia laboral alguna respecto a las intervenciones de contracepción quirúrgica (ligaduras de trompas de Falopio y/o ligadura de conductos deferentes o vasectomía). Asimismo, aclara que esto no debe obstaculizar la realización de las prácticas, quedando en cabeza de las autoridades del establecimiento asistencial la disposición de reemplazos de manera inmediata.

Podemos observar así, que al tiempo que el Estado reconoce derechos en el terreno de la SS/SNR incorpora mecanismos que habilitan su incumplimiento mediante la OC. De esta manera el escenario queda planteado entre profesionales de la salud que a raíz de su religión o conciencia, se niegan a realizar o intervenir en prácticas de SS/SNR, y las personas que en contextos de desigualdad, buscan satisfacer su derecho a la salud.

Es decir, los/as efectores de salud que alegan un derecho de OC, están solicitando abstenerse de un deber relacional con otra persona determinada, distinto a lo que sucede con la negativa a la prestación del servicio militar, o la abstención de la honra a símbolos patrios. Es por esto que, la objeción a la SS/SNR implica una afectación mayor al justo orden público con una fuerte proyección sobre los derechos de quienes requieren la intervención.

En este contexto cabe advertir entonces ciertas diferencias que pueden observarse respecto al ejercicio de la OC ante los demás derechos, y como ello incide en los criterios sentados por la CSJN con relación a la figura.

Lo expuesto en tanto el marco se ve intensificado por el hecho de que para que estas prácticas sean legales, es imprescindible una intervención médica. Sumado al juego de relaciones de poder y saber y derechos de los/as pacientes, dan cuenta de la sujeción directa en la que se encuentra el/la usuaria/o del sistema de salud. Todo lo cual torna difusos los márgenes del ejercicio de la OC como una herramienta respetuosa de la democracia y los derechos de terceros/as.

En este estado, parece imprescindible atender a los estándares internacionales de DDHH que rigen en la materia, tanto en el sistema universal como en el regional.

En lo que respecta a la OC cabe advertir que ni el artículo 12, ni el 13.1 de la CADH y/o el art. 18 del PIDCP la contemplan de manera



expresa como derivado de la libertad religiosa y/o de conciencia. Pese a eso, a la fecha tampoco hay en el sistema regional una resolución emitida por la Corte Interamericana de DDHH que aclare la cuestión. No obstante ello, la Comisión Interamericana de DDHH (en adelante CIDH) se ha expedido en oportunidad de analizar asuntos relacionados con el servicio militar obligatorio.

Tal es lo sucedido en el caso “Chile – Sahli Vera y otro” (2005)<sup>21</sup>. En ella, los peticionarios alegaron que el cumplimiento obligatorio del servicio militar importaba una violación a la libertad de conciencia atentatorio de sus creencias en lo referente a la forma de llevar adelante su plan de vida. En dicho informe, la CIDH determinó que si bien la OC es un derecho que podría derivarse de los artículos 11 y 12, leídos juntamente con el 6.3 b, no existe una obligación convencional de los Estado de contemplar la OC. Los países que no la tengan prevista en el ámbito local, no violan el derecho de libre pensamiento, conciencia y/o religión, pero una vez incorporado deben respetarlo como parte de los mismos<sup>22</sup>.

Si bien respecto a la OC en el terreno de la SS/SNR no hay estándares precisos emitidos por los órganos de control<sup>23</sup>, en el año 2011 la Comisión emitió un informe general sobre el acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de DDHH<sup>24</sup>. Entre otras consideraciones, destacó la relevancia de la OC vinculada al acceso a la información

---

<sup>21</sup> Disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/CHILE.12219sp.htm> (última revisión 01/07/2019)

<sup>22</sup> A la misma solución arribó la Comisión en el Informe de admisibilidad N°22/06 sobre el caso “Xavier Alejandro León Vega” contra el Estado de Ecuador. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Ecuador278.02sp.htm> (última revisión 01/07/2019)

<sup>23</sup> En la sesión N°168 del periodo de sesiones de la CIDH celebrada de oficio el día 11 de mayo del año 2018, en lo relativo a la temática de libertad religiosa y Estado Laico en América Latina, derechos de las mujeres, DESC y Derechos de las personas LGBTI, las organizaciones participantes solicitaron a la CIDH que desarrolle estándares sobre los límites de la libertad religiosa cuando se producen afectaciones al principio de igualdad y no discriminación en relación a la OC y los DDSSRR. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=15> (última revisión 01/07/2019)

<sup>24</sup> Disponible en <https://www.cidh.oas.org/pdf/%20files/mujeresaccesoinformacionmateria%20reproductiva.pdf> (última revisión 01/7/2019)

en materia de salud reproductiva y aclaró que si bien los profesionales de salud mediante la OC demandan respeto de su derecho de conciencia, también deben demostrar igual respeto a los derechos de conciencia de sus pacientes. En consecuencia, recomienda como alternativa a la cuestión el sistema de derivación, entre otras limitaciones.

En lo que respecta al sistema universal de DDHH, y más concretamente respecto a la OC ante casos de SS/SNR, el Comité DESC en oportunidad de emitir la precitada Observación General N°22 (2016) sostuvo que cuando los estados partes permitan a los proveedores de salud invocar la OC, esta debe estar apropiadamente regulada para asegurarse de que no inhiba el acceso de cualquier persona al cuidado de su SS/SR. Incluso llega a exigir que los establecimientos dispongan de profesionales dispuestos a proporcionar los servicios y que no se puedan abstener en situaciones de urgencia o emergencia.

De la misma forma, en el año 2018 en el informe a Argentina por seguimiento del PIDESC, el Comité DESC destacó el impacto negativo de la OC de médicos/as, recomendando establecer un marco legal y de servicios que garanticen el acceso a la SS/SNR. También exigió el arbitrio de medidas pro activas que garanticen que las leyes, regulaciones y prácticas pertinentes respecto a la OC no impidan el acceso rápido y efectivo, en particular a los abortos no punibles, debiendo ser practicado en un marco profesional de respeto de la dignidad humana.

De igual forma, el Comité de DDHH de la Organización de Naciones Unidas en las observaciones finales efectuadas a Argentina en el año 2016<sup>25</sup>, recomendó al Estado asegurar que el ejercicio de la OC por parte de los/as trabajadores/as de la salud no obstaculicen el acceso a los servicios de salud reproductiva en todas las regiones del país. Lo mismo sucedió con el informe 2016 del Comité de CEDAW que con relación a los abortos no punibles, consideró necesario que Argentina establezca criterios estrictos para evitar la utilización de la OC con el objetivo de restringir derechos<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Disponible en: [http://acnudh.org/wp-content/uploads/2016/07/CCPR\\_C\\_ARG\\_CO\\_5\\_24580\\_S.pdf](http://acnudh.org/wp-content/uploads/2016/07/CCPR_C_ARG_CO_5_24580_S.pdf) última revisión 28/02/2017

<sup>26</sup> Disponible en: [http://acnudh.org/wp-content/uploads/2016/12/CEDAW\\_C\\_ARG\\_CO\\_7\\_25088\\_E.pdf](http://acnudh.org/wp-content/uploads/2016/12/CEDAW_C_ARG_CO_7_25088_E.pdf)(última revisión 17/03/17)

#### 4. REFLEXIONES FINALES

En un marco de desigualdad sexual y de género, así como de respeto a la pluralidad, para tomarnos en serio la SS/SNR y la libertad religiosa y/o de conciencia es imprescindible reflexionar sobre la problemática en cuestión. El reconocimiento constitucional de los DDHH y de los derechos de la mujer, así como la articulación de autonomía e integridad física y psíquica con SS/SNR en el marco de los DDSSRR, obliga al Estado a promover y facilitar acciones multisectoriales que deben traducirse en transformaciones de los sistemas de salud, judiciales, educativos, entre otros.

En este marco y desde un análisis constitucional, la enorme fuerza expansiva que la OC guarda sobre los derechos de terceras personas crisa las tensiones para su procedencia. De ahí que la comparación de la OC en el terreno de la SS/SNR con los criterios de la CSJN en cuanto a la figura, sugiere las siguientes conclusiones: a) La urgencia en la realización de la práctica es susceptible a ser considerada un estado de excepción que habilita al Estado a compeler las realizaciones, más allá de la objeción. b) Mediante la OC no puede cuestionarse la legitimidad o legalidad de los derechos de SS/SNR, así como tampoco la relevancia moral de las decisiones tomadas por las personas usuarias del sistema sanitario. c) La existencia de intereses de democracia, igualdad, salud, autonomía y vida libre de violencia, en juego deben ser debidamente tenidas en cuenta en la evaluación del Estado respecto a los intereses afectados. Por consiguiente debe realizarse una adecuada ponderación para la procedencia de la OC ante la SS/SNR, debiendo haberse satisfecho ciertas condiciones previas. Tal es el caso de la existencia de establecimientos de salud que cuenten con los recursos humanos necesarios para garantizar el acceso a las prácticas sin demora ni dilaciones. d) Para que la OC sea pertinente, el Estado deberá efectuar controles de escrutinio y capacitación del personal sanitario. Por su parte pesa sobre cabeza de quién alega la prueba de demostrar la afectación directa de la práctica con sus íntimas convicciones. e) La permisón de la abstención sólo es para las prácticas directamente tensionadas con la íntima convicción de quién objeta. Ello deriva en una necesaria limitación del personal que está habilitado/a a objetar. f) En estos casos es relevante la contemplación normativa, ya que la abstención sí importa una actitud pro activa de los poderes públicos, a los fines de garantizar el acceso a las prácticas de derechos de SS/SNR. g) El justo orden público y la posibilidad de daño a terceras personas guardan una potencialidad

diversa a los demás derechos contemplados en la jurisprudencia. El deber que se abstiene en caso de SS/SNR es un deber relacional, por lo cual la afectación a los derechos de terceras personas es exponencial en el marco de la relación médico/a paciente/a. Esto exige que la contemplación normativa sea de mínima y restrictiva.

Tal como he tratado de delinear, la incorporación de la OC ante casos de SS/SNR tiene enormes repercusiones prácticas que implican afectación de DDHH, como por ejemplo la inaccesibilidad a las prestaciones médicas por ser contrarias a la íntima convicción de los/las profesionales de la salud.

Siguiendo a Nussbaum<sup>27</sup> la libertad de conciencia y religiosa son procedentes e incluso deseables, siempre y cuando no afecten lo que la autora denomina “*interés nacional de orden superior*”. Es que si bien es cierto que la delimitación entre las condiciones que merecen respaldo jurídico y las que no, es extremadamente complicado la tensión existente entre los derechos en juego, torna urgente una definición adecuada en este terreno. Definición legal que garantice la satisfacción de los derechos de SS/SNR en el marco de los DDHH.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, MARCELO. (2009) “¿Opresión a conciencia?: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva” *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política Papers*. Paper 66. Disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/66/](http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/66/)
- ALEX, ROBERT (1993) “Teoría de los derechos fundamentales” Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- BROWN, JOSEFINA. (2007) “Ciudadanía de mujeres en Argentina. Los derechos (no) reproductivos y sexuales como bisagra. Lo público y lo privado puestos en cuestión” (*tesis de maestría*), Buenos Aires Argentina. FLACSO. Disponible en: <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/1019/1/TFLAC-SO-2007JLB.pdf>

---

<sup>27</sup> NUSSBAUM MARTHA “Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto. Vivir en democracia implica respetar el derecho de las personas a elegir estilos de vida con los que no estoy de acuerdo Entrevista de Daniel Gamper Sachse”. 2011. Madrid. Katz Editores.

- \_\_\_\_\_ (2008) “El aborto como bisagra entre los derechos reproductivos y los sexuales”. En: Pecheny, Mario, Figari, Carlos y Jones, Daniel (comps.) *Todo sexo es político: estudios sobre sexualidades en Argentina*. (pp. 277/301). Buenos Aires. Ed. Del Zorzal
- GASCON ABELLAN, MARINA (1990) *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid
- NUSSBAUM, MARTHA (2011) “Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto. Vivir en democracia implica respetar el derecho de las personas a elegir estilos de vida con los que no estoy de acuerdo. Entrevista de Daniel Gamper Sachse”. Madrid. Katz Editores.
- PEÑAS DEFAGO, MARÍA ANGÉLICA. (2012) “Las políticas de salud sexual y reproducción desde un enfoque de DDHH”. En Morán Faúndes, J.M; Sgró Ruata, M.C. y Vaggione, J.M. (eds.) *Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos*. (p. 191/223) Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad, UNC.
- PETRACCI, MÓNICA Y PECHENY, MARIO (2007) “Argentina, DDHH y Sexualidad”. Bs.As. Argentina: Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos CLAM. Disponible en <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/Derechoshumanosysexualidad-argentina-pdf.pdf>
- PIETRO SANCHIS, LUIS. (2011) *La objeción de conciencia sanitaria*. En Gascon Abellan, González Carrasco y Cantero Martínez (coord.) *Derecho Sanitario y bioética. Cuestiones actuales*. Tirant lo Blanch. Valencia (pp. 981-1011)
- PUGA, MARIELA Y VAGGIONE JUAN MARCO (2013) “La política de la conciencia. La objeción como estrategia contra los derechos sexuales y reproductivos” en Marta Vassallo (comp) *Peripecias en la lucha por el derecho al aborto* Colección Religión Género y sexualidad. Vol. N° (p. 94-137).
- RICHARDSON, D. (2000) “Constructing sexual citizenship: theorizing sexual Rights”, En *Critical Social Policy*, Vol. 20, Num. 1. *Sage Journals Online*. (Pp. 105/135).



# EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA - NOTAS CARACTERIZANTES - \*

*Maria Cristina del Campo\*\**

**Resumen:** La Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) como instrumento de gestión ambiental tiene por finalidad asegurar la integración de las cuestiones ambientales a políticas, planes y programas. En este documento se presenta un recorte de los resultados del proyecto de investigación UNDEF cuyo objetivo se centró en *Diseñar una metodología de EAE adaptada a nuestro sistema jurídico institucional*. En este marco se presenta el instrumento y se exhibe el resultado de la sistematización de los distintos modelos y las notas caracterizantes comunes de la EAE que nos permiten sentar las bases del mismo más allá del modelo que se adopte.

**Palabras clave:** evaluación ambiental estratégica – modelos - gestión ambiental.

## 1. INTRODUCCIÓN

La investigación que funda estos resultados se motiva en el funcionamiento actual del instrumento de gestión ambiental de evaluación de impacto ambiental (EIA) como herramienta de prevención y de protección ambiental, y viendo que de notorio no estaría el instrumento tal cual está regulado, cumpliendo con los fines para lo cual fue instaurado a nivel de presupuestos mínimos ambientales, es que la evaluación ambiental estratégica (EAE) aparece como una opción de corrección de aquellos ítems que vienen impidiendo que la EIA sirva a objetivos preventivos que la originaron<sup>1</sup>.

---

\* Artículo recibido el 27/05/2019 ~ Aprobado para su publicación el 14/08/2019.

\*\* Investigadora principal- Docente UNDEF.

<sup>1</sup> Otros autores justifican las razones por las cuales la EAE es para superar las debilidades de la EIA. V. por ej. BINA, O. Strategic Environmental Assessment. In Innovation in Environmental. Policy? Integrating environment for sustainability (Eds., Jordan, A.

La EAE es un instrumento de protección ambiental que se presenta como una herramienta de política y de gestión ambiental que posibilita la prevención de efectos negativos derivados de las políticas, planes y programas (PPP) sobre el ambiente.

Este trabajo se enmarca en la investigación cuyo objetivo general se encauza en *Diseñar una metodología de EAE que se desarrolle y sea aplicada en términos de objetivos ambientales y de desarrollo sustentable conforme a nuestro sistema jurídico institucional en el marco de la sustentabilidad de los recursos naturales estratégicos para la Defensa*. Metodología que debía adecuarse para el logro de metas u objetivos prefijados en la normativa ambiental de base, siendo dicha regulación a la que el instrumento debe adaptarse; componiéndose la misma principalmente de la Cláusula ambiental Constitucional; los Presupuestos Mínimos Ambientales (PMA)- y de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)<sup>2</sup>.

La incorporación de instrumentos de gestión ambiental no adaptados o ajustados a nuestra realidad jurídico institucional y cultural nos ha llevado a incorporar parches que no necesariamente se condicen en sus resultados con el derecho al ambiente sano y equilibrado de los habitantes. En este contexto la EAE se presenta acompañado de una serie de desafíos que se enmarcan en nuestra institucionalidad, en la modalidad de aplicar las políticas y en una organización con determinadas reglas y características. El diseño de los lineamientos metodológicos de EAE envuelve tener en consideración una serie de desafíos en su implementación que se enmarcan en lo político, lo institucional y en lo cultural.

En la investigación no se pretendió reproducir ni adaptar regulaciones o metodologías existentes, sino a partir de nuestro marco jurídico institucional, diseñar los lineamientos metodológicos de una EAE que sea

---

and Lenschow, A.) Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham, 2008. pp 134-156.p 134; SCOTT-BROWN M., “De la EIA a la EAE y de vuelta revisando la tiranía de las decisiones pequeñas”. [http://www.iirsa.org/admin\\_iirsa\\_web/Uploads/Documents/ease\\_taller08\\_m3\\_anexo1.pdf](http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/ease_taller08_m3_anexo1.pdf).

<sup>2</sup> Las primeras instancias sobre la sistematización del material relevado sobre EAE, puede consultarse en: DEL CAMPO, C. *et al.*; “Propuesta Metodológica de Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) que integre Principios y Oriente a las Políticas, Planes y Programas que Involucren Recursos Naturales Estratégicos para la Defensa” CRUC-IUA. UNDEF. 2018. V. <https://rdu.iaa.edu.ar/handle/123456789/1666>.



posible en términos normativos e institucionales<sup>3</sup>, pero fundamentalmente en términos de cultura. Ya que el desarrollo sustentable -objetivo meta constitucional- solo será posible en un Estado que sea responsable por los impactos de sus políticas públicas sobre nuestro ambiente, patrimonio natural sujeto a soberanía del Estado, lo que implica que sea responsable por los recursos naturales ante sus ciudadanos.

En este trabajo se muestra un recorte de los resultados del proyecto de investigación cuyo objetivo se centró en diseñar una metodología de EAE adaptada a nuestro sistema jurídico institucional. En este marco se presentan algunos aspectos de la investigación encauzados en mostrar el instrumento, sus antecedentes y los resultados del relevamiento de los principales modelos en vigor en el mundo occidental para finalmente exhibir el resultado de la sistematización de los distintos modelos. Asimismo, exhibir aquella parte de la investigación que permitió -a partir de sistematizar las metodologías existentes- arribar a las notas caracterizantes comunes de la EAE y que -más allá del modelo- nos permiten tipificarlo como instrumento preventivo de gestión ambiental.

## 2. DEFINICIONES. QUE SE ENTIENDE POR EAE

La definición de la EAE ha variado con los años y sus características también; aquí se exponen algunas definiciones representativas -y algunos párrafos de contexto- que nos permiten presentar un escenario genérico sobre lo que se entiende por EAE:

- “La EAE ha sido definida por Therivel *et al.* (1994) como el proceso formalizado, sistemático y global para evaluar los impactos ambientales de una política, plan o programa, así como sus alternativas,

---

<sup>3</sup> Los ODS constituyen compromisos internacionales que se refieren a gestión y EAE se aplica en el marco de la gestión; como guía de objetivos de desarrollo sostenible nos permitirán, al igual que las bases jurídico institucionales encauzar el instrumento para que sea hábil en su aplicación a los fines que se constituye, en su carácter esencialmente preventivo. V. DEL CAMPO Cristina y VALENCIA María Beatriz, “Los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Una nueva oportunidad en la gestión de las ciudades” en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales* - Número 31 - Abril 2019 IJ-DCCXXXIX-785. [https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=b435a9d5566f5f3915d2027a72d5f998&hash\\_t=98ecb72bf85b464e33040724317de825](https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=b435a9d5566f5f3915d2027a72d5f998&hash_t=98ecb72bf85b464e33040724317de825).

incluida la preparación de un informe escrito sobre los resultados de esa evaluación y el uso de los mismos para la adopción de decisiones públicas respecto de las cuales se debe rendir cuenta”<sup>4</sup>.

- La EAE es “un proceso sistemático para evaluar las consecuencias en el medio ambiente de las iniciativas de políticas, planes o programas propuestos con el fin de asegurar que se han incluido totalmente y se han tratado apropiadamente en la etapa más temprana y adecuada de la toma de decisiones a la par de las consideraciones económicas y sociales” (SADLER Y VERHEEM)<sup>5</sup>.
- “La Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) se puede entender como un concepto relativamente sencillo. Consiste en aplicar los principios de la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) a políticas gubernamentales (ambientales y no ambientales), planes (sectoriales y territoriales) y programa de acción, en ejecución o propuestos”(CLARK)<sup>6</sup>
- DIRECTIVA 2001/42/CE. En los considerandos, se lee: La adopción de procedimientos de evaluación medioambiental en relación con los planes y programas debe redundar en beneficio de los medios empresariales, ya que se creará un marco más coherente en el que podrán desempeñar sus actividades mediante la inclusión de la pertinente información medioambiental en el proceso de toma de decisiones. La inclusión de una serie de factores más amplia en el marco del proceso de toma de decisiones debe contribuir a encontrar unas soluciones más sostenibles y eficaces (5); Los diferentes sistemas de evaluación medioambiental vigentes en los Estados miembros deben contener unos requisitos de procedimiento comunes, necesarios para contribuir a un elevado nivel de protección del medio ambiente.
- “La EAE se refiere a una gama de “enfoques analíticos y participativos que buscan integrar las consideraciones ambientales en los

---

<sup>4</sup> CLARK, B.; “Alcance y Objetivos de la Evaluación Ambiental Estratégica”, *Estudios Públicos*, 65; cita a Therivel, R. et al. *Strategic Environmental Assessment*. Londres: Earthscan. 1994. p. 4.

<sup>5</sup> SADLER, Barry, et VERHEEM, Rob. *Strategic Environmental Assessment: Status, Challenges and Future Directions*. The Hague: Ministry of Housing, Spatial Planning and the Environment. 1996. p. 27 y p188.

<sup>6</sup> CLARK, (...). Ob. Cit. *ut supra*. p. 2.

planes, políticas y programas, y evaluar las interconexiones con las consideraciones económicas y sociales”. La EAE puede describirse como una familia de enfoques que utiliza una variedad de herramientas, en lugar de un único enfoque, fijo y que prescribe. Una buena EAE se adapta y configura de acuerdo al contexto en que se aplique. Puede pensarse como un *continuum* de creciente integración: en un extremo del *continuum*, el fin principal es integrar el medioambiente junto con las preocupaciones económicas y sociales—en la toma estratégica de decisiones; en el otro extremo, el énfasis recae sobre la plena integración de los factores ambientales, sociales y económicos en una evaluación “holística” de la sostenibilidad” (OCDE)<sup>7</sup>.

- La EAE es definida como un proceso sistemático, integrado, continuo y participativo, que organizado como una herramienta de gestión permite revisar, a través de un procedimiento común y adaptativo, las consecuencias ambientales y socioculturales derivadas de la elaboración e implementación de decisiones estratégicas a nivel de políticas, planes y programas, sobre la base de conservar y proteger la calidad ambiental, favorecer el uso sustentable de los recursos naturales, y promover el mejoramiento de la calidad de vida de las personas. (BID)<sup>8</sup>
- “La evaluación ambiental estratégica es un instrumento de apoyo a la toma de decisiones que puede contribuir para reforzar los compromisos de la sociedad con el desarrollo sustentable, una gestión eficiente de los recursos, y una economía verde más respetuosa del ambiente. De conformidad con los requisitos legales vigentes en el país y en la Comunidad Europea, la EAE busca facilitar la integración de las consideraciones ambientales en el desarrollo de planes, programas y políticas”. (Partidario)<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> OCDE. *La Evaluación Ambiental Estratégica Una Guía de Buenas Prácticas en la Cooperación para el Desarrollo*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, OECD 2007. pp. 15,16.

<sup>8</sup> BID. *Política de medio ambiente y cumplimiento de salvaguardias*, Banco Interamericano de Desarrollo, 30 de abril de 2009. pp.12, 13.

<sup>9</sup> PARTIDÁRIO Maria do Rosário, *Guía de Mejores Prácticas para la Evaluación Ambiental Estratégica Orientaciones metodológicas para un pensamiento estratégico en EAE*. Mensaje del Consejo Directivo de la Agencia Portuguesa de Ambiente (APA) Lisboa, 2012. p.3.

- En el Protocolo sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente de la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (protocolo de Kiev) se entiende por EAE: Artículo 2. 6. Por “evaluación estratégica medioambiental” se entiende la evaluación de los efectos probables sobre el medio ambiente, incluida la salud, que comprenda la delimitación del Ámbito de un informe medioambiental y su elaboración, la puesta en marcha de un proceso de participación y consulta del público y la toma en consideración, en un plan o un programa, del informe medioambiental y de los resultados de ese proceso.
- En Argentina a nivel nacional de PMA, se entiende por Evaluación Ambiental Estratégica aquel proceso sistemático de estudio de impactos ambientales de las políticas, planes o programas y de sus alternativas, incluyendo la preparación de un informe escrito y las conclusiones de la evaluación y su uso en los procesos de decisiones públicas<sup>10</sup>.
- A nivel provincial, -por ejemplo- La Evaluación Ambiental Estratégica es el procedimiento iniciado por el área del ministerio sectorial respectivo para que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable al proceso de formulación de las políticas, programas y planes de carácter normativo general que tengan impacto sobre el ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la formulación e implementación de la respectiva política, programa y plan, y sus modificaciones sustanciales, y que luego es evaluado por la Autoridad de Aplicación<sup>11</sup>.

En términos generales y preliminares podemos resumir que la EAE es un instrumento de gestión ambiental preventivo que evalúa a nivel de decisión PPP y propende al logro de resultados sustentables.

---

<sup>10</sup> ARGENTINA. Decreto 207/2011 Reglamentación de la Ley 26.639 Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial. Artículo 7.

<sup>11</sup> ARGENTINA.CORDOBA Ley 10208 del 2014. Artículo 37.

### 3. ANTECEDENTES EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA

La EAE ha tenido una larga evolución siendo adaptada en las distintas regiones, comunidades, países, organismos que lo implementan etc; este progreso se marca en el siguiente cuadro en el que además se presentan los hitos ambientales y las normas pioneras en materia de EAE, así como su aparición en la regulación Argentina<sup>12</sup>.

**Tabla 1. Antecedentes**

1969.- <i>U.S. NEPA: National Environmental Policy Act.</i> Política Medioambiental Nacional aplica a las actividades propuestas o aprobados por Agencias estatales, incluyendo programas, los planes proyectos (Directrices Sec. 15165-15168). Es el primer antecedente de regulación dictada en Estados Unidos, la cual exigió la realización de informes sobre las consecuencias ambientales de acciones federales o de actividades que requirieran permisos o autorizaciones federales.
1972.- Informe del Club de Roma
1972.- Conferencia de Estocolmo sobre Medio Ambiente y Desarrollo
1973.- <i>Canada (Federal Environmental Assessment Review Process de 1973); The Environment Protection (Impact of Proposals) Act 1974 was amended by Schedule 3 (item 1) only of the Environmental Reform (Consequential Provisions) Act 1999, subsection 2(1)</i>
1974.- Australia . <i>Commonwealth Government's Environmental Protection Act.</i>
1975. –Alemania. <i>Principles for Assessing the Environmental Compatibility of Public Measure of the Federation de 1975)</i>
1976. FRANCIA ( <i>Law on the Protection of the Natural Environment. 1976</i> ). artículo R122-17 del “Code de L’Environnement” en donde señala que se debe realizar un Rapport Environnemental.(El artículo L. 122-7 del Código francés del medioambiente (Code de l’environnement), en su versión resultante del Decreto n.º 2012-616, de 2 de mayo de 2012, relativo a la evaluación de determinados planes y documentos que pueden tener repercusiones en el medioambiente. Esta ha sido objeto de instancia judicial como Acto nacional incompatible con el Derecho de la Unión)
1978. - <i>NEPA Regulations issued by Council on Environmental Quality – specify actions subject to programmatic EIS as those that can be grouped generically, geographically or by technology (Sec 1052.4 (b))</i>

<sup>12</sup> Se optó por agregar tablas síntesis a fin de economizar la extensión de este trabajo.

1985. - CEE. Directiva 85/337/CEE, de 27 junio 1985, del Consejo, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente
1987. – PAISES BAJOS. EIA Acto (enmendado 1994) aplica a planes nacionales especificados y programas, incluyendo todo aquellos fijando las ubicaciones de proyectos para qué un EIA es obligatorio
1989. - AUSTRALIA. Acta de la Comisión de la Valoración establece cuerpo de investigación independiente y asuntos de política del recurso (Comisión disuelto en 1993, la legislación retenida.
1987.- Nuestro Futuro Común o Informe <i>Brundtland</i> . Comisión Mundial de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo
1990.- CANADÁ Proceso de Valoración Medioambiental para Política y Propuestas de Programa por Orden del Consejo (enmendado 1999) aplica a las propuestas del Gabinete.
1991. - Acta de NUEVA ZELANDA. Es una ley de sostenibilidad combinando política, planes y funciones reguladoras.
1991.-UK <i>Guide on Policy Appraisal and the Environment – advice for central government agencies (updated by good practice guidance, 1994; amended 1998)</i>
1991. - UNECE (Espoo) Convenio sobre Evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Espoo, 25 de febrero 1991), elaborado en el marco de la Comisión Económica de Naciones Unidas para Europa UNECE. Decisión para negociar un Protocolo de EAE al Espoo Convención para adopción posible en Quinto Entorno Ministerial para Conferencia de Europa (2003) acordado en Kiev en mayo del 2003. El Protocolo incluye un artículo separado instando a la utilización de la EAE .
1992.- Cumbre de la Tierra. Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro. Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente: “Hacia un Desarrollo Sostenible” Agenda 21
1992. - Convención sobre la Diversidad biológica insta a la utilización de la EAE en su implementación, Decisión sobre la EAE en LA COP 8. Las directrices voluntarias sobre evaluaciones de impacto que incluyan la diversidad biológica fueron avaladas por la octava reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica en Curitiba, Brasil (2006). (Decisión VIII/28 de la Conferencia de las Partes. Evaluación de impacto: directrices voluntarias sobre evaluación de impacto, incluida la diversidad biológica (texto del Convenio) A. Evaluación de impacto ambiental; Evaluación ambiental estratégica)
1992.-CEE. Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (DO L 206 de 22.7.1992, pp. 7-50).Las modificaciones sucesivas a la Directiva 92/43/CEE se han incorporado al texto original

1993.- DINAMARCA. Valoración Medioambiental de Gobierno y otras Propuestas (enmendado 1995, 1998 cuándo devenga legalmente obligatorio); aplica para redactar legislación del Parlamento y a las propuestas estratégicas que en el Parlamento tienen que ser consultadas.
1994.- Carta de <i>Aalborg</i> o Carta de las ciudades europeas hacia la sostenibilidad. I Conferencia Europea sobre Ciudades Sostenibles. Aalborg, Dinamarca
1994.- UK Guide on Environmental Appraisal of Development Plans, advice to local authorities on how to carry out their responsibilities under planning legislation (updated by good practice guidance, 1994; amended 1997)
1994. - ARGENTINA Reforma Constitucional. Incorporación de la Cláusula ambiental.
1996.- El Plan de Acción de Lisboa: de la Carta a la Acción. II Conferencia Europea sobre Ciudades Sostenibles. Lisboa
1995. –PAISES BAJOS. Evaluación Medioambiental por Directiva de Gabinete aplica para redactar legislación, parte de revisión comprensible de exigibilidad, viabilidad e impacto en empresariales
1997. - CE. Directiva 97/11/CE del Consejo de 3 de marzo de 1997 por la que se modifica la Directiva 85/337/CEE
1998. - Directrices de FINLANDIA en Valoración de Impacto Medioambiental de Propuestas Legislativas por Decisión-en-el principio aplica a la ley que redacta, también decretos, resoluciones y decisiones.
1999. – AUSTRALIA. Biodiversidad y Protección Medio ambientales. Acto de Conservación introduce provisiones habilitando EAE de políticas, planes y programas.
1999. - FINLANDIA; Acta de Procedimiento de Valoración de Impacto Medioambiental aplica a política, planes y programas Propuestas de Reino Unido para una Guía de Buena Práctica y de Evaluación de Sostenibilidad de Guía de Planificación Regional
1999. -UK <i>Proposals for a Good Practice Guide on Sustainability Appraisal of Regional Planning 2000 South Africa SEA Guidelines – non-mandatory application to plans and programmes</i>
1999. - BANCO MUNDIAL Directiva Operacional 4.00 (enmendado 1991, 1999) refiere a preparación de sectorial y regional EA (Anexo Un 6-8) (1. El Banco exige que todos los proyectos propuestos para obtener financiamiento del Banco se sometan a una evaluación ambiental (EA) con el fin de garantizar su solidez y sostenibilidad ambiental, y mejorar así el proceso de toma de decisiones)
2000.- Declaración de Hannover de los líderes municipales en el umbral del siglo XXI. III Conferencia Europea sobre Ciudades y Poblaciones Sostenibles. Hannover, Alemania

<p>2001. - Directiva 2001/42/CE — Evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación y efectividad de la Directiva de Evaluación Ambiental Estratégica (Directiva 2001/42/CE) [COM(2009) 469 final, 14.9.2009]. Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo con arreglo al artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2001/42/CE, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente [COM(2017) 234 final, 15.5.2017].</p>
<p>2001.- VI Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente de la UE: Medio Ambiente 2010. Nuestro futuro, nuestra elección Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente ‘Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos.</p>
<p>2001.- Estrategia de la Unión Europea para un Desarrollo Sostenible</p>
<p>2002.- Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Río + 10.Johannesburgo .</p>
<p>2002.- ARGENTINA. Ley General del Ambiente 25675. PRESUPUESTOS MINIMOS AMBIENTALES</p>
<p>2002. –RAMSAR. Resolución X.17 Evaluación del impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica: orientaciones científicas y técnicas actualizadas y Resolución VIII.9, adoptada por la Conferencia de las Partes Contratantes en su 8a. Reunión (2002).</p>
<p>2003. - PROTOCOLO DE KIEV Sobre Evaluación Ambiental Estratégica al Convenio sobre la Evaluación del Impacto en el Medio Ambiente en un Contexto Transfronterizo sobre Evaluación Estratégica Ambiental. El nuevo Protocolo regula la obligación de realizar una evaluación estratégica ambiental que incluya un procedimiento de participación pública a la hora de aprobar determinados planes, programas, políticas y legislación ambiental.</p>
<p>2004. - ARGENTINA. COHIFE. En los principios rectores de la Política Hídrica de la República Argentina del COHIFE (Consejo Hídrico Federal) se lee: “3. Incorporación de la dimensión ambiental La preservación de un recurso natural esencial como el agua es un deber irrenunciable de los Estados y de la sociedad en pleno. Por ser así, la gestión hídrica debe considerar al ambiente en todas sus actividades, desde la concepción misma de los proyectos y programas hasta su materialización y continua evolución. La incorporación de la dimensión ambiental en la gestión de los recursos hídricos se logra mediante el establecimiento de pautas de calidad ambiental, el desarrollo de evaluaciones ambientales estratégicas para planes y programas (etapa de pre-inversión), y la realización de evaluaciones de riesgo e impacto y de auditorías ambientales para proyectos específicos. Así, mediante el análisis de la vulnerabilidad ambiental, se busca reducir los factores de riesgo y lograr el equilibrio entre el uso y la protección del recurso.”</p>



2005.- ARGENTINA, CHACO Ley 5562: Crea el “Programa de Evaluación Ambiental Estratégica de Planes y programas
2006. - ARGENTINA. Ley de Glaciares. PRESUPUESTOS MINIMOS AMBIENTALES. Incorpora la EAE el Decreto Regl. 207/10, el Poder Ejecutivo Nacional establece una primera definición
2008. - ARGENTINA. Constitución de la Provincia de ENTRE RÍOS En el art. 84 establece como instrumento de política ambiental a la evaluación ambiental estratégica.
2009. - ARGENTINA. Provincia de MENDOZA. Ley 8051 de Ordenamiento Territorial, El art. 7 menciona que «son instrumentos y procedimientos del Ordenamiento Territorial, m. La Evaluación Ambiental Estratégica.
2013. - ARGENTINA. Res.74/14 SIGEN en la Guía de Auditorías Ambientales se refiere a la EAE.
2014. - ARGENTINA. Ley 10208 Ley de Política Ambiental de la Provincia de CÓRDOBA y reglamentación. Contiene y reglamenta la EAE. Art. 37: “La Evaluación Ambiental Estratégica es el procedimiento iniciado por el área del ministerio sectorial respectivo para que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable al proceso de formulación de las políticas, programas y planes de carácter normativo general que tengan impacto sobre el ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la formulación e implementación de la respectiva política, programa y plan, y sus modificaciones sustanciales, y que luego es evaluado por la Autoridad de Aplicación”. RESOLUCIÓN N° 13/15 del Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos Aprobación De La Reglamentación De La Evaluación Ambiental Estratégica.
2017. - ARGENTINA. Decreto 934/2017 Modificación Decreto N° 357/2002. ARTÍCULO 1°.- Incorporase al Anexo II del artículo 2° del Decreto N° 357/2002, sus modificatorios y complementarios, -Objetivos-, en el apartado XXIX –Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable, en la parte correspondiente a la Secretaría de Política Ambiental, Cambio Climático Ambiente Y Desarrollo Sustentable, como Objetivo 18, el siguiente: “Entender en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y de evaluación ambiental estratégica”.
2018.- ARGENTINA. CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. Ley 6014 (modifica Ley 123): define la EAE como el procedimiento técnico-administrativo de carácter integral y preventivo por el cual se consideran y evalúan los impactos ambientales de las políticas, planes y programas que se proyecten implementar en un área geográfica determinada, a efectos de procurar un instrumento para la planificación sostenible.

2018- UN. Acuerdo de ESCAZU. Si bien no se refiere a la EAE en particular, si a la participación e información en los procesos de evaluación de impacto ambiental y de otros instrumentos de gestión ambiental.

### Elaboración propia<sup>13</sup>

EL relevamiento y análisis de estos” antecedentes” nos permitieron –a partir de interiorizarnos de cada mecanismo- visualizar un instrumento que era móvil, flexible, adaptable según fuera el país, la región, la época del instrumento de EAE, etc, que se iba ajustando a las distintas circunstancias, épocas y lugares, más allá de ser hábil para adecuarse a la política, plan o programa del que se trate en particular.

En la Argentina aún no se cuenta con un instrumento que tenga el nivel y jerarquía de la EIA; solo aparece en algunas leyes de PMA sin mayor despliegue que permita reconocer un instrumento de gestión ambiental de aplicación homogénea y con un método o más que puedan reconocerse como propios o tipificantes del instrumento.

Algunas provincias han adoptado la EAE, como la provincia de Córdoba, a nivel de PMA complementarios e incluso la han reglamentado, si bien a la actualidad no se conoce de su aplicación a algún caso concreto.

---

<sup>13</sup> El cuadro es de elaboración propia en base a: GÓMEZ VILLARINO, Mauricio; *Evaluación Ambiental Estratégica: Desarrollo De Un Modelo Metodológico Para La Evaluación De La Sostenibilidad Ambiental En La Planificación Urbanística*, Universidad Politécnica De Madrid, Escuela Técnica Superior de Ingenieros Agrónomos, España 2010. p.16 y ss; DEL FÁVERO G., KATZ. R., “La Evaluación Ambiental Estratégica y su Aplicación a Políticas, Programas y Planes” en *Estudios Públicos 64* (primavera 1996). pp95-106. 101/102; GOMEZ OREA, D. et al., *Evaluación ambiental estratégica*, Ed.Mundiprensa, Madrid, 2014.p37 y ss; FISCHER B. Thomas (): *The Theory and Practice of Strategic Environmental Assessment: Towards a More Sistematic Approach* (Londres, Earthschan). 2007. pp. 1-3; SADLER,B., *EIA Training Resource Manual*, Second edition 2002, en [https://unep.ch/etu/publications/EIA\\_2ed/EIA\\_E\\_top14\\_hd.PDF](https://unep.ch/etu/publications/EIA_2ed/EIA_E_top14_hd.PDF). Pp.526 y ss; SADLER, B. DALAL-CLAYTON, B., *Strategic Environmental Assessment: A Sourcebook and Reference Guide to International Experience*, Taylor & Francis, 2012; PARTIDARIO, M., “Conceptos evolución y perspectivas de la Evaluación Ambiental Estratégica”, en *Seminario de Expertos de Evaluación Ambiental Estratégica en Latinoamérica en formulación y gestión de políticas*; nov de 2006. Santiago de Chile. 2008. pp 4 y ss.

#### 4. PRINCIPALES MODELOS E EAE

Del análisis y sistematización del material relevado sobre EAE<sup>14</sup>, surgen una diversidad de **Modelos Metodológicos de EAE**<sup>15</sup>, los cuales

---

<sup>14</sup> La investigación partió de relevar material que contuviera metodologías EAE en general y modelos de EAE en particular. Para la ello se diseñaron *criterios de selección* que se centraron en aquellos organismos que desarrollaran metodologías/modelos a nivel internacional o regional más relevantes, en función de ser gran parte de este tipo de organismos de financiamiento que la implementan; se seleccionaron autores por ser los más relevantes desde el punto de vista de su producción científica, elaboración de guías, de metodologías y en general por ser representativos en la materia. Desde ese material se elaboraron las primeras plantillas, con *Aspectos* a relevar y conforme aparecieran la mayor cantidad de *aspectos* (criterios) base, estos se confirmaban en criterios que permitieron reconocer los modelos relevantes y sus respectivas metodologías. Las plantillas guiaron las bases de cada modelo al contener un eje estructural que permitió indicar que material contaba con un método y cuáles eran las características de cada uno. Los Aspectos elaborados fueron la primera línea de estructura hipotética y luego se terminaron conformando en criterios al responder la mayor parte de los modelos relevados a los mismos en su conformación. Este material, su sistematización, análisis etc. se constituyó en la base del trabajo conjuntamente con la normativa internacional comparada. En este documento, como ya se mencionara, se presentan los principales modelos, su simplificación en tipologías y las características comunes a todos ellos que permitieran asegurarse cuales eran los componentes básicos de una EAE más allá del modelo del que se trate. Nuestro modelo, al cerrarse la primera etapa de la investigación en un *Modelo centrado en Principios*. V. DEL CAMPO, C. “EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA (EAE) Basada en Principios” (CRUC-IUA. UNDEF) presentada en CLACSO en 8va Conferencia Latinoamericana y Caribeña de Ciencias Sociales. Primer Foro mundial del pensamiento crítico; CABA, 23 de noviembre 2018,

<sup>15</sup> Diversos autores elaboran distintas modalidades de clasificar las metodologías de EAE Facetti por ej. clasifica las metodologías en: “1. **Modelo basado en EIA**- donde las contribuciones de la evaluación se dan al final del proceso de planificación. El mismo es utilizado para la evaluación del impacto ambiental del proyecto (ha sido utilizado para la evaluación de megaproyectos por ejemplo de gasoductos, de corredores viales, etc.); 2. **Modelo basado en EIA –paralelo-** con limitadas contribuciones durante la planificación. En estos dos casos las funciones de integración, iteración, y participativa consideradas como básicas por la IAIA1 para una EAE difícilmente puedan ser alcanzadas; 3. **Modelo integrado** - de evaluación ambiental se vuelve parte de la formulación de políticas y planificación; 4. **Modelo Centrado en la Decisión** – el planificador determina el proceso, la EAE determina el marco para la evaluación”. FACETTI, Juan Francisco; “Evaluación Ambiental Estratégica para Elaboración de Políticas, Planes y Programas. Comparación de Metodologías” en *Manual Técnico Para la Gestión del Saneamiento Ambiental*. Ed. I, v. II. Asunción, MERCURIO, 2013, p. 250; por su parte OÑATE, diferencia entre: modelos fundados en la EIA; modelos fundados en el desarrollo sostenible; modelos mixtos fundados en la ordenación

agrupamos conforme presentaran características esencialmente *institucional; de planificación; de desarrollo sustentable; mixtas, por autor* y finalmente agrupamos en un ítem el resto de los planteamientos que no se incluyeron en las otras clasificaciones. La relevancia de este tipo de clasificación –en lo que se refiere a nuestro trabajo- nos permitió encontrar similitudes y particularidades de cada uno, partiendo de considerar que -en algunos casos- son autores que vienen ocupándose del tema académica y generalmente también técnicamente; así como los organismos internacionales que la implementan; o regulaciones de referencia -entre otros- pudiéndose señalar:

**Tabla 2. Modelos de EAE**

<p><b>Modelos institucionales</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Modelo Centrado en la Decisión: el planificador determina el proceso, la EAE determina el marco para la evaluación</li> <li>• Modelo basado en EIA: (EEUU)</li> <li>• Modelo de Valoración regional: EAE para área geográfica particular (Banco Mundial)</li> <li>• Modelo de Evaluación medioambiental: (Reino Unido);</li> <li>• Modelo de doble aproximación: EAE emprendido en niveles separados (Holanda)</li> <li>• Administración de recurso integrado: (Nueva Zelanda)</li> <li>• Modelo EAE como procedimiento (BID)</li> </ul>
---------------------------------------	---

---

territorial y modelos diseñados para políticas y niveles más altos de PPP. OÑATE, J.J., PEREIRA, D., SUÁREZ, F., RODRÍGUEZ, J.J. y CACHÓN, J. 2002. Evaluación Ambiental Estratégica: La evaluación ambiental de Políticas, Planes y Programas. Mundi-Prensa, Madrid. pp33 y ss. Para GOMEZ VILLARINO, M “Los antecedentes permiten concluir, en síntesis, cuatro grandes tipos de aproximaciones metodológicas: **Las basadas en los Estudios de Impacto Ambiental**, que consideran al PPP como si se tratase de un proyecto más amplio en los ámbitos espacial y temático y con un alcance menos detallado que los proyectos convencionales; **Las basadas en modelos de sostenibilidad** (de desarrollo sostenible) y en los criterios técnicos de sostenibilidad; **Las basadas en los modelos de ordenación territorial**; **Otras metodologías**: entre ellas las que aplican enfoques métodos y criterios de planificación, es decir, de los instrumentos de carácter estratégico o de los procesos de toma de decisiones que preceden a los proyectos en lo temporal y los enmarcan en lo temático y en lo espacial.” GOMEZ VILLARINO. Ob. Cit. p.46.

<b>Modelos de base EIA (sub modelo institucional)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Las normas holandesas para el procesos de EAE, Modelo SEAN<sup>16</sup> o de EIA paralelo (Holanda)</li> <li>• las guías metodológicas del Asian Development Bank realizadas en el 2003 o</li> <li>• metodología EIA-Paralela (las guías de la OECD-DAC para la EAE publicadas en el 2006, son solo pocos ejemplos del uso continuo del enfoque <i>bottom-up</i> (basado en EIA).) (Banco Mundial)</li> </ul>
<b>Modelos de planificación y OT</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Metodología de planificación</li> <li>• Metodología basada en un <i>continuum</i> (OCDE)</li> <li>• Metodología para integrar el medio ambiente en el proceso de planificación.</li> <li>• Metodologías fundadas en la ordenación del territorio (Gómez Orea)</li> <li>• Metodologías aplicadas al planeamiento urbanístico (Villarino)</li> <li>• Evaluación Ambiental Regional, Banco Mundial, 1996</li> </ul>
<b>Metodología del desarrollo sostenible</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Metodologías fundadas en el desarrollo sostenible<sup>17</sup></li> <li>• Metodología de Análisis de sostenibilidad: elementos de EAE integrados, (Australia y Reino Unido).</li> <li>• Modelo de Sostenibilidad (CE)</li> </ul>
<b>Metodologías mixtas</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Metodología para leer el “entorno” (Villarino)</li> <li>• Modelo integrado de evaluación ambiental: integra la formulación de políticas y planificación</li> <li>• EAE progresiva, (aplicación de la EIA ampliada)</li> </ul>
<b>Otros planteamientos metodológicos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Evaluación ambiental estratégica completa</li> <li>• Metodología con enfoque estratégico<sup>18</sup> (CAF)</li> <li>• Apreciación de políticas con técnicas de análisis de costo-beneficio (Katz)</li> </ul>

<sup>16</sup> La **metodología SEAN**, fue desarrollada en 1999 para la Organización Holandesa para la Cooperación para proyectos de asistencia enfocados en la reducción de la pobreza, con financiamiento del Ministerio de Relaciones Exteriores de Holanda y se la utiliza desde 2002 como un apoyo, capacitación y servicios de consultoría a varios países, como Cabo Verde, Camerún, Croacia, Guatemala, Ghana, Nicaragua, Honduras, Zimbabue –entre otros- V. por ej. en <https://doi.org/10.3152/147154600781767303>.

<sup>17</sup> Ej. Evaluación ambiental estratégica de los Planes de desarrollo Regional (Comisión Europea, 1998); Evaluación ambiental estratégica. Ministerio de Medio Ambiente de Nueva Zelanda, 1999; Evaluación ambiental estratégica en Sudáfrica (CSIR y DEAT, 2000).

<sup>18</sup> CAF, Metodología de Evaluación Ambiental y Social con Enfoque Estratégico; EASE-IIRSA 2010. <http://www.ced.cl/ced/wp-content/uploads/2011/10/metodologia-4.pdf>

<b>Metodologías por autores (como modalidad diferente de clasificación)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Metodología para elaborar el ISA o documento técnico fundamental del procedimiento (Villarino)<sup>19</sup></li> <li>• Metodología para evaluar los Planes de Ordenación Territorial Ambiental (Gómez Orea)</li> <li>• Modelo de EAE centrado en la decisión<sup>20</sup>. (Partidario) Modelo de Pensamiento estratégico</li> <li>• Metodología Paramétrica<sup>21</sup> (Marull)</li> </ul>
---	--

Elaboración propia a partir del material relevado<sup>22</sup>

De los distintos modelos que surgieron de la sistematización del material relevado pudieron reconocerse las tipologías, plasmándose en el siguiente cuadro una síntesis de las principales tipologías de EAE; agrupándose en grandes líneas en:

<sup>19</sup> V, en [http://oa.upm.es/3474/1/MAURICIO\\_GOMEZ\\_VILLARINO.pdf](http://oa.upm.es/3474/1/MAURICIO_GOMEZ_VILLARINO.pdf)

<sup>20</sup> Metodología de EAE de PARTIDARIO, M., Metodología en base estratégica para EAE. Proceedings of National Conference on Impact Assessment. APAI, 2006.18-20; JILIBERTO, R. & BONILLA M. Guía de Evaluación Ambiental Estratégica. Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina. 2009.

<sup>21</sup> Sobre la metodología Paramétrica Iglesias V. MARULL, J., “Metodologías paramétricas para la evaluación ambiental estratégica”, en *Ecosistemas* 14 (2), 97-108 Barcelona, España. mayo 2005. pp 97-108; IGLESIAS, Alicia N. Evaluación Ambiental Estratégica Territorial. Consideraciones en torno a los efectos ambientales de las políticas, planes y programas. Conceptos paradigmáticos implicados, *Revista del Departamento de Ciencias Sociales*, 3:4-22. 2014. p. 20.

<sup>22</sup> V. Ob. Cit. <https://rdu.iaa.edu.ar/handle/123456789/1666>; PARTIDARIO M.R. Metodología de base estratégica para AAE – una Propuesta). Proceedings of the National Conference on Impact Assessment (Ponencias de la Conferencia Nacional para la Evaluación de Impactos). APAI, 18-20 de octubre 2006; GOMEZ VILLARINO, M., ob. Cit. p.60; CARABUENA MENDOZA S. “La Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) como Instrumento de Valoración Espacial. Análisis de su Implementación en Proyectos de Infraestructura Vial”. *Revista Geográfica Digital. IGUNNE*. Facultad de Humanidades. UNNE. Año 14. N° 28. julio-diciembre 2017. Resistencia, Chaco. Diciembre 2017; GOMEZ VILLARINO, M., Ob. Cit. p.46; RED DE AUTORIDADES AMBIENTALES, 1999. Metodología Básica común para la Evaluación Ambiental Estratégica de los Planes de Desarrollo Regional: 2000-2006. Ministerio de Medio Ambiente. Madrid.

**Tabla 3. Tipologías**

<p><b>Tipologías de EAE</b> ¿Enfoque?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Centrado en el Impacto</li> <li>- Centrado en las instituciones</li> <li>- Orientación mixta</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• EAE basado en la EIA (NEPA)</li> <li>• EAE en base a EIA en paralelo (BM)</li> <li>• EAE en base a controles</li> <li>• EAE basada en resultados</li> <li>• EAE basada en procesos (CEPAL)</li> <li>• EAE basada en <i>continuun</i> (OCDE)</li> <li>• EAE como instrumento</li> <li>• EAE como producto</li> <li>• EAE como procedimiento (BID)</li> </ul>
--	--

Elaboración propia

Estas tipologías se clasifican -conforme a lo que la mayor parte de la doctrina relevada incluye- en grandes enfoques de acuerdo a si se centran en el *impacto ambiental*; en el enfoque centrado en las *instituciones* o si son de una *orientación mixta*. La metodología de EAE en términos generales que se basa en un proceso muy similar al de EIA, que se enfoca generalmente en los impactos en los componentes ambientales; en cambio el enfoque basado en las instituciones innova en el procedimiento y lo centra en la función y la organización pública (en el nexo decisor de la política pública y en su desarrollo mediante la función administrativa por lo general) de trabajo dirigido en la institucionalidad. El enfoque mixto conjuga las dos tipologías de EAE.

En resumen, el enfoque metodológico de la EAE será el que marque la modalidad en la que se aplique, el tipo de procedimiento y las posibilidades o no que sea un instrumento preventivo útil a la gestión pública ambiental y a la protección del ambiente.

## 5. LAS NOTAS CARACTERIZANTES DE LA EAE

De los modelos relevados y de la sistematización nos avocamos al análisis de las metodologías que se efectuó mediante un modelo gráfico a partir de los criterios seleccionados en matrices que revelan las principales características que se presentan por autor y por organismo (que muchas veces coincide con el autor) y las notas específicas de cada modelo.

Se utiliza el método de mapeo para organizar y elaborar (o sistematización de la existente) e identificar los aspectos de cada modelo para luego

mediante cuadros comparativos determinar las características específicas (notas caracterizantes) de cada modelo. Lo que permitió luego realizar una meta matriz mediante la cual se evidencian aspectos coincidentes, disímiles y los caracterizantes de cada modelo a los fines de extraer el significado y generar categorías (opciones o alternativas) por el método de comparación constante (similitudes y diferencias entre las unidades de significado). La construcción de la meta matriz de *sistematización de los resultados* de las matrices anteriores, permitió detectar las notas comunes y las caracterizantes y obtener una base común o fundacional de la EAE cualquiera sea el método que adscriba o diseñe.

Es a partir de la elaboración de la meta matriz, que se evidenciaron ciertas “Notas” caracterizantes que explicitan lo que se repite en la mayor parte de los modelos relevados y que termina conformando lo que es la EAE en su esquema básico, en sus cimientos, más allá de los distintos modelos y se muestra la sistematización de resultados de lo que surgen las concordancias, notas comunes y notas particularizantes. Estas notas se resumen en el siguiente cuadro:

**Tabla 4. Matriz Comparación/Notas Caracterizantes**

Concordancias o notas esenciales	Notas mayoritariamente comunes	Diferencias Notas particulares
<b>A Nivel de Decisión</b>  <b>Base Estratégica</b>  <b>Base institucional</b>  <b>Preventiva</b>  <b>Participativa</b>  <b>Sustentabilidad</b>  <b>Adaptable</b>  <b>Negociación</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Enfocada en el nivel de decisión. De incorporación de lo ambiental a la toma de decisiones</li> <li>- Base Estratégica Enfoque estratégico. De base estratégica</li> <li>- Institucionalidad Institucional. Centrada en lo institucional. De base institucional</li> <li>- Es preventiva enfocada a tales intereses. Preventiva</li> <li>- Participativa. Plan de participation</li> <li>- Y hacia el DS -Alineada a los ODS- Fomenta la sostenibilidad ambiental</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Centrada en el entorno</li> <li>• De enfoque territorial</li> <li>• Modelo procedimental</li> <li>• Sistemática</li> <li>• De aplicación inclusiva (da más presencia a lo social que en anteriores)</li> <li>• Basada en los intereses del organismo</li> <li>• Enfoque sectorial</li> <li>• De bajo costo y rápida</li> <li>• Enfocada en alternativas</li> <li>• Se centra en objetivos a partir de características de la EAE</li> <li>• Integrada</li> <li>• Construye capacidad</li> </ul>



	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Adaptable-Se adapta en territorio a esa finalidad</li> <li>- De base en la negociación- Enfocada al manejo de conflictos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sectorizada</li> <li>• No es metodología EAE.</li> <li>• Paramétrica</li> </ul>
--	--	--

### Esquema síntesis elaboración propia

Cada nota esencial tipifica el instrumento, desplegándose en las notas comunes como aquellas que aparecen en la mayor parte de los diferentes modelos de EAE. Luego el despliegue que se realice a partir del modelo que se adopte permitirá un mayor o menor involucramiento de los objetivos de la EAE con el sistema jurídico institucional del que se trate.

## 6. ALGUNAS CONCLUSIONES

La EAE de base, -a partir de la cual desarrollamos los lineamientos metodológicos (que no se presentan en este trabajo)- nos permite resumir en que la EAE es un instrumento de gestión ambiental que actúa a nivel de decisión, siendo encauzada al ámbito esencialmente público institucional; que es *estratégica* lo que implica la evaluación de opciones, de riesgos, de potencialidades, de oportunidades, etc. y concretar la política, programa o plan del que se trate habiendo evaluado la PPP en sus opciones; lo que permite al decisor encauzar PPP sustentables, con resultados sustentables.

La EAE integra el conjunto de instrumentos de gestión ambiental de base preventiva, ya que es un proceso eminentemente preventivo mediante el cual se analizan las causas y los posibles efectos del PPP permitiendo resolver aspectos de tales efectos y minimizar los negativos; así como evaluar oportunidades y conveniencia desde perspectivas que van desde lo ambiental pero que se encauzan esencialmente en lo político, social y económico.

La instancia de participación es fundamentalmente interna, en y desde el ámbito organizacional del decisor, lo que implica la participación de las distintas áreas involucradas -de ser el caso- de la administración pública lo que implica por ejemplo habilitar la relación interministerial como la inter e intra departamental y en general que se involucren e incluyan los actores claves en el proceso de evaluación; para luego en una segunda

instancia, someter al PPP a la participación pública, previo cumplimiento de etapas de información y divulgación en general. La base de la EAE es participativa y de información en función de que el análisis de las consecuencias de determinada PPP requiere ser evaluada desde distintos enfoques, compartimentos y áreas disciplinares -entre otros- permitiendo detectar así impactos innecesarios, desde una multiplicidad de dimensiones y enfoques. Ello le permitirá al decisor realizar su opción, pero asumiendo costos eficiencia y fundamentalmente la responsabilidad por tal opción ya conociéndose todos los aspectos potenciales del PPP en el ambiente entendido en sus componentes fundamentalmente social y económico si bien el natural también integra la evaluación.

La EAE es una herramienta de gestión preventiva de efectos ambientales adversos, impactantes negativamente, pero a la vez acompaña al decisor en la evaluación de múltiples aspectos de la política pública que ya sea mediante un programa o plan o una normativa por ejemplo que terminen incidiendo en su gestión pública.

Es de anhelar que no volvamos a repetir los mismos errores que al trasplantar la EIA a nuestro procedimiento sin adaptar el procedimiento a nuestro sistema jurídico institucional; al momento, algunas de las regulaciones que en el país han incorporado la EAE lo han realizado con el procedimiento EIA pero adoptado a políticas planes y programas. La oportunidad de adoptar un instrumento de gestión ambiental preventivo a nuestro sistema sea quizás una buena ocasión para ser sustentables en nuestro desarrollo.

# BANCO MUNDIAL, SEGURIDAD SOCIAL Y DERECHO ARGENTINO: EL INFORME DE DESARROLLO MUNDIAL 2019\*

*Horacio Javier Etchichury\*\**

**Resumen:** En su *Informe de Desarrollo Mundial 2019: La cambiante naturaleza del trabajo*, el Banco Mundial promueve un nuevo sistema de seguridad social, basado en tres componentes principales –un mínimo social garantizado, un seguro social y la regulación del mercado de trabajo–, a fin de enfrentar los problemas actuales generados por los avances tecnológicos. Este artículo revisa la propuesta a la luz del derecho constitucional a la seguridad social en Argentina, para identificar probables contradicciones que pueden surgir entre las recomendaciones del Banco y los compromisos de nuestro país con los derechos humanos.

**Palabras clave:** Banco Mundial ~ Seguridad social ~ Derecho constitucional.

## INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

La última edición del *Informe de Desarrollo Mundial*, publicación insignia del Banco Mundial, lleva por título *La naturaleza cambiante*

---

\* Artículo recibido el 15/06/2019 ~ Aprobado para su publicación el 11/12/2019.

\*\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Master of Laws (LL. M.), Yale University (Estados Unidos). Profesor Adjunto, Facultad de Derecho, UNC. Investigador Adjunto, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Director del Grupo de Investigación en Derechos Sociales (GIDES) [GidesCordoba.blogspot.com]. Correo electrónico: etchichury74@gmail.com

<sup>1</sup> Una versión anterior de este trabajo, sin análisis ni referencias sobre el derecho constitucional argentino, fue presentada como ponencia en el XIV Congreso de la Sociedad Argentina de Análisis Político (Buenos Aires, 2019).

*del trabajo* (*The changing nature of work*, en el original)<sup>2</sup>. El informe analiza los cambios que el Banco percibe en los mercados de trabajo, especialmente a causa de los avances tecnológicos, y –a la vez– expone un conjunto de alternativas políticas para que los gobiernos lleven adelante en ese contexto. Uno de los capítulos recomienda un nuevo esquema de seguridad social. En el presente trabajo, reviso esa propuesta a la luz de las pautas contenidas en el derecho constitucional argentino, incluyendo los principios consagrados en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), dotado de jerarquía constitucional. Como resultado, señalo tensiones y contradicciones que podría enfrentar nuestro país en el caso de que tome préstamos del Banco para llevar adelante sus recomendaciones en esta área.

Tras presentar el contenido general de la edición 2019 del informe, expondré específicamente las propuestas en materia de seguridad social, señalando los aspectos que pueden entrar en conflicto con pautas constitucionales o de igual jerarquía; las conclusiones resumen las principales contradicciones halladas.

## 1. EL INFORME DE DESARROLLO MUNDIAL 2019

Se denomina comúnmente “Banco Mundial” (BM) al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), creado junto al FMI en 1944, como parte de un plan para evitar crisis económicas en la inminente posguerra. La toma de resoluciones en ambas entidades se hace por voto ponderado: cada Estado tiene una capacidad decisoria diferente, según los fondos que aporta. Cuanto mayor es la contribución monetaria de un país, mayor es su cuota de poder. Estados Unidos posee el 16,8% de las acciones; los países del G8 reúnen en conjunto un 44%<sup>3</sup>.

El Banco, además de su rol de crédito, cumple un importante papel intelectual, formulando diagnósticos y propuestas de políticas en múltiples áreas. Entre sus numerosas publicaciones, el Informe de Desarrollo Mundial

---

<sup>2</sup> BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2019. The changing nature of work*, The World Bank, Washington (D. C.), 2019. Disponible en: <http://www.worldbank.org/en/publication/wdr2019>

<sup>3</sup> ABOUHARB, M. RODWAN y CINGRANELLI, DAVID, *Human rights and structural adjustment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pág. 108.

(*World Development Report*, en inglés) tiene un lugar prominente. Este informe anual presenta las ideas y preocupaciones actuales del Banco, mostrando la evolución de sus posturas sobre cierto tema<sup>4</sup>. No es obligatorio ni para el Banco ni para sus Estados clientes. Sin embargo, el BM lo define como su “buque insignia”, “uno de los productos clave de la unidad del Banco dedicada a la Economía del Desarrollo”, que contiene recomendaciones de políticas y atraviesa una amplia revisión externa e interna; todo ello lo vuelve, tal como explica el BM, una publicación “altamente influyente”<sup>5</sup>. Se ha señalado –con preocupación– la tensión entre el rol financiero del Banco y su función de dar asesoramiento, apuntando a un posible conflicto de intereses. Dado que el objetivo del BM es acordar préstamos, parece existir un incentivo para hacer recomendaciones técnicas (en cualquier área de gobierno) que exijan –precisamente– pedir un crédito<sup>6</sup>.

## Tecnología y empleos

El eje de la edición 2019 es el impacto de los avances tecnológicos en el presente y futuro del trabajo<sup>7</sup>. Seis años atrás, el Informe también había analizado la situación laboral, aunque sin limitarse a la relación con la tecnología<sup>8</sup>. Durante la elaboración de este nuevo informe, se abrió un

---

<sup>4</sup> SINDZINGRE, ALICE, “The evolution of the concept of poverty in multilateral financial institutions. The case of the World Bank”, en Morten Bøås y Desmond McNeill (eds.), *Global institutions and development. Framing the world?*, Routledge, Londres, 2004, pág. 166; KILLINGER, STEFANIE, *The World Bank's non-political mandate*, Carl Heymanns Verlag KG, Colonia, 2003, pág. 66.

<sup>5</sup> <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/2124>

<sup>6</sup> STROMQUIST, NELLY P., “*World Development Report 2019: The changing nature of work*” (reseña de libro), *International Review of Education*, vol. 65, núm. 2, 2019, pp. 321-329.

<sup>7</sup> Aunque excede el alcance del presente trabajo, cabe señalar la problemática referencia del título a una “naturaleza” del trabajo. Entendido el trabajo como una actividad humana, a la vez medio de socialización e instrumento para la supervivencia (HABERMAS, Jürgen, “Conocimiento e interés”, en *Ciencia y técnica como “ideología”*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 159-181), es difícil imaginar que tenga una “naturaleza”, ajena a las relaciones humanas y por lo tanto, inmodificable. Más bien al contrario, el trabajo (y las relaciones establecidas para llevarlo a cabo) se presenta como un aspecto sujeto a cambios derivados de decisiones sociales, y no como un fenómeno natural.

<sup>8</sup> BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2013. Jobs*, Washington (D. C.), The World Bank. 2013.

periodo de consultas, con la publicación de borradores previos en el sitio del BM y una serie de encuentros con organizaciones públicas y privadas en distintos lugares del mundo<sup>9</sup>. Ciertas voces críticas describieron al proceso de consultas como “superficial”<sup>10</sup>, mientras que la Oficina Internacional del Trabajo ha destacado –incluso criticando muchos aspectos del texto– la apertura lograda<sup>11</sup>.

Frente a pronósticos pesimistas que advierten sobre la destrucción de empleos, el reemplazo de humanos por máquinas, el empeoramiento de las condiciones laborales y una consecuente agudización de la desigualdad, el informe del BM se propone –a lo largo de siete capítulos– brindar una visión más matizada<sup>12</sup>, poniendo el énfasis en tendencias diferentes y en las medidas que los Estados pueden tomar para que la tecnología redunde en efectos positivos para la sociedad. Se ha señalado, sin embargo, que el informe no profundiza sobre cómo esos desarrollos tecnológicos reflejan las relaciones sociales de poder<sup>13</sup>, ni en cómo las medidas políticas podrían orientarlos en diversos sentidos<sup>14</sup>.

En los primeros apartados, el texto del Banco relativiza las predicciones usuales acerca del impacto de la tecnología sobre los empleos. Sostiene que el efecto no es único: por una parte, se automatizan tareas y se eliminan

---

<sup>9</sup> Véase <http://www.worldbank.org/en/publication/wdr2019/brief/world-development-report-2019-consultation>

<sup>10</sup> BRETTON WOODS PROJECT, “World Bank’s vision of work leaves it isolated from the international community”, publicación del 6 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.brettonwoodsproject.org/2018/12/world-banks-vision-of-work-leaves-it-isolated-from-the-international-community/>

<sup>11</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), “International Labour Office expresses concern about World Bank report on future of work”, declaración emitida el 12 de octubre de 2018. Disponible en: [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/statements-and-speeches/WCMS\\_646884/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/statements-and-speeches/WCMS_646884/lang--en/index.htm)

<sup>12</sup> STROMQUIST, NELLY P., *ob. cit.*

<sup>13</sup> ANNER, MARK; PONS-VIGNON, NICOLAS; RANI, UMA (2019): “For a future of work with dignity: a critique of the World Bank Development Report, *The changing nature of work*”, *Global Labour Journal*, vol. 10, núm. 1, pág. 3.

<sup>14</sup> CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL – OFICINA DE WASHINGTON (D. C.), *World Development Report 2019: World Bank’s unhelpful contribution to debate on the future of work*. Confederación Sindical Internacional, Washington (D. C.), 2018. Disponible en: <https://www.ituc-csi.org/world-bank-s-world-development>

puestos de trabajo; pero, por otra, esos mismos avances generan nuevas posiciones<sup>15</sup>, aunque allí se requieren nuevas capacidades. Entre ellas se destacan las “habilidades cognitivas avanzadas” (como la resolución de problemas complejos), las “habilidades socioconductuales” (por ejemplo, el trabajo en equipo y la capacidad de interactuar con personas) y otras que permiten predecir la “adaptabilidad” de las personas que trabajan, tales como la capacidad de razonar y la autoeficacia. El informe analiza, además, los cambios en la estructura de las empresas, cuyas fronteras se están difuminando. El surgimiento de grandes compañías impulsa la creación de empleo, pero también el riesgo de abusos de la posición dominante<sup>16</sup>.

Un capítulo completo se dedica a la noción de “capital humano”, que el texto define como “conocimiento, habilidades y salud que las personas acumulan a lo largo de sus vidas, lo que les permite realizar su potencial como integrantes productivos de la sociedad”<sup>17</sup>. La construcción de ese capital se señala como prioritaria para la acción de los gobiernos, admitiendo que hay escasos “incentivos políticos” para hacerlo. El BM ofrece a los países su ayuda para impulsar la inversión en esta área, a través de un proyecto específico que incluye la presentación de un “índice de capital humano” como herramienta para medir el avance en esa área. Ese índice –que ordena luego jerárquicamente a los Estados– refleja la “cantidad de capital humano” que una persona nacida en 2018 logrará cuando concluya la enseñanza media, teniendo en cuenta los riesgos de enfermedades y de mala educación prevalentes en su país. Como explica el Banco, se trata de medir “la productividad de la próxima generación de trabajadores” tomando como punto de referencia una educación completa y una buena salud<sup>18</sup>. Stromquist objeta el índice por concentrarse en los resultados y no en las condiciones iniciales ni los insumos de los sistemas educativo o de salud. También, de modo más general, critica el escaso tratamiento de las cuestiones de género en el informe<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Se ha objetado que el informe no analiza la calidad de los nuevos empleos originados en los cambios tecnológicos; véase ANNER, MARK *et. al.*, *ob. cit.*, pp. 7, 8.

<sup>16</sup> BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2019. The changing nature of work*, *cit.*, pp. 3, 5, 6, 10-12,

<sup>17</sup> *Ídem*, pág. 50.

<sup>18</sup> *Ídem*, pp. 10-12.

<sup>19</sup> STROMQUIST, NELLY P., *ob. cit.*

El aprendizaje a lo largo de la vida es el eje de otro capítulo. Se destaca la necesidad de invertir en la nutrición, salud y educación de la infancia temprana (desde la etapa prenatal hasta los 5 años), por ser el periodo de mayor “capacidad cerebral de aprender a partir de las experiencias”, lo que permite tener “mayor resiliencia frente a la incertidumbre en etapas posteriores de la vida”. La educación terciaria es, según el informe, otro ámbito donde adquirir capacidades cognitivas superiores, tales como la habilidad para resolver problemas complejos, el pensamiento crítico y la comunicación avanzada. Por último, se aconseja rediseñar los programas destinados a la educación de adultos que no pueden retornar a la escuela o asistir a la universidad; tales programas suelen –en opinión del Banco– no arrojar los resultados esperados<sup>20</sup>.

El texto, por otra parte, destaca que las personas pueden acumular capital humano en el trabajo, aunque admite que ello resulta más difícil en las economías emergentes. Entre las medidas que los Gobiernos pueden tomar al respecto, el Banco afirma que la “política óptima” es la creación de empleos formales para la población pobre, lo que es compatible –señala– con la agenda de “trabajo decente” de la OIT. Otras políticas recomendables son la generación de un ambiente positivo para las empresas, el entrenamiento de adultos en capacidades para emprender y el incremento en el acceso a las tecnologías<sup>21</sup>.

Un capítulo especial se dedica al fortalecimiento de la seguridad social, sobre lo que volveré más adelante. A grandes rasgos, el Banco describe la incertidumbre en los mercados laborales y la obsolescencia de los modelos tradicionales de protección social, debido al alto porcentaje de informalidad. Frente a ello, propone un esquema de seguro social que no dependa del empleo formal. Con financiamiento diverso y destinado a cubrir progresivamente a toda la población, este seguro debería comenzar por los sectores más pobres. Esta protección permitiría hacer más “flexible” la legislación laboral para facilitar –según el informe– la “transición entre empleos”<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2019. The changing nature of work*, cit., pp. 9, 13.

<sup>21</sup> *Ídem*, pp. 4, 13-14.

<sup>22</sup> *Ídem*, pp. 7-8, 10, 14.



Aunque advierte que la desigualdad de ingresos no ha aumentado en la última década, el Banco propone un nuevo “contrato social” centrado en la igualdad de oportunidades y dirigido a incrementar la inclusión social. Ello obligará a aumentar los ingresos públicos; entre otras herramientas para lograrlo, el informe menciona impuestos al valor agregado, a las emisiones de carbono y a ciertos consumos específicos. Otras posibles medidas para mejorar la recaudación consisten en revisar los subsidios a la energía y aplicar a las empresas de plataforma los mismos impuestos que rigen para otras compañías<sup>23</sup>.

## Derechos humanos

Cabe señalar que el informe carece de una perspectiva de derechos humanos, a diferencia de la edición 2013 (que incluyó algunas referencias en ese sentido<sup>24</sup>). Así, por ejemplo, la alimentación, la educación y la salud se presentan como elementos para construir “capital humano”<sup>25</sup>, y no como derechos de la población, pese a estar consagrados en el PDESC, ratificado por 169 países<sup>26</sup>, todos ellos integrantes del Banco (salvo Corea del Norte, Liechtenstein y Mónaco). Se trata de una línea de larga tradición en el BM: sus propuestas no se diseñan tomando en cuenta las obligaciones fijadas por los pactos de derechos humanos obligatorios

---

<sup>23</sup> *Ídem*, pp. 9-11, 14.

<sup>24</sup> Aquel informe definía al trabajo como “las actividades que generan un ingreso, monetario o en especie, sin violar los derechos humanos” (BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2013. Jobs*, The World Bank, Washington [D. C.], 2013, pág. 5); si bien existía una mención a la Declaración Universal de 1948, se terminaba restringiendo (*idem*, pág. 66) la noción de “derechos humanos” al contenido de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, aprobada por la Organización Internacional del Trabajo en 1998, que consagra solo 4 pautas básicas: “a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación” (art. 2).

<sup>25</sup> BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2019. The changing nature of work*, cit., pp. 56-58.

<sup>26</sup> Véase <https://indicators.ohchr.org/>

para los tomadores de sus préstamos (Darrow, 2003: 19, 51, 149)<sup>27</sup>. La institución justifica esta postura en virtud de su carácter “técnico”, que le impediría injerir en los asuntos internos de sus prestatarios. Además, el Banco no admite estar obligado por esos tratados<sup>28</sup>. Según Sarfaty, la falta de un consenso claro entre los internacionalistas favorece la postura del BM. En tanto, otras instituciones –como la UNESCO– sí han incorporado el enfoque de derechos humanos<sup>29</sup>.

Por otra parte, el Estado argentino ha ratificado el Pacto hace más de 30 años: está obligado internacionalmente a cumplirlo. Más aún: lo ha dotado de jerarquía constitucional (art. 74 inc. 22, CN), por lo que sus cláusulas se han vuelto exigibles en el plano interno, incluso a través de la acción de amparo prevista en el art. 43 de la CN. Existe, en el plano internacional, un órgano de monitoreo y control del Pacto: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en adelante, Comité DESC), integrado por expertos. Sus Observaciones Finales (OF) describen el grado de avance de cada país en el cumplimiento del Pacto<sup>30</sup>, mientras que las Observaciones Generales (OG) aportan elementos conceptuales<sup>31</sup>. Estas últimas tienen relevancia en nuestro país, ya que la Corte Suprema en “Q. C.” (2012) reconoció al Comité DESC como intérprete autorizado del Pacto. Sus observaciones integran las “condiciones de vigencia” del

---

<sup>27</sup> DARROW, MAC, *Between light and shadow. The World Bank, the International Monetary Fund and International Human Rights Law*, Hart Publishing, Portland, 2003, pp. 19, 51, 149. Un enfoque de derechos humanos toma a éstos como eje: las políticas (sociales, en este caso) deben servir para ponerlos en vigor (SEPÚLVEDA, MAGDALENA, *De la retórica a la práctica: el enfoque de derechos en la protección social en América Latina*, CEPAL, Santiago de Chile, 2014, pág. 21; GATENIO GABEL, SHIRLEY, *A rights-based approach to social policy analysis*, Springer, Nueva York, 2016, pág. 10).

<sup>28</sup> GHAZI, BAHAM, *The IMF, the World Bank and the question of human rights*. Transnational Publishers, Ardsley (Nueva York), 2005, pp. 82-83.

<sup>29</sup> SARFATY, GALIT, “Why culture matters in international institutions: the marginality of human rights at the World Bank”, *American Journal of International Law*, núm. 103, 2009, pp. 647-648, 659-662.

<sup>30</sup> La más reciente OF respecto de Argentina fue emitida en noviembre de 2018. Disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/ARG/CO/4&Lang=En](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/ARG/CO/4&Lang=En)

<sup>31</sup> Hasta el momento (junio de 2019), el Comité ha emitido 24 OG destinadas a interpretar diferentes derechos consagrados en el Pacto.

tratado, tal como lo prevé el art. 75 inc. 22 de la CN<sup>32</sup>. El texto del Pacto debe leerse en sintonía con el resto de los derechos de las personas que trabajan, incluyendo los contenidos en el art. 14 *bis*. En Argentina, una cuestión de derechos humanos es también una cuestión constitucional. Por otra parte, existe un mecanismo adicional de control sobre la conducta del Estado argentino. Se trata de la vía abierta a través del Protocolo Opcional al PDESC<sup>33</sup>, en la que las personas afectadas pueden presentar quejas o reclamos individuales (art. 2) ante el Comité por afectación de derechos consagrados en el Pacto.

El Comité explica que existen tres clases de obligaciones estatales en virtud del Pacto: *respetar, proteger y cumplir*<sup>34</sup>. “Respetar” implica que el Estado no debe infringir directamente un derecho. La obligación de “proteger” le exige impedir que otros (entidades privadas, personas particulares, empresas) lo hagan. Finalmente, el deber de “cumplir” significa que el Estado garantiza y promueve la vigencia efectiva de cada

---

<sup>32</sup> Esto significa que deben tenerse en cuenta no sólo las reservas introducidas por Argentina al ratificar cada instrumento, sino también las pautas interpretativas elaboradas por los órganos de monitoreo correspondientes a cada tratado (GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 712-713; SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, tomo II, pp. 279-280; MANILI, PABLO, “La supremacía constitucional en relación al derecho internacional y a los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional”, en Sabsay, Daniel (coord.), *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 79-87; QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, 3ª ed., Zavallía, Buenos Aires, 2000, pág. 483).

<sup>33</sup> El Protocolo Opcional del PDESC entró en vigor el 5 de mayo de 2013. Argentina lo ratificó en 2011, a través de la ley 26.663 (sancionada el 16 de marzo de 2011). Al 1 de mayo de 2019, los Estados parte del Protocolo son Argentina, Bélgica, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Cabo Verde, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, España, Finlandia, Francia, Gabón, Honduras, Italia, Luxemburgo, Mongolia, Montenegro, Níger, Portugal, República Centroafricana, San Marino, Uruguay y Venezuela. Ver <http://indicadores.ohchr.org/>

<sup>34</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pág. 31; SCOTT, CRAIG Y MACKLEM, PATRICK, “Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees? Social rights in a new South African constitution”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 141, 1992, pág. 74; TREACY, GUILLERMO F., “Responsabilidad del Estado y derecho a la salud”, en Liliana Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aldao (coord.), *Tratado de derecho a la salud*, tomo II, La Ley, Buenos Aires, pág. 1157.

derecho. La división tripartita tiene un objetivo expositivo. Todas estas obligaciones son simultáneas, no sucesivas o alternativas. Los deberes de “respetar” y “proteger” no se limitan a conductas negativas, sino que incluyen protecciones especiales a grupos vulnerables<sup>35</sup>, especialmente si se está atravesando un ajuste económico<sup>36</sup>. La obligación de “cumplir” implica, más claramente, deberes positivos de proveer bienes o el dinero necesario para adquirirlos.

Estos deberes estatales, además, se hallan atravesados por los principios de universalidad, progresividad y no regresividad. El primero significa, simplemente, que los derechos contenidos en el Pacto están reconocidos a “toda persona”, sin posibilidades de excluir o discriminar “por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 2.2 del PDESC)<sup>37</sup>. Del mismo modo, los derechos sociales contenidos en el articulado de la CN también tienen —en general— el mismo alcance amplio (se tutela al “trabajo en todas sus formas”, por ejemplo). La universalidad implica no solo prohibir la discriminación, sino eliminarla<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Con respecto a las personas con discapacidad, en la OG 5 (1994), parág. 9, y respecto a las personas ancianas, en la OG 6 (1995), parág. 17; en el derecho a la vivienda, la OG 4 (1991), parág. 8, exige cierta prioridad para distintos grupos vulnerables.

<sup>36</sup> OG 2 (1990), parág. 9, y OG 3 (1990), parágs. 12 y 13.

<sup>37</sup> La noción de “universalidad” tiene un tratamiento escaso en obras muy consultadas de doctrina constitucional argentina, tales como DALLA VIA, ALBERTO, *Manual de derecho constitucional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004; ROSATTI, HORACIO, *Tratado de derecho constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000; CLÉRICO, LAURA, RONCONI, LILIANA Y ALDAO, MARTÍN, *Tratado de derecho a la salud*, 3 tomos, La Ley, Buenos Aires, 2013; RIVERA, JULIO CÉSAR, ELÍAS, JOSÉ SEBASTIÁN, GROSMAN, LUCAS SEBASTIÁN Y LEGARRE, SANTIAGO (directores), *Tratado de los derechos constitucionales*, 3 tomos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014. En general, se señala que el art. 14 de la CN reconoce derechos a “todos los habitantes”, de modo concordante con la cláusula de igualdad del art. 16; véase, por ejemplo, BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental del derecho constitucional argentino*, tomo I-A, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 754, 762, 770; SAGÜÉS, NÉSTOR, *ob. cit.*, pp. 302-304; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *op. cit.*, pág. 75. No se trazan conexiones con los artículos pertinentes de los instrumentos internacionales de derechos humanos dotados de rango constitucional, lo que contribuiría a definir mejor el alcance de la titularidad de los derechos.

<sup>38</sup> GRAHAM, ALISON, *National Debt versus the right to social security: How should states' obligations during a financial crisis be interpreted?*, tesis de doctorado en

Por otra parte, el Pacto admite implícitamente que los países no pueden satisfacer de una vez el contenido completo de todos los derechos sociales. Por ello, el art. 2 fija una pauta clara: la progresividad. Cada Estado “se compromete a adoptar medidas [...] hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Así, el Estado debe mejorar continuamente el nivel de goce de los derechos, avanzando en su implementación. No puede recortar los logros ya alcanzados: este es el principio de “no regresividad”, que impide los retrocesos<sup>39</sup>.

## Derecho a la seguridad social en Argentina

En una visión general, la seguridad social es la acción estatal -a través de intervenciones económicas, técnicas o administrativas- destinada a proteger a las personas contra riesgos sociales, económicos, de enfermedad o biológicos<sup>40</sup>. Desde 1957, el art. 14 *bis* de la CN establece que la seguridad social será “integral e irrenunciable”, y añade que

---

filosofía, Universidad de Lancaster, 2016, pág. 60. Disponible en: <http://www.centreforwelfarereform.org/uploads/attachment/577/national-debt-versus-the-right-to-social-security.pdf>.

<sup>39</sup> AGUDO ZAMORA, MIGUEL A., “El principio de no regresividad de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional español”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 849-879; COURTIS, CHRISTIAN, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Christian Courtis (compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, Buenos Aires, pp. 3-50; SEPÚLVEDA, MAGDALENA, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’”, *idem*, pág. 124.

<sup>40</sup> ALDAO, MARTÍN y CLÉRICO, LAURA, “Derechos de la seguridad social en materia previsional: jubilaciones y pensiones”, en Roberto Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011, pp. 171-172. Véase también ORLANDO, FEDERICO (con la colaboración de HEIMENRATH, SHEILA), “La seguridad social”, en Roberto Gargarella y Sebastián Guidi (directores), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, ThomsonReuters La Ley, Buenos Aires, 2019, tomo I, pp. 449-450.

el seguro social obligatorio<sup>41</sup> estará a cargo de entidades nacionales o provinciales, administradas “por los interesados con participación del Estado”, en una fórmula que para Beguerie expresa un ideal de justicia social<sup>42</sup>. El art. 9 del PDESC, por su parte, también reconoce este derecho a toda persona, incluyendo el seguro social. En general, esto significa que debe preverse un sistema para que cada individuo afectado por distintos hechos de la vida personal, familiar o social reciba una cobertura para afrontar el evento con dignidad. Esto abarca situaciones como la vejez, el desempleo, la enfermedad, la muerte, la discapacidad o la maternidad, entre otras. En su OG 19 (2005), dedicada al derecho a la seguridad social, el Comité destaca (párr. 3) el “carácter redistributivo” de este derecho, que juega un papel importante en el alivio y la reducción de la pobreza, previniendo la exclusión social y promoviendo la inclusión. Como la mayoría de los derechos, el derecho a la seguridad social genera obligaciones negativas y positivas, esto es, obligaciones de no hacer y de hacer, en un *continuum*<sup>43</sup>.

En virtud del PDESC, las prestaciones no contributivas no forman parte de un ámbito discrecional del Estado argentino, sujeto solo a la voluntad de las autoridades: se trata de una puesta en vigor de un derecho de jerarquía constitucional, sujeto a los principios de igualdad, universalidad, debido proceso y razonabilidad, entre otros<sup>44</sup>. La protección de la seguridad social ya no puede depender de que exista un lazo laboral formal, ni tener un carácter exclusivamente contributivo, en virtud del principio de

---

<sup>41</sup> Véase QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, BENEDETTI, MIGUEL ÁNGEL y CENICACELAYA, MARÍA DE LAS NIEVES, *Derecho Constitucional Argentino*, 2ª edición, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, tomo I, pág. 307. En general, la legislación vigente apunta a financiar esta cobertura a través de contribuciones obligatorias de quienes resultan beneficiarios; véase BADENI, GREGORIO, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2006, tomo I, pág. 907.

<sup>42</sup> BEGUERIE, DELFINA, “La jubilación integral: el derecho social de propiedad”, en Julio César Rivera, José Sebastián Elias, Lucas Sebastián Grosman y Santiago Legarre (directores), *Tratado de los derechos constitucionales*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, pág. 1212.

<sup>43</sup> SEPÚLVEDA, MAGDALENA, *ob. cit.*, pág. 122; ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *ob. cit.*, pág. 25.

<sup>44</sup> ABRAMOVICH, VÍCTOR, “Constitución y política social. Proyecciones de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema sobre derechos a la seguridad social en la esfera no contributiva”, en Roberto Gargarella (coord.), *ob. cit.*, pág. 194.

universalidad. Más adelante, señalo cómo este principio aparece de modo alterado en el informe del BM.

En las próximas páginas, expondré las propuestas del informe en materia de seguridad social, señalando los aspectos que pueden plantear contradicciones con las citadas pautas del PDESC y de la CN. Estas tensiones pueden afectar al Estado argentino si toma préstamos del BM para llevar adelante el tipo de reformas recomendadas en el informe.

## 2. UNA NUEVA SEGURIDAD SOCIAL

A partir de su diagnóstico sobre el mercado laboral, el Banco propone renovar los esquemas de seguridad social para enfrentar los “desafíos” actuales. Admitiendo que el modelo “bismarckiano”<sup>45</sup> ha tenido históricamente efectos positivos en ciertos Estados, el informe destaca que ello no ha ocurrido así en naciones en desarrollo. Allí, la extendida informalidad priva de cobertura social a amplios sectores. Pero esta situación no aparece en el informe como un problema a ser tratado<sup>46</sup>, sino como un supuesto en principio inmodificable, resultado de la tecnología, o bien de la regulación laboral excesiva (un argumento calificado como “desprovisto de fundamentación empírica” por la Oficina Internacional del Trabajo<sup>47</sup>; o incluso,

---

<sup>45</sup> Lo define como “beneficios para trabajadores formales financiados con impuestos asignados sobre el salario”; véase BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2019. The changing nature of work, cit.*, pág. 106.

<sup>46</sup> Un tono similar ya aparecía en la edición 2014 del informe, dedicada a la “gestión del riesgo” en materia de desarrollo. Allí se explica que en el corto plazo, es crítico ayudar a las empresas a ajustarse a las siempre cambiantes circunstancias del mundo, *incluso sin formalidad*” (véase BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2014. Risk and Opportunity. Managing risk for development*, The World Bank, Washington [D. C.], 2013, pp. 179, 186; énfasis agregado). En el mismo texto, la formalidad se define como el cumplimiento de las leyes y regulaciones vigentes, lo que puede ser conveniente o inconveniente de acuerdo al contenido de esas normas (*idem*, pág. 26). Por ejemplo, esa edición del informe critica las políticas laborales que supuestamente favorecen a las personas que trabajan, pero que en realidad defienden sólo a una parte de ellas, y sólo si cuentan con empleo formal; por ello, recomienda disminuir la rigidez en la regulación del mercado de trabajo (*idem*, pp. 40, 182).

<sup>47</sup> Esta entidad señala otros factores que explican la informalidad: falta de capacidad de la economía para crear trabajos formales, sistemas de control débiles, falta de transparencia de las instituciones públicas, baja productividad y ausencia de

como una consecuencia de “falta de confianza en el Estado”<sup>48</sup>. Un planteo diferente se halla en la OG 18 (2005) del Comité DESC. Allí se señala (párr. 10) que los Estados deben tomar medidas para reducir al mínimo posible la informalidad: esas medidas deben obligar a los empleadores a declarar su personal, a fin de hacer posible el ejercicio de los derechos reconocidos en los artículos 6 y 7 del PDESC. En otras palabras: el Comité no solo encuadra a la informalidad como un incumplimiento del Pacto, sino que señala un camino para remediarla, que no está incluido –como se muestra más adelante– entre las recomendaciones del Banco.

La nueva seguridad social, según el BM, debe incluir tres componentes:

1. un mínimo social garantizado (centrado en la “asistencia social”) que no dependa del empleo formal y que proteja de los riesgos crecientes de los mercados de trabajo, cubriendo progresivamente a toda la población, “dando prioridad a las personas más pobres”;
2. un seguro social, que incluye modalidades subsidiadas para los sectores pobres, otras con financiamiento por contribuciones obligatorias de los empleados formales, y otras de aporte y ahorro voluntarios, con incentivos por parte del Estado; y
3. la reglamentación del mercado laboral<sup>49</sup>.

## La asistencia social

En principio, el BM admite los progresos que ha generado la asistencia social, en la que se incluyen las transferencias de ingresos. Señala resultados positivos en el “capital humano” de quienes reciben esa asistencia. Sin embargo, entiende que hoy es necesaria una cobertura más amplia y permanente, definida según la situación política y presupuestaria de cada país. Los enfoques universalistas, en opinión del Banco, reducen los problemas asociados a la fragmentación de los programas, las fallas

---

representación de los trabajadores); véase OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *ob. cit.* Stromquist señala que las personas no entran en la economía informal para evadir regulaciones o impuestos, sino para sobrevivir; y ganan poco porque sirven a sectores pobres (STROMQUIST, NELLY P., *ob. cit.*).

<sup>48</sup> BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2019. The changing nature of work, cit.*, pág. 128.

<sup>49</sup> *Ídem*, pág. 106.



de selección y las tensiones sociales; pero “exigen significativos recursos adicionales”<sup>50</sup>. Por eso, luego de discutir de modo genérico —y descartar— las distintas variantes de renta básica universal, el informe retoma su propuesta original: una expansión gradual de la asistencia social a la que denomina “universalismo progresivo”. Comienza por los sectores más pobres y avanza según “el espacio fiscal existente”. Entre las alternativas sugeridas para financiar el mínimo asegurado, se halla expandir el impuesto al valor agregado, pese a admitir que es visto como un tributo regresivo<sup>51</sup>.

En primer término, cabe preguntarse si la adopción de un “mínimo social” como única área garantizada puede significar una medida regresiva, si lo ofrecido como núcleo está por debajo de las prestaciones que el Estado ya se ha comprometido a brindar. Expandir la cobertura hacia personas excluidas del sistema no sirve para justificar la reducción —regresiva— de las prestaciones porque, además, puede afectarse con ello el derecho a un “nivel de vida adecuado”, garantizado por el art. 11 del PDESC. Existe, según la OG 19 (2005) del Comité, una “fuerte presunción de que las medidas regresivas están prohibidas”, y solo son aceptables si el Estado logra “probar que las han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte” (párr. 42). Recientemente, el Experto Independiente en Deuda Externa y Derechos Humanos, Juan Pablo Bohoslavsky, ha indicado que únicamente resultan justificables las medidas regresivas cuando son temporarias, legítimas, razonables, necesarias, proporcionadas y no discriminatorias; además de no afectar el contenido mínimo del derecho, es necesaria la genuina participación de los colectivos afectados, habilitando siempre la posibilidad de una revisión posterior<sup>52</sup>. El mínimo —cabe señalar— no

---

<sup>50</sup> *Ídem*, pág. 109.

<sup>51</sup> *Ídem*, pág. 106, 107, 133.

<sup>52</sup> Véase BOHOSLAVSKY, JUAN PABLO, *Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos. Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales*, 19 de diciembre de 2018. Disponible en: [https://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/40/57](https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/40/57)

equivale apenas a la supervivencia, sino que incluye la noción de dignidad humana<sup>53</sup>, presente en los pactos de derechos humanos.

Por otra parte, el “universalismo progresivo” no respeta el principio de universalidad. En efecto: el reconocimiento de los derechos en el PDESC se hace a “toda persona”. Como ya se señaló, el nivel de efectivo goce puede implementarse progresivamente según los recursos disponibles (PDESC, art. 2.1), pero ello no equivale al concepto de “espacio fiscal”. Este último alude a recursos libres luego de que el Estado ha hecho gastos en cualquier rubro.

El “máximo de los recursos de que disponga”, mencionado en el art. 2 del PDESC, se calcula tomando en cuenta todos los recursos del Estado. No se refiere únicamente a lo que cada país define como presupuesto sanitario, educativo o de vivienda. De lo contrario, existiría una vía sencilla para violar los derechos sin afrontar las consecuencias. Bastaría que el Estado argentino, por ejemplo, estableciera cifras muy bajas para el gasto en educación, por ejemplo, y así podría destinar fondos a otros renglones, como el pago a los acreedores externos o compra de armamentos. De esta forma, el mismo tratado estaría autorizando su incumplimiento. Ello contradiría frontalmente el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por Argentina<sup>54</sup>, que consagra el principio *pacta sunt servanda*, esto es, el principio de la buena fe al momento de celebrar y ejecutar tratados<sup>55</sup>.

El artículo 2.1 del PDESC, por lo tanto, alude a los recursos del Estado considerados en conjunto: solo en una situación de escasez financiera general podría considerarse como solución excepcional la focalización en ciertos casos. No es un permiso para establecer prioridades, distinguiendo entre personas de primera y de segunda o tercera clase, con goces diferenciados de los derechos consagrados en el Pacto. El “universalismo progresivo”, tal como está presentado, es focalización<sup>56</sup>: propone dar cobertura solo a los sectores que se hallan en peor situación.

---

<sup>53</sup> GRAHAM, ALISON, *National Debt versus the right to social security: How should states' obligations during a financial crisis be interpreted?*, cit., pág. 132.

<sup>54</sup> Por ley 19.865 (sancionada el 3 de octubre de 1972).

<sup>55</sup> DÍEZ DE VELASCO, MANUEL, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 188.

<sup>56</sup> CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL – OFICINA DE WASHINGTON (D. C.), *ob. cit.*

En otras publicaciones, el Banco ya ha intentado reformular la noción de “universalidad” para incluir propuestas que –al menos implícitamente– apuntan a focalizar. Un ejemplo puede verse en *Going Universal. How 24 developing countries are implementing Universal Health Coverage reforms from the bottom up*, dado a conocer en 2015. En ese texto, el Banco repasa diferentes alternativas para alcanzar la “cobertura universal en salud”, a la que define así: “que todas las personas tengan acceso a los cuidados de salud que necesiten *sin sufrir dificultades financieras*”<sup>57</sup>. Por lo tanto, la “universalidad” alcanza –en rigor– a quienes podrían atravesar problemas financieros para tratar sus enfermedades. Aquellas personas que reciban cuidados sin reducir demasiado su presupuesto personal o familiar no son relevantes para esta noción de universalidad. Continuarán accediendo por sus propios medios a las prestaciones médicas. En tanto, el Estado dirige sus recursos hacia quienes se hallan en una condición económica riesgosa: eso define el perímetro del “foco”.

## El seguro social con financiamiento diverso

El informe considera que la seguridad social contributiva no es una buena opción para los países en desarrollo, donde la regla no es el empleo formal y estable<sup>58</sup>. Además, agrega el Banco, encarece el costo de contratar trabajadores. Frente a ello, se propone un nuevo sistema

---

<sup>57</sup> BANCO MUNDIAL, *Going Universal. How 24 developing countries are implementing Universal Health Coverage reforms from the bottom up*, The World Bank, Washington (D. C.), 2015, pág. 21 (énfasis añadido). Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/2015/09/25018544/going-universal-24-developing-countries-implementing-universal-health-coverage-reforms-bottom-up>

<sup>58</sup> Desde otros ámbitos se ha criticado a los sistemas contributivos precisamente por resultar en un “universalismo estratificado” o “falso”. Si la fuerza de trabajo no está totalmente formalizada, la cobertura es universal solo en apariencia: se excluye a los empleados informales; véase LEUBOLT, BERNHARD, FISCHER, KARIN Y SAHA, DEBDULAH, “Are targeting and universalism complementary or competing paradigms in social policy? Insights from Brazil, India and South Africa”, *International Journal of Labour Research*, vol. 6, núm. 1, 2014, pp. 76, 89. También se ha señalado que la convivencia de sistemas contributivos y no contributivos genera, en muchos casos, una “zona de alto riesgo” debido a las brechas existentes entre ambos, lo que se traduce en un desigual impacto del enfoque de derechos; véase PAUTASSI, LAURA, “Situando el bienestar, identificando brechas”, en Laura Pautassi y Gustavo Gamallo (coord.), *El bienestar en brechas: las*

que permita a los trabajadores más pobres “acceder a herramientas efectivas de manejo de riesgos” tales como la muerte temprana, la enfermedad o la discapacidad. El esquema incluye (1) un seguro mínimo garantizado que provea –incluso subsidiando la cuota a las personas más pobres– cobertura para aquellas pérdidas que no puedan cubrirse con la asistencia social (y sus transferencias de ingresos); (2) un plan obligatorio de ahorro y seguros, que pueda “estabilizar el consumo”; y (3) ahorros voluntarios, a través del mercado, con incentivos estatales<sup>59</sup>. Ello permitiría reducir los impuestos del sistema contributivo<sup>60</sup>.

### La regulación laboral

Mediante la asistencia social fortalecida y el seguro social subsidiado, la legislación laboral ya no tendría que prevenir tantos riesgos: quedarían abarcados por aquellos dos primeros mecanismos. Esto, a su turno, reduciría los costos laborales y mejoraría la “adaptabilidad” de las empresas a la “cambiante naturaleza del trabajo”<sup>61</sup>. Este objetivo de abaratar la formalidad ya estaba presente en el *World Development Report* de 2013<sup>62</sup>. La Oficina Internacional del Trabajo advierte que precisamente el recorte en las contribuciones patronales priva de fondos a los sistemas de seguridad social<sup>63</sup>.

El Banco critica las normas laborales de muchos países en desarrollo<sup>64</sup>: no son aptas para sus mercados de trabajo, ya que presuponen una

---

*políticas sociales en la Argentina de la posconvertibilidad*, Biblos, Buenos Aires, 2015, pp. 15-30.

<sup>59</sup> El Banco ofrece como ejemplo los denominados “dispositivos de compromiso”: en ellos, las personas se obligan a alcanzar ciertas metas de ahorro y si no lo logran, sufren una pérdida (BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2019. The changing nature of work*, cit., pág. 115).

<sup>60</sup> *Ídem*, pág. 114.

<sup>61</sup> *Ídem*, pág. 107.

<sup>62</sup> Véase BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2013. Jobs*, cit., pág. 237.

<sup>63</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *ob. cit.*

<sup>64</sup> En un párrafo difícil de comprender, el Banco afirma que la legislación laboral en Latinoamérica fue adoptada “en el tiempo del colonialismo”, ya que a través de la “conquista, el derecho laboral fue transplantado a través de Europa occidental y las colonias en el norte y oeste de África, América Latina y partes de Asia” (BANCO MUNDIAL,

capacidad administrativa que la mayoría de esos Estados no tiene. Por otra parte, esa legislación se utiliza como un sustituto de la asistencia social o de los seguros de desempleo (por ejemplo, al fijar indemnizaciones por despido). Si bien la regulación laboral trata las imperfecciones del mercado, también “reduce el dinamismo de la economía” y de los flujos de trabajo, prolongando el tiempo que las personas pasan en un empleo o desocupadas. El Banco aconseja a los países repensar su legislación laboral, apuntando a un “equilibrio entre seguridad y flexibilidad”<sup>65</sup>. Sin embargo, advierte que no se trata solo de hacer más flexibles los mercados; también es necesario invertir en asistencia, tanto en transferencias de dinero como en orientación para regresar al trabajo. La flexibilidad debe ir acompañada, sostiene el informe, por una protección social más fuerte, programas de apoyo para la búsqueda laboral, y mecanismos para reforzar la representación del personal.

El Banco señala que plazos de preaviso razonables y protecciones contra la discriminación son importantes, porque permiten contrarrestar el “poder de mercado” del empleador<sup>66</sup>. Esta frase resulta de interés: la relación laboral (y su asimetría) se presentan como una cuestión de mercado. Esto refuerza la concepción del trabajo como mercancía; confirma, además, que la definición de las condiciones de trabajo depende de las fuerzas del mercado y no de la regulación fijada —por ejemplo— en los tratados de derechos humanos. Esta concepción contradice la posición fijada por la Corte Suprema argentina en numerosos fallos, especialmente a partir de “Vizzotti, Carlos Alberto c/ AMSA SA” (2004)<sup>67</sup>. Por otra parte,

---

*World Development Report 2019. The changing nature of work, cit.*, pág. 115). En el caso argentino, por ejemplo, las primeras normas regulatorias del trabajo se dictaron a comienzos del siglo XX, muy lejos de la etapa colonial (véase [https://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS\\_159145/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_159145/lang-es/index.htm)). Es probable que lo mismo pueda decirse del resto de Latinoamérica.

<sup>65</sup> BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2019. The changing nature of work, cit.*, pp. 116-117.

<sup>66</sup> *Ibidem*. La misma noción se halla en BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2013. Jobs, cit.*, pág. 263.

<sup>67</sup> “[R]esulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes

la persona que trabaja no es para la CN un sujeto de mercado que debe ser puesto en equilibrio con su contraparte, sino un sujeto de preferente tutela constitucional, en virtud del art. 14 *bis*<sup>68</sup>.

### **Desempleo: ¿indemnización o subsidio?**

Sin embargo, el Banco advierte que cuando las reglas encarecen demasiado la contratación o el despido, crean “rigideces estructurales” de alto costo social. El riesgo debería dejar de estar en la empresa y pasar al Estado, que brinde protecciones contra el despido y apoyo en la recontratación. La indemnización por despido, según el Banco, es una rémora de la época en que los Estados no podían proveer subsidio por desempleo. Además, es “ineficaz”, ya que acumula el riesgo en el ámbito de la empresa o del rubro, donde está impactando precisamente la crisis que causó los despidos. Por la misma razón, es probable que el empleado no reciba el pago. Sería más confiable –agrega el informe– un sistema de beneficios por desempleo organizado a escala nacional<sup>69</sup>. Se ha observado críticamente que el Banco propone transferir al Estado la carga de financiar la seguridad social, lo que implica un subsidio a las empresas que efectivamente aprovechan el trabajo de las personas<sup>70</sup>.

Avanzando un poco más en su propuesta, el Banco sostiene que el subsidio por desempleo debería basarse en dos componentes: un ahorro personal y recursos “redistribuidos” (esto es, fondos provenientes de impuestos)<sup>71</sup>. De esta forma se podría brindar “protección suficiente” y

---

fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad” (cons. 11); véase *Fallos*, 327:3677.

<sup>68</sup> CAPARRÓS, FERNANDO, “El trabajador, ¿es sujeto de preferente tutela constitucional u objeto del análisis económico del derecho?”, *Revista Derecho del Trabajo*, junio de 2015.

<sup>69</sup> BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2019. The changing nature of work*, cit., pág. 117.

<sup>70</sup> ANNER, MARK *et. al.*, *ob. cit.*, pp. 14-15.

<sup>71</sup> Una idea muy similar puede encontrarse ya en CONSEJO EMPRESARIO ARGENTINO – FIEL, *El sistema de seguridad social. Una propuesta de reforma*, Consejo Empresario Argentino, Buenos Aires, 1995, pág. 130.

“preservar los incentivos para el trabajo”<sup>72</sup>. Si los ahorros personales nunca se usaran para atravesar una etapa de desocupación o para reentrenarse, quedarían para el tiempo de la jubilación. Hasta ese momento no se podrían usar para otros fines. Aquellas personas que no pudieran ahorrar, dependerían del ingreso mínimo que les llegue a través de la asistencia social. De esta forma el costo de despedir se reduce a cero, ya que se lo transfiere al Estado y a la persona despedida.

Aquí cabe preguntarse si esta solución es compatible con el PDESC. El subsidio por desempleo –en tanto parte del derecho a la seguridad social– queda sujeto a la capacidad de ahorro y la situación económica de la persona despedida. En particular, se trata de la situación previa (que es cuando debió apartar fondos para ese destino). La Oficina Internacional del Trabajo señala que esquemas basados en el ahorro individual pueden conducir a una mayor desigualdad, al trasladarse los riesgos sistémicos a los individuos; las desigualdades de género también se acentúan, ya que muchas mujeres no tienen trayectorias laborales continuas. Pasar del financiamiento colectivo al individual –añade la Oficina– perjudica a las personas de menores ingresos, que tienen menor capacidad de ahorro<sup>73</sup>.

A su vez, la lectura del PDESC en conjunto con el articulado de la CN genera otros interrogantes frente a esta propuesta. El Banco parece entender que la indemnización por despido y el subsidio por desempleo son dos instrumentos destinados a cumplir un mismo objetivo. Por lo tanto, cada Estado podría optar por uno de ellos y descartar el otro. Sin embargo, el orden constitucional argentino plantea una situación diferente.

Por una parte, en virtud del art. 11 del PDESC y del segundo párrafo del art. 14 *bis*, existe un derecho a la seguridad social, “integral e irrenunciable”, que incluye prestaciones destinadas a cubrir a las personas frente a contingencias tales como la pérdida del puesto de trabajo (o la incapacidad, o la enfermedad, etcétera). El subsidio por desempleo, entonces, es el instrumento para dar vigencia a ese derecho a la seguridad social (y, consecuentemente, al derecho a un nivel de vida adecuado consagrado en el art. 11 del PDESC).

---

<sup>72</sup> En el *Informe* de 2013, el Banco sugería incluir, entre las condiciones para recibir beneficios por desempleo, mantener “una actitud abierta” en la búsqueda de trabajo (BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2013. Jobs*, *cit.*, pág. 270).

<sup>73</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *ob. cit.*

Por otra parte, el art. 14 *bis* garantiza la “protección contra el despido arbitrario”. No se trata del mismo supuesto: no todo desempleo se origina en un despido arbitrario<sup>74</sup>. Esta cláusula, incorporada en 1957, tiene un objetivo diferente. Tal como explicó el convencional Carlos Bravo en aquella Convención reformadora, se trata de “un amparo jurídico [...] con el fin de otorgar la permanencia en el empleo”, una “limitación a la facultad patronal de poner fin a la relación”. Agrega el convencional: “Los despidos arbitrarios originados por caprichos o motivos fútiles, que pueden hundir al trabajador y a su familia en la miseria y la desesperación, deben ser evitados”; por lo que “la estabilidad importa, con la seguridad del trabajo al asalariado, un factor de tranquilidad y seguridad social”<sup>75</sup>. En otras palabras: el despido arbitrario es un acto que la Constitución no considera librado a la discreción o libertad individual (una “acción privada” del art. 19), sino una acción contra la que se brinda “protección”<sup>76</sup>. Por ello, la indemnización legislada para esos casos<sup>77</sup> no apunta a asegurar medios de subsistencia al trabajador, porque no es una prestación de seguridad social (garantizada por el tercer párrafo del art. 14 *bis*). Su objetivo es reparar el daño causado por el despido<sup>78</sup>, sancionar al empleador que tomó la medida y, de ser posible, disuadirlo de reiterarla en el futuro. Ello explica que su monto dependa, en general, del salario mensual

---

<sup>74</sup> Y a la inversa, no todo despido arbitrario conduce necesariamente al desempleo, ya que la persona podría tener asegurado de antemano un nuevo puesto. Se trata, en suma, de situaciones diferentes.

<sup>75</sup> CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente – Año 1957*, tomo II, Imprenta del Congreso, Buenos Aires, 1958, pp. 1225-1226.

<sup>76</sup> Recientemente, la Corte Suprema confirmó que nuestro sistema “no ha vedado el despido sin causa”, pero ello acarrea la necesidad de indemnizar; en caso de que el despido sea discriminatorio, procede la restitución al puesto; véase “Varela, José Gilberto c/ Disco S. A. s/ amparo sindical” (2018), voto de la mayoría, considerando 9; publicado en *Fallos*, 341:1106.

<sup>77</sup> ORSINI, JUAN IGNACIO, “El derecho al trabajo como límite al despido injusto”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – Universidad Nacional de La Plata*, año 9, núm. 42, 2012. Disponible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/27039>

<sup>78</sup> “La indemnización, que es tarifada y no queda al arbitrio judicial, tiene una triple función: reparatoria, sancionatoria y disuasiva”; véase GRISOLÍA, JULIO ARMANDO, “Protección contra el despido arbitrario”, en Paula C. Sardegna *et al.*, *Artículo 14 bis Constitución Nacional*, La Ley, Buenos Aires, 2007, pág. 114.



de la persona despedida y de su antigüedad<sup>79</sup> (y no de las necesidades de supervivencia del trabajador). Cuanto mayor es el tiempo que ha permanecido una persona en un empleo, más onerosa resulta la desvinculación arbitraria: se busca desalentar el despido.

Cabe preguntarse si la propuesta del BM brindaría “protección contra el despido arbitrario”, tal como exige el art. 14 *bis*. En principio, la respuesta parece negativa. Se reemplaza la indemnización por una suma que depende de los ahorros personales de la persona despedida, o por un subsidio uniforme que paga el Estado. En ambos casos, como ya señalé, no hay costo para el empleador por despedir: no hay sanción ni disuasión. Adoptar esta alternativa en lugar del sistema actual implicaría, además, una regresión (porque dejaría de existir la protección). Desde este análisis, la propuesta del Banco resulta inconstitucional.

## Reformas legislativas

El BM destaca, por su parte, que algunas formas actuales de trabajo “difuminan la distinción entre ser un empleado y ser un auto-empleado ‘dependiente’”<sup>80</sup>, como en el caso de la empresa rusa Yandex.Taxi que conecta choferes con pasajeros. Los códigos laborales deberían “definir más claramente qué significa ser un empleado en los mercados laborales actuales”; como puntos de referencia, el Banco sugiere evaluar “hasta qué punto los trabajadores determinan sus propias condiciones de labor (tales como cuándo trabajar)”<sup>81</sup>. Esto puede conducir a adoptar normas regresivas: por ejemplo, si bajo una nueva legislación una persona anteriormente incluida como trabajador formal dependiente se convierte en contratista independiente (perdiendo, por ejemplo, la protección contra el despido arbitrario). Ello empeora su situación, marcando un retroceso en el nivel de ejercicio de derechos laborales.

En otra de sus propuestas, el informe sugiere adoptar contratos básicos y simples, con pocas cláusulas específicas. El resto de los artículos

---

<sup>79</sup> GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *ob. cit.*, pp. 158-159.

<sup>80</sup> ANNER, MARK *et. al.*, *ob. cit.*, señalan que se trata de una confusión que parece creada intencionalmente (pág. 13).

<sup>81</sup> BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2019. The changing nature of work, cit.*, pág. 118.

quedan librados a la negociación, reduciendo el alcance de los derechos reconocidos por ley. El Banco propone, a partir de ello, fortalecer a la representación del personal para que pueda llevar adelante la discusión cláusula por cláusula<sup>82</sup>, completando el contrato para una actividad, un establecimiento o un grupo de trabajadores. Sin embargo, tal como advierten Anner *et al.* (2019: 10, 12), esto acarrea el riesgo de la autoexplotación, porque no se tiene en cuenta la desigualdad en la relación laboral. Establecer contratos “básicos” puede eliminar conquistas ya incorporadas en las leyes laborales: esto infringe el citado principio de no regresividad. A través del dictado de nuevas normas, el Estado destituiría al personal de protecciones o derechos previamente reconocidos, dejándolos ahora pendientes de negociación incluso a nivel individual. Más allá del alegado fortalecimiento de la participación de los empleados, estos representantes iniciarían cualquier discusión contractual desde bases más débiles, porque se habría bajado aún más el piso de las condiciones laborales<sup>83</sup>. Esto es especialmente cierto en el caso argentino, donde la ley 20.744 (Ley de Contrato de Trabajo) regula detalladamente muchos aspectos de la relación laboral, fijando mínimos de orden público. Su reemplazo por una norma que contenga menos pautas obligatorias implicaría un retroceso: el personal queda en una posición más débil ya que se abren a negociación puntos del contrato en el marco de una relación asimétrica.

### 3. CONCLUSIONES

En una lectura general de la propuesta del BM, destacamos algunos elementos de interés desde el punto de vista del derecho a la seguridad social, tal como está consagrado en la CN y en el Pacto de igual jerarquía.

En algunos de sus tramos, el Banco parece adoptar una agenda novedosa: invita a construir un sistema de seguridad social que no dependa

---

<sup>82</sup> *Ídem*, pág. 119.

<sup>83</sup> En el marco que describe el informe, parece difícil de comprender que se destaque la utilidad de las tecnologías digitales en la aplicación de la legislación laboral; el texto llega incluso a señalar que las redes sociales permiten difundir las quejas sobre condiciones de trabajo, “lo que pone presión no solo en las autoridades sino también en los empleadores, debido a los riesgos para su reputación” (*Ídem*, pág. 119).

del vínculo laboral<sup>84</sup>. Dejando atrás el modelo “bismarckiano”, la nueva estructura garantizaría cobertura universal, abrazando un modelo de seguridad social general no contributiva.

Sin embargo, el mismo texto deja en claro que la propuesta es muy diferente. Formada por tres componentes, la seguridad social diseñada en el informe no prescinde de contribuciones obligatorias de trabajadores formales; solo reduce las de los empleadores. A la vez, no incluye a todas las personas, sino que pone prioridad en “los más pobres”.

El abandono (parcial) de la seguridad social contributiva es una forma de validar la informalidad laboral. El eje de la propuesta no es garantizar una cobertura tal como se la define en los instrumentos aplicables de derechos humanos, sino abaratar la contratación y el despido, impulsando una legislación laboral “flexible” y con pocas pautas obligatorias e indisponibles para las partes.

La nueva noción de “universalismo progresivo” aparece, efectivamente, como contraria a la universalidad. El mínimo garantizado no abarca a toda la población, sino que se empieza por los más pobres, con una condicionada expansión posterior. En este punto, en lugar de utilizar los “recursos disponibles” como medida para esa expansión, se utiliza el concepto de “espacio fiscal”, que simplemente refleja lo que queda luego de otros gastos. De esta forma, el “universalismo progresivo” tiene muchos puntos en común con la focalización.

El segundo elemento preocupante es la reiterada proposición de reformar las leyes laborales para que contengan menos provisiones obligatorias para los contratos de trabajo, dotarlas de mayor “flexibilidad” que facilite la “transición” entre empleos. Este programa de desregulación –tal como lo describen la Oficina Internacional del Trabajo<sup>85</sup> y la Oficina en Washington de la Confederación Sindical Mundial<sup>86</sup>– contradice el principio de no regresividad en países como Argentina, donde existen normas laborales con numerosas pautas sustantivas.

En tercer lugar, el texto del Banco toma a la informalidad como un hecho dado, sin proponer medidas para combatirla. Su estrategia es simplemente transferir las prestaciones a la cuenta del Estado, para

---

<sup>84</sup> *Ídem*, pág. 113.

<sup>85</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *ob. cit.*

<sup>86</sup> CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL – OFICINA DE WASHINGTON (D. C.), *ob. cit.*

liberar al empleador de las contribuciones patronales; en otras palabras, apunta a hacer más atractiva la contratación formal, pero dejando siempre en manos del empleador la decisión de salir de la informalidad. Esto se aparta explícitamente de las obligaciones estatales señaladas por el Comité DESC en su OG 18 (2005).

Finalmente, al poner el eje de las prestaciones por desempleo en el ahorro individual, condiciona el goce de derechos (como la seguridad social) a la situación económica de la persona afectada; a la vez, representa una medida regresiva frente a la protección contra el despido arbitrario en la CN y en la legislación argentina.

A la luz de estas tensiones y contradicciones con el PDESC, adoptar esta nueva agenda del BM en materia de seguridad social y reformas laborales plantearía, para el caso argentino, dos clases de riesgo. Por una parte, nuestro país podría incurrir en responsabilidad internacional, tanto a través del mecanismo de informes periódicos como a través de los reclamos individuales habilitados por el Protocolo Opcional, ante la aprobación de medidas regresivas. Por otra, la vía del amparo habilita los reclamos contra ellas en sede judicial interna, basándose en el artículo 14 *bis* y en las normas de tratados con jerarquía constitucional.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABOUHARB, M. RODWAN y CINGRANELLI, DAVID, *Human rights and structural adjustment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- ABRAMOVICH, VÍCTOR, “Constitución y política social. Proyecciones de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema sobre derechos a la seguridad social en la esfera no contributiva”, en Roberto Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pp. 186-194.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- AGUDO ZAMORA, MIGUEL A., “El principio de no regresividad de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional español”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 849-879.
- ALDAO, MARTÍN y CLÉRICO, LAURA, “Derechos de la seguridad social en materia previsional: jubilaciones y pensiones”, en Roberto Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011, pp. 171-177.

- ANNER, MARK; PONS-VIGNON, NICOLAS; RANI, UMA (2019): “For a future of work with dignity: a critique of the World Bank Development Report, *The changing nature of work*”, *Global Labour Journal* 10 (1), pp. 2-19. Disponible en: <https://mulpress.mcmaster.ca/global labour/article/view/3796>
- BADENI, GREGORIO, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2013. Jobs*, The World Bank, Washington (D. C.), 2013.
- BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2014. Risk and Opportunity. Managing risk for development*, The World Bank, Washington (D. C.), 2013.
- BANCO MUNDIAL, *Going Universal. How 24 developing countries are implementing Universal Health Coverage reforms from the bottom up*, The World Bank, Washington (D. C.), 2015. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/2015/09/25018544/going-universal-24-developing-countries-implementing-universal-health-coverage-reforms-bottom-up>
- BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2019. The changing nature of work*. The World Bank, Washington (D. C.), 2019. Disponible en: <http://www.worldbank.org/en/publication/wdr2019>. Versión en castellano, disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/publication/wdr2019>
- BEGUERIE, DELFINA, “La jubilación integral: el derecho social de propiedad”, en Julio César Rivera, José Sebastián Elías, Lucas Sebastián Grosman y Santiago Legarre (directores), *Tratado de los derechos constitucionales*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, pág. 1212-1264.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental del derecho constitucional argentino*, tomo I-A, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- BOHOSLAVSKY, JUAN PABLO, *Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos. Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales*, 19 de diciembre de 2018. Disponible en: [https://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/40/57](https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/40/57)
- BRETTON WOODS PROJECT, “World Bank’s vision of work leaves it isolated from the international community”, publicación del 6 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.brettonwoodsproject.org/2018/12/world-banks-vision-of-work-leaves-it-isolated-from-the-international-community/>
- CAPARRÓS, FERNANDO, “El trabajador, ¿es sujeto de preferente tutela constitucional u objeto del análisis económico del derecho?”, *Revista Derecho del Trabajo*, junio de 2015.

- CLÉRICO, LAURA, RONCONI, LILIANA Y ALDAO, MARTÍN, *Tratado de derecho a la salud*, 3 tomos, La Ley, Buenos Aires, 2013.
- CONSEJO EMPRESARIO ARGENTINO – FIEL, *El sistema de seguridad social. Una propuesta de reforma*, Consejo Empresario Argentino, Buenos Aires, 1995.
- CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente – Año 1957*, tomo II, Imprenta del Congreso, Buenos Aires, 1958.
- COURTIS, CHRISTIAN, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Christian Courtis (compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, Buenos Aires, pp. 3-50.
- CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL – OFICINA DE WASHINGTON (D. C.), World Development Report 2019: *World Bank’s unhelpful contribution to debate on the future of work*. Oficina de Washington, Confederación Sindical Internacional: Washington, D. C., 2018. Disponible en: <https://www.ituc-csi.org/world-bank-s-world-development>
- DALLA VIA, ALBERTO, *Manual de derecho constitucional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004.
- DARROW, MAC, *Between light and shadow. The World Bank, the International Monetary Fund and International Human Rights Law*, Hart Publishing, Portland, 2003.
- DÍEZ DE VELASCO, MANUEL, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ª edición, Tecnos, Madrid, 2005.
- GATENIO GABEL, SHIRLEY, *A rights-based approach to social policy analysis*, Springer, Nueva York, 2016.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005.
- GHAZI, BAHRAM, *The IMF, the World Bank and the question of human rights*. Transnational Publishers, Ardsley (Nueva York), 2005.
- GRAHAM, ALISON, *National Debt versus the right to social security: How should states’ obligations during a financial crisis be interpreted?*, tesis de doctorado en filosofía, Universidad de Lancaster, 2016. Disponible en: <http://www.centreforwelfarereform.org/uploads/attachment/577/national-debt-versus-the-right-to-social-security.pdf>
- GRISOLÍA, JULIO ARMANDO, “Protección contra el despido arbitrario”, en Paula C. Sardegna et al., *Artículo 14 bis Constitución Nacional*, La Ley, Buenos Aires, 2007.
- HABERMAS, JÜRGEN, “Conocimiento e interés”, en *Ciencia y técnica como “ideología”*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 159-181

- KILLINGER, STEFANIE, *The World Bank's non-political mandate*, Carl Heymanns Verlag KG, Colonia, 2003.
- LEUBOLT, BERNHARD, FISCHER, KARIN Y SAHA, DEBDULAH, "Are targeting and universalism complementary or competing paradigms in social policy? Insights from Brazil, India and South Africa", *International Journal of Labour Research*, vol. 6, núm. 1, 2014, pp. 75-93.
- MANILI, PABLO, "La supremacía constitucional en relación al derecho internacional y a los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional", en Sabsay, Daniel (coord), *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, pp. 79-87.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), "International Labour Office expresses concern about World Bank report on future of work", declaración emitida el 12 de octubre de 2018. Disponible en: [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/statements-and-speeches/WCMS\\_646884/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/statements-and-speeches/WCMS_646884/lang--en/index.htm)
- ORLANDO, FEDERICO (con la colaboración de HEIMENRATH, SHEILA), "La seguridad social", en Roberto Gargarella y Sebastián Guidi (directores), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, ThomsonReuters La Ley, Buenos Aires, 2019, tomo I, pp. 449-468.
- ORSINI, JUAN IGNACIO, "El derecho al trabajo como límite al despido injusto", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – Universidad Nacional de La Plata*, año 9, núm. 42, 2012. Disponible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/27039>
- PAUTASSI, LAURA, "Situando el bienestar, identificando brechas", en Laura Pautassi y Gustavo Gamallo (coord.), *El bienestar en brechas: las políticas sociales en la Argentina de la posconvertibilidad*, Biblos, Buenos Aires, 2015, pp. 15-30.
- QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, 3ª edición, Zavalla, Buenos Aires, 2000.
- QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, BENEDETTI, MIGUEL ÁNGEL y CENICACELAYA, MARÍA DE LAS NIEVES, *Derecho Constitucional Argentino*, 2ª edición, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009.
- RIVERA, JULIO CÉSAR, ELÍAS, JOSÉ SEBASTIÁN, GROSMAN, LUCAS SEBASTIÁN Y LEGARRE, SANTIAGO (directores), *Tratado de los derechos constitucionales*, 3 tomos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014.
- ROSATTI, HORACIO, *Tratado de derecho constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.
- SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.
- SARFATY, GALIT, "Why culture matters in international institutions: the marginality of human rights at the World Bank", *American Journal of International Law*, núm. 103, 2009, pp. 647-683.

- SCOTT, CRAIG Y MACKLEM, PATRICK, “Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees? Social rights in a new South African constitution”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 141, 1992, pp. 1-148.
- SEPÚLVEDA, MAGDALENA, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’”, en Christian Courtis (compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 117-150.
- SEPÚLVEDA, MAGDALENA, *De la retórica a la práctica: el enfoque de derechos en la protección social en América Latina*, CEPAL, Santiago de Chile, 2014.
- SINDZINGRE, ALICE, “The evolution of the concept of poverty in multilateral financial institutions. The case of the World Bank”, en Morten Bøås y Desmond McNeill (eds.), *Global institutions and development. Framing the world?*, Routledge, Londres, 2004, pp. 164-177.
- STROMQUIST, NELLY P., “*World Development Report 2019: The changing nature of work*” (reseña de libro), *International Review of Education*, vol. 65, núm. 2, pp. 321-329.
- TREACY, GUILLERMO F., “Responsabilidad del Estado y derecho a la salud”, en Liliana Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aldao (coord.), *Tratado de derecho a la salud*, tomo II, La Ley, Buenos Aires, pp. 1155-1180.



# USO DE ENERGÍAS RENOVABLES: ELEMENTOS SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE LAS POLÍTICAS ENERGÉTICAS Y AMBIENTALES\*

*Marta Susana Juliá\*\**

**Resumen:** Nuestro proyecto de investigación se propone analizar los principales debates y disputas ambientales en Argentina seleccionando para el análisis la promoción del uso de energías renovables, el impacto que produce en materia normativa y en la construcción de las políticas ambientales. En la línea de investigación observamos cada gestión gubernamental donde se formulan, modifican y ejecutan políticas ambientales. En la construcción de las políticas que promueven las energías renovables es donde comienzan a emerger nuevos debates y disputas en el campo político, jurídico e institucional, con la intervención de distintos actores, lo que permite observar y analizar sus principales manifestaciones.

**Palabras clave:** política ambiental ~ derecho ambiental ~ energías renovables.

## INTRODUCCIÓN

Nuestro proyecto se propone analizar los principales debates y disputas ambientales en Argentina, seleccionando para el análisis, la promoción del uso de energías renovables para la sustentabilidad y el impacto que produce en materia normativa y en la construcción de las políticas ambientales en Argentina.

---

\* Artículo recibido el 1/07/2019 ~ Aprobado para su publicación el 20/08/2019.

\*\* Abogada, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Profesora titular en Medio Ambiente y Legislación de los recursos naturales (UNSL) Directora del Instituto de Derecho Ambiental (UCC). dramartajulia@gmail.com.

En la línea de investigación que planteamos, observamos que en el proceso de cada gestión de gobierno se formulan, modifican y ejecutan políticas ambientales. A partir de las nuevas gestiones es donde comienzan a emerger los nuevos conflictos, los debates y las disputas en el campo político, jurídico e institucional, con la intervención de distintos actores de acuerdo a la problemática y su interés, son situaciones que hemos analizado en el proyecto anterior y nos parece imprescindible profundizar en los estudios ambientales en Argentina.

En el análisis de la construcción de las políticas que promueven el uso de energías renovables, que tienen un importante fundamento en las problemáticas ambientales existentes, se resalta la necesidad de tomar medidas de impacto global y se puede observar, en las primeras aproximaciones, que las políticas que se proponen hacen referencia tanto a la temática de la energía como a la del ambiente.

La promoción del uso de energías renovables, como objetivo de las políticas energéticas, se instala en la agenda nacional destacándose su importancia en materia ambiental introduciendo un conjunto de debates y problemas en su construcción e implementación.

La promoción del uso de nuevas energías requiere considerar un conjunto de aspectos vinculados a las variadas problemáticas asociadas, como lo relativo al acceso a los recursos renovables (aire, agua, viento, sol), a la infraestructura necesaria para cada tipo de energía, a las modalidades de consumo como la demanda, a su conexión con la matriz energética actual, al análisis del transporte y distribución, como la comercialización a la que se encuentran asociadas, para enumerar algunos aspectos relevantes que se mencionan en la mayoría de los estudios.

Cada tema genera preguntas técnicas, legales y prácticas que es necesario tener en cuenta en cada tipo de energía renovable que se estudie. Es por ello, que las políticas públicas son esenciales al momento de definir los objetivos, las modalidades, prioridades y mecanismos a seguir en el uso de las energías renovables. Las energías renovables han demandado su propia regulación ya que en la mayoría de los casos no quedaban incluidas en las normativas existentes en los estados.

Por último, el presente trabajo implica la continuación de la línea de investigación desarrollada en los proyectos avalados y subsidiados por SECYT. En este marco, la intención del grupo de investigación en el proyecto es profundizar en nuevos aspectos de la política ambiental

Argentina y los debates y disputas que se plantean sobre la promoción del uso de energías renovables como parte de la agenda de problemas ambientales existentes.

En el artículo abordaremos en primer lugar: una aproximación general a las políticas en materia de energías renovables, en segundo lugar destacar la vinculación entre energía y ambiente, en tercer lugar la regulación de la energía en general a través del tiempo, en cuarto lugar la regulación de las energías renovables, en quinto término las políticas ambientales y las políticas energéticas, conexiones y análisis posibles, en sexto lugar, una aproximación a la expresión de las políticas en energías renovables, su vinculación con la gestión, las normas e instituciones, con el aporte de algunas reflexiones finales.

## 1. APROXIMACIÓN GENERAL A LAS POLÍTICAS AMBIENTALES

El estudio de las políticas ambientales es reciente y también el rol del derecho ambiental en la construcción de dichas políticas, a lo que se suma que en los diferentes procesos que se generan para atender problemas ambientales se requiere de mecanismos políticos, institucionales y jurídicos. En este marco debemos destacar que el derecho tiene un rol relevante tanto en la construcción e implementación de las políticas ambientales como en la resolución de los problemas, sea en forma directa o a través de instancias de resolución de conflictos.

En diferentes trabajos vinculados a la política ambiental, tomando en cuenta a la temática en general y las políticas que se elaboran, aparecen un conjunto de referencias desarrolladas por los autores que es importante considerar, así podemos coincidir en que “Detrás de cada aproximación se plantea una interpretación sobre los vínculos entre ambiente y la sociedad que refleja determinados valores y relaciones de poder. Consecuencias interpretativas profundamente políticas que marcan y movilizan a pueblos de todo el globo, tanto en el norte como en el sur”<sup>1</sup>.

Cuando las políticas públicas asumen el desafío ambiental deben asumir la complejidad de los escenarios y la multiplicidad de actores in-

---

<sup>1</sup> Álvarez Cantalapedra, S. (2011) “La civilización capitalista en la encrucijada” en Álvarez Cantalapedra, S. (Coord.) *Convivir para perdurar*. Icaria- Antrazyt, Barcelona.

volucrados, en este sentido un concepto relevante es el de gobernanza (donde hoy contamos con una importante elaboración teórica, cuya profundización será objeto de otro trabajo). Se ha llamado gobernanza ambiental “a la capacidad de articulación de acuerdos en el marco de procesos de negociación de políticas y opciones de desarrollo entre todos los actores involucrado en el tema ambiental y ya no sólo al Estado y sus organismos”. En el mismo sentido, refiriéndose a la amplitud que debe tener la política: “Se aduce que la política ecológica puede ser genuinamente verde sin necesidad de ser radical ni estar al margen de las instituciones donde anida el poder político (HAILWOOD, 2004; BARRY, 1999, BAXTER, 1999; DE GEUS, 1996)”<sup>2</sup>.

El análisis de las políticas ambientales, se proponen nuevos enfoques teóricos y metodológicos, donde deben tener en cuenta las siguientes consideraciones: “En efecto, los estudios de los sistemas socio-ecológicos se enfocan en el carácter multiescalar, multi-stakeholder, del proceso de elaboración y toma de decisiones ambientales, por lo que el conocimiento debe orientarse hacia los sistemas multinivel de la gobernanza ambiental en el cual diferentes actores que desempeñan diferentes niveles de poder, autoridad y acción para determinar “quien recibe qué” y “quienes finalmente deciden” (BULL, 2010). En tanto las funciones del Estado se han dispersado hacia arriba, hacia abajo y hacia afuera a actores no estatales, una nueva geografía de la gobernanza ha emergido”<sup>3</sup>.

Para comprender las influencias externas y las modalidades propias que adquieren las agendas y las políticas puntuales, se deben observar en su expresión en la región. Los organismos internacionales, gubernamentales o no, inciden fuertemente en las decisiones de los países, por distintos mecanismos (informes, recomendaciones, acuerdos, tratados, etc.), para que los temas entren en agenda, se formulen políticas y se implementen normas. La relevancia de la región y el desarrollo de las políticas ambientales internacionales ha sido ampliamente destacada, entre otros aspectos, al afirmar que “El estudio de las políticas públicas actuales de los países de América Latina es una herramienta fundamental para conocer el estado

---

<sup>2</sup> PARKER Gumucio, C. (2014) “El mundo académico y las políticas públicas frente a la urgencia del desarrollo sustentable en América Latina y el Caribe”, Polis 39, Brasil en la integración de América Latina. p. 4.

<sup>3</sup> Ibidem, p.4

actual y la adecuación al marco internacional, identificando los factores que contribuyeron al éxito o fracaso de estas políticas”<sup>4</sup>

La disciplina de las políticas públicas pone su atención en el interés público o naturaleza pública mediante la subordinación a la ley, la incorporación de la opinión pública, la participación ciudadana y en la eficacia y la eficiencia”<sup>5</sup>. Allí puede observarse la expresión de las políticas ambientales en lo regional y en Argentina y las influencias que se reciben de la región y del país para el diseño de las políticas, la generación de agendas, el tratamiento de temáticas en forma prioritaria, etc.

El campo jurídico, político, nacional es el primer ámbito objeto de análisis, necesario para describir y analizar la política ambiental y las formas como condiciona el desarrollo de la política ambiental. Nuestro proyecto anterior se planteó líneas de trabajo donde se tomaron diferentes espacios jurídicos políticos como el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial, como así también determinadas temáticas en que se expresaron como la participación ciudadana, el acceso a la información y la educación ambiental. Cada línea consideró actores, debates, disputas y conexiones.

El camino que iniciamos para comprender y explicar la construcción de la política ambiental en Argentina, tiene múltiples senderos y desvíos que son necesario explorar y profundizar para describir el estado del escenario actual en la temática.

Partimos de la hipótesis que la política ambiental se construye, que no existe una construcción normativa independiente de los contextos en que se realiza y que los diferentes actores que disputan se observan tanto en la los momentos de la formulación como en la propia ejecución.

La política nacional en materia de energía, en su expresión energética y ambiental, ha tomado un protagonismo central en la gestión actual de gobierno generando importantes modificaciones en el ámbito jurídico, político e institucional a nivel nacional que tienen impactos relevantes en los territorios provinciales. El tema ingresa a la agenda ambiental en tanto se destaca un fuerte contenido y referencia a la temática ambiental

---

<sup>4</sup> ZANETTI, E. A et al (2017) Cambio climático y políticas públicas forestales en América Latina. Una visión preliminar. CEPAL, Santiago. p. 15.

<sup>5</sup> LANZA, J. (2017). El método narrativo para entender la trayectoria y el funcionamiento de las políticas públicas locales. Ciencia Política, 12(23), 175-203. P. 5.

en la política energética y en particular en la promoción y uso de las energías renovables. Nos preguntamos: ¿Cómo se promueven las energías renovables en la política energética y ambiental? ¿Qué disputas y debates generan y cuál es su impacto normativo y político?

Un aspecto a determinar es que políticas sobre energías renovables existían al inicio de la actual gestión gubernamental y que aspectos se han modificado para su promoción con los impactos que generan en el sistema tanto normativo como institucional. Para lo cual es necesario considerar la historia inmediata de regulación sobre el tema.

## **2. LA ENERGÍA Y EL AMBIENTE: DOS CONCEPTOS CLAVES INCORPORADOS EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Los conceptos energía y ambiente se encuentran íntimamente vinculados en diferentes puntos, la problemática ambiental en las últimas décadas ha tomado un lugar central en muchas de las agendas políticas de los países, con diversos temas, tanto en temáticas ambientales como en situaciones asociadas a la energía.

En el caso de las políticas públicas vinculadas a la energía nos interesa observar cual ha sido la modalidad para la formulación y ejecución de las mismas por parte del Estado, ya que sus objetivos no fueron netamente ambientales y demandan una aproximación a los sectores que han atendido, impulsado o regulado la problemática.

Si partimos del significado de energía como la capacidad que tiene la materia de producir trabajo en forma de movimiento, luz, calor, etc. (diccionario google) O la definición de energía (del griego ἐνέργεια *enérgeia*, «actividad», «operación»; de ἐνεργός *energós*, «fuerza de acción» o «fuerza de trabajo») tiene diversas acepciones y definiciones, relacionadas con la idea de una capacidad para obrar, transformar o poner en movimiento<sup>6</sup>.

En diccionarios ambientales podemos observar las consideraciones siguientes: “Se reconoce cada vez más la estrecha relación que existe entre la energía y el ambiente. De hecho, la energía y el medio ambiente son indispensables para el desarrollo sostenible. Siendo la energía la fuerza vital de la sociedad humana, la gente depende de ella para poder vivir su

---

<sup>6</sup> (Wikipedia).

vida moderna. Sin embargo, las principales fuentes de energía usadas por el ser humano han cambiado a través de los tiempos, cada vez causando más problemas ambientales que afectan el bienestar de la humanidad”<sup>7</sup>.

Por otro lado, la energía que cobra relevancia a los fines jurídico-políticos es la energía que se utiliza por los diversos sectores de la sociedad y el Estado, entre las que se destacan, las energías fósiles-convencionales (petróleo, carbón y gas) y las energías renovables (solar, eólica, geotérmica, mareomotriz, entre otras).

En el análisis que se realiza del Segundo informe anual sobre el progreso y los desafíos regionales de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en América Latina y el Caribe, en el Foro de los países de América Latina y el Caribe sobre desarrollo sostenible, realizado en Santiago de Chile entre el 18 y 20 de abril de 2018, consideramos algunos párrafos vinculados a las energías renovables como para destacar:

En primer lugar, tomamos en cuenta la afirmación que “Para implementar la dimensión ambiental de la Agenda 2030 es preciso observar las tendencias de la demanda energética. En 2040, la demanda de energía primaria de toda la región será por lo menos un 80% más alta que la actual. En cuanto a la electricidad, a menos que las tendencias actuales se reviertan, se espera que los requerimientos aumenten más del 91% (BALZA, ESPINASA y SEREBRISKY, 2016). En ese sentido, hay una gran oportunidad de aplicar políticas y hacer inversiones que favorezcan la adopción de energías renovables a gran escala”<sup>8</sup>

Se referencia el momento actual como una oportunidad de aplicar políticas e inversiones sobre la adopción de energías renovables a gran escala, donde se plantea observar la tendencia de la demanda energética.

En otro aspecto se afirma que “La ausencia de desacople entre el crecimiento y el uso de recursos se verifica también en los datos de la extracción nacional total, que corresponde a la suma de los insumos que se extraen del ambiente natural, salvo el aire y el agua (PNUMA, 2016a).

---

<sup>7</sup> [https://diccionariomedioambiente.org/DiccionarioMedioAmbiente/es/cpo\\_new\\_energia\\_y\\_ambiente.asp](https://diccionariomedioambiente.org/DiccionarioMedioAmbiente/es/cpo_new_energia_y_ambiente.asp)

<sup>8</sup> CEPAL (2018) Segundo informe anual sobre el progreso y los desafíos regionales de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en América Latina y el Caribe. Foro de los países de América Latina y el Caribe sobre Desarrollo Sostenible. LC/FDS.2/3 Santiago.

La extracción de recursos está relacionada con el impacto ambiental y la pérdida directa e indirecta del patrimonio natural. Produce una huella material que, al compararla con el crecimiento del PIB, indica la intensidad con la que se usan los recursos naturales”<sup>9</sup>.

En el marco del diagnóstico general se afirma que “El aumento de la oferta de energías renovables en la matriz energética es ejemplo de que se pueden generar cambios favorables en cuanto a la innovación tecnológica y la inversión, superando los problemas de coordinación que frenan la absorción de tecnologías de menor impacto ambiental y carbónico. Ello requiere redefinir los incentivos, los marcos institucionales y de gobernanza a escala regional y nacional, las regulaciones y los estándares, así como el monto y el destino de la inversión pública”<sup>10</sup>.

Las vinculaciones entre energía y ambiente tienen múltiples conexiones pero podemos observar que cuando se habla de políticas energéticas se destacan los aspectos ambientales y en la promoción del uso de energías renovables se los fundamenta en cuestiones ambientales generales, regionales o locales. Asimismo se incentiva a los diferentes países a redefinir sus políticas en materia de energías renovables.

### **3. LA REGULACIÓN DE LA ENERGÍA A TRAVÉS DEL TIEMPO**

La regulación de la energía ha tenido su propio desarrollo histórico, teniendo en cuenta que los requerimientos, la disponibilidad, los conocimientos, el desarrollo tecnológico, entre otros factores, han demandado su normativización, donde los estados han establecidos las pautas para reglar los diferentes aspectos que demandan las fuentes de energía, su generación, transporte, comercialización, en el contexto en que se establecieron.

Las políticas formuladas normativamente en nuestro país han realizado un recorrido en el tiempo de acuerdo a los diferentes contextos políticos, económicos, jurídicos y al tipo de energía que se requería regular para el desarrollo de las actividades en el territorio.

En una visión esquemática sobre la regulación energética en general podemos observar que la formulación normativa se ha dictado en las

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, 55.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 56.



distintas gestiones gubernamentales, con regímenes regulados a través del tiempo, que van determinando su diferenciación según el tipo de energía, que descriptos en una breve referencia histórica podemos ejemplificarlo con los objetivos y las características de las normativas sancionadas:

- Así en materia de energía eléctrica se determina un régimen regulatorio específico para este tipo de energía, donde contamos con leyes desde 1960, fecha de sanción de la ley 15.336 que es donde se establece el régimen de la energía eléctrica a nivel nacional, la ley 17.004 declara de jurisdicción nacional los servicios públicos de electricidad que presta el Estado Nacional por intermedio de Agua y Energía Eléctrica; la ley 17.571 (chocón cerro colorado), la ley 19.287 crea el fondo nacional para grandes obras eléctricas, la ley 19.955 de grandes obras hidroeléctricas, la ley 20.050 también sobre obras, la ley 23.164 que modifica artículos de leyes anteriores, la ley 24.065 publicada en 1992, establece un nuevo régimen legal modificando aspectos de la ley 15.336, que con sus complementaciones rige hasta el presente en la temática (modificada por la ley 25.967, además de aspectos presupuestarios que se incorporan en las normas a través del tiempo).
- En materia de hidrocarburos ocurre algo similar a la energía eléctrica (la regulación base se mantiene en el tiempo con algunas modificaciones), en primera instancia los hidrocarburos fueron regulados por el código de minería, en 1935 se incorpora como título XVII “del régimen legal de las minas de petróleo e hidrocarburo fluidos”, en 1958 se separa del código de minería, su primera regulación fue la ley 17.319 que conforma el cuerpo principal de la regulación, con modificaciones que en 1978, se dicta la ley 21.778 sobre contrato de riesgos para exploración y explotación de hidrocarburos. En 1991 se transforma YPF de sociedad del estado en SA, la ley 24.145 que transfiere del dominio público de los yacimientos de hidrocarburos del estado nacional a las provincias. La ley 26.197 sustituye el art.1 de la ley 17319, modificado por la ley 24145, regula la administración de las provincias sobre yacimientos hidrocarburos que se encuentren en su territorio. La ley 26.659 determina las condiciones para la exploración y explotación de hidrocarburo en la plataforma continental argentina. (Todo esto realizando una apretada síntesis legislativa).

- En materia de gas, es a través de la ley 24076 que se establece el marco regulatorio del Gas, también su privatización. Luego la ley 26.020 fija el régimen regulatorio de la industria y comercialización de gas licuado de petróleo. La ley 26.605, la ley 27.349 crea el fondo fiduciario, la ley 27.444 que introduce modificaciones a las leyes anteriores. Por supuesto, que el régimen está complementado por decretos, resoluciones y disposiciones muy numerosos.
- La energía nuclear tiene su propio desarrollo normativo e institucional con las particularidades que requería su gestión, se inicia en 1956 con un decreto ley que crea la Comisión de Energía Atómica, en 1997 con la ley 24.804 se dicta la ley nacional de actividad nuclear que conforma un régimen especial, donde numerosas resoluciones van regulando las actividades en el marco de la ley.

La regulación de los diferentes tipos de energía: eléctrica, hidrocarbúrica, gas, han establecido regímenes distintos y muchas nos muestran ejemplos de políticas que variaron en el tiempo, con objetivos que respondían al momento histórico en que se diseñaron.

El régimen original, en cada tipo de energías, establece las generalidades de la regulación y se van haciendo las modificaciones en el tiempo. Para indagar en las distintas actividades que se encuentran involucradas en la generación, transporte, distribución y comercialización de los diferentes tipos de energía, de los actores que participan, uno debe analizar cada marco normativo vigente. Además, debe profundizar en las normativas que las autoridades de aplicación han establecido, donde hay importantes mecanismos administrativos y jurídicos para ejecutar las políticas fijadas en el territorio.

Asimismo, la ejecución de la política energética específica cuenta con numerosas reglamentaciones por parte de las autoridades de aplicación de las normas y en algunos casos de los entes reguladores creados, que han delineado las exigencias específicas y las modalidades en la gestión de cada tipo de energía.

En estos conjuntos de leyes también se puede observar cómo van introduciéndose la dimensión ambiental en diferentes momentos e instancias, incorporando la consideración de los posibles impactos ambientales de las actividades, las medidas de prevención y precaución para citar algunas de las temáticas.

#### 4. LAS REGULACIONES DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES

Las energías renovables, sus desarrollos tecnológicos, la trascendencia de su uso, tienen una historia relativamente reciente vinculada al tema energético y también al ambiental, pero al mismo tiempo, sabemos que muchas de ellas han sido utilizadas por el hombre a través del tiempo, con diferentes modalidades y no constituyen una novedad.

Si tomamos en cuenta las diferentes gestiones gubernamentales en Argentina a partir de 1983 con la recuperación de la democracia, donde lo ambiental empezaba a vislumbrarse e institucionalizarse, podemos observar cómo se gestionaba la energía a nivel nacional.

En Argentina la definición de las principales políticas energéticas se encuentran en leyes específicas, como ya hemos descripto, con su régimen normativo, que se complementa con decretos, resoluciones y disposiciones que permiten su ejecución. Cuando irrumpen las promociones vinculadas a energías renovables también se expresan en leyes nacionales que las situamos a partir de 1998, con un desarrollo normativo posterior en las diferentes gestiones gubernamentales.

Las normativas y las temáticas que regulan, sin profundizar en su contenido específico, las podemos ubicar siguiendo cronológicamente su regulación, en las siguientes leyes:

- Ley 25.019 de 1998, declara de interés nacional la generación de energía eólica y solar en todo el territorio nacional, donde establece el régimen nacional de la energía eólica y la solar, considerándola la primera ley nacional que promueve el uso de fuentes renovables.
- Ley 26.093 de 2006, sobre biocombustibles, establece el régimen de regulación y promoción para la producción de biocombustible y su uso sustentable.
- Ley 26.123 del año 2006, sobre promoción del hidrógeno, al que lo declara de interés nacional.
- Ley 26.190 de 2006, sobre energía eléctrica, establece el fomento para el uso de fuentes renovables de energía destinada a producción de energía eléctrica.
- Ley 26.334 de 2007 determina el régimen de promoción de la producción de bioetanol.

- Ley 27.191 de 2015 régimen de fomento nacional para el uso de fuentes renovables de energía destinada a la producción de energía eléctrica.
- Ley 27.424 de 2017 sobre el régimen de fomento a la generación distribuida de energía renovable integrada a la red eléctrica pública.

Las formulaciones normativas de las políticas en materias de energías renovables ha venido desarrollándose en diferentes gestiones e instalando un régimen de fomento, promoción e interés nacional en los diferentes tipos de energías reguladas (eólica, solar, biocombustibles, etc.).

La formulación normativa traducida en las leyes nacionales descriptas está acompañada de los mecanismos jurídicos y administrativos para su implementación y también con un conjunto de medidas económicas y de fomento que configuran todo un desarrollo de programas, planes y acciones que forman parte de la política nacional de promoción de las energías renovables, cuyo análisis no lo realizaremos en el presente trabajo, sino que el objeto del presente es comprender el punto de partida de la construcción de la política energética y ambiental en el uso de las energías renovables.

## **5. LAS POLÍTICAS AMBIENTALES Y LAS POLÍTICAS ENERGÉTICAS CONEXIONES Y ANÁLISIS POSIBLES**

Las políticas ambientales tienen su propia construcción y formulación, donde las condiciones a partir de las cuales se diseñan responden a presiones externas e internas, para dar respuesta a los problemas y a las temáticas asociadas como prioritarias. La trascendencia de la problemática ha sido puesta de relieve por muchos autores, desde perspectivas diversas.

En el análisis que se realiza sobre la política ambiental en América Latina, su estudio y profundización, es donde el autor plantea que “implica un doble ejercicio: entender por qué las políticas ambientales se formulan y ejecutan de un modo determinado y discutir las condiciones desde las cuales estas políticas podrían ofrecer una respuesta a los problemas asociados al cambio ambiental global”<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> BLANCO WELLS, et all (2017) Cambio ambiental global y políticas ambientales en América Latina en Günther, M.G y Gutiérrez R.A. coordinadores (2017) La política

En materia de energías renovables es una temática que se formula y ejecuta de un modo determinado y muy vinculado a lo ambiental como problemática, es también un marco relevante para el diseño y está asociado de manera directa al cambio ambiental global.

En la caracterización del cambio ambiental global como paradigma emergente el autor nos dice que “no pretendemos desconocer que “lo ambiental”, como categoría de preocupación pública, tiene una trayectoria de más de medio siglo y que las crisis ambientales a las que intenta dar respuesta esta preocupación tienen sus raíces en el origen del capitalismo, el colonialismo eurocéntrico y la concepción cartesiana de mente y cuerpo que luego se trasunta a la división utilitarista entre sociedad y naturaleza”<sup>12</sup>.

Siguiendo el análisis acerca del paradigma emergente, que realiza Wells donde destaca la continuidad histórica y en particular las últimas décadas afirma que “Es en este contexto que también buscamos expresar cuál es el papel actual y el potencial transformador que se deposita en el Estado, sus políticas, los actores sociales y los procesos políticos implícitos”<sup>13</sup>.

El rol del estado y de la diversidad de actores que forman parte de los procesos políticos ambientales constituye un elemento central al momento del análisis de cualquier política que uno considere como objeto de estudio, en esta instancia son las políticas de promoción del uso de energías renovables.

En la realidad actual, en la crisis ambiental manifiesta, el cuestionamiento al uso energético actual, no podemos dejar de observar diferentes visiones y las que tienen que ver con el análisis del riesgo traen algunas cuestiones que son importantes como “Destacar la distinción entre quienes adoptan las decisiones sobre los riesgos y quienes tienen que afrontar las consecuencias de las decisiones de otros (el peligro) se convierte en parte medular del análisis. La decisión sobre el riesgo reactiva a la esfera política, se busca el nuevo espacio de lo político. El Estado-Nación deja de ser el actor universal y las decisiones de diversos actores, la conformación

---

del ambiente en América Latina. Una aproximación desde el cambio ambiental global. Universidad Autónoma de México. CLACSO, México, p. 16.

<sup>12</sup> *Ibidem* 16.

<sup>13</sup> *Ibidem*, 17.

de valores diferenciados y la multiplicidad de agencias, se convierten en pivotes de esta nueva realidad”<sup>14</sup>.

Entre las variables mencionadas por Cohen ante el análisis de la realidad ambiental actual, destaca que “Esta nueva situación donde el riesgo, la contingencia y la ambivalencia son los ejes que nos permiten comprender la realidad global, concentran uno de los problemas más sinuosos y extensos a los que nos enfrentamos en diferentes contextos y latitudes: la crisis ambiental”<sup>15</sup>.

La crisis ambiental se evidencia con diferente magnitud y trascendencia en los países, cada territorio tienen múltiples formas en que aparecen efectos derivados de la misma. Es por esto que compartimos que “La forma como se entiende y aborda la crisis ambiental está vinculada con la atención que se presta a las políticas ambientales nacionales orientadas a combatir sus causas y efectos”<sup>16</sup>.

Considerados en conjunto, todos estos trabajos muestran la importancia de las políticas ambientales y podemos coincidir en que las ideas internacionales “no flotan libremente” (RISSE-KAPPEN, 1994) y alertan sobre la necesidad de prestar atención a las múltiples interacciones entre los actores nacionales e internacionales, estatales y sociales, con sus respectivas visiones, intereses y estrategias, para entender las políticas ambientales<sup>17</sup>.

En este sentido, la visión de integración de problemáticas que implica pensar en el cambio ambiental global como un problema multidimensional, abre un espacio para reflexionar sobre los retos de las políticas en este sentido. También se abre un espacio para pensar sobre el rol o papel que cumplen distintos actores sociales<sup>18</sup>.

Plantear el análisis de las políticas sobre energías renovables asociadas a las políticas ambientales, con la trascendencia de considerar un análisis más amplio, nos conduce a buscar nuevas modalidades de estudio. Seguimos en tal sentido a Wells que nos dice “Por lo tanto,

---

<sup>14</sup> COHEN, M. A. “Una nueva gestión ambiental: el riesgo y el principio precautorio” Espacio Abierto Cuaderno Venezolano de Sociología ISSN 1315-0006 .Vol. 16 No. 2 (abril-junio, 2007): 209 – 222, 215.

<sup>15</sup> Ibidem, 216.

<sup>16</sup> BLANCO WELLS, opcit, p 22.

<sup>17</sup> BLANCO DE WELLS, op. Cit.28

<sup>18</sup> Ibidem, 23

estudiar el modo en que una política ambiental se formula y se lleva a cabo; precisar sus determinantes sociales y políticos, y evaluar sus impactos concretos resulta fundamental para sopesar su capacidad transformadora. Ello vale igualmente para los casos en los que la puesta en marcha de una determinada política queda trunca (como sucede tantas veces en el área ambiental) o no genera los efectos esperados. En el primer caso nos permite evaluar la capacidad transformadora de la política ambiental por la negativa, esto es, a partir de aquello que la obstaculiza, mientras que en el segundo, se pueden explorar su potencialidad por medio del examen de los efectos inesperados<sup>19</sup>.

En el marco de nuestro análisis donde observamos las políticas ambientales y las energéticas acordamos en que “Lejos de constituir esferas independientes, la política y las políticas se condicionan y determinan mutuamente. Al respecto, es preciso recordar que el ciclo de la política pública es un marco de análisis (AGUILAR, 1996) que se compone de fases o etapas, a cada una de las cuales corresponde un sistema de acción específico, una compleja y muy dinámica relación entre actores estatales y sociales, la que no está exenta de intereses heterogéneos, visiones diferentes y objetivos disímiles”<sup>20</sup>.

Estudiar las políticas supone precisar los conceptos desde los cuales se parte, para Aguilar un buen resumen de los diversos significados del término “política” se encuentra en Joan Subirats (1989) y en Hogwood-Gunn (1984) del cual tomamos la lista de significados donde precisa que: “política puede denotar varias cosas: **un campo de actividad gubernamental** (política de salud, educativa, comercial), **un propósito general** a realizar (política de empleo estable para los jóvenes), **una situación social** deseada (política de restauración de los centros históricos, contra el tabaquismo, de seguridad), **una propuesta de acción específica** (política de reforestación de los parques nacionales, política de alfabetización de adultos), **la norma o las normas** que existen para una determinada problemática (política ecológica, energética, urbana), **el conjunto de objetivos y programas de acción** que tiene el gobierno en un campo de cuestiones (política de productividad agrícola, de exportación, de lucha contra la pobreza extrema). O bien, la política **como producto y resultado** de una específica actividad

---

<sup>19</sup> Ibidem 24

<sup>20</sup> Ibidem, 29

gubernamental, **el comportamiento gubernamental de hecho** (la política habitacional ha logrado construir n número de casas y departamentos, la política de empleo ha creado n puestos de trabajo), **el impacto real de la actividad gubernamental** (disminución del crimen urbano, aumento de la terminación del ciclo de estudios básicos, descenso de los precios al consumidor, reducción de la inflación), **el modelo teórico o la tecnología aplicable** en que descansa una iniciativa gubernamental (política de energía, política de ingresos regresiva, política de ajuste y estabilización) ...<sup>21</sup>

Hemos destacado del párrafo anterior (con negrita, que es nuestra), para que permita observarse claramente, los diferentes significados del término política que conforman verdaderas dimensiones objeto de análisis donde resaltamos en nuestro caso su aplicación al proyecto en desarrollo:

1. Un campo de actividad gubernamental (en nuestro caso política de Ambiente, la política de Energía y la política de uso de fuentes renovables).
2. Un propósito general a realizar (promover las energías renovables).
3. Una situación social deseada (que la población acceda a las políticas de promoción propuestas).
4. Una propuesta de acción específica (política de ampliación de la matriz energética, para lo cual requiere la articulación con otras políticas, en diferentes escalas y niveles).
5. La norma o las normas que existen para una determinada problemática (política ambiental, energética, otras).
6. El conjunto de objetivos y programas de acción que tiene el gobierno en un campo de cuestiones (cuales son los objetivos que se traducen en los programas y acciones de la política sobre uso de fuentes renovables).
7. Política como producto y resultado de una específica actividad gubernamental, (los logros alcanzados de acuerdo a los objetivos fijados por ejemplo porcentajes del uso de renovables en la matriz energética).

---

<sup>21</sup> AGUILAR VILLANUEVA, L. F. (1992) La Hechura de las políticas. Colección Antología de las políticas públicas, primera edición, México, p. 22.



8. El comportamiento gubernamental de hecho (significados, alcances y sentidos de la política energética y ambiental y las políticas asociadas).
9. El impacto real de la actividad gubernamental aumento del uso de energías renovables, disminución de uso de energías convencionales, descenso de los precios al consumidor, reducción de la inflación, otros).
10. El modelo teórico o la tecnología aplicable en que descansa una iniciativa gubernamental (política de energía, política de ingresos, política de ajuste y estabilización, etc.).

Todos estos significados los asociamos a las políticas ambientales y energéticas que son objeto de nuestro estudio, nos interesaría profundizar en la política entendidas como el campo gubernamental ambiental y energético, donde un propósito general es promover las energías renovables, donde destacar una situación social deseada o una propuesta de acción específica, las normas que existen, los objetivos y programas de acción en el campo de estudio.

Asimismo es imprescindible profundizar en la política como producto y como resultado de una específica actividad gubernamental, el comportamiento gubernamental de hecho, el impacto, el modelo teórico o la tecnología en que descansa la iniciativa gubernamental. Para lo cual se deberá realizar un análisis de cada aspecto a destacar de las políticas.

Asimismo, debemos tomar en cuenta que “Si se pretende que el análisis de políticas públicas se constituya en una contribución útil al arte de gobernar de forma efectiva por y para la democracia (ROTH, 2015, pp. 17-19), será preciso que el analista supere el enfoque analítico centrado en variables independientes y dependientes y su asociación en función a una relación causa-efecto, para aplicar métodos centrados en eventos o acciones singulares que se encadenan en una secuencia coherente. En definitiva, es fundamental que el análisis de las políticas públicas se enfoque en rescatar los rasgos fundamentales de sus trayectorias y sus aportes a la gestión pública”<sup>22</sup>.

Nos parece importante considerar las diferentes metodologías de análisis que pueden realizarse y en el análisis según Barzelay y Cortázar

---

<sup>22</sup> LANZA, op. Cit.6

utilizan el método narrativo y nos explica que “El método narrativo tiene como producto un relato que se centra en eventos o acciones singulares que se encadenan en una secuencia coherente (trama del relato) en función de su significado al interior de una experiencia. Un relato, es un proceso que opera vinculando diversos eventos a lo largo de una dimensión temporal e identificando el efecto que tienen unos sobre los otros. El proceso de elaboración de la trama -similar a la de la hipótesis- es una construcción conceptual que “propone una conjetura que es contrastada con los eventos [...] se produce así una interacción entre las conjeturas del investigador y la evidencia relativa a los eventos”<sup>23</sup>.

El proceso de elaboración de la trama de la promoción de las energías renovables contiene un conjunto de eventos que nos plantean conjeturas y evidencias en el desarrollo de la gestión gubernamental actual y su modalidad de construcción de la política ambiental y energética en materia de energías renovables. Aspecto que utilizaremos en el desarrollo del trabajo ya que permite la observación del proceso en Argentina.

Por otra parte, nos parece importante considerar que “El enfoque secuencial de análisis de las políticas públicas ubica a la definición y adopción de la agenda como la primera etapa del ciclo y es en esta en la que se determinan los problemas que serán considerados por los hacedores de política pública” (GREEN-PEDERSEN y MORTENSEN, 2013, p. 167). Para considerar en el análisis la agenda ha sido conceptualizada como “una colección de problemas, comprensión de las causas, símbolos, soluciones y otros elementos de un problema público que capturan la atención de los miembros del sector público y de sus funcionarios” (FISCHER y MILLER, 2007, p. 63), así como de aquellos que se encuentran fuera del Gobierno pero que son cercanos a este y pueden influir en el proceso de toma de decisiones (KINGDON, 2003, p. 3).<sup>24</sup>

La agenda realmente es un tema central en el análisis de las políticas, de alguna manera nos guía desde su inserción, la relevancia, los objetivo y

---

<sup>23</sup> BARZELAY y CORTÁZAR, 2004 El método narrativo para entender la trayectoria y el funcionamiento de las políticas públicas locales *Cienc. politi.*, Volumen 12, Número 23, p. 175-203, 2017. ISSN electrónico 2389-7481. ISSN impreso 1909-230X.1.

<sup>24</sup> BARRIONUEVO MORA, M.A.(2016) “La preocupación por la naturaleza, ¿un proceso natural para la política pública? Cómo promover que los temas vinculados con el desarrollo sostenible sean considerados en las agendas ambientales de las ciudades”. *Revista Opera*, núm. 19, 2016 Universidad Externado de Colombia

la forma de implementación, entre los aspectos que nos resultan de interés: Fischer y Gottweis (2012, pp. 43-44) establecen que, cuando la sociedad se interesa por un tema y comienza a demandar su resolución, los problemas públicos son enunciados y se empieza a definir la agenda de política pública. A nivel ambiental, al final de la década de los setenta Cockburn y Ridgeway (1979) vincularon el concepto de la degradación ambiental con aspectos políticos, y ello dio paso a una reflexión sobre la vinculación de los procesos económicos y políticos con el uso de los recursos naturales. Esto permitió establecer que las relaciones sociedad-ambiente no son apolíticas, y reconocer que “lo político es inevitablemente ecológico y que lo ecológico es inherentemente político” (ROBBINS, 2012, p. 3).<sup>25</sup>

Lo anteriormente considerado nos plantea una aproximación secuencial en nuestro objeto de estudio donde se van a profundizar diferentes aspectos de la construcción de las políticas sobre energías renovables y la modalidad en que se expresan en la actual gestión, los impactos normativos e institucionales que provoca.

## **6. APROXIMACIÓN A LA EXPRESIÓN DE LAS POLÍTICAS EN ENERGÍAS RENOVABLES, SU VINCULACIÓN CON LA GESTIÓN, NORMAS E INSTITUCIONES**

En la instancia de desarrollo del proyecto de investigación en que nos encontramos hemos indagado en algunos aspectos que se destacan en el escenario político, jurídico e institucional en Argentina que tiene diferentes manifestaciones.

En un primer acercamiento a nuestro objeto de trabajo que es la construcción de las políticas en la materia, cuando afirmamos la prioridad dada por la actual gestión a las energías renovables marcamos algunos indicadores generales sobre los cuales se puede observar:

- En las propuestas realizadas en la campaña electoral aparece el tema de la energía y la promoción del uso de renovables.
- La creación del Ministerio de Energía y Minería en la nueva organización administrativa del Estado Nacional, cuyo rango anterior eran Secretarías dentro de un ministerio. Esto a final de mandato va a volver a su rango de Secretaría.

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 1.

- Las normativas dictadas en el período: específicamente la generación distribuida
- Las licitaciones convocadas y difundidas en forma permanente en diferentes programas
- La auto exigencia fijada en los compromisos internacionales, ya sea en materia de cambio climático y otros.
- El mercado de energías renovables, su promoción y mención por parte de los medios de comunicación
- Los aspectos ambientales resaltados en cada anuncio sobre energías renovables

Los resultados que el gobierno declara en diferentes informes acerca de la situación en materia de energías renovables la podemos palpar en los informes que realiza el gobierno Argentino como datos relevantes para la región, tanto para los organismos internacionales como en datos y resultados nacionales.

Volviendo a nuestra pregunta central que es cómo se construye la política de energías renovables en Argentina?

En primer lugar podemos decir que una parte se realiza a través del diseño de políticas de promoción, incentivos y modalidades para su aplicación.

En segundo lugar, el impulso institucional con políticas específicas a través de programas, planes y acciones para renovables que podemos mencionar.

Por lo cual existe una estrecha vinculación entre las gestiones gubernamentales que se consideren, la formulación normativa que desarrollan, el tipo de energías que regulan y promueven, y los ámbitos institucionales que ejecutan las políticas fijadas en el territorio.

La sistematización de la formulación normativa de las políticas de promoción de las energías renovables de acuerdo a las distintas gestiones, las instituciones ejecutoras y la vinculación temática la presentamos en el siguiente cuadro de elaboración propia:

<b>Gestión gubernamental - año</b>	<b>Norma</b>	<b>Institución</b>	<b>Vinculación temática</b>
Menem 1995-1999	- 25.019 Energía solar y eólica. (1998)		
Néstor Kirchner 2003-2007	- Ley 26.093 sobre biocombustibles (2006)  - Ley 26.123 sobre promoción del hidrógeno (2006)  - Ley 26.190 sobre energía eléctrica (2006)		Régimen de regulación y promoción para la producción y uso sustentable.  Declara de interés nacional.  Fomento para el uso de fuentes renovables de energía destinada a producción de energía eléctrica.
Cristina Fernández 2007-2011 y 2011-2015	- Ley 26.334 régimen de promoción de la producción de bioetanol. (2007)  - Ley 27.191 régimen de fomento nacional para el uso de fuentes renovables (2015)		Energía destinada a la producción de energía eléctrica.
Mauricio Macri 2015-2019	- Ley 27.424 sobre el régimen de fomento a la generación distribuida (2017)		Generación distribuida de energía renovable integrada a la red eléctrica pública

(Elaboración propia)

En síntesis, podemos observar que las diferentes gestiones gubernamentales tienen normas que regulan energías renovables, así nos encontramos que es en la gestión gubernamental del presidente Menem que se dicta la primera normativa, en el gobierno del presidente Kirchner se dictan tres normas sobre biocombustible, hidrógeno y la promoción en energía eléctrica, en el gobierno de Cristina Fernández se dictan dos leyes de promoción de bioetanol y nuevo régimen de fomento para el uso de renovables, en el gobierno del presidente Macri se avanza hacia la generación distribuida.

Cada política fijada en las normas promueve el uso de las energías renovables y avanza para incentivar las actividades vinculadas con las fuentes renovables, declarando el interés nacional y estableciendo importantes medidas de promoción, incentivos y mecanismos económicos y fiscales. Los objetivos plasmados en las normas no siempre son alcanzados en los tiempos establecidos pero están determinados para lograrlos.

Evidentemente, en la agenda gubernamental de las dos últimas décadas el tema de las energías renovables estuvo presente, apareció claramente entre las prioridades en materia de energía y con muchas referencias a su importancia en materia ambiental, centrada en la necesidad del reemplazo de las fuentes convencionales de energía.

## **REFLEXIONES FINALES**

La aproximación realizada hasta el momento nos ha servido para ordenar y sistematizar algunos aspectos de la problemática de las energías renovables, para comprender el marco normativo e institucional desde el cual se ha regulado hasta el presente.

La construcción de las políticas van presentando características y particularidades que es necesario analizar donde existe una importante vinculación entre energía y ambiente, los argumentos ambientales están presente en las diferentes políticas sobre energías renovables y aparecen como un elemento discursivo común y destacable.

La regulación de la energía a través del tiempo presenta algunos rasgos relevantes ya que en cada tipo de energía ha seguido un desarrollo a través del tiempo en el que se ha consolidado el rol de cada uno de los actores que participan y se ha estructurado un régimen específico al que hoy pretende insertarse las modalidades renovables posibles.

Las políticas ambientales y energéticas y sus conexiones abren innumerables caminos de análisis desde el ingreso a la agenda, la formulación y ejecución de las políticas y su situación actual donde están íntimamente vinculadas, las propuestas de definición y análisis de los aspectos a profundizar nos hacen definir otros estudios a seguir.

La primera aproximación de las energías renovables con la gestión, las normas e instituciones sistematiza los aspectos a tener en cuenta en el trabajo de investigación que desarrollamos.

# “LA VICTORIA NO DA DERECHOS”: DOCTRINA INTERNACIONAL \*

*María Pilar Llorens\*\**

**Resumen:** “La victoria no da derechos” constituye una formulación propia de la tradición jurídica argentina por medio de la cual se indica la posición de la Argentina en materia de las consecuencias del uso de la fuerza en el derecho internacional. Se la suele considerar como una doctrina internacional, la doctrina Varela, aunque no se explicitan las razones para dicho tratamiento. El presente trabajo busca examinar si esta formulación reúne los requisitos para ser considerada como una doctrina internacional.

**Palabras clave:** la victoria no da derechos ~ doctrina internacional ~ doctrina Varela ~ guerra.

## 1. INTRODUCCIÓN

“La victoria no da derechos” constituye una formulación jurídico-política argentina que fue elaborada por Mariano Varela, el ministro de relaciones exteriores de Domingo F. Sarmiento, a los fines de explicitar la postura de la Argentina en relación con la definición de los límites territoriales con el Paraguay durante las fases finales de la Guerra de la Triple Alianza.

La fórmula “la victoria no da derechos” y la expresión “doctrina Varela” son y la expresión términos que suelen ser utilizados por los autores argentinos como términos equivalentes<sup>1</sup>. Esto supone que los autores consideran

---

\* Artículo recibido el 5/07/2019 ~ Aprobado para su publicación el 13/09/2019.

\*\* Abogada. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho, UNC. Profesora Ayudante “A” de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Contacto: mpllorens@derecho.unc.edu.ar

<sup>1</sup> Por ejemplo: BELLO, FRANCISCO, “Doctrinas argentinas en materia internacional. Abolición del derecho de conquista: doctrina Varela (1869)”, *Revista del Instituto de Derecho Internacional*, Año I, N° V, 1948, pp. 319-334; BECCAR VARELA, HORACIO, *La victoria no da derechos*, Imprenta de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1916.

que el enunciado de Mariano Varela constituye lo que en el derecho internacional se denomina una doctrina internacional, aunque en general no se explicitan las razones para ello.

Ahora bien, cabe preguntarse si la formulación del Canciller de Sarmiento tiene las características para ser considerada una doctrina internacional; y en su caso, cuáles son las consecuencias que se derivan de otorgarle este tratamiento específico.

Una exploración de la bibliografía sobre esta cuestión muestra que son escasos los trabajos que se dedican a abordar la temática, ya se que analicen trabajos de autores extranjeros<sup>2</sup> o bien que se examinen los de autores nacionales<sup>3</sup>.

Es por ello que este trabajo procura examinar si lo que los autores argentinos señalan como la "doctrina Varela" constituye una doctrina internacional. En su caso, solo se indicarán brevemente los alcances del aporte argentino al derecho internacional, dadas las limitaciones de extensión del trabajo.

A estos efectos el trabajo se divide en tres apartados: *Antecedentes*, en donde se elabora una breve reseña relativa al contexto en el que surgió la formulación "la victoria no da derechos". *La Doctrina Internacional*, donde se analizan las características que deben reunir los postulados jurídico-políticos para constituir una doctrina internacional. Y finalmente, *La victoria no da derechos* "¿Es una doctrina internacional?", donde se examina si la formulación de Mariano Varela constituye una doctrina internacional conforme a las pautas delineadas en el apartado anterior y se realiza una breve reflexión acerca de los resultados.

---

<sup>2</sup> La temática de la doctrina internacional como categoría general ha sido abordado por: GRANT, THOMAS D., "Doctrines", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, en línea, 2014, disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e697> [ultimo acceso 05/07/2019]. Existen otros trabajos sobre doctrinas particulares como es el caso de la doctrina Stimson o la doctrina Drago pero en general dan por sentado que se trata de doctrinas internacionales sin indagar qué es lo que determina este carácter.

<sup>3</sup> El único trabajo actual sobre la cuestión es la obra colectiva coordinada por Horacio Piombio: PIOMBO, HORACIO DANIEL (coord.) *Doctrinas argentinas de Derecho Internacional*, Astrea, Buenos Aires, 2016.



## 2. ANTECEDENTES

La fórmula “la victoria no da derechos” constituye una construcción jurídica que fue perfilándose con el accionar diplomático de Mariano Varela, el Ministro de Relaciones Exteriores de la Argentina de Domingo F. Sarmiento, durante las fases finales de la Guerra de la Triple Alianza<sup>4</sup>. En el intercambio de notas que realizó con la Cancillería brasileña y también con el gobierno provisorio de Paraguay se fueron estableciendo las bases sobre las que se asentaría esta esta formulación jurídica.

---

<sup>4</sup> La Guerra de la Triple Alianza o la Guerra del Paraguay –denominaciones que se utilizarán indistintamente en el presente trabajo– constituyó un conflicto armado internacional que tuvo lugar entre 1864 y 1870 y que enfrentó a la República Argentina, el Imperio del Brasil y la República Oriental del Uruguay –que conformaban la Triple Alianza– contra la República de Paraguay en la mayor contienda bélica que tuviera lugar en la comunidad internacional entre la finalización de las guerras napoleónicas (1815) y el comienzo de la Primera Guerra Mundial (1914). Cfme. BETHELL, LESLIE, *The Paraguayan War (1864-1870)*, Institute of Latin American Studies, London, 1996, p. 2.

La Guerra del Paraguay fue un conflicto armado de extensa duración en el que los aliados buscaron derrotar a Francisco Solano López a quien consideraban un déspota que tenía subyugada a la población paraguaya. De esta forma, en las fases finales de la confrontación (1869-1870) un grupo de ciudadanos paraguayos solicitó a los Estados aliados que los autorizaran a conformar un gobierno provisorio.

Existen numerosos trabajos que pueden consultarse sobre esta materia, siempre teniendo en cuenta que existen tres corrientes historiográficas: a) el abordaje clásico; b) el abordaje revisionista y c) el abordaje neorevisionista.

El abordaje clásico es el más tradicional, patriótico u oficialista. Por lo tanto señala que la conflagración internacional fue producto de la decisión del Mariscal Francisco Solano López quién unilateralmente agredió al Imperio del Brasil y a la República Argentina. Esta corriente se encuentra principalmente referida en las obras elaboradas desde finales de la guerra hasta la década de 1920 y agrupa a autores como (v.g. Mitre, Bartolomé; Cárcano, Ramón J., etc.).

El abordaje revisionista se propuso revisar la historiografía de la guerra y cuestionar la idea de que una sola persona fuera la responsable del conflicto armado internacional. Dentro de esta corriente se destaca que el imperialismo británico fue el responsable de la guerra. Esta corriente se desarrolló principalmente desde la década de 1940 y hasta la década de 1980. Este abordaje reúne a autores como Pomer, León; Rosa, José María, etc.).

Finalmente la nueva historiografía de la guerra de la Triple Alianza o el abordaje neorevisionista reúnen una serie de trabajos elaborados desde finales de XX y comienzos de siglo XXI. Los autores que integran esta corriente buscan superar las explicaciones simplistas de los abordajes más tradicionales. El neorevisionismo reúne a la mayoría de los autores que han abordado el estudio de la guerra de la Triple Alianza en los últimos años. Entre ellos se destaca Francisco Doratioto.

Las primeras insinuaciones del pensamiento de Varela surgieron en las etapas finales del conflicto armado a raíz de la conformación del gobierno provisorio del Paraguay. Los intercambios diplomáticos que se produjeron en relación con la instalación de este gobierno fueron fundamentales para la posición argentina. Ellos permitieron que comenzase a delinearse la fórmula de Varela, dado que en la correspondencia diplomática el ministro de relaciones exteriores argentino fue fijando las bases de su pensamiento.

Uno de los documentos más relevantes en este aspecto es el Memorándum del 5 de mayo de 1869; en este instrumento dejó sentada la posición argentina<sup>5</sup>. El ministro de relaciones exteriores de la Argentina entendía que el gobierno provisorio de Paraguay debía ser elegido por los aliados y solo tendría competencias limitadas a los fines de hacerse cargo de las tareas necesarias para el mantenimiento del orden, la administración de los intereses locales y la organización futura del país<sup>6</sup>. Varela también señalaba que el objetivo de la constitución de un gobierno provisorio elegido por los aliados era evitar la conversión de la guerra en un conflicto armado no internacional<sup>7</sup>, ya que Francisco Solano López seguía siendo reconocido como la cabeza del gobierno legítimo de Paraguay.

Debido a las limitaciones que tendría el gobierno provisorio, Mariano Varela consideraba que el Tratado de la Triple Alianza<sup>8</sup> no podía constituir por sí solo la base para la paz<sup>9</sup>. Entendía que las cuestiones relativas a la paz solo podían negociarse con el gobierno definitivo del Paraguay ya que

---

<sup>5</sup> El texto de este documento puede consultarse en: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, *Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores al Congreso Nacional presentada en 1870*, Imprenta, Litográfica y Fundición de Tipos, Buenos Aires, 1870, p. 174-182.

<sup>6</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, *ibíd.*, p. 175.

<sup>7</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, *ibíd.*

<sup>8</sup> El Tratado de la Triple Alianza es el acuerdo internacional por medio del cual se constituyó la Alianza defensiva-ofensiva contra el Paraguay. El tratado se adoptó el 1 de mayo de 1865 entre los representantes del Imperio del Brasil, la Argentina y la República Oriental del Uruguay.

El texto completo de este documento puede consultarse en: <http://www.saij.gov.ar/127-nacional-tratado-triple-alianza-Int0002527-1865-05-24/123456789-0abc-defg-72-52000tcanyel>

<sup>9</sup> WHIGHAM, THOMAS, *The road to armagedonn. Paraguay Versus the Triple Alliance, 1866-70*, University of Calgary Press, Calgary, 2017, p. 374; MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, (n. 5), p. 179.

de esta manera se respetaban los objetivos previstos en el mencionado tratado. En este aspecto señaló:

[...] si los poderes aliados están comprometidos á respetar la soberanía de la independencia del Paraguay; si los pocos hombres que escapan á la bárbara destrucción á que han sido condenados todos por el dictador de aquel infortunado país, tienen derecho, segun nuestros propios compromisos, para darse el Gobierno que quieran, no podríamos hoy exigir justamente de un Gobierno que vá á establecerse por nuestra voluntad, que celebre tratados que solo pueden contraerse en virtud de las atribuciones con que los poderes constituidos son investidos por la ley fundamental ó por la soberanía originaria del pueblo, y que comprometan los derechos y los intereses permanentes del país<sup>10</sup>.

Adicionalmente, el ministro argentino consideraba que negociar los tratados con el gobierno definitivo tenía otra ventaja que era la de demostrar que los gobiernos aliados no tenían más intenciones que las de liberar al Paraguay de la opresión de Francisco Solano López<sup>11</sup>. Asimismo señalaba que estos acuerdos debían funcionar como las bases de las buenas relaciones entre los Estados.

En este memorándum Mariano Varela comenzó a bosquejar los contornos de su propuesta ya que de este documento se desprende que las diferencias entre los Estados respecto de las cuestiones de límites debían ser negociadas entre las partes; es decir comenzaba a mencionar que los Estados debían solucionar sus controversias por medios pacíficos. La guerra solo había tenido lugar para liberar al Paraguay de la opresión del gobierno de Francisco Solano López y no se trataba de una guerra de expansión territorial<sup>12</sup>.

La fórmula de Varela se terminó de delinear en los meses siguientes a la instalación del gobierno provisorio del Paraguay cuando se planteó un incipiente conflicto diplomático con la Argentina. Este conflicto recaía sobre el ejercicio de facultades jurisdiccionales sobre ciertos espacios territoriales a los que se refería el Tratado de la Triple Alianza.

Hacia fines de 1869, el explorador norteamericano Edward Hopkins, que explotaba un establecimiento maderero en la zona del Chaco, se negó

<sup>10</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, *ibíd.*

<sup>11</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, *ibíd.*

<sup>12</sup> Artículo 7 del Anexo A al Tratado de la Triple Alianza.

a pagar a las nuevas autoridades paraguayas los impuestos pertinentes ya que alegaba que su establecimiento se encontraba en territorio argentino y por tanto no le correspondía<sup>13</sup>. A raíz de ello, solicitó el apoyo del Comandante en Jefe de las tropas argentinas en Asunción, general Emilio Mitre; quien envió una nota a Carlos Loizaga en la que señaló que el Chaco era exclusivamente argentino y por ello las autoridades paraguayas no tenían nada que hacer en él<sup>14</sup>. Asimismo, ordenó la instalación de una guarnición militar argentina en la Villa Occidental a los fines de administrar los permisos para los establecimientos madereros<sup>15</sup>.

El gobierno de paraguayo respondió a la posición de Emilio Mitre alegando que el Tratado de la Triple Alianza difería las cuestiones de límites hasta la firma de acuerdos de paz definitivos. Y que el propio gobierno argentino era el que se había negado a que estos acuerdos fueran firmados por el gobierno provisorio y había insistido para que fueran negociados con el gobierno definitivo del Paraguay<sup>16</sup>. Como consecuencia de ello la zona del Chaco solo podía ser utilizada por los aliados para las operaciones militares pero no podían ejercer jurisdicción ni impedir que el gobierno provisorio ejerciese su jurisdicción sobre la zona<sup>17</sup>.

Ante estas circunstancias el Canciller Argentino respaldó la acción del general Emilio Mitre mediante una nota que envió a Carlos Loizaga. El encargo de relaciones exteriores del gobierno provisorio del Paraguay. Esta nota es muy significativa, dado que en ella se terminó de perfilar el pensamiento de Mariano Varela. Dada su relevancia, la nota se transcribe a continuación<sup>18</sup>:

Buenos Aires, diciembre 27 de 1869.

Señor ministro: El general en jefe del ejército argentino ha comunicado á este Gobierno, la correspondencia cambiada con motivo de la ocupación del Chaco por fuerzas que llevan nuestra bandera, encontrándose entre esa

---

<sup>13</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, *ibíd.*

<sup>14</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, *ibíd.*, p. 160-161.

<sup>15</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, *ibíd.*, p. 161.

<sup>16</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, *ibíd.*, p. 161.

<sup>17</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, *ibíd.*, p. 161-62.

<sup>18</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, *ibíd.*, pp. 164-165.

correspondencia la nota que V.E. me hizo el honor de dirigirme en copia, durante mi permanencia en la Asunción.

El Sr. Presidente de la República, en cuyo conocimiento he puesto esos documentos, me encarga haga saber á V.E. que el proceder del Brigadier General D. Emilio Mitre, ha sido aprobado plenamente, no solo en su parte dispositiva, sinó tambien en las demás consideraciones que ha espuesto en sus notas para justificar la medida de que ese Gobierno reclama.

La República Argentina cree y sostiene, apoyada en títulos incontestables, que el territorio que se cuestiona le pertenece esclusivamente, y que su posesion por parte del Paraguay ha sido una usurpacion á derechos nuestros. Residiendo ese territorio por la victoria de las armas aliadas, su ocupación ha sido un hecho natural y lójico. Sin embargo, el Gobierno Argentino ha sostenido hace muy poco tiempo en discusiones con el representante de S. M. el Emperador del Brasil, que **la victoria no dá derecho á las naciones aliadas, para declarar por sí, límites suyos los que el tratado señala**<sup>19</sup>.

Cree mi Gobierno, hoy como entonces, que los límites deben ser discutidos con el Gobierno que establezca el Paraguay, y que su fijacion será establecida en los tratados que se celebren después de exhibidas por las partes contratantes, los títulos en que cada uno apoye sus derechos.

Así al ocupar el Chaco, la República Argentina no resuelve la cuestión de límites: toma por el derecho de la victoria lo que cree ser suyo, dispuesto a devolverlo si el Paraguay presenta pruebas que venzan á las nuestras, cuando la cuestión de derechos se trate.

El representante de S. M. el Emperador del Brasil, en nota que dirige al General en Gefé del Ejército Argentino, parece que asiente de esta misma doctrina, de lo que se felicita mi Gobierno, porque de ese modo la cuestion de límites tanto con nosotros como con el Brasil será resuelta, y retroceder de ello hoy, seria poner en duda nuestros lejítimos derechos, dando nosotros mismos pretextos que oponemos más adelante.

Las razones generales que acabo de esponer me escusan de entrar en otras consideraciones á que da lugar la nota que contesto, agregándose, sobre todo la circunstancia de no ser el Gobierno actual del Paraguay, Gobierno creado con sujeción á bases dadas por los poderes aliados el que debe discutir y firmar los tratados de límites.

Como lo he manifestado antes, en opinion del Gobierno Argentino, esos tratados para que produzca el resultado benéfico de asegurar [sic] la paz,

---

<sup>19</sup> El subrayado no se encuentra en el original.

la armonía y la buena amistad del Paraguay con las naciones que se han visto forzadas á llevarle la guerra, es necesario que sean celebrados con el gobierno que con entera libertad se de esa República cuando desaparezca de su suelo el déspota que la oprimía.

Hoy, mi Gobierno considera estemporánea la cuestión de límites, felicitándose, sin embargo, de que se haya presentado esta oportunidad de manifestar franca y abiertamente cual es su pensamiento sobre ella.

Aprovecho, etc.

*Mariano Varela*

A través de esta nota el Canciller argentino terminaba de dar forma a su pensamiento ya que señalaba que la victoria armada no daba derechos para establecer los límites territoriales de manera unilateral. Reconocía que el derecho internacional de la época le daba la posibilidad de ocupar territorios como consecuencia de las acciones armadas pero de ninguna manera podía fijar los límites entre dos Estados puesto que esto iba en contra de la integridad del Estado.

La fijación de límites debía ser el resultado de una negociación internacional donde ambos Estados se pusieran de acuerdo. Es decir, que la delimitación territorial debía ser consecuencia de un medio de solución pacífica de controversias.

De esta comunicación se desprenden las principales características de la formulación de Varela: “la victoria no da derechos”. Su enunciación amplia refiere a la imposibilidad de adquirir ventajas como consecuencia de una acción armada; pero en su faz territorial la nota de Varela señala la imposibilidad de adquirir territorios como consecuencia del uso de la fuerza y la necesidad de someter las cuestiones territoriales a mecanismos de solución pacífica de controversias.

### **3. LA DOCTRINA INTERNACIONAL**

En el contexto del Derecho Internacional Público es común hablar de doctrinas internacionales para referirse a postulados jurídico - políticos que reflejan la posición de la comunidad internacional en determinadas materias. En este contexto es posible reconocer dos formas

de concebir las doctrinas internacionales<sup>20</sup>. Por un lado, la doctrina entendida como un acto del Estado realizado por un representante de aquel con pretensión de generalidad y proyección a situaciones futuras<sup>21</sup>. Por el otro lado, la doctrina como una crítica a una situación generalmente aceptada con la pretensión de producir un cambio frente a esa situación y siempre y cuando haya obtenido la adhesión de otros estudiosos del derecho internacional<sup>22</sup>.

Thomas Grant<sup>23</sup>, en la en la Enciclopedia Max Planck de Derecho Internacional, desarrolla una serie de categorías<sup>24</sup> que debe reunir un postulado jurídico-político para ser considerado como una doctrina internacional. De este modo, en la presente investigación se partirá de la base que entiende que una doctrina internacional constituye una *manifestación política, de intereses estratégicos o de intenciones de los Estados*<sup>25</sup>, que a su vez debe ser distinguida del accionar normal y habitual de los Estados. Como tal, una doctrina internacional reúne las siguientes características<sup>26</sup>:

- a. son expresiones formales emitidas por los más altos representantes del Estado (por esta razón generalmente se les asigna el nombre de un jefe de Estado u otra autoridad gubernamental de alto nivel);
- b. son claramente identificadas como una expresión del Estado de que un asunto es de su interés o que ante determinada circunstancias se adoptará una determinada conducta;
- c. son expresadas en términos generales de manera tal que puede derivarse que el interés del Estado tiene un significado duradero

---

<sup>20</sup> PIOMBO, HORACIO DANIEL, “Introducción: La doctrina argentina de Derecho Internacional: caracterización, contenido y vínculos con los postulados constitucionales”, PIOMBO, HORACIO DANIEL (COORD.) *Doctrinas argentinas de Derecho Internacional*, Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. 1-7, p. 2.

<sup>21</sup> PIOMBO, HORACIO DANIEL, *ibíd.*

<sup>22</sup> PIOMBO, HORACIO DANIEL, *ibíd.*, pp. 2-3.

<sup>23</sup> GRANT, THOMAS D., (n. 3)

<sup>24</sup> Estas mismas categorías son señaladas por Piombo. PIOMBO, HORACIO DANIEL, (n. 23), p. 2.

<sup>25</sup> GRANT, THOMAS D., (n.3), párrafo 1.

<sup>26</sup> GRANT, THOMAS D., *ibíd.*

- o bien que de producirse nuevamente la situación que dio lugar a la declaración el Estado actuará en idéntico sentido;
- d. la declaración de la doctrina es unilateral;
  - e. a pesar de su carácter unilateral, el Estado entiende que tiene consecuencias jurídicas para otros Estados, aun cuando esto no esté indicado específicamente o de manera consistente.

Todos estos elementos permiten considerar que una doctrina internacional es una formulación de carácter político con un significado jurídico determinado, que es aplicable a una situación concreta y que una vez aceptada por la comunidad internacional traduce el sentir de ésta en determinadas materias.

La importancia de la existencia de una doctrina internacional radica en que estos postulados jurídicos pueden servir de base para la modificación del ordenamiento jurídico internacional. Ello se debe a que proveen soluciones alternativas a las propuestas por el ordenamiento jurídico internacional vigente en el momento de desarrollarse los postulados o bien crean una respuesta a una cuestión que no se encuentra legislada en el derecho internacional.

De este modo, analizar si un determinado postulado reúne los requisitos propuestos por la doctrina para ser considerado como una doctrina internacional es importante porque permite examinar si ese postulado puede ser considerado como un aporte al derecho internacional. Una vez determinado que el postulado es una doctrina internacional, y por ende un aporte, es posible examinar cuál es el alcance de esa doctrina para el derecho internacional.

#### **4. LA VICTORIA NO DA DERECHOS ¿ES UNA DOCTRINA INTERNACIONAL?**

Partiendo de las bases desarrolladas en el apartado anterior es posible preguntarse si la formulación de Mariano Varela constituye o no una doctrina internacional. A estos efectos se analizarán cada una de las categorías mencionadas y se contrastarán con las características del enunciado de Varela.



#### **IV. 1. La victoria no da derechos ¿reúne los caracteres para ser considerada una doctrina internacional?**

##### *IV. 1.1. Expresión formal emitida por los representantes del Estado*

Para que un enunciado de un Estado en una situación determinada alcance la categorización de doctrina internacional debe tratarse de una expresión formal emitida por los más altos representantes del Estado. Esto significa que debe tratarse de un acto que sea imputable a uno de los órganos del Estado que tenga la capacidad suficiente de obligarlo internacionalmente.

En este aspecto puede señalarse que no todos los órganos del Estado cuentan con esta capacidad. De esta manera, se considera que para el caso de las doctrinas internacionales puede realizarse una aplicación analógica respecto de la capacidad para realizar actos unilaterales ya que en definitiva una doctrina internacional en sus orígenes podría entenderse como un acto unilateral<sup>27</sup>. De este modo, la capacidad de las personas que pueden obligar al Estado por medio de una declaración unilateral es semejante a la de aquellas personas que pueden concluir un tratado<sup>28</sup>: el jefe de Estado, el jefe de gobierno y ministros de relaciones exteriores; así como todo otro sujeto que se encuentre autorizado en el ámbito de sus competencias.

Analizando particularmente el caso de “la victoria no da derechos”, es posible concluir que cumple con este requisito ya que este enunciado fue elaborado por Mariano Varela cuando se desempeñaba como Ministro de Relaciones Exteriores del Estado argentino. De hecho, la formulación tuvo lugar en la nota que Varela envió al gobierno provisorio del Paraguay para justificar las acciones del ejército argentino en la zona de la Villa

---

<sup>27</sup> Ello debido a que se trata de una manifestación unilateral de voluntad que busca un efecto jurídico particular y que generalmente compromete al Estado a realizar o abstenerse de realizar una conducta determinada. Básicamente estos son los elementos principales que definen a un acto unilateral: autonomía, unilateralidad y auto-obligatoriedad.

<sup>28</sup> Principio 4 (CDI, Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006*, vol. II (2º parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2013, pp. 175-183, pp. 179-180; LAVISTA, VERÓNICA y MAKOWSKI, GISELA, “Actos unilaterales del Estado (Primera Parte)” GONZÁLEZ NAPOLITANO, SILVINA (COORD.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Etreius, Buenos Aires, 2015, pp. 239-246, p. 243; PAGLIARI, ARTURO S. *Curso de Derecho Internacional Público*, 2º ed., Advocatus, Córdoba, 2013, p. 109.

Occidental el 27 de diciembre de 1869. No cabe ninguna duda que el revuelo causado por la nota tanto a nivel interno y a nivel internacional se debió a que el propio gobierno entendía que las expresiones del ministro de relaciones exteriores obligaban al Estado argentino<sup>29</sup>.

#### *IV.1.2. Expresión del Estado en un asunto de interés*

El segundo elemento para que una declaración unilateral de un Estado alcance la categoría de doctrina internacional es que la expresión responda a un interés del Estado. Esto significa que la manifestación del Estado sea resultado de una situación en la que el Estado desea actuar de una manera determinada dado que afecta sus intereses particulares.

En este caso, el enunciado de Mariano Varela respondía a una situación específica en la que la Argentina tenía intereses, ya que se trataba de definir los espacios territoriales y los límites con el Paraguay. También expresaba la actitud que estaba dispuesta a asumir la Argentina en materia de cuestiones territoriales, ya que se indicaba que no resolvería ninguna disputa por medio de la fuerza.

Así, es posible señalar que la Argentina manifestaba su voluntad de contribuir con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales a través de la asunción de una obligación que le imponía recurrir a los medios pacíficos previstos por el derecho internacional cada vez que existiera una disputa con otro Estado. De este modo, consideraba que la guerra no era el mecanismo adecuado para relacionarse internacionalmente con otros Estados al negarle la posibilidad de generar derechos para el Estado que resultase vencedor en una contienda armada.

Es por ello que la frase “la victoria no da derechos” puede considerarse como una manifestación unilateral que expresa la voluntad del Estado ar-

---

<sup>29</sup> En este aspecto Mitre, al ser consultado por la cuestión dijo:

[E]l gobierno argentino no podía sostener que la victoria no daba derechos, cuando precisamente había comprometido al país en una guerra para afirmarlo por las armas. Que si la victoria no daba derechos, la guerra no había tenido razón de ser... Que sostener tal doctrina era asumir ante el país una tremenda responsabilidad, declarándole que su sangre derramada, sus tesoros gastados, todos sus sacrificios hechos, no habían tenido objeto... Que el tratado de alianza no tendría razón de ser, y se rompía la solidaridad con los aliados... Esto sólo nos hace perder las ventajas adquiridas a costa de grandes esfuerzos, y además condenábamos la guerra misma, por el hecho de declarar que se había derramado la sangre y los tesoros del pueblo argentino para restablecer las cosas al estado anterior.

CÁRCAMO, RAMÓN J.: *Guerra del Paraguay. Acción y reacción de la Triple Alianza*, Vol. 1, Domingo Viau y Cia., Buenos Aires, 1941, p. 325.

gentino en asuntos que le son de interés porque éste se encuentra dispuesto a actuar de manera idéntica ante situaciones similares.

#### *IV.1.3. Expresada en términos generales*

La tercera característica que debe tener una manifestación de un Estado para que pueda ser entendida como una doctrina internacional es que debe estar expresada en términos generales de manera tal que de ella se desprenda que en situaciones similares el Estado se comportará de igual manera. Es decir, debe tratarse de una expresión de voluntad cuya formulación permita inferir que el Estado actuará en términos similares ante situaciones idénticas.

Sin lugar a dudas “la victoria no da derechos” es una frase que está redactada en términos suficientemente generales. Ello es así, dado que es aplicable toda vez que exista un conflicto armado internacional –independientemente de que la Argentina participe en él–. Asimismo, de esta frase se deriva que no se reconocerá ninguna ventaja que surja como consecuencia del enfrentamiento armado.

La forma acotada que tomó el enunciado de Mariano Varela cuando fue adoptado por la Cancillería argentina a finales del siglo XIX favoreció la generalización de la propuesta ya que su formulación es mucho más amplia y permite aplicarla a cualquier conflicto armado internacional. Su introducción y promoción en los foros internacionales permite concluir razonablemente que Argentina tenía la intención de que el comportamiento propuesto fuera adoptado por otros Estados como un mecanismo tendiente a garantizar la paz y la seguridad internacionales.

#### *IV.1.4. Declaración unilateral*

El cuarto elemento que debe reunir una declaración de un Estado para ser considerada doctrina internacional es que debe ser unilateral. Es decir, debe ser la expresión de voluntad de un único Estado.

En este aspecto, el enunciado de Mariano Varela fue sin duda alguna una propuesta unilateral de la Argentina. Esta fórmula fue incorporada a la nota que el gobierno argentino le envió al gobierno provisorio del Paraguay y por medio de la cual explicó y justificó las acciones del ejército argentino en la zona de la Villa Occidental. Al hacerlo, el ministro de relaciones exteriores de Argentina señaló que su Estado iba a solucionar

las cuestiones territoriales con el gobierno definitivo del Paraguay ya que las cuestiones territoriales solo podían ser definidas por medios pacíficos. Si bien la construcción de la fórmula “la victoria no da derechos” ya puede encontrarse en notas anteriores del gobierno argentino intercambiadas con otros Estados durante la guerra; no es menos cierto que en todas ellas la que expresaba la intención de considerar que la victoria armada no daba derechos era la Argentina.

#### *IV.1.5. Consecuencias jurídicas para otros Estados*

Finalmente, la última característica que debe reunir una manifestación unilateral de un Estado para ser considerada como una doctrina internacional es que se deriven consecuencias jurídicas para otros Estados, aun cuando ello no se encuentre claramente expresado en dicha declaración. Esto significa que de la expresión de voluntad del Estado surgen ciertas conductas para terceros Estados que se encuentran prescriptas o autorizadas por el derecho internacional.

En el caso particular del enunciado de “la victoria no da derechos” es posible considerar que la Argentina pretendía que tuvieran lugar ciertos efectos jurídicos que apuntaban a modificar el régimen tradicional del uso de la fuerza en el derecho internacional clásico. A través de esta formulación el Estado argentino buscaba que las cuestiones territoriales no fueran resueltas por la fuerza sino por medio de mecanismos pacíficos; para lograrlo la Argentina dejaba de reconocer la posibilidad de producir modificaciones territoriales como resultado de un conflicto armado. Con el tiempo, a medida que el enunciado fue ganando aceptación en la comunidad interamericana se incorporó la obligación de no reconocer las adquisiciones territoriales derivadas del uso de la fuerza<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> La formulación de Mariano Varela fue tomada como antecedente por los delegados argentinos a la Primera Conferencia Internacional Americana para proponer, en conjunto con Brasil, un proyecto tendiente a prohibir la conquista en el territorio americano. Este proyecto se cristalizó en la Resolución sobre la conquista de 1890.

Si bien este documento no entró en vigor sirvió de base para la redacción de instrumentos posteriores sobre la materia. Éstos, a partir de la década de 1930, incluyeron la obligación de no reconocimiento de las adquisiciones territoriales por la fuerza.

Sobre los antecedentes del proyecto argentino-brasileño se puede consultar: AMRE-CyC ,CAJA AH/0001, Área productora: min. RREE, Fecha: 1889/1890 – Washington,

De este modo, se puede afirmar que de la frase “la victoria no da derechos” se derivan consecuencias jurídicas para terceros Estados: se busca que las controversias –y con especial énfasis aquellas que tratan sobre cuestiones territoriales– sean resueltas por medios pacíficos. Esto significa que de producirse un conflicto armado, cualquier ventaja territorial que se obtenga no será legal y como consecuencia de ello, los terceros Estados se encontrarán obligados a no reconocerla.

#### *IV.1.6. Conclusiones*

Examinados los elementos que deben ser reunidos por una declaración unilateral de un Estado para ser considerada como una doctrina internacional es posible concluir que la formulación “la victoria no da derechos” constituye una doctrina internacional: la doctrina Varela. De este modo el enunciado que propusiera Mariano Varela en 1869 es una formulación de carácter político con un significado jurídico determinado, que es aplicable a una situación concreta y que, una vez aceptadas por la comunidad internacional, traduce la posición de ésta en determinadas materias.

Así, la doctrina Varela es una formulación política –“la victoria no da derechos”– que cuenta con un significado jurídico determinado –la invalidez de las ventajas obtenidas por la fuerza, en especial si se trata de cuestiones territoriales–, que es aplicable a una situación concreta –la coerción ejercida sobre el vencido en un conflicto armado internacional– y que, una vez aceptada por la comunidad internacional –con el proceso de recepción de la fórmula de Varela en tratados internacionales–, traduce su posición en una materia determinada –que una victoria armada no produce ventajas especiales, particularmente si se trata de cuestiones territoriales–.

Que la doctrina Varela sea reconocida como una doctrina internacional es importante porque permite considerar cuál es el alcance del aporte

---

Serie 25- Conferencias Panamericanas. Tema Primera Conferencia Panamericana. S. Topográfica: C 82-A1, Carpeta 2: pp. 287-287 vuelta.

Debe prestarse especial atención a la actuación del Canciller Carlos Saavedra Lamas en los intentos de resolución de la Guerra del Chaco, así como en la redacción del Pacto Antibélico de No-agresión y Conciliación. En el desarrollo de esta labor se inspiró en la tradición jurídica argentina en la materia. Para ello ver: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO: *Memoria presentada al Honorable Congreso Nacional correspondiente al período 1932-1933*, t. 1, Gmo. Kraft, Buenos Aires, 1933.

argentino al derecho internacional. En este aspecto puede señalarse que la doctrina Varela ayudó a delinear las características que el régimen del uso de la fuerza tiene en la actualidad. Ello es así dado que puso de manifiesto que debían existir limitaciones respecto de las consecuencias derivadas de la guerra.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

“La victoria no da derechos” constituye la fórmula en la que se resume la doctrina Varela. Esto es un postulado jurídico-político del Estado argentino a través del que se traduce el aporte del país al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

La propuesta de Mariano Varela reúne todas las condiciones necesarias para ser considerada como una doctrina internacional. Es una expresión formal y unilateral del Estado realizada por un representante de aquel en un asunto de interés, que se encuentra expresada en términos generales y que busca producir consecuencias jurídicas para terceros Estados.

Que sea reconocida como una doctrina internacional (la doctrina Varela) es importante porque permite, en primer lugar, considerarla como un aporte argentino al Derecho Internacional. A partir de ello es posible comenzar un examen acerca de la trascendencia de esta formulación para la comunidad internacional; es decir, permite examinar cuál es el alcance que esta formulación tiene para el derecho internacional.

En este sentido, baste señalar que “la victoria no da derechos” es un aporte que se da en el contexto del régimen del uso de la fuerza. Se encuadra en los esfuerzos humanistas que se dieron en el siglo XIX tendientes a limitar el derecho que tenían los Estados de acudir a la guerra casi sin limitación y por cualquier circunstancia<sup>31</sup>.

Que un Estado, que había ganado la guerra, manifestara que iba a discutir las cuestiones de límites con el gobierno definitivo del vencido no era menor. Esta posición suponía apartarse del ordenamiento jurídico

---

<sup>31</sup> BROWNLEE, IAN, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford University Press, Oxford, 1963, p. 19.

vigente, que permitía las conquistas territoriales<sup>32</sup>, y someterse a la solución pacífica de controversias.

Esta postura, que fue muy resistida al momento de su formulación, luego influyó la posición de la Cancillería argentina en materia de uso de la fuerza, dado que reflejaba la tradición jurídica argentina y los valores fundamentales del Estado. Esto provocó que la política exterior argentina fuera, impulsada en foros internacionales que paulatinamente fueron adoptando la doctrina Varela en los instrumentos que recogían limitaciones al uso de la fuerza.

La doctrina Varela, entonces, constituye un aporte trascendente del Estado argentino porque ayudó a delinear las consecuencias que la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza tiene en la actualidad. Con el régimen jurídico actual del uso de la fuerza, es completamente lógico manifestar que “la victoria no da derechos”; sin embargo, ello era impensable en 1869.

---

<sup>32</sup> KORMAN, Sharon, *The Right of Conquest. The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 8.





# PROPIEDAD E IDEOLOGÍA EN CLAVE CONSTITUCIONAL CONSIDERACIONES A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR\*

*Myriam Consuelo Parmigiani\*\**

**Resumen:** La regulación del derecho de propiedad es materia de atención central en la Constitución de Weimar de 1919, antecedente del constitucionalismo social. A partir de este derecho y de la mano los desarrollos de notables teóricos de Derecho Estatal que escribieron y se comprometieron políticamente durante el período de Weimar, el presente trabajo expone las diferencias ideológicas presentes en la mencionada Constitución, así como diferentes concepciones de constitución en juego. Las conclusiones recogen reflexiones para la actualidad.

**Palabras clave:** derecho de propiedad- ideología- estado social de derecho- concepto de constitución-

La Constitución de Weimar de 1919, a pesar de ser denominada por algunos autores como la “constitución fallida” de los convulsionados tiempos de entreguerras de la República de Weimar, representa un ícono en la historia del constitucionalismo social porque consagra derechos sociales los que, en cuanto derechos, son exigibles frente al Estado. Institucionaliza para ello un acercamiento entre el Estado y la sociedad, desdibujándose la dicotomía prolijada por el liberalismo decimonónico.

Este acortamiento de distancias entre lo público y lo privado, atañe directamente en algunos casos, más indirectamente en otros, casi siempre al derecho de propiedad. Por eso se justifica traerlo aquí a la reflexión.

En la exposición que sigue, distinguiré tres niveles de análisis:

---

\* Artículo recibido el 5/7/2019 ~ Aceptado para su publicación el 20/12/2019.

\*\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Titular Ordinaria de Derecho Político de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Docente-Investigadora Categoría I- Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación. Directora del Programa de Cultura Jurídica Contemporánea (CIJS- Conicet).

1. Precisiones conceptuales en torno a propiedad e ideología.
2. La propiedad en la forma y en la ideología de la Constitución de Weimar (con un desarrollo más extenso porque hace al núcleo del tema escogido y enunciado)
3. Reflexiones para nuestro tiempo.

## **1. PRECISIONES CONCEPTUALES EN TORNO A PROPIEDAD E IDEOLOGÍA**

### *a) En torno al concepto de propiedad*

Por cierto que conceptualizar el derecho de propiedad es una tarea difícil, como dice Jeremy Waldrom (1988) en su obra dedicada específicamente al tratamiento del derecho de propiedad privada y al aporte de categorías para su análisis.

En línea con el pensamiento del autor mencionado, diré que es el sistema de reglas que rigen el acceso y el control de los bienes materiales (e inmateriales por supuesto, con un valor de transacción económica), en tanto tales bienes estén signados por el principio de la escasez.

Pero asumo que este concepto es lo bastante amplio como para caer en la tacha de obviedad que Marx formula en los Grundrisse. Marx, por ejemplo, consideraba obvio que todas las formas de sociedad requieren algún sistema de propiedad y dice:

“Que no puede haber tal cosa como producción, ni, por consiguiente, sociedad, donde la propiedad no existe en cualquier forma, es una tautología. Pero se vuelve ridículo cuando de ahí se salta a una forma definida.... por ejemplo propiedad privada” (edic. McLellan, 1977, pág. 349)<sup>1</sup>.

Esto obliga a un siguiente paso: distinguir la propiedad privada, de la colectiva y de la común (con la advertencia de que en la realidad se dan variadas concreciones legales de cada modalidad).

En un sistema de propiedad privada, las reglas que gobiernan el acceso a y el control de recursos, se organizan alrededor de la idea de

---

<sup>1</sup> Traducción de la autora.

que los recursos son, en general, objetos asignados separados y, por lo tanto, pertenecen a algún individuo en particular. La idea de “pertenencia” es en ella central.

En un sistema de propiedad colectiva, el problema de la asignación se resuelve mediante una regla social según la cual el uso de los recursos en casos particulares se debe determinar con referencia a los intereses colectivos de la sociedad en su conjunto. Por eso que suele identificársela como propiedad estatal, como la denomina Macpherson (1978), acordando también este autor con la idea de que, en ella, ningún individuo tiene una asociación tan íntima con ningún objeto como para que pueda tomar decisiones sobre su uso sin hacer referencia a los intereses del colectivo.

Y finalmente, en un sistema de propiedad común, las reglas que rigen el acceso y control de los recursos materiales se organizan sobre la base de que cada recurso está, en principio, disponible para el uso de cada miembro por igual. Se consideran las necesidades y los deseos de cada persona, y cuando se toman decisiones de asignación, se toman sobre una base que en cierto sentido es justa para todos. En ninguna sociedad es una forma dominante de organización de la asignación de recursos, pero tenemos sí concreciones importantes de ella en la vida cotidiana relacionada con el uso de los bienes públicos (como parques, calles, reservas naturales, etc.).

### *b) En torno a concepto de ideología*

Dado que el derecho de propiedad y su socialización estuvo en los intensos enfrentamientos de las calles y de los espacios institucionales gubernamentales y académicos de la época de Weimar, se impone recordar, con Raymond Aaron, que las ideologías son, desde la Modernidad, un motor esencial de la acción política. Y también que las ideologías penetran o buscan penetrar en el orden jurídico, a través del cual se expresa y trata de legitimarse el poder del Estado.

Más allá de consideraciones peyorativas como las de Napoleón o Marx sobre las ideologías<sup>2</sup>, propondré aquí procurando neutralidad, una

---

<sup>2</sup> Como sabemos, la palabra ideología es de origen francés. Fue creada por para denominar a la ciencia de las ideas, divulgándola en su obra *Elementos de ideología que apareció en 1801*. Poco después Napoleón, a pesar de haber pertenecido originariamente al círculo de los ideólogos, la utilizará con un sentido peyorativo –por cierto, cuando su suerte comenzó a declinar-. Según Napoleón, sería una suerte de metafísica tenebrosa ; un

conceptualización articulada en base a los componentes que de modo indudable están siempre presentes en una ideología.

En tal sentido, toda ideología es un fenómeno con tres componentes típicos, a saber (Parmigiani, 1992):

En primer lugar, contiene un sistema más o menos coherente de juicios de realidad (de la realidad presente y pasada) y de valores —o sea, un nivel cognitivo y otro axiológico que interactúan entre sí—

En segundo lugar, contiene, correspondiéndose con lo anterior, una idea de una sociedad futura deseable más o menos perfecta, a alcanzar mediante una propuesta o programa de acción;

En tercer lugar, tanto en la representación y valoración de la realidad como en las propuestas de acción, se entremezclan elementos racionales e irracionales, pudiendo los elementos irracionales ser muy fuertes.

Hay que insistir sobre esto último. Porque al ser la ideología, esencialmente, una apelación a la acción, necesita despertar y canalizar emociones. A pesar de que ello suceda, muchas veces, con un gran costo para la racionalidad y aunque cada ideología se perciba a sí misma como una justificación racional para la acción. Los 6.000.000 de judíos exterminados bajo el nacional-socialismo prueban, sin necesidad de más, hasta dónde puede llegar la irracionalidad de la ideología. Pero las banderas de la libertad y de la igualdad también han cubierto el féretro de muchas víctimas, a veces innecesarias.

## **2. LA PROPIEDAD EN LA FORMA Y EN LA IDEOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR**

La Constitución de Weimar tiene la originalidad de contener una sección, la V<sup>o</sup>, referida específicamente a la Economía (*Sección V<sup>o</sup>: De la Economía*).

---

conjunto de teorías vacías, extrañadas de la realidad y de las lecciones de la historia, que sólo podían ejercer influencia sobre espíritus inmaduros o desequilibrados. Algunas décadas más tarde, también Karl Marx, aunque con un pensamiento más denso y sutil, la connotará también de modo negativo: a través de los trece significados de la palabra ideología que hay, según Gurtvich, en el pensamiento marxista, para Marx se trataría, básicamente de una *falsa conciencia*.

Ya este tratamiento diferenciado, por una parte y por la otra, detallado, del campo económico, que en el pensamiento liberal tradicional estaba reservado al libre juego de la oferta y la demanda, en el seno de una sociedad civil que actuaba sin injerencia del Estado según la lógica del principio del *laissez faire, laissez passer*, evidencia la incorporación de las ideas socialistas, y la restricción simultánea de las liberales.

En esta Sección, ubicada dentro de la Segunda parte del texto constitucional y titulada *Derechos y deberes fundamentales de los alemanes*, se distinguen claramente dos bloques temáticos, si bien están dispuestos sin diferenciación de subtítulos: un conjunto de artículos relativos a la propiedad y otro al derecho laboral (que incluye derecho laboral colectivo y la creación de los consejos obreros de fábricas, de distritos y uno a nivel del Reich). Nuevamente esta organización del articulado está indicando la centralidad de la denominada “cuestión social”, con la discutida problemática de la relación entre propiedad y trabajo en el sistema de organización socio-política.

Me circunscribiré aquí a lo que he denominado como primer bloque (derecho de propiedad) por los objetivos propuestos para este artículo. Contiene principios generales (art. 151) y específicas regulaciones sobre la libertad de contratación (art. 152), la propiedad y expropiación (art. 153), el derecho sucesorio (art. 154), la distribución y aprovechamiento del suelo (art. 155) y la socialización (Art. 156).

Me referiré especialmente por ahora al art. 153, que generó disputas académicas e interpretaciones jurisprudenciales que ponen de manifiesto las tensiones ideológicas de la época.

Consideraré en esta oportunidad lo que estimo más significativo de estas disputas, de la mano de dos de los grandes pensadores de época, de brillante producción teórica y con compromiso en la praxis política, que son Carl Schmitt y Hermann Heller<sup>3</sup>.

Dice así el mencionado artículo:

*Art. 153 (Propiedad. Expropiación): La Constitución garantiza la propiedad. Su contenido y sus límites resultan de las leyes.*

---

<sup>3</sup> Carl Schmitt, Hermann Heller, junto a Hans Kelsen y Rudolf Smend, son conocidos como los “Gigantes de Weimar”, por su enorme contribución al pensamiento jurídico-político desde ese período y cuya influencia permanece hasta nuestros días.

*No puede procederse a ninguna expropiación sino por causa del bien común y en virtud de atribución legal. En su caso debe mediar una adecuada indemnización, a no ser que una ley del Reich imponga otra cosa. Para resolver eventuales discordancias acerca de la cuantía de la indemnización son competentes los tribunales ordinarios, salvo que por leyes del Reich se disponga de otro modo. ...*

*La propiedad comporta responsabilidades. El uso de ella supone a un tiempo servicio al bien superior de la comunidad.*

## **2.1 La discusión ideológica en su encuadre liberal**

El art.153, que al mismo tiempo *garantiza y protege* la propiedad privada, fue el verdadero compromiso socialdemócrata, que constituyó la base que hizo posible avanzar en la experiencia del Estado social de Derecho.

El derecho de propiedad *en sí* no fue cuestionado, sino más bien su *Función*, la cual debía ser definida en relación con sus metas sociales, *también para limitar su peso en la dominación política.*

No obstante que este compromiso formaba parte de la coalición de Weimar<sup>4</sup>, sobre este punto se encendió una decisiva polémica entre los partidarios de una interpretación extensiva de las potestades sociales (y estatales) y la modalidad restrictiva de los jueces de interpretar la constitución, apoyados estos últimos en los argumentos de diversos académicos, entre ellos de Carl Schmitt<sup>5</sup>.

Según la tesis de estos pensadores, habría en el art. 153 una contradicción insuperable, toda vez que por una parte se otorga al derecho de propiedad el carácter de un “derecho fundamental”, pero por otro lado se

---

<sup>4</sup> El mencionado compromiso socialdemócrata se cerró entre el ala moderada del partido (el SPD), el Partido del Centro (conservadores católicos) y los liberales del Partido Democrático Alemán (DDP), es decir, los tres partidos con vocación democrática, frente a las posturas extremas de comunistas y nacionalistas. La llamada “Coalición de Weimar” generada a raíz del dictado de la Constitución de la República de 1919, pudo mantenerse con altibajos en el poder hasta el advenimiento de Hitler (1933).

<sup>5</sup> En apoyo de la interpretación restrictiva hay varios destacados juristas, como por ejemplo Martin Wolff, no necesariamente enrolados en las teorías de Schmitt. La selección de este autor responde a su envergadura teórico-política.

intenta limitar la propiedad. A través de ello la esencia de la institución misma de la propiedad, que es *el poder ilimitado de disposición*, es suprimida o, al menos, reducida.

Resulta particularmente interesante –aunque pueda verse como paradójal- considerar la opinión de Carl Schmitt en el tema. Porque él fue un fuerte crítico de la Constitución de Weimar, a la que consideraba enrolada en la visión de que el Estado de Derecho era equivalente al Estado de Derecho liberal burgués y éste, un artificio para asegurar las libertades burguesas. En ese marco, enfatiza en su *Teoría de la Constitución* (2011) que en el primer párrafo del artículo hay ya una contradicción, pues mientras la primera oración afirma que

“*La constitución garantiza la propiedad*”, se agrega que “*Su contenido y sus límites resultan de las leyes*”, “... en contradicción con el derecho fundamental de la primera frase, pues el contenido de un auténtico derecho fundamental, por ejemplo la libertad personal, surge precisamente no de la ley, sino que es previo a ella” (2011, 233).

Y remarca que no se trata de

“...garantizar constitucionalmente un nombre sin contenido”, sino mucho más del “reconocimiento de un principio..., porque no hay Estado de derecho burgués sin propiedad privada, y la constitución de Weimar quiere ser un *constitución* del Estado de derecho burgués” (2011, 233)

La garantía a la propiedad individual es señalada como postulado liberal fundamental en toda la obra de Carl Schmitt, formando parte de las libertades fundamentales que, conjuntamente con el principio de división de poderes, define como lo propio del Estado de derecho burgués.

En el marco de su concepción decisionista, hay que recordar que la decisión por un Estado constitucional es realizada por la voluntad unitaria de la nación (o de un monarca o aristocracia, en su caso). Por eso argumentará que contrariamente al principio de unidad de la decisión, la Segunda Parte de la Constitución de Weimar, dedicada a los derechos y deberes fundamentales, se fundó en una serie de “compromisos radicales” que intentaron confundir sobre los temas más delicados:

“La segunda parte principal de la Constitución de Weimar muestra en las disposiciones sobre derechos y obligaciones fundamentales de los alemanes un “carácter carácter mixto”” (2011, 202)

Se superó la conflictividad de la alternativa entre orden burgués y socialista a través de un “compromiso dilatorio” al decir de Schmitt y que el diputado socialista Simon Katzenstein definió como algo intermedio entre las visiones burguesas y socialistas. Esta transacción hizo posible que la Asamblea Nacional de Weimar eludiera el entusiasmo ideológico, también presente en las deliberaciones, por el modelo de la constitución rusa bolchevique del 5 de julio de 1918.

Pero de resultas de todo ello, en lugar de la proclamación de una “nueva moral estatal”, aduce Carl Schmitt, se llegó “sólo a un programa de compromiso entre diversas fracciones, con una yuxtaposición de principios de distinto tipo”, con “carácter mixto”(2011,202)

Weimar no es por lo tanto una “Constitución sin decisión”, sino, en todo caso, una constitución en la cual, en relación a las decisiones fundamentales se da, según Schmitt, una “suspensión de la decisión”, pues su segunda parte se manifiesta contradictoria: contradictoria en sí misma y en relación a la primera parte.

Como acertadamente señala Angelo Bolaffi, en este punto decisivo lleva adelante Schmitt una acrobacia teórica, al analizar el art. 153 sobre el derecho de propiedad y sus limitaciones: Después de haber fundado la *esencia* de la constitución en su carácter de ser la decisión de un pueblo, retrocede y regresa a una argumentación liberal clásica, afirmando ahora el carácter pre-social y pre-estatal de los “derechos fundamentales” los cuales, como antes había dicho de la “decisión fundamental”, son inviolables:

“... Para tener un concepto utilizable por la ciencia es preciso dejar afirmado que en el Estado burgués de Derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como *anteriores y superiores* al Estado, aquellos que el Estado no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado... Estos derechos fundamentales no son, pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la *libertad*, de las que resultan derecho y, precisamente, derechos de defensa. Esto se ve con claridad en los derechos de libertad, que his-



tóricamente significan el comienzo de los derechos fundamentales: la libertad de religión, la libertad personal propiedad, derecho a la libre manifestación, existen según esta concepción *antes* que el Estado; no reciben su contenido de ningunas leyes, no con arreglo a las leyes o dentro del ámbito de las leyes;...” (2011, 224)

Los derechos fundamentales no pueden por eso ser sino derechos naturales y personales, “derechos a la libertad individuales”, nunca “exigencias sociales”; pues “el derecho a coaliciones, derecho de huelga y lock-out no son derechos a la libertad en el sentido del estado de derecho liberal”; de la misma manera los derechos de ciudadanía, esto es, los denominados derechos democráticos “son “de otra naturaleza” (2011, 224-231).

Me importa destacar finalmente la conexión que Carl Schmitt construye entre la “decisión” fundada en la constitución y un orden socioeconómico particular: liberal (de propiedad privada) o socialista de índole comunista (propiedad colectiva). Se trata aquí de una suerte de mirada sesgada por la ortodoxia ideológica liberal (curioso, por cierto, en el autor), que –como dice el ya citado Bruno Bolaffi-, ni siquiera podía imaginar la posibilidad que de hecho se concretaría desde los años 30 en los Estados del norte de Europa: lograron éstos un compromiso directo entre socialismo y mercado, el que no transcurre en la simple alternativa entre un derecho de propiedad en su clásica no limitación por una parte y la expropiación, por la otra.

### 2.1.1 La ideología en la cultura judicial del período de entreguerras

Un párrafo especial merece la ideología presente en la cultura judicial del período de entreguerras, la que, hay que remarcar, se mantuvo al margen de la atmósfera socializadora con una interpretación muy amplia del artículo 153 de la Constitución de Weimar.

Bajo la influencia de Triepel, Wolff y otros destacados juristas, el *Reichsgericht* fue ampliando el alcance de la expropiación y la correspondiente obligación de indemnizar: ya no sólo la propiedad de bienes inmuebles sino de todo bien material o inmaterial con valor económico (acciones, derechos de autor, derechos reales de servidumbre, etc.) quedó protegido por la indemnización ante avances del Estado, ya sea por vía legal o administrativa. Lo notable es, que el *Reichsgericht* mantuviera esta interpretación tan amplia del art. 153 de la Constitución de Weimar

en defensa de la propiedad privada, por un tiempo bastante prolongado aún después del advenimiento del nacional-socialismo:

Digo que esto llama la atención, pues como recuerda Brahm García (1992) refiriéndose a este proceso denominado de “propietarización de los derechos”,

“... en la doctrina del partido de Adolfo Hitler jugaba un papel muy importante el elemento socialista, que..., se traducía en plantear una noción de propiedad radicalmente distinta a la acuñada por el liberalismo del siglo XIX, caracterizada por imponer tantas limitaciones al derecho que en definitiva hacían del dueño de la cosa un nudo propietario, sin mayor libertad para disponer y manejar la misma”

En línea con lo dicho, ejemplifico con la sentencia del Reichsgericht del año 1935 que renueva la interpretación amplia del art. 153, 2do párrafo, de la Constitución de Weimar, a raíz de la ordenanza sobre pequeños jardines que impuso su arrendamiento obligatorio para fines agrícolas y otros. El alto tribunal consideró que era un caso de expropiación, de acuerdo a una interpretación conforme y afirmó que no había duda que bajo el concepto de expropiación,

“...debían considerarse no sólo los casos de privación de la propiedad, sino también de privación o limitación de cualquier derecho privado subjetivo, como ocurre en el caso aquí señalado”

## **2.2 La discusión ideológica en su encuadre social-demócrata**

La social democracia, fraguada en el mismo caldero que los socialismos utópicos y el marxista, es una corriente ideológica que brega para derrumbar dominaciones sociales injustas a través de una distribución equitativa de la propiedad, e incluso por una autogestión de la producción y asignación de la riqueza con la propiedad común de los medios de producción. Simultáneamente, apuesta para su consecución por la vía democrática y de transformaciones en el marco de la ley.

Ideológicamente heterogénea y con tensiones en su interior, asociadas particularmente al mayor o menor distanciamiento del economicismo marxista y sus prácticas de revolución violenta, la Alemania de fines del siglo XIX y de pre y entre guerras es un claro ejemplo de esta heterogeneidad y tensiones.

Tomaré pues de entre los pensadores socialdemócratas a Hermann Heller, pensador brillante y comprometido, quien recoge el guante echado a la cara de la Constitución de Weimar por Carl Schmitt.

En los escritos de Heller encontramos referencias varias a la Constitución de Weimar. Pero me circunscribiré por su mayor pertinencia con el tema desarrollado, a dos de ellos: a una conferencia publicada en agosto de 1930 bajo el título de “Freiheit und Formen in der Reichsverfassung” (“Libertad y forma en la constitución del Reich”<sup>6</sup>) y a un análisis específico sobre la Constitución de Weimar bajo el título de “Derechos y deberes fundamentales” cuyo capítulo 2do, apartado 5, se refiere a la Economía.

Heller considera substancialmente infundadas las críticas a la Constitución de Weimar. Y no sólo las críticas vulgares que le imputan ser sólo el resultado del colapso del Segundo Reich o de la traición a la nación alemana frente a los dictados de la Entente. Va más allá en su defensa:

“Ocurre que críticos especialmente cultivados y agudos de derecha e izquierda acusan a la constitución de Weimar de un defectuoso estilo, en el que falta un espíritu unitario y le imputan que ella no ha logrado establecer las decisiones políticas fundamentales sino que las ha eludido, que las ha pospuesto” (1971, 375)

Pero Heller no comparte esta opinión. Incluso en polémica pública con Carl Schmitt se le enrostró:

“No se necesita ser un agudo Teórico del Estado para detectar las contradicciones en la segunda parte de la Constitución del Reich, en los derechos fundamentales y obligaciones fundamentales” (1971, 375)

Cualquiera podría descubrir sin mucha dificultad tanto principios capitalistas como socialistas, garantías para la clase media, seguridades para los empresarios y los trabajadores, además de profundas contradicciones en lo político-cultural. Heller acuerda en este punto con el diagnóstico de Schmitt y Kirchheimer, pero lo convierte en una crítica favorable. Porque precisamente, dice, el valor de la Constitución de Weimar está en ser el reflejo de las relaciones reales de poder social y la garantía del desarrollo de distintos grupos sociales. Esto es, su valor está en ser una *constitución de compromiso*.

---

<sup>6</sup> Traducción de la autora.

Nadie, y menos un texto constitucional, está en la situación de ordenar por decreto la desaparición de la clase media o de los empresarios o de la conciencia de clase de los trabajadores. *El pluralismo social y el pluralismo cultural* constituyen la esencia de la constitución, porque ellos están dados en la realidad: Las contradicciones no son contradicciones de (o en) la constitución, sino en la realidad social.

Frente al decisionismo y al formalismo, sostiene Heller el concepto de “*constitución abierta*”.

Escrita o no escrita, una constitución es forma fundamental que expresa la concurrencia de poderes sociales dentro de un pueblo:

“Sobre el “valor o disvalor” de una constitución no decide por tanto ni “la hoja de papel” ni la norma jurídica ideal. Lo decisivo es solo qué concretas relaciones de poder social admite, autoriza o reprueba y a qué futuras relaciones de poder sirve” (1971, 373)

El valor de una constitución está, y sólo está, entonces, en la medida en que se encuentre en situación de receptor y controlar “la dinámica de fuerzas transformadoras” del pueblo. Heller pues plantea como “esencia” y sustancia de una constitución esta tensión dialéctica inevitable entre forma “elaborada” de unidad y libertad “creadora” de la diversidad.

“La constitución concluida sería por cierto aquella que superara la necesaria tensión entre libertad y forma, y la forma política-social fuera aprobada por todos los miembros libremente” (1971, 373)

Sólo sociedades que son homogéneas “espiritual y socialmente” en alto grado —como las que se presentan en la base tanto de la crítica de “derecha” de Carl Schmitt como también en la de “izquierda” de Otto Kirchheimer— pueden reclamar producir una *Totalidad*, en las que se hermanan libertad y forma superando la tensión.

Por el contrario, señala Heller que la *dinámica* del desarrollo de las sociedades del momento, con los conflictos característicos de la nueva época de la sociedad burguesa, “están muy alejados de una homogeneidad socio-espiritual” más que en cualquier otra época. Capitalismo y secularización, desencanto del mundo y politeísmo de valores han mostrado que toda prueba de “crear una tal comunidad de valores por decretos jurídicos” es una utopía reaccionaria. El verdadero problema de una tal constitución y con ello, del Estado moderno en general, cruzado por la división en cla-

ses y por la división conflictiva entre diversas concepciones del mundo, *es el equilibrio inestable entre libertad y forma*: entre el orden total, no conflictivo y la guerra civil.

La función de las reglas del Estado de derecho consiste, así, en hacer posible el desarrollo de los conflictos dentro de límites rigurosos, cuyo desconocimiento significaría una ruptura de la vida civilizada de la comunidad y con ello, una disolución de la comunidad misma.

No resulta de esto que se pueda poner en contraposición forma y libertad, Estado y constitución contra cambio social, decisiones eternas, inamovibles, contra una autodisolución de la constitución. Se trata mucho más de asumir la *legitimación* de la lucha y el conflicto como parte de la constitución, en la misma medida, dado que la constitución misma *legaliza* el conflicto como motor del proceso de transformación e innovación social. Por lo menos bajo *esta* perspectiva es la “No-decisión” de la constitución de Weimar precisamente expresión de modernidad por su diseño abierto, el cual se orienta a dar a los sujetos en lucha, una forma de salida. De otro modo, dirá Heller, se puede caer en la lucha sin reglas bolchevique o en la forma sin vida del fascismo.

De modo coherente con esta su concepción de constitución, al comentar el articulado de la sección de la Constitución de Weimar titulada “De la Economía” (1985), previamente y luego de describir con vivos colores las injusticias sociales generadas por la economía capitalista, da cuenta de las ideologías que en ese concreto tiempo histórico pugnaban en la sociedad alemana: desde el liberalismo hasta el socialismo marxista (motor de la revolución de 1918), pasando por el socialismo conservador de la época bismarckiana (cuya política en materia de seguros sociales y legislación laboral califica Heller de “magna”) y el socialismo democrático al que él se adscribe. Desprendo de allí tres distinciones, a mi entender fundamentales, a saber:

1. Que si bien todos los socialismos ven en la propiedad privada la raíz del mal y anhelan por consiguiente su socialización, no se trata concretarlo bajo formas dictatoriales, como el socialismo economicista marxista y su forma política de dictadura del proletariado, o como el estatismo fascista.
2. Que el verdadero socialismo se desarrolla en la conciliación, basado en una homogeneidad social de índole económica y cultural, que la forma política, es decir, el Estado y su derecho, deben

fomentar. Su concreción significará la suspensión (“Aufhebung”) de la contradicción fundamental de la sociedad burguesa que es la alienación del trabajo bajo la forma capitalista de producción. La política dominará a la economía y hará posible formas auto-gestionarias de gobierno en la pluralidad sin dominaciones. Será éste el verdadero Estado “material” de Derecho.

3. La Constitución de Weimar da forma al Estado social de derecho, pero no aún a ese Estado material de Derecho. ¿Por qué? Esta Sección V consagra, según Heller, ideas del liberalismo y de la democracia que ya tienen una existencia material en la sociedad, pero el socialismo es aún una ideología y lo que aporta la Constitución de Weimar son “ideas socialistas” sobre la propiedad y el trabajo, que deben dar lugar progresivamente a medidas legislativas y administrativas que conduzcan al socialismo, al mencionado Estado material de derecho y no sólo al Estado social de Derecho. Es sí una constitución “mixta”, pero una constitución claramente “abierta”, que provee los principios a desarrollar para efectivizar el verdadero socialismo.

Específicamente a la propiedad, se refieren los arts. 151 a 157: todos ellos comparten esta característica bicéfala de pivotar entre la aceptación del derecho de propiedad privada e ideas socialistas para su actual o potencial restricción a través de la legislación. La referencia a la determinación por la ley de contenidos y límites es un latiguillo que se reitera una y otra vez. No es sino la “constitución abierta” descripta, que en muchos puntos tendrá por eso una clara impronta programática.

Véase así el enunciado del art. 151 sobre los principios constitucionales fundamentales sobre el bien jurídico propiedad, con la doble faz apuntada:

Art. 151 (*Principios fundamentales*): La ordenación de la economía debe ajustarse a principios de justicia con el fin de garantizar a todos una existencia digna. Dentro de estos límites se ha de garantizar la libertad económica individual.

.....

Se garantiza la libertad de comercio e industria con arreglo a las leyes del Reich”

Con la misma característica aparecen los arts. 152 (libertad de contratación), el ya analizado art 153 específico sobre propiedad y expropiación, el 154 que garantiza el derecho sucesorio pero agregando que las leyes “determinarán la parte que corresponde al Estado en los bienes hereditarios” y finalmente, los arts. 155 y 156, sobre “Distribución y aprovechamiento del suelo” el primero y sobre “Socialización” el segundo, en los que más nítidamente se observa la influencia de las ideas socialistas, incluso con el uso de la expresión “propiedad comunitaria”. Claro, reitero, siempre aparece enunciada la indemnización por expropiación.

### 3. REFLEXIONES PARA NUESTRO TIEMPO

No cabe discutir que toda constitución es, en mayor o menor medida, un compromiso. Hoy ya hay acuerdo sobre esto en la Teoría Constitucional. Y si en la Alemania de Weimar diversas ideologías pugnaron por cristalizar en la constitución y orientar las políticas públicas en materia de propiedad, esto no nos es hoy desconocido. Liberalismo libertario e igualitario, socialismo democrático, socialismo del siglo XXI, populismo, comunitarismo, feminismo y otras muchas variantes ideológicas, pugnan detrás de constituciones y declaraciones universales o regionales de derechos. La hermenéutica constitucional –en primer lugar realizada por los propios legisladores y luego, particularmente por los jueces- ha devenido por eso de enorme trascendencia en una época también ideológica y aún más compleja y dinámica, en la que la seguridad jurídica que ha de proveer el Estado de derecho constitucional con su forma, debe compatibilizar con su debido carácter democrático y social a través de su contenido.

En tal hermenéutica, sobre la base del criterio hoy generalizado de distinción entre principios y reglas, hay que tener a la vista los principios morales, los valores contenidos en cada ordenamiento jurídico y en sus prácticas, para asegurar a todos los miembros el mayor grado posible de igual consideración y respeto en materia de propiedad privada.

### BIBLIOGRAFÍA

ARON, Raymond (1962): “La ideología, base esencial de la acción”, en Aron R. y otros *Las ideologías y sus aplicaciones en el siglo XX*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

- BOLAFFI, Bruno (1983): “Verfassungskrise und Sozialdemokratie”, en Christoph Müller/Ilse Staff (edit.). Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- BRAHM GARCÍA, Enrique (1992): “La propietarización de los derechos en la Alemania de entreguerras”, en *Revista Chilena de Derecho. Vol19, N°3*. Universidad de los Andes, Chile.
- HELLER, Hermann (1971): “Freiheit und Formen in der Reichsverfassung”, en *Hermann Heller Gesammelten Schriften*. Sijthoff, Leiden/Tübingen.
- \_\_\_\_\_ (1985): *El derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales*, en *Herman Heller- Escritos Políticos*. Alianza Editorial, Madrid.
- MARX, Karl (1977): *Grundrisse*, edit por MacLellan, D.: *Karl Marx: Selected Writings*. Oxford University Press, Oxford.
- MCPHERSON CRAWFORD B. (1978): *Property: Mainstream and Critical Positions*. Basil Blackwell, Oxford.
- PARMIGIANI, Myriam Consuelo (1992): “Nacionalismo” en Juárez Centeno y Bonetto de Scandogliero (comp.) *La Ideología Contemporánea*. Ed. Advocatus, Córdoba (Arg.).
- SCHMITT, Carl (2011). *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial, Madrid.
- WALDRON, Jeremy (1988): *The Right to Private Property*. Clarendon Press, Oxford.



# ATENTADOS A LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: REVISIÓN DE LOS ACUERDOS BILATERALES DE IMPUNIDAD A VEINTIÚN AÑOS DE LA FIRMA DEL ESTATUTO DE ROMA \*

*Lucía Hipatía Parodi\*\**

**Resumen:** La creación de una Corte Penal Internacional independiente, permanente e imparcial ha sido una de las grandes conquistas del siglo XXI. Sin embargo, desde sus orígenes el tribunal ha debido enfrentarse a Estados que buscan minar su autonomía y funcionamiento integral.

El artículo analiza la política que ha llevado adelante Estados Unidos a fin de socavar la competencia de la Corte Penal Internacional y describe el estado de situación denominados acuerdos bilaterales de impunidad (ABI) o acuerdos del artículo 98 destinados exclusivamente a bloquear de cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional y así evitar que nacionales norteamericanos sean procesados por dicho tribunal.

**Palabras Clave:** Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ~ Competencia ~ Acuerdos Bilaterales de Impunidad.

## INTRODUCCIÓN

El largo proceso de construcción de una jurisdicción penal internacional que comenzó a gestarse en la década de los años cincuenta tuvo su hito histórico el 17 de julio de 1998 con aprobación del Estatuto de la

---

\* Artículo recibido el 8/07/2019 ~ Aprobado para su publicación el 13/09/2019.

\*\* Abogada (UNC). Doctorando en Derecho (UNC). Maestrando en Relaciones Internacionales (CEA-UNC). Profesora ayudante de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho (UNC). Becaria Interna Doctoral del CONICET (CIJS-UNC). E-mail: lucia.parodi@unc.edu.ar

Corte Penal Internacional<sup>1</sup> (en adelante “el Estatuto”). Este instrumento adoptado en la Conferencia de Roma entró en vigencia el 1 de julio de 2002 dando nacimiento al primer tribunal internacional de carácter permanente con competencia para perseguir la responsabilidad penal de los individuos que hayan cometido los crímenes más graves en contra del derecho internacional.

El acuerdo necesario para dar lugar a este nuevo paradigma que disipa la competencia exclusiva del Estado de juzgar y castigar aquellos delitos que por su gravedad resultan una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad<sup>2</sup> supuso una amplia discusión entre los Estados. Las posturas divergentes de varias delegaciones sumadas a la compleja estructura del acuerdo en el que se debían compatibilizar distintos sistemas jurídicos hicieron que las negociaciones del Estatuto resultaran extremadamente complejas<sup>3</sup>.

En la arquitectura jurídica trazada en el Estatuto, los principios fundamentales de cooperación<sup>4</sup> y complementariedad<sup>5</sup> y el claro objetivo de

---

<sup>1</sup> El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue adoptado por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional con ciento veinte votos a favor, incluidos Reino Unido, Francia y Rusia; siete en contra con Estados Unidos, China, Libia, Irak, Israel, Qatar y Yemen y veintiún abstenciones. (U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998). El texto original se corrigió por *procès-verbaux* con fechas: 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El 11 de junio de 2010 la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma llevada a cabo en Kampala incorporó al Estatuto la definición del crimen de agresión y las condiciones para el ejercicio de la competencia de la Corte en las enmiendas al artículo 8 (C.N.651.2010 Treaties-6) y a los artículos 8 bis, 15 bis y 15 ter (C.N.651.2010 Treaties-8). El Estatuto de Roma entró en vigor el 1 de julio de 2002 (U.N. Treaty Series, vol. 2187, núm. 38544).

<sup>2</sup> Párrafo 3 del Preámbulo del Estatuto de Roma. U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998.

<sup>3</sup> Cf. SERVÍN RODRÍGUEZ, CHRISTOPHER A. *El Artículo 98 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: Renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega. Los Acuerdos Bilaterales de EE.UU.: ¿Una celada que limita la competencia de la corte y pone en riesgo su efectividad?*. Universidad Internacional de Andalucía. Andalucía, 2014.

<sup>4</sup> Artículo 86 del Estatuto de Roma. *op. cit.*

<sup>5</sup> Artículo 1 y párrafo 10 del preámbulo del Estatuto de Roma. *op. cit.* Para profundizar en el principio de complementariedad de la CPI *Vid.* FUENTES TORRIJO, XIMENA. “El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional”. *Estudios Internacionales* 169, Instituto de Estudios Internacionales - Universidad de Chile. Santiago, 2011, pp. 119- 140.

garantizar que los responsables sean puestos a disposición de la justicia<sup>6</sup>, delinean el rol de la Corte Penal Internacional (en adelante “CPI” o “la Corte”) en su relación con los Estados. Así, la Corte es llamada a sustituir a los tribunales nacionales en el ejercicio de su competencia primaria únicamente en aquellos casos en que la jurisdicción penal nacional no haya operado por falta de capacidad o voluntad<sup>7</sup>. En tanto los Estados conservan la responsabilidad primordial de investigar y sancionar ilícitos internacionales<sup>8</sup> y tienen la obligación de colaborar en la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes tipificados en el Estatuto.

El diseño del sistema dota a la CPI de la eficacia necesaria para cumplimiento de sus funciones. La Corte tiene competencia sobre cuatro categorías de delitos: el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y la agresión<sup>9</sup> acaecidos en el territorio o cometidos por un nacional de un Estado parte del Estatuto o de un Estado que ha aceptado la competencia de la Corte<sup>10</sup>. La nacionalidad y la territorialidad son condiciones para el ejercicio de la competencia de la CPI que no requiere determinación ni aprobación previa del Consejo de Seguridad<sup>11</sup> para el inicio y desarrollo de los procedimientos.

La independencia del tribunal, interpretada como un debilitamiento del Consejo de Seguridad en sus funciones de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales; su carácter permanente y la jurisdicción sobre nacionales de Estados no parte en el Estatuto resultaron incompatibles con los intereses norteamericanos y se convirtieron en el núcleo de su política hostil hacia la CPI<sup>12</sup>. El gobierno de Washington, bajo el pretexto de impedir que el Estatuto atente contra la esencia de la

---

<sup>6</sup> Párrafos 4 y 5 del preámbulo del Estatuto de Roma. *op. cit.*

<sup>7</sup> Artículo 17 del Estatuto de Roma. *op. cit.*

<sup>8</sup> Párrafo 6 del Preámbulo del Estatuto de Roma. *op. cit.*

<sup>9</sup> Artículos 5 al 8 del Estatuto de Roma. *op. cit.*

<sup>10</sup> Artículo 12 del Estatuto de Roma. *op. cit.*

<sup>11</sup> En virtud de lo establecido en el Estatuto de Roma el Consejo de Seguridad tiene facultad para remitir una situación al Fiscal de la CPI (art. 13.b) y para pedir a la CPI, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, la suspensión de las investigaciones o enjuiciamientos por un plazo de doce meses con posibilidad de renovación (art. 16).

<sup>12</sup> Cf. GAMARRA CHOPO, YOLANDA. “La Política Hostil de Estados Unidos Contra la Corte Penal Internacional: Los Acuerdos del Artículo 98 o la Búsqueda de la Impunidad”

soberanía del Estado<sup>13</sup>, llevó adelante a una larga campaña en contra de la actividad del tribunal que ha desplegado en niveles internos y externos un conjunto de mecanismos y herramientas jurídico-políticos de cuestionable legalidad.

Dentro del bagaje de recursos utilizados por la administración norteamericana a nivel internacional uno llama particularmente la atención no sólo por las características de los métodos utilizados para su conclusión y su falta absoluta de fundamento jurídico sino también por lo extendido de la práctica: los denominados *acuerdos bilaterales de impunidad (ABI)* o *acuerdos del artículo 98 del Estatuto de Roma* mediante los cuales se pretendió excluir de la jurisdicción de la CPI a nacionales y militares norteamericanos prohibiendo su entrega sin el consentimiento expreso de Estados Unidos.

Entendiendo que la creación de mecanismos internacionales para acabar con la impunidad representa uno de los avances más significativos del derecho internacional en las últimas décadas nos proponemos realizar un análisis descriptivo la política que ha llevado adelante Estados Unidos a fin de socavar la competencia de la Corte Penal Internacional. En este sentido, exponemos una revisión de los alcances y fundamentos de los acuerdos de bilaterales de impunidad a veintiún años de la firma del Estatuto de Roma.

---

*Revista Española de Derecho Internacional R.E.D.I.* Vol. 57, Nº 1, Madrid, 2005. p. 151.

<sup>13</sup> En este sentido, son reveladoras las palabras del senador John Ashcroft: *"I find the International Criminal Court profoundly troubling. If there is one critical component of sovereignty it is the authority to define crimes and punishments. This Court strikes at the heart of sovereignty by taking this fundamental power away from individual countries and giving it to international bureaucrats. (...) The United States can never lessen its commitment to ensuring that this Court does not pose a threat to the constitutional rights of American citizens. We must never trade away American sovereignty and the Bill of Rights so that international bureaucrats can sit in judgment of the United States military and our criminal justice system"*. John Ashcroft, *Is a U.N. International Criminal Court in the U.S. national interest?*. Hearing before the Subcommittee on International Operations of the Committee on Foreign Relations United States Senate, Second Session, July 23, 1998. Disponible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-105shrg50976/pdf/CHRG-105shrg50976.pdf> el 2/7/2019.

## 2. CRONOLOGÍA DE LA POLÍTICA DE ESTADOS UNIDOS CONTRA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La idea de establecer un tribunal penal internacional no pasó desapercibida en los Estados Unidos. En un primer momento la creación de un proyecto de estatuto recibió el visto bueno en el Congreso que llegó a manifestar su apoyo y a instar la participación del presidente en negociaciones en las Naciones Unidas para concluir un acuerdo internacional y establecer una CPI<sup>14</sup>.

Durante la Conferencia de Roma, el gobierno Washington tuvo un rol influyente en la redacción del Estatuto y sostuvo de manera contundente la necesidad de implementar dos ideas clave: por un lado un necesario control del Consejo de Seguridad (órgano del que es miembro permanente con derecho de veto) sobre los actos de la Corte y por otro la ineludible autorización del Estado previo al enjuiciamiento de sus agentes.

La reacción a la negativa de la comunidad internacional a permitir que el órgano jurisdiccional quedara subyugado al control político del Consejo de Seguridad y el rechazo de cualquier intento de cercenar la competencia de la Corte determinaron que la sanción del Estatuto no contara con el voto de los Estados Unidos.

Aún así, el 31 de diciembre de 2000 el presidente Bill Clinton firmó el Estatuto con el único objetivo de garantizar la participación de la delegación norteamericana en las negociaciones posteriores a la Conferencia de Roma<sup>15</sup>. En dicha oportunidad el mandatario no sólo manifestó sus preocupaciones sobre la facultad de la CPI de ejercer su autoridad sobre

---

<sup>14</sup> Vid. H.J.Res.89-105th Congress (1997)“*Calling on the President to continue to support and fully participate in negotiations at the United Nations to conclude an international agreement to establish an international criminal court*”. Disponible en <https://www.congress.gov/bill/105th-congress/house-joint-resolution/89> el 2/7/2019.

<sup>15</sup> “*Signature will enhance our ability to further protect U.S. officials from unfounded charges and to achieve the human rights and accountability objectives of the ICC. In fact, in negotiations following the Rome Conference, we have worked effectively to develop procedures that limit the likelihood of politicized prosecutions. For example, U.S. civilian and military negotiators helped to ensure greater precision in the definitions of crimes within the Court’s jurisdiction*”. President Bill Clinton. Statement on Signature of the International Criminal Court Treaty, Washington, DC, December 31, 2000. Disponible en [https://1997-2001.state.gov/global/swci/001231\\_clinton\\_icc.html](https://1997-2001.state.gov/global/swci/001231_clinton_icc.html) el 2/7/2019.

el personal de los estados que no ratifiquen el acuerdo<sup>16</sup> sino también recomendó a su sucesor no someter el tratado para su ratificación por el Senado<sup>17</sup> hasta que las pretensiones de Washington no fueran satisfechas.

Estas ideas y “preocupaciones” gestadas en la génesis misma de la CPI se mantendrán incólumes a lo largo del tiempo. Si bien todas las administraciones reivindicaron como indispensable eximir de la competencia del tribunal a los nacionales de estados no parte en el Estatuto, la praxis de los distintos mandatarios ha reconocido importantes matices.

Fue George W. Bush quien inició y llevó adelante la política de antagonismo más dura contra la CPI<sup>18</sup> y con el respaldo del Congreso tomó medidas sin precedentes a fin para evitar que la Corte ejerza competencia sobre sus ciudadanos. Siguiendo las directrices del subsecretario de Estado para el control de armas, John Bolton, se propuso aislar y debilitar la labor de la Corte comenzando por anularla firma de los Estados Unidos del Estatuto de Roma<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> *“In signing, however, we are not abandoning our concerns about significant flaws in the Treaty. In particular, we are concerned that when the Court comes into existence, it will not only exercise authority over personnel of states that have ratified the Treaty, but also claim jurisdiction over personnel of states that have not. (...)”*. President Bill Clinton. Statement on Signature of the International Criminal Court Treaty, Washington, DC, December 31, 2000.

<sup>17</sup> *“The United States should have the chance to observe and assess the functioning of the Court, over time, before choosing to become subject to its jurisdiction. Given these concerns, I will not, and do not recommend that my successor, successor, submit the Treaty to the Senate for advice and consent until our fundamental concerns are satisfied”*. President Bill Clinton. Statement on Signature of the International Criminal Court Treaty, Washington, DC, December 31, 2000.

<sup>18</sup> En este sentido, la Estrategia de Seguridad Nacional de 2002 expresa: *“We will take the actions necessary to ensure that our efforts to meet our global security commitments and protect Americans are not impaired by the potential for investigations, inquiry, or prosecution by the International Criminal Court (ICC), whose jurisdiction does not extend to Americans and which we do not accept”* The National Security Strategy of the United States of America, September 2002. Disponible en <http://nssarchive.us/NSSR/2002.pdf> el 2/7/2019.

<sup>19</sup> El 6 de mayo de 2002, John R. Bolton envió la siguiente comunicación al Secretario General de la Organización de Naciones Unidas Kofi Annan: *“Dear Mr. Secretary-General: This is to inform you, in connection with the Rome Statute of the International Criminal Court adopted on July 17, 1998, that the United States does not intend to become a party to the treaty. Accordingly, the United States has no legal obligations arising from its signature on December 31, 2000. The United States requests that its*

A nivel nacional, la sanción de la Ley de Protección de Miembros del Servicio de Estados Unidos (American Service members Protection Act, ASPA)<sup>20</sup> constituyó una de las decisiones más relevantes que definieron la postura norteamericana frente a la CPI. La ley prohíbe la cooperación de Estados Unidos con la C.P.I (Sec. 2004) y la asistencia militar a Estados que ratifiquen el Estatuto (con la excepción de los miembros de la OTAN y otros aliados de Estados Unidos) (Sec. 2007); restringe la participación en las operaciones de paz de Naciones Unidas (Sec. 2005) y autoriza al Presidente de Estados Unidos a usar todos los medios necesarios para liberar a cualquier estadounidense o personal aliado entregado a la Corte (Sec. 2008).

A nivel internacional Washington presionó en el Consejo de Seguridad a fin de conseguir una resolución que eximiera a sus agentes de los procedimientos de la CPI. Con la amenaza implícita de la retirar las tropas estadounidenses que servían en las misiones autorizadas por la ONU en Kosovo y Bosnia, Estados Unidos dejó claro que su participación en el mantenimiento de la paz debía basarse en una exención de la jurisdicción de la CPI<sup>21</sup>. Así, decidió no apoyar una prórroga de la Misión de Naciones Unidas en Bosnia Herzegovina<sup>22</sup> hasta conseguir que se adoptara una

---

*intention not to become a party, as expressed in this letter; be reflected in the depositary's status lists relating to this treaty. Sincerely, S/John R. Bolton*" Press Statement, U.S. Department of State, Richard Boucher, Spokesman, International Criminal Court: Letter to UN Secretary General Kofi Annan, Washington, DC, 2002. Disponible en <https://2001-2009.state.gov/r/pa/prs/ps/2002/9968.htm> el 2/7/2019.

<sup>20</sup> Supplemental Appropriations Act for Further Recovery from and Response to Terrorist Attacks on the United States, N° 107-206. T.II American Service members Protection Act, 2002. La ley se encuentra vigente actualmente con algunas reformas a su texto original de 2002. La enmienda de 2008 eliminó la sección 2007 y las restricciones a la ayuda militar.

<sup>21</sup> MCGOLDRICK, DOMINIC; ROWE, PETER Y DONNELLY, ERIC. (Ed.). *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*. Oregon, Hart Publishing, 2004, p. 417.

<sup>22</sup> El 30 de junio de 2002 Estados Unidos vetó en el proyecto de resolución (S/2002/712) para la renovación de la Misión para el Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas en Bosnia y Herzegovina. En dicha oportunidad el representante de Estados Unidos Embajador John D. Negroponte dejó clara la motivación detrás del voto: "(...) *los Estados Unidos, importante garante de la paz y la seguridad en todo el mundo y Miembro fundador de las Naciones Unidas, no aceptan ni aceptarán la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre los miembros del personal de mantenimiento de la paz que aportan a las operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones*

resolución que garantizara la autoridad de los órganos jurisdiccionales estadounidenses sobre su personal participante en operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas<sup>23</sup>. Logró así la aprobación de la Res. 1422 (2002)<sup>24</sup> del Consejo de Seguridad por cual se otorga inmunidad al personal de Estados no parte en el Estatuto de la CPI involucrados en las misiones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas evitando que se inicien o se prosigan investigaciones o enjuiciamientos durante un período de doce meses. La única excepción prevista radica en la decisión en contrario emitida por Consejo de Seguridad. Así mismo, se deja establecido en la resolución la intención de renovar sus términos y condiciones para períodos sucesivos, lo cual se materializó en la Res. 1487(2003)<sup>25</sup>. Finalmente, a pesar de los esfuerzos por continuar con esta política en de impunidad Estados Unidos no pudo conseguir los votos suficientes y en 2004 decidió retirar una segunda propuesta de renovación.

Estas resoluciones del Consejo de Seguridad le otorgaron al estado norteamericano el tiempo necesario para dar lugar al eje más relevante de su embestida contra la CPI: la concertación de un enorme conjunto de acuerdos bilaterales de impunidad con distintos Estados, partes o no, del Estatuto de Roma<sup>26</sup>. Las presiones y amenazas ejercidas contra los Estados reticentes a firmar estos acuerdos comenzaron a hacerse efectivas en 2003 cuando el gobierno de George W. Bush ordenó la suspensión de la ayuda militar a cincuenta países que se negaron a garantizar por escrito la inmunidad de los estadounidenses ante la Corte Penal Internacional. Al año siguiente, el Congreso fue un paso más allá y adoptó la enmien-

---

*Unidas. El hecho de que el Consejo de Seguridad no actúe para preservar una condición jurídica adecuada para los miembros del personal de mantenimiento de la paz que son ciudadanos de los Estados Unidos o de otros países que no son partes en la Corte Penal Internacional no puede menos que ser perjudicial para todas las operaciones internacionales de mantenimiento de la paz en general".* N.U. Consejo de Seguridad. Doc. S/PV.4563, 30 de junio de 2002.

<sup>23</sup> Cf. BOLLO AROCENA, M. DOLORES. "La adopción de las Resoluciones 1422(2002) y 1487 (2003) o el bloqueo preventivo de la Corte Penal Internacional por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas". *Anuario Español de Derecho Internacional*, N° 20, Madrid, 2004, p. 375-408.

<sup>24</sup> N.U. Consejo de Seguridad. Doc. S/RES/1422, 12 de julio de 2002.

<sup>25</sup> N.U. Consejo de Seguridad. Doc. S/RES/1487, 12 de junio de 2003.

<sup>26</sup> GAMARRA CHOPO, YOLANDA. *Op. Cit.* p. 148.



da Nethercutt<sup>27</sup> en la que autorizó la suspensión de los fondos de apoyo económico para todos los países ratificantes del Estatuto de Roma que no tenían firmado un acuerdo bilateral de inmunidad con los EE.UU.

La política de choque que llevó adelante la administración de Bush durante los primeros años de su presidencia se vio un tanto morigerada en su segundo mandato en el que se buscó suavizar el discurso y la práctica respecto a la CPI. Así, en marzo de 2005 Estados Unidos decidió abstenerse de votar la Res. 1593 (2005)<sup>28</sup> del Consejo de Seguridad y con ello permitió la remisión de la situación en Darfur, Sudán, al Fiscal de la Corte. En oportunidad de fundar su voto<sup>29</sup>, el gobierno norteamericano hizo especial referencia a su oposición a la facultad de la CPI de ejercer su competencia sobre ciudadanos y funcionarios de Estados que no son partes en el Estatuto de Roma y sostuvo que la necesidad de poner fin al clima de impunidad que prevalece en el Sudán determinaron su decisión de no vetar la resolución. Sin embargo, esta abstención no implicó una modificación sustancial respecto de política norteamericana frente a la CPI. Los Estados Unidos impusieron la inclusión en el texto de la resolución de una referencia a los acuerdos del Artículo 98<sup>30</sup> y de una disposición para exonerar de toda investigación y enjuiciamiento a los ciudadanos e integrantes de las fuerzas armadas de los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma<sup>31</sup>.

La llegada de Obama a la Casa Blanca trajo consigo una praxis más moderada respecto a la CPI que procuró mejorar las relaciones y aumentar la cooperación<sup>32</sup>. Como medida de gran valor simbólico la nueva admi-

---

<sup>27</sup> La Enmienda Nethercutt fue sancionada por el Congreso de los Estados Unidos en diciembre de 2004 y preveía una renovación anual que se hizo efectiva en dos oportunidades en 2006 y 2008. La misma no fue renovada en el proyecto de ley general de apropiaciones del año fiscal 2009, promulgada por el Presidente Obama el 11 de marzo de 2009.

<sup>28</sup> N.U. Consejo de Seguridad. Doc. S/RES/1593, 31 de marzo de 2005.

<sup>29</sup> N.U. Consejo de Seguridad. Doc. S/PV.5158, 31 de marzo de 2005.

<sup>30</sup> N.U. Consejo de Seguridad. Doc. S/PV.5158, párr. 4 del preámbulo, 31 de marzo de 2005.

<sup>31</sup> N.U. Consejo de Seguridad. Doc. S/RES/1593, párr. 6 de la parte dispositiva, 31 de marzo de 2005.

<sup>32</sup> *Id.* FAIRLIE, MEGAN. "The United States and the International Criminal Court Post-Bush: A Beautiful Courtship but an Unlikely Marriage", *Berkeley Journal of International*

nistración se apartó de la práctica generalizada en la administración Bush de oponerse a las referencias a la CPI en las resoluciones de la ONU<sup>33</sup>. Las medidas destinadas a forjar una relación con la CPI incluyeron el ofrecimiento de asistencia con las investigaciones y procesamientos que llevaba adelante el tribunal. Por primera vez en la historia, a fines de 2009 Estados Unidos participó como observador en la Octava Reunión Anual Asamblea de los Estados Partes de la CPI y a mediados de 2010 envió delegados a Kampala, Uganda, para asistir como observadores a la revisión del Estatuto de la CPI.

En su política de acercamiento Obama apoyó la acusación del Presidente de Sudán, Omar Al Bashir en la CPI por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra; entregó a Bosco Ntaganada, por quien la CPI emitió orden de arresto<sup>34</sup>; votó a favor de una resolución del Consejo de Seguridad para remitir a Libia a la CPI<sup>35</sup>; derogó la legislación que imponía sanciones a los países que no concluyeron acuerdos bilaterales acuerdos de inmunidad con los EE. UU y promulgó un programa del Departamento de Estado destinado a otorgar recompensas por información sobre ciertos sospechosos de la CPI<sup>36</sup>.

La continuidad de esta la política de compromiso constructivo gestada durante la fue puesta en duda con la asunción de Donald Trump como presidente el 20 de enero de 2017. El nuevo mandatario llegó al poder con un discurso nacionalista y de férreo rechazo a la idea de lo global y reabrió los debates y cuestionamientos a la labor de la CPI. La designación de John Bolton, ideólogo de la política de duro antagonismo de George

---

*Law (BJIL)*, Vol. 29, No. 2, p. 529, 2011.

<sup>33</sup> El 30 de septiembre de 2009, con Hillary Clinton en la Presidencia del órgano, el Consejo de Seguridad aprobó la Res. 1888 sobre la violencia contra las mujeres y los niños en conflictos armados en la que se incorpora en el párrafo 9 de su preámbulo una mención específica al Estatuto de CPI. *Vid.* N.U. Consejo de Seguridad. Doc. S/RES/1888, 30 de septiembre de 2009.

<sup>34</sup> El 18 de marzo de 2013 Bosco Ntaganda, acusado de reclutar y alistar niños soldados para utilizarlos en combate en el distrito de Ituri, se entregó en la sede la embajada estadounidense en Kigali, Ruanda. Estados Unidos llevó a cabo las gestiones para su entrega a la CPI que en agosto de 2006 la CPI emitió una orden de arresto en contra del congoleño (No.: ICC -01/04-02/06).

<sup>35</sup> N.U. Consejo de Seguridad. Doc. S/RES/1970, 26 de febrero de 2011.

<sup>36</sup> Department of State Rewards Program Update And Technical Corrections Act of 2012. Public Law 112-283, 2013.

W. Bush, como Consejero de Seguridad Nacional predijo el regreso de relaciones hostiles entre los Estados Unidos y la CPI.

Si bien durante los primeros meses del mandato de Trump los Estados Unidos expresaron su apoyo a la rendición de cuentas de los responsables de crímenes en Libia y Sudán<sup>37</sup>. La solicitud del Fiscal de la CPI de autorización para iniciar una investigación sobre los presuntos crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en relación con el conflicto armado en la República Islámica de Afganistán<sup>38</sup> y el intento de Palestina de llevar a Israel ante el tribunal de la Haya por denuncias de abusos contra los derechos humanos en Gaza y la Cisjordania ocupada dieron inicio a una nueva y dura ofensiva hacia la CPI.

En septiembre de 2018 el gobierno norteamericano amenazó con sanciones contra la Corte Penal Internacional si procedía a la investigación de ciudadanos estadounidenses por presuntos crímenes de guerra en Afganistán. En su primer discurso como parte de la administración de Donald Trump, John Bolton fue enfático en su postura frente a la CPI:

---

<sup>37</sup> En la 7963ª sesión del Consejo de Seguridad sobre la situación de Sudán y Sudán del Sur, la embajadora Michele J. Sison, representante de Estados Unidos ante las Naciones Unidas manifestó: “(...) Hemos apoyado sistemáticamente los esfuerzos encaminados a hacer justicia y a exigir cuentas por los crímenes cometidos en Darfur, así como a romper de manera definitiva el ciclo de la impunidad (...) más de diez años después de que se remitiera la situación en Darfur a la Corte Penal Internacional, debemos seguir exigiendo al Sudán que cumpla con las decisiones del Consejo. Por lo tanto, mientras tratamos de obtener una mayor colaboración del Sudán y un mayor alivio y protección para los supervivientes del conflicto, también debemos comprometernos a apoyar la rendición de cuentas a fin de lograr una paz justa y duradera para el pueblo de Darfur”. N. U. Consejo de Seguridad. Doc. S/PV.7963, 8 de junio de 2017. Asimismo, con motivo de la Cumbre de Riad de 2017 la embajada de Estados Unidos en Jartum dejó en claro la posición de Estados Unidos con respecto al viaje del presidente sudanés Omar al-Bashir, acusado de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra mediante un comunicado en el que expresa “(...) We oppose invitations, facilitation, or support for travel by any person subject to outstanding International Criminal Court (ICC) arrest warrants, including President Bashir (...)”. U.S. Embassy in Khartoum. Security & Emergency Messages, May 17, 2017. Disponible en <https://sd.usembassy.gov/sm-05172017/> el 2/7/2019.

<sup>38</sup> El 12 de abril de 2019, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI rechazó por unanimidad la solicitud del Fiscal de proceder con una investigación sobre los presuntos crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en el contexto del conflicto armado en la República Islámica de Afganistán. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/afghanistan> el 2/7/2019.

*“Los Estados Unidos utilizarán todos los medios necesarios para proteger a nuestros ciudadanos y a los de nuestros aliados del procesamiento injusto de este tribunal ilegítimo, (...) Si tal investigación continúa, el gobierno de Trump considerará prohibir a los jueces y fiscales ingresar a los Estados Unidos, imponer sanciones a los fondos que tengan en el sistema financiero de los Estados Unidos y procesarlos en los tribunales estadounidenses. (...) No cooperaremos con la CPI. No proporcionaremos asistencia a la CPI. No nos uniremos a la CPI. Dejaremos que la CPI muera por su cuenta. Después de todo, a todos los efectos, la CPI ya está muerta para nosotros (...)”*<sup>39</sup> Incluso amenazó con la apertura de nuevas negociaciones de acuerdos bilaterales destinados a prohibir que las naciones entreguen a los estadounidenses a la CPI.

### **3. LOS ACUERDOS BILATERALES DE IMPUNIDAD A 21 AÑOS DE LA FIRMA DEL ESTATUTO DE ROMA**

*a. El artículo 98.2 del Estatuto de Roma como pretendido marco jurídico de los acuerdos.*

El eficaz funcionamiento de la CPI está directamente vinculado a la colaboración de los Estados. Es por ello que en el sistema previsto en el Estatuto los Estados parte tienen la obligación general de cooperar con la Corte en la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia<sup>40</sup>. Una de las aristas principales de esa cooperación es el cumplimiento de las solicitudes de detención y entrega de personas a la Corte de conformidad con las disposiciones del Estatuto y el procedimiento establecido en el derecho interno<sup>41</sup>. En este contexto se inserta el artículo 98 del Estatuto en el que se contemplan dos excepciones a la obligación de cooperación de los Estados con la finalidad de hacer compatibles las disposiciones del Estatuto con de otras normas de derecho internacional.

---

<sup>39</sup> Traducción propia del discurso de John Bolton, recogido por la agencia Reuters. HOLLAND, STEVE. Trump administration takes aim at International Criminal Court, PLO. Reuters. Washington, September 18, 2018.

<sup>40</sup> Artículo 86 del Estatuto de Roma. *op. cit.*

<sup>41</sup> Artículo 89 del Estatuto de Roma. *op. cit.*

Así, en virtud del párrafo 1 del art. 98 se prevé no dar curso a una solicitud de entrega si el Estado requerido actuase en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado<sup>42</sup>.

Por su parte, el párrafo 2 expresamente establece: “*La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con la obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega*”. En este último supuesto, el Estatuto busca articularse con aquellos casos en los que un Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que pudiese imponerle un tratado internacional<sup>43</sup>. En particular el propósito de esta cláusula es respetar los Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas Armadas (CEF) existentes y vigentes cuando Estado pasa a ser Parte en el Estatuto de Roma<sup>44</sup>.

La redacción vaga y compleja del precepto ha dado lugar no pocos problemas interpretativos. Sin embargo, la doctrina mayoritaria es consistente al sostener que la redacción art. 98.2 del Estatuto no puede servir de paraguas jurídico a los acuerdos bilaterales de impunidad celebrados por Estados Unidos con terceros Estados<sup>45</sup>. En palabras de Gamarra Chopo

<sup>42</sup> Artículo 98.1 del Estatuto de Roma. *op. cit.*

<sup>43</sup> Cf. GAMARRA CHOPO, YOLANDA. *Op. Cit.* p. 157.

<sup>44</sup> Cf. SOMMER, CHRISTIAN G. “Los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad y el Art. 98 de la Corte Penal Internacional” *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público RECORDIP* Vol. 1, Núm. 1, 2009.

<sup>45</sup> *Vid.* ALCOCEBA GALLEGO, M. AMPARO. “La ilicitud internacional de los Acuerdos Antídoto celebrados por Estados Unidos para evitar la jurisdicción de la CPI”. *Anuario Español de Derecho Internacional* N° 19, 2003; SERVÍN RODRÍGUEZ, CHRISTOPHER A. *El Artículo 98 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: Renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega. Los Acuerdos Bilaterales de EE.UU.: ¿Una celada que limita la competencia de la corte y pone en riesgo su efectividad?*. Universidad Internacional de Andalucía. Andalucía, 2014; VAN DER WILT, HARMEN. *Bilateral Agreements between the United States and States Parties to the Rome Statute: Are They Compatible with the Object and Purpose of the Statute?* *Leiden Journal of International Law* N° 8, 2005; SCHIAVO, ELISA. “El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales de inmu-

“queda suficientemente claro que el artículo 98, párrafo 2, no invita, pese a la insistencia e interpretación de Estados Unidos, a concluir acuerdos que prevengan la actuación de la Corte. Este artículo impone obligaciones a la Corte, pero no a los Estados partes del Estatuto, y menos sobre el resto de los Estados.”<sup>46</sup>.

Los acuerdos bilaterales del artículo 98 transgreden disposiciones básicas del derecho internacional pues resulta imposible armonizarlos con los preceptos establecidos la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y las obligaciones que pesan sobre los Estados derivadas del mismo Estatuto de Roma.

En materia de interpretación las reglas del artículo 31 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados imponen interpretar disposiciones de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos en función de su contexto y a la luz del objeto y fin del tratado. Teniendo presente que el objeto y el fin del Estatuto de Roma es acabar con la impunidad y garantizar que los autores de los peores crímenes sean puestos a disposición de la justicia en todos los casos, todo acuerdo destinado a impedir que la CPI pueda ejercer su función contradice el objeto y el fin del Estatuto<sup>47</sup>. Los acuerdos bilaterales de impunidad tienen el fin último de eximir a grupos de individuos de la competencia de CPI sin ofrecer garantía que la justicia a nivel nacional investigará y enjuiciará crímenes internacionales. Al mismo tiempo, la Convención de Viena obliga a los Estados signatarios a abstenerse de

---

nidad”, en *Cultura Jurídica*, N° 2, 2011; ESPALIAT, ASTRID. *La Corte Penal Internacional y las Operaciones de Paz: Competencias y alcances*. Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos, Ministerio de Defensa Nacional de Chile, Santiago de Chile, 2004; SOMMER, CHRISTIAN G. “Los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad y el Art. 98 de la Corte Penal Internacional” *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público RECORDIP* Vol. 1, Núm. 1, 2009; GAMARRA CHOPO, YOLANDA. “La Política Hostil de Estados Unidos Contra la Corte Penal Internacional: Los Acuerdos del Artículo 98 o la Búsqueda de la Impunidad” *Revista Española de Derecho Internacional R.E.D.I.* Vol. 57, N° 1, Madrid, 2005

<sup>46</sup> GAMARRA CHOPO, YOLANDA. *Op. cit.* p. 157.

<sup>47</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL. Corte Penal Internacional. Los esfuerzos estadounidenses por conseguir inmunidad para el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, Agosto de 2002. (AI: IOR 40/025/2002/s) Disponible en [http://iccnow.org/documents/AI-USEffortsfull\\_sp.pdf](http://iccnow.org/documents/AI-USEffortsfull_sp.pdf) el 2/7/2019.

realizar actos que frustren el objeto y el fin del tratado<sup>48</sup> e impone a los Estados que ya son parte cumplir de buena fe sus preceptos<sup>49</sup>. En este sentido, todo Estado signatario o parte del Estatuto de Roma que celebre acuerdos bilaterales de impunidad con el gobierno norteamericano incumple abiertamente con estas obligaciones.

Finalmente, la firma de estos acuerdos bilaterales de impunidad por Estados parte en el Estatuto constituye un evidente quebrantamiento a la obligación de cooperación que pesa sobre éstos en virtud de los dispuesto en los artículos 27, 86, 87, 89 y 90 del Estatuto<sup>50</sup>.

*b. El desarrollo de la política de los acuerdos bilaterales de impunidad.*

El depósito de 60° instrumento de ratificación en abril del 2002 que dio vigencia al Estatuto de Roma concluyó el proceso de creación de la Corte Penal Internacional y determinó el inicio de una ingente campaña norteamericana que, dirigida por el subsecretario estadounidense para el Control de Armamento y Seguridad Internacional, John R. Bolton<sup>51</sup>, buscó minar la competencia de CPI sobre sus ciudadanos.

La administración de George W. Bush, mediante coacciones diplomáticas y económicas, buscó negociar con los Estados la firma de acuerdos de bilaterales de impunidad que le garantizaran la no entrega de ciudadanos, funcionarios, personal militar y empleados de las dependencias estadounidenses acusados de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra a la Corte Penal Internacional. Estos acuerdos reconocen dos modalidades diferentes según se articulen en torno a principio de reciprocidad o no. En tanto en el primero ninguna de las partes debe extraditar a nacionales del otro Estado a la CPI sin previo consentimiento de la contraparte contratante en el segundo sólo se prevé la extradición de ciudadanos norteamericanos a la CPI con el expreso consentimiento de éste último<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Artículo 18. Convención de Viena del Derecho de los Tratados. U.N. Doc. A/CONF.39/27, 23 de mayo de 1969. (United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331).

<sup>49</sup> Artículo 26. Convención de Viena del Derecho de los Tratados. *Op. cit.*

<sup>50</sup> Cf. SOMMER, CHRISTIAN G. *Op. cit.* p. 10.

<sup>51</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>52</sup> GAMARRA CHOPO, YOLANDA. *Op. cit.* p. 160.

Sin dudas las presiones político- económicas ayudaron a forzar la voluntad de distintos países que no tuvieron muchas alternativas que aceptar las condiciones de los acuerdos<sup>53</sup>. La amenaza de cortar la ayuda militar a todo Estado Parte en el Estatuto de Roma que no acepte un acuerdo de impunidad con Estados Unidos encontró sustento normativo en la Sec. 2007 de la Ley de Protección de Miembros del Servicio de Estados Unidos que expresamente prohibía proporcionar ayuda militar a los países que son Parte en el Estatuto de Roma y autorizaba al presidente a no aplicar esa prohibición si el Estado firma un acuerdo de impunidad con Estados Unidos.

La campaña que John R. Bolton se propuso llevar adelante fue altamente eficaz. En agosto de 2002 Estados Unidos logró su primer acuerdo bilateral de impunidad con Rumania y al finalizar el primer mandato de George W. Bush el Departamento de Estado dio a conocer la existencia de 100<sup>54</sup> acuerdos del artículo 98 concluidos con terceros Estados. Según datos de la Coalición para la Corte Penal Internacional, para ese entonces aproximadamente sólo el 30%<sup>55</sup> de los acuerdos habían sido ratificados o firmados como acuerdos ejecutivos que no requieren ratificación posterior<sup>56</sup>. Informes del mismo organismo estiman que, a pesar de la presión

---

<sup>53</sup> Timor Oriental, en su declaración a la primera reunión de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma, indicó indirectamente la intensa presión que había recibido para firmar el acuerdo de impunidad con Estados Unidos, subrayando que tiene “una deuda de gratitud con Estados Unidos, que desempeñó un papel primordial a la hora de ayudar a Timor Oriental en el camino hacia la independencia y de garantizar que se desplegaran fuerzas de mantenimiento de las Naciones Unidas en un intento de proteger a la población de Timor Oriental en 1999”. Declaración de Joao Camara, director de la División de Asuntos Jurídicos y Tratados del Ministerio de Asuntos Exteriores, Primera Asamblea de los Estados Partes, Nueva York, 9 de septiembre de 2002 en AMNISTÍA INTERNACIONAL. Corte Penal Internacional. La necesidad de que la Unión Europea tome más medidas efectivas para evitar que sus miembros firmen acuerdos de impunidad con Estados Unidos, Octubre de 2002. (AI: IOR 40/030/2002/s). Disponible en <https://www.amnesty.org/download/Documents/120000/ior400302002es.pdf> el 2/7/2019.

<sup>54</sup> Para la cifra se usaron de fuente: el listado *International Criminal Court - Article 98 Agreements Research Guide*, Georgetown Law Library y el documento *Estado de los Acuerdos Bilaterales (ABIS)*. Coalición por la Corte Penal Internacional.

<sup>55</sup> Estado de los Acuerdos Bilaterales (ABIS). Coalición por la Corte Penal Internacional.

<sup>56</sup> Georgetown Law Library registra un listado 95 acuerdos vigentes a octubre de 2018 Afganistan, Albania, Algeria, Angola, Antigua & Barbuda, Armenia, Azer-



ejercida, la amenaza y la pérdida fáctica de asistencia militar, medio centenar de Estados habían rechazado la firma de un acuerdo bilateral de inmunidad entre los que se encontraban Argentina, Brasil, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

En abril de 2007 se firma con Montenegro el último acuerdo bilateral de impunidad y a partir de entonces los últimos años de la administración de Bush muestran un esquema de comportamiento más benévolo hacia la CPI. Este giro positivo y constructivo en la relación entre Estados Unidos y la CPI pudo desarrollarse bajo la administración de Obama.

Si bien el presidente Barack Obama se mostró más dispuesto a la colaboración con la CPI que su antecesor su gestión no estuvo totalmente exenta de reveses y contratiempos. El 31 de enero de 2014 publicó un memorándum en que cita la utilización de los acuerdos bilaterales del artículo 98 trayendo confusión y controversia: *“Por la autoridad que me confiere como presidente la Constitución y las leyes de los EE. UU., Y de conformidad con la sección 2005 de la Ley de Protección de los Miembros del Servicio Estadounidense de 2002, relativa a la participación de miembros de las fuerzas armadas de la En ciertas operaciones de mantenimiento de la paz y de mantenimiento de la paz de la ONU, certifico que los miembros de las fuerzas armadas de los EE. UU. que participan en la Misión Multidimensional Integrada de Estabilización de la ONU en Malí no corren riesgo de ser procesados penalmente ni de ninguna otra forma de jurisdicción de la CPI porque la República de Malí firmó un acuerdo de conformidad con el artículo 98 del Estatuto de Roma que*

---

baijan, Bangladesh, Belize, Benin, Bhutan, Bosnia-Herzegovina, Botswana, Brunei, Burkina Faso, Burundi, Cambodia, Cameroon, Cape Verde, Central African Republic, Chad, Colombia, Comoros, Congo, Democratic Republic of the Congo, Cote D'Ivoire, Djibouti, Dominica, Dominican Republic, East Timor, Egypt, Equatorial Guinea, Eritrea, Fiji, Gabon, The Gambia, Georgia, Ghana, Grenada, Guinea, Guinea Bissau, Guyana, Haiti, Honduras, India, Israel, Kazakhstan, Kiribati, Laos, Lesotho, Liberia, Macedonia, Madagascar, Malawi, Maldives, Marshall Islands, Mauritania, Mauritius, Micronesia, Mongolia, Montenegro, Morocco, Mozambique, Nauru, Nepal, Nicaragua, Nigeria, Oman, Pakistan, Palau, Panama, Papua New Guinea, Philippines, Rwanda, Saint Kitts and Nevis, Sao Tome and Principe, Senegal, Seychelles, Sierra Leone, Singapore, Solomon Islands, Sri Lanka, Swaziland, Tajikistan, Thailand, Togo, Tonga, Tunisia, Turkmenistan, Tuvalu, Uganda, United Arab Emirates, Uzbekistan, Yemen, Zambia. *International Criminal Court - Article 98 Agreements Research Guide, Georgetown Law Library.* Disponible en <http://guides.ll.georgetown.edu/c.php?g=363527&p=2456099> el 2/7/2019.

*impide que la CPI proceda contra los miembros de las fuerzas armadas de los Estados Unidos presentes en ese país*<sup>57</sup>.

La referencia a “un acuerdo de conformidad con el Artículo 98” generó todo tipo de especulaciones entre quienes sostenían que era un retorno a la política de Bush. Sin embargo no se he encontrado evidencia ni registros de la celebración de un acuerdo de inmunidad bilateral entre Mali y los Estados Unidos, lo que hace suponer que la referencia remite a un Acuerdo sobre el Estado de las Fuerzas (SOFA) preexistente entre ambos países.

Finalmente en la gestión actual del Presidente Donald Trump no ha tomado una postura clara respecto a los acuerdos bilaterales de impunidad, sin embargo John Bolton parece tener presentes la posibilidad de volver a ellos en su afán de otorgar inmunidad a sus ciudadanos frente a la CPI<sup>58</sup>.

#### 4. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

La creación de una Corte Penal Internacional de carácter permanente y con vocación universal constituyó un verdadero cambio de paradigma en el derecho internacional general que colocó a la responsabilidad penal individual en el foco de la escena y excluyó al Estado de la competencia exclusiva de juzgar y castigar aquellos delitos que por su gravedad resultan una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

Sin embargo, la distribución de competencias y la independencia con la que se dotó a la CPI para un eficaz cumplimiento de sus funciones no satisfizo a los intereses de Estados Unidos que dio origen a una larga campaña destinada a socavar la competencia de la Corte.

---

<sup>57</sup> The White House. Office of the Press Secretary. Presidential Memorandum. Certification Concerning U.S. Participation in the United Nations Multidimensional, January 31, 2014. (Traducción propia) Disponible en <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2014/01/31/presidential-memorandum-certification-concerning-us-participation-unitedel> 2/7/2019.

<sup>58</sup> “*In addition, the United States may negotiate more binding, bilateral agreements to prohibit nations from surrendering Americans to The Hague-based court*”. Holland, Steve. Trump administration takes aim at International Criminal Court, PLO. Reuters. Washington, September 18, 2018.

En este contexto han tenido lugar un conjunto de medidas de cuestionable fundamento jurídico. En el plano interno la *American Servicemembers' Protection Act*, firmada por George W. Bush el 2 de agosto de 2002 y el plano internacional las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1422 (2002) y 1487 (2003) y los acuerdos bilaterales de impunidad o acuerdos del art. 98 del Estatuto de Roma, mediante los cuales se pretendió excluir de la jurisdicción de la CPI a nacionales y militares norteamericanos prohibiendo su entrega sin el consentimiento expreso de Estados Unidos.

La doctrina mayoritaria es consistente en sostener que los acuerdos bilaterales de impunidad celebrados por Estados Unidos con terceros Estados transgreden disposiciones básicas del derecho internacional y no es posible interpretar el art. 98.2 del Estatuto como fundamento jurídico de los mismo.

Finalmente, en el análisis descriptivo que hemos llevado adelante pudimos observar que, pese a sostenerse en el tiempo la decisión de evitar que sus nacionales, militares y personal al servicio de su Gobierno sea sometido a la jurisdicción de la CPI, la praxis de las distintas administraciones de la Casa Blanca sufrió notables modificaciones. La política de choque que George W. Bush llevó adelante respecto de la CPI se fue suavizando y dio paso a un discurso cooperativo en la era de Obama y ahora parece retornar con vigencia la presidencia de Donald Trump.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCOCEBA GALEGO, M. AMPARO. “La ilicitud internacional de los Acuerdos Antídoto celebrados por Estados Unidos para evitar la jurisdicción de la CPI”. *Anuario Español de Derecho Internacional* N° 19, 2003.
- BENZING MARKUS. “U.S. Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of the International Criminal Court: An Exercise in the Law of Treaties”. *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 8, 2004.
- BOLLO AROCENA, M. DOLORES. “La adopción de las Resoluciones 1422(2002) y 1487 (2003) o el bloqueo preventivo de la Corte Penal Internacional por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, N° 20, 2004.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, CONCEPCIÓN. “La Corte Penal Internacional en Construcción: Nuevos Retos Veinte años después de la Conferencia de Roma”. *Revista Española de Derecho Internacional R.E.D.I.* 209 Vol. 70/2, 2018.

- ESPALIAT, ASTRID. *La Corte Penal Internacional y las Operaciones de Paz: Competencias y alcances*. Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos, Ministerio de Defensa Nacional de Chile, Santiago de Chile, 2004.
- FAIRLIE, MEGAN. "The United States and the International Criminal Court Post-Bush: A Beautiful Courtship but an Unlikely Marriage", *Berkeley Journal of International Law (BJIL)*, Vol. 29, No. 2, p. 529, 2011.
- FUENTES TORRIJO, XIMENA. "El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional". *Estudios Internacionales 169*, Instituto de Estudios Internacionales - Universidad de Chile, 2011.
- GALBRAITH, JEAN. "The Bush Administration's Response to the International Criminal Court". *Berkeley Journal of International Law (BJIL)*, Vol. 21, N° 1, 2003.
- GAMARRA CHOPO, YOLANDA. "La Política Hostil de Estados Unidos Contra la Corte Penal Internacional: Los Acuerdos del Artículo 98 o la Búsqueda de la Impunidad" *Revista Española de Derecho Internacional R.E.D.I.* Vol. 57, N° 1, 2005.
- KING, HUGH. "Immunities and Bilateral Immunity Agreements: Issues Arising From Articles 27 And 98 Of The Rome Statute". *New Zealand Journal of Public and International Law*. Vol. 4 N° 2, 2006.
- LOWELL B. BAUTISTA, "A Legal Analysis of US Bilateral Immunity Agreements" *20 World Bull.* 28, 2003.
- MCGOLDRICK, DOMINIC; ROWE, PETER Y DONELLY, ERIC. (Ed.). *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*. Oregon, Hart Publishing, 2004.
- SADAT, LEILA N. AND. DRUMBL, MARK A. "The United States and the International Criminal Court: A Complicated, Uneasy, Yet at Times Engaging Relationship". *Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper Series*, 2016.
- SCHIAVO, ELISA, "El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales de inmunidad", en *Cultura Jurídica*, N° 2, 2011.
- SERVÍN RODRÍGUEZ, CHRISTOPHER A. *El Artículo 98 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: Renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega. Los Acuerdos Bilaterales de EE.UU.: ¿Una celada que limita la competencia de la corte y pone en riesgo su efectividad?*. Universidad Internacional de Andalucía. Andalucía, 2014.
- SOMMER, CHRISTIAN G. "Los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad y el Art. 98 de la Corte Penal Internacional" *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público RECORDIP* Vol. 1, Núm. 1, 2009.
- VAN DER WILT, HARMEN. "Bilateral Agreements between the United States and States Parties to the Rome Statute: Are They Compatible with the Object and Purpose of the Statute?" *Leiden Journal of international Law* N° 8, 2005.

VILLASANTE Y PRIETO, JOSÉ L. (Coord.) *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

GALBRAITH, JEAN. "The Bush Administration's Response to the International Criminal Court". *Berkeley Journal of International Law (BJIL)*, Vol. 21, N° 1, 2003.



# LA CORTE SUPREMA Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2013-2018)\*

*María Isabel Urquiza\*\**

**Resumen:** Entre los colectivos minoritarios que procuraron acceder a la justicia, se encuentran los pueblos indígenas, protegidos fundamentalmente, por la Constitución Nacional y por los Tratados de Derechos Humanos con rango constitucional. No obstante, esta protección no es suficiente. Como puede advertirse, en los últimos años aumentó el protagonismo judicial de los pueblos indígenas. Sin embargo, muy pocos de éstos llegaron a la Corte Suprema. ¿Qué tipo de reclamos buscaron la respuesta del Máximo Tribunal? ¿Encontraron la respuesta que esperaban? ¿Cuál fue el papel de la Corte? ¿Hubo sentencias con valor simbólico? ¿Cambiaron las sentencias por la diversa conformación del Alto Tribunal desde 2016? Y si cambiaron, ¿en qué sentido fue dicho cambio?

Desde el modelo jurídico multidimensional y en particular, desde una perspectiva socio-lingüística compatible con dicha concepción, procuraré mostrar el panorama de los años 2013-2018, en cuanto a las respuestas de la Corte a los pueblos indígenas.

**Palabras clave:** pueblos indígenas ~ Corte Suprema ~ modelo jurídico multidimensional.

---

\* Artículo recibido el 16/07/2019 ~ Aprobado para su publicación el 15/10/2019. Agradezco profundamente la colaboración del Prof. Ab. Daniel Carrión y de la Srta. Camila Mañez, integrante del equipo de investigación que dirijo.

\*\* Profesora adjunta regular de Introducción al Derecho con extensión a Sociología Jurídica y Seminario Interdisciplinario sobre Modelos Jurídicos y Minorías en la Corte Suprema. Directora del proyecto de investigación “Minorías y Constitución convencionalizada” (20127-2018), SeCyT, Facultad de Derecho, UNC, mail: marisaurquiza@gmail.com

## INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

La presente comunicación forma parte de una investigación mayor iniciada en 2016 acerca de diversos colectivos minoritarios y sus reclamos ante la Corte Suprema desde 1994 hasta el presente, subsidiada por SeCyT-UNC. No pretendo agotar la problemática en estas páginas, sino que presentaré algunas respuestas clave provenientes de fallos de 2013 a 2018 sobre las respuestas de la Corte Suprema a los colectivos indígenas reclamantes. Las breves conclusiones tampoco pretenden cerrar el estudio, sino tan sólo abrir un espacio de reflexión que continuará más allá de este escrito.

En los últimos años se fueron incrementando los litigios en los que estos colectivos fueron parte y que arribaron a la Corte Suprema en busca de una respuesta justa a sus derechos muchas veces ignorados, vapuleados, tergiversados. ¿Cuál fue el papel del Alto Tribunal: reconfiguró derechos ampliándolos o recortándolos? ¿Dio respuestas simbólicas? Y en su caso, ¿cuáles predominaron? Por lo que procuraré, mediante análisis de discurso sociolingüístico<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> A mi abuelo Manuel Reyes Urquiza (+) que convivió con comunidades indígenas en el Norte Argentino.

<sup>2</sup> Los estudios interdisciplinarios de Teun Van Dijk (n. 1947) se centran, entre otros aspectos, en la vinculación entre las formas discursivas y el sentido, las funciones del estilo y la retórica en el contexto de la comunicación. Este autor remarca la relación entre discurso (oral y escrito), cognición social y sociedad.

Recurriré asimismo, a fuentes de este autor John B. Thompson (n. 1950) y a Irene Vasilachis de Gialdino, quien proyecta esta línea metodológica en sus investigaciones.

\* Cfr. THOMPSON, JOHN 2002. *Ideología y cultura moderna. Teoría Crítica social en la era de la comunicación de masas*. Universidad Autónoma Metropolitana, México.

\* Cfr. VAN DIJK, TEUN:

- 2003. *Ideología y discurso. Una introducción multidisciplinaria*. Ariel, Barcelona.

- 2006. A. *El discurso como estructura y proceso*. Gedisa, Barcelona.

- 2006. B. *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*. Gedisa, Barcelona.

\* Cfr. VASILACHIS DE GIALDINO, IRENE:

- 1992. *Enfermedades y accidentes laborales. Un análisis sociológico y jurídico*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

- 1997. *La construcción de representaciones sociales. Discurso político y prensa escrita. Un análisis sociológico, jurídico y lingüístico*, Gedisa, Barcelona.

- 1999. "Las acciones de privación de identidad en la representación social de los pobres. Un análisis sociológico y lingüístico", en *Discurso & Sociedad, Vol. 1 (1), 1999:55-104*, Gedisa, Barcelona.

- 2007. "Condiciones de trabajo y representaciones sociales. El discurso político, el discurso judicial y la prensa escrita a la luz del análisis sociológico-lingüístico del



desde una perspectiva multidimensional<sup>3</sup>, mostrar la circulación del poder en el interior de la Corte al responder a las comunidades indígenas, a través de fallos clave de los últimos años.

## 2. PUEBLOS INDÍGENAS

Hace más de un siglo se construyó la imagen de una supuesta homogeneidad cultural y lingüística de la Nación Argentina, vinculada al origen europeo de sus habitantes. Sin embargo, en las últimas décadas, dicha imagen ha sido puesta en duda tanto por la reemergencia de identidades indígenas como por investigaciones histórico-antropológicas.

En este sentido, podemos expresar que “(...) *la expansión de la soberanía estatal hasta alcanzar su actual extensión territorial es mucho más prolongada en el tiempo y compleja de lo que habitualmente se asume, que las redes sociales indígenas y sus articulaciones no dejan de existir automáticamente con la pérdida de la autonomía política frente al Esta-*

---

discurso”, en *Discurso & Sociedad*, Vol. 1 (1), 2007: 148-187. Disponible en: [www.dissoc.org](http://www.dissoc.org) (10/1/2012).

<sup>3</sup> El modelo jurídico multidimensional fue elaborado por Fernando Martínez Paz (1927-2008), quien fuera mi maestro; entre sus obras más salientes pueden citarse:

- 1995. *La enseñanza del Derecho (modelos jurídico-didácticos)*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Educación.

- 2003. *La construcción del mundo jurídico multidimensional*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Este modelo se encuadra en el paradigma de la complejidad que formulara Edgar Morin: “*Un paradigma es un tipo de relación lógica (inclusión, conjunción, disyunción, exclusión) entre un cierto número de nociones o categorías maestras. Un paradigma privilegia ciertas relaciones lógicas en detrimento de otras, y es por ello que un paradigma controla la lógica del discurso. El paradigma es una manera de controlar la lógica y, a la vez, la semántica.*” MORIN, EDGAR. 2005. *Introducción al pensamiento complejo*. Gedisa, Barcelona, pp. 154-155.

Respecto de la complejidad, se trata de “*la unión de los procesos de simplificación que implican selección, jerarquización, separación y reducción, con otros contra-procesos que implican la comunicación, la articulación de aquello que está disociado y diferenciado.*” GRINBERG, MIGUEL 2002. *Edgar Morin y el pensamiento complejo*. Campo de ideas, Madrid, p. 74.

*do, y que estos procesos no tienen una temporalidad ni características homogéneas en todas las regiones.”<sup>4</sup>*

La construcción de nuestra nación implicó la integración de los sujetos conquistados en un estatus subalterno dentro de la supuesta homogeneidad cultural y étnica. Quienes fueran clasificados como “indios” pasaron a ser “campesinos”, “pobladores”, “trabajadores rurales”. Este borrar marcas de especificidad cultural se complementa con la extensión de los derechos de la ciudadanía y del mundo del trabajo, sobre todo durante el primer peronismo y regímenes provinciales afines.

Esta tendencia empezaría a revertirse durante la cercana década de los noventa con el festejo del Vº Centenario, con el mayor reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas sancionados en tratados internacionales como el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En esa misma década se reformó la Constitución Argentina, incorporando este Convenio y otros tratados Internacionales de DDHH que habilitan las demandas de derechos por parte de los pueblos indígenas.<sup>5</sup> Concomitantemente, desde fines de la década del ochenta, dichas comunidades fueron sufriendo el progresivo despojo de derechos del trabajo y de la ciudadanía debido a la crisis económica y al desguace de la versión local de Estado de bienestar.

Ya en este siglo, en 2007, se sancionó en la ONU la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, de fuerte contenido simbólico. “(...) *los indígenas obtienen el reconocimiento como pueblos que pueden aspirar a la autodeterminación. Las nuevas Constituciones que*

---

<sup>4</sup> KAMINKER, SERGIO y SORROUILLE, MARCOS. 2013, “Argentina. La (re) emergencia de los pueblos indígenas”, en SELLIER, JEAN (et al.), *Compilado por Jean Pierre Denis y Franck Nouchi. 2013, Atlas de las Minorías, Capital Intelectual, p. 106.*

<sup>5</sup> En la reforma constitucional de 1994, se incorpora el art. 75, inc. 17: “Corresponde al Congreso: (...) 17) Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. “Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes y embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

*acompañan a la democratización de los Estados-naciones, en las que se incluye a los indígenas sudamericanos, continúan estando en gran medida por debajo de esta reivindicación, a la vez que reconocen, con distintos nombres, su existencia.”*<sup>6</sup>

En la Declaración se reconocen los derechos de farmacopea indígena y de las medicinas tradicionales; derechos colectivos sobre sus tierras y recursos, como el control del subsuelo y de las minas; derecho a conservar vínculos espirituales con su territorios, aguas fluviales y costeras y con sus pescas tradicionales; derechos a entablar vínculos organizativos con otros pueblos de la misma cultura sin tener en cuenta las fronteras de los Estados y se limitan severamente las implantaciones militares. *“La Declaración dice expresamente que los pueblos indígenas son los mejores garantes ecológicos: ‘El respeto del saber de las culturas y de las prácticas tradicionales contribuye a una valoración duradera del medio ambiente y de su buena gestión’. Mientras esta buena gestión del medio ambiente no haya convencido a todos los Estados-naciones -aún se está lejos de ello-, los indígenas verán sus modos de vida gravemente amenazados.”*<sup>7</sup> Argentina aceptó la Declaración en el mismo año 2007 y tiene rango constitucional.

En nuestro país, el proceso de empoderamiento político y a la vez de fuerte arrinconamiento de los pueblos indígenas se acentuó al calor de las luchas de organizaciones indígenas contra las diferentes formas de extractivismo, en particular, contra la expansión de las fronteras sojera y minera, el acaparamiento de tierras y la especulación inmobiliaria y contra la explotación de hidrocarburos convencionales y no convencionales. En este complejo contexto, en 2006 se promulgó la Ley N° 26.160<sup>8</sup> de emergencia, que prohíbe los desalojos de las comunidades indígenas y ordena la concreción de un relevamiento territorial.

---

<sup>6</sup> GRILLOT, THOMAS. 2013. “América. Despiertan las identidades”, en SELLIER, JEAN (et al.), *Compilado por Jean Pierre Denis y Franck Nouchi. 2013, Atlas de las Minorías, Capital Intelectual, CABA, p. 98.*

<sup>7</sup> CLÉMENT, CATHERINE. 2013. “Los nuevos derechos de los indígenas”, en SELLIER, JEAN (et al.), *Compilado por Jean Pierre Denis y Franck Nouchi. 2013, Atlas de las Minorías, Capital Intelectual, CABA, p. 151.*

<sup>8</sup> Prorrogada hasta el año 2021 por la Ley N° 27.400.

A nivel provincial, se destaca la Constitución de Chubut, reformada en 2006 que declara la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, como parte inescindible de la identidad e idiosincrasia provincial.<sup>9</sup>

### 3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE (2013-2018)

En el periodo 2013-2018, la Corte dictó catorce sentencias en relación con los pueblos indígenas. Sólo en seis de ellas se tratan problemáticas indígenas, en las restantes nueve, sólo se mencionan dichos pueblos, resolviéndose generalmente por razones procesales.

A continuación me referiré a los fallos en los que se tratan problemáticas indígenas. Uno es de 2013, otro de 2014, dos corresponden al año 2015 y dos a 2018.

#### 3.1 Confederación Indígena del Neuquén (2013)

El 10 de diciembre de 2013, la Corte Suprema dicta sentencia, a través de nueve considerandos, en la causa “Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> “(...) este ordenamiento jurídico que se despliega en diferentes niveles (provincial y nacional, siguiendo una normativa internacional) contrasta con la realidad. Para tener una idea de esto, nada mejor que recurrir al informe final del relator sobre los pueblos indígenas de la ONU, James Anaya, quien visitó la Argentina en 2011 para recoger testimonios y denuncias de las comunidades. El informe da cuenta de un cuadro muy preocupante en el que se destacan el impacto ambiental, el impacto cultural, la fragmentación del tejido social, la falta de consulta previa (convenio 169 de la OIT), los desalojos violentos, las situaciones de criminalización y represión, entre otros. Este informe demuestra que no sólo no se aplica la legislación vigente, sino que además, pese a que existe una normativa ‘de urgencia’ como la ley 26.160 antes citada, son muy pocas las provincias que iniciaron el relevamiento de tierras, al tiempo que continúan los desalojos violentos (Formosa, Neuquén, Salta, Jujuy, entre otras provincias. Tampoco hay que olvidar que la crisis del 2002 produjo una inflexión importante en la relación Estado-indígenas, en la medida en que volvió a encapsular la cuestión indígena en programas asistenciales a la pobreza (Lenton y Lorenzetti, 2005). Esta definición como ‘sujetos vulnerables’, como pobres, tiende a naturalizar la problemática y a desdibujar los reclamos de los pueblos indígenas como sujeto político.” SVAMPA, MARISTELLA. 2016. *Debates latinoamericanos. Indianismo, desarrollo, dependencia y populismo*. Edhasa, CABA, p. 113.

<sup>10</sup> Fallos: 336:2271.

La sentencia es unánime. Los ministros firmantes fueron Elena Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni.

El fallo de 2013 corresponde a la segunda intervención del Máximo Tribunal respecto de la Comunidad Indígena contra la Provincia del Neuquén.

En su primera intervención, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén desestimó la acción deducida por la Confederación Indígena contra el estado provincial. Peticionaba la inconstitucionalidad del decreto 1184/2002 del Poder Ejecutivo local, alegando que iba en contra de la Constitución Nacional y de la Constitución neuquina. La provincia sostenía que dicho decreto reglamentaba la ley nacional de política indígena N° 23.302. El Superior Tribunal entendió que la acción autónoma de inconstitucionalidad no era idónea. Contra este pronunciamiento, la Confederación interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación originó la queja, la que dio lugar a una primera sentencia de la Corte de fecha 2/6/2009 (*Fallos: 332:1338*), que dejaba sin efecto la sentencia apelada. No obstante ello, el Tribunal Superior neuquino hizo lugar parcialmente a la demanda deducida, desestimando el resto.

En la segunda oportunidad, que da lugar al fallo de la Corte de 2013, el Tribunal Superior neuquino entendió, respecto de la consulta previa a las comunidades indígenas a la que se refiere el art. 6° del Convenio 169 de la OIT, de rango constitucional, que la Constitución nacional (art. 75.17) prevé un derecho genérico a la participación de las comunidades, pero no exige expresamente que deba acudir al mecanismo específico de la consulta, como tampoco impondría que dicha participación debiera efectivizarse de manera previa a medidas legislativas o administrativas.

El fallo que es objeto de análisis se encuentra plagado de recursos lingüísticos, predominando la narrativización y el uso de tropos. El discurso se convierte así en una herramienta de poder.

Las estrategias de oposición y sustitución combinadas caracterizan este considerando:

*“9°) Que según consta en autos, el decreto impugnado no sólo no prevé el concepto de ‘autoidentificación’ establecido por el art. 2° de la ley nacional 23.302 y por el art. 1° inciso 2° del Convenio 169*

*de la OIT como un criterio fundamental de inscripción, sino que lo sustituye por el principio opuesto de **identificación del Estado**.*”<sup>11</sup>

En el párrafo siguiente, mediante racionalización, precisa aún más estas ideas, tomando como sinónimos las expresiones “pueblos originarios” y “pueblos indígenas”:

*“9º (...) En efecto, existen dos criteriosos elementos de identificación de los **pueblos originarios**, el **criterio objetivo** que alude a un hecho histórico y a un hecho actual, en tal caso se identificarán como **pueblos indígenas** a aquellos pueblos que descienden de pueblos que pre-existen a los estados actuales (elemento histórico) y que en la actualidad conserven en alguna medida sus formas de vida e instituciones políticas (elemento actual) y el **criterio subjetivo** que contempla expresamente la ley nacional de política indígena y el convenio internacional precitado, que se refiere a la **autoconciencia** que tienen los pueblos de su propia identidad indígena.”*<sup>12</sup>

La Corte declara la inconstitucionalidad, fallando a favor de los pueblos indígenas.

### **3.2 Pilquiman, Crecencio (2014)**

El 7 de octubre de 2014, la Corte dicta sentencia, mediante siete considerandos, en la causa “Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Pilquiman, Crecencio c/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural s/ acción de amparo”.<sup>13</sup> El fallo es unánime y está firmado por los ministros Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni.

La reclamación fue promovida por el Sr. Crecencio Pilquiman, como miembro de la Comunidad Aborigen Lagunita Salada, Gorro Frigio y Cerro Bayo, a fin de que por un parte se garantizara a dicha comunidad el derecho a la participación indígena en los asuntos que le conciernen

<sup>11</sup> El uso de negrita no aparece en el texto original.

<sup>12</sup> El uso de negrita no aparece en el texto original.

<sup>13</sup> Fallos: 337: 1102.

–especialmente en cuanto al territorio y a los recursos naturales–, tutelado en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Provincia de Chubut, así como en el Convenio N° 169 de la OIT. La demanda también tuvo por objeto que se declarara la nulidad de la resolución 60/07 del Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural (IAC) de la provincia de Chubut, mediante la cual se había adjudicado en venta al Sr. Camilo Adolfo Rechene una superficie aproximada de 2500 hectáreas- en el que se encuentra un cementerio de dicha comunidad indígena.

La narrativización, recurso argumentativo predominante en el fallo, se refiere a las múltiples y variadas dificultades de la comunidad indígena, debido a las negativas de los tribunales de las diversas instancias hasta poder llegar a la Corte.

El considerando 6° se destaca:

*“6° (...) la omisión por parte del **superior tribunal local** de todo pronunciamiento sobre los derechos que la recurrente fundó en el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y en el Convenio N° 169 de la O.I.T. resulta **palmaria** y constituye un **obstáculo** para que la **Corte Suprema** ejerza correctamente su competencia apelada, tal como lo prescribe el criterio antes referido, pues la decisión del caso federal no **emana** del superior tribunal e la causa (...).”<sup>14</sup>*

Se advierte la oposición “superior tribunal local” y “Corte Suprema”, además de la jerarquía y poder de la Corte resaltado por el uso de minúscula para el primero y mayúscula, para la segunda. La utilización de la adjetivación y verbos expresados mediante tropos, resaltados en el párrafo transcrito, remarcan el poder del Alto Tribunal, a la vez que ocultan el dramatismo, profunda desigualdad y marcada vulnerabilidad de las comunidades indígenas.

### 3.3 Comunidad Indígena Toba La Primavera – Navogoh (2015)

El 15 de septiembre de 2015, la Corte en forma unánime, mediante once considerandos, en la causa “Comunidad Indígena Toba La Primavera

<sup>14</sup> El destacado en negrita no aparece en el texto original.

– Navogoh c/ Formosa, Provincia de y Otros s/ medida cautelar”.<sup>15</sup> Los ministros firmantes fueron Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda.

Frente al comienzo de construcción de un centro de salud en terreno de propiedad comunitaria y en atención a los cortes de la ruta nacional n° 86 y de caminos vecinos realizados por algunos integrantes de la Comunidad Qom Potae Napocna Navogoh en protesta por no haber sido consultados acerca de la obra; la Corte instó a las partes a que continuaran con la colaboración mutua que se deben a fin de que cada una de ellas contase con los elementos que les permitieran valorar adecuadamente las “bondades” del emprendimiento.

Primeramente se advierte que el fallo denomina “Toba” a la comunidad indígena “Qom”. El primer nombre había sido adjudicado por los conquistadores españoles, lo cual muestra un resabio de considerarlos aun “sujetos colonizados”, agudizando así la polarización entre el Estado y sus instituciones y la comunidad indígena.

Como en el fallo anterior predomina la narrativización que oculta la dramática desigualdad y vulnerabilidad por parte de la comunidad indígena.

A lo largo del relato se señala que dicha comunidad ya contaba con un centro de salud, pero de marcada precariedad, y frente a la construcción por parte de la Provincia de Formosa de uno nuevo; la comunidad teme ser trasladada como aconteciera en otras oportunidades con otras comunidades semejantes. Asimismo, el centro de salud se construye en tierras correspondientes a propiedad comunitaria del colectivo Qom, pero no los consultan ni explican adecuadamente cómo será la organización y funcionamiento respectivos.

Cuando la Corte insta a las partes a la mutua colaboración que se deben, lo hace presuponiendo su igualdad, cuando no es así. Se advierte asimismo, la colaboración con la comunidad de un pastor evangélico que participara en las asambleas de aquélla. También, el colectivo Qom cuestiona el relevamiento territorial llevado a cabo por el Instituto de Comunidades Aborígenes de Formosa y el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas en cuanto desconocen abiertamente estándares de derechos indígenas.

---

<sup>15</sup> Fallos: 338: 837.



Otro aspecto cuestionado por el colectivo es el ambiental, ya que solicitan a la Provincia que informe sobre la prevención del manejo de residuos hospitalarios, patológicos y farmacéuticos.

La Corte Suprema rechaza el pedido de suspensión del centro de salud en propiedad comunitaria qom, pero ordena a la Provincia que consulte y explique adecuadamente a la Comunidad, acerca de cómo será la organización y funcionamiento del centro de salud y requiere que le informe al Tribunal en un plazo de diez días si efectivamente se ha dado cumplimiento al estudio respectivo de factibilidad ambiental.

### 3.4 Martínez Pérez, José Luis (2015)

El 10 de noviembre de 2015, la Corte, unánimemente, dicta sentencia en el caso “Martínez Pérez, José Luis c/ Palma, Américo y Otros s/ medida cautelar s/ casación”.<sup>16</sup> La sentencia es brevísima, de un solo considerando y la firman los ministros Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda. El fallo se fundamenta en el dictamen de la Procuradora Legal Alejandra Magdalena GilsCarbó. El dictamen está organizado en siete partes.

El Superior Tribunal de la Provincia de Río Negro declaró inadmisibles el recurso de casación interpuesto por la comunidad mapuche Las Huaytekas<sup>17</sup>, por su propio derecho y en representación del Lof Palma<sup>18</sup>, con el objeto de que se dejase sin efecto la medida cautelar de desalojo en el marco de un interdicto de recobrar. El tribunal sostuvo que la resolución “atacada”, al ordenar una medida cautelar, no tenía el carácter de sentencia definitiva, requisito necesario para habilitar el recurso. Consideró que la Comunidad no había logrado demostrar la existencia de daño irreparable, enfatizando que dicha Comunidad había ocupado las tierras poco antes del dictado de la orden de desalojo. Contra esa decisión, la comunidad mapuche Las Huaytekas interpuso recurso extraordinario federal.

---

<sup>16</sup> *Fallos*: 338: 1277.

<sup>17</sup> Su nombre evoca el milenar bosque “Cipresal de las Huaytekas”, situado en los parajes denominados el Foyel y los Repollos, de la Provincia de Río Negro.

<sup>18</sup> Término mapuche para designar a un clan que agrupa a varias familias con un ancestro común.

La cuestión controvertida consistió en determinar si el art. 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley 26.160 le conferían un derecho a la comunidad Las Huaytekas para repeler el desalojo cautelar de la parcela en disputa promovido por el titular registral del inmueble.

En el punto IV, párrafo 5º del dictamen, la Procuradora afirma, refiriéndose a la comunidad mapuche:

*“(...) sus integrantes **mantienen un lazo material y simbólico con las tierras que ocupan. Desde tiempos remotos realizan prácticas de recolección y pastoreo que se desarrollan en épocas estacionales e intercambian productos entre los vecinos. Conservan tradiciones vinculadas al teñido de lanas y tejidos con diferentes especies autóctonas, trabajo en cuero curtido con piedra lumbre, recolección de yuyos que utilizan por sus propiedades curativas, entre otras actividades productivas que realizan mediante **proyectos colectivos**. Celebran también ceremonias religiosas en el rewe –espacio ceremonial–, como el Kamaruko, una rogativa que se lleva a cabo en el bosque sagrado de Las Hyaytekas.**”*<sup>19</sup>

Desde épocas inmemoriales los indígenas consideran que ellos son parte de la tierra y todo lo que hay en ella, de ahí “el lazo material y simbólico”. Sus actividades cotidianas son colectivas y están basadas en el intercambio.

Más adelante, en el punto VI, segundo párrafo del dictamen, la Procuradora asevera:

*“En estas condiciones, la ejecución del lanzamiento **vulnera** la ley 26.160, que prohibió de modo expreso el desalojo de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas. Contrariamente a lo que sostuvo el **a quo**, la comunidad y el Lof Palma no ocuparon las tierras de modo próximo a la fecha en que se dictó la medida cautelar, sino que ejercían desde antaño, la posesión tradicional indígena. (...)”*<sup>20</sup>

<sup>19</sup> El destacado en negrita no aparece en el texto original.

<sup>20</sup> El destacado en negrita no aparece en el texto original.

La utilización del tropo y personificación mediante el verbo “vulnera” oculta el dramatismo de los auténticos vulnerados que son quienes integran la comunidad indígena. La expresión latina “a quo” para referirse al tribunal rionegrino muestra el “poder de nominar” que caracteriza al Poder Judicial, al decir de Pierre Bourdieu.<sup>21</sup>

### 3.5 Provincia del Neuquén (2018)

El 11 de septiembre de 2018, la Corte en pleno, con voto individual de Horacio Rosatti, dicta sentencia en trece considerandos, en la causa “Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional de Asuntos Indígenas s/ impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza.”<sup>22</sup>

El contenido del fallo gira en torno a los poderes concurrentes entre las provincias y la Nación respecto a la personería jurídica de las comunidades indígenas, reconocidos en el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional.

Se destaca la fuerte narrativización como recurso lingüístico como mecanismo ordenador y de poder en procura de racionalizar las cuestiones aquí planteadas. Asimismo, se destaca el uso reiterado del tropo “homogeneizar” y su variante como forma sustantivizada “homogeneización”. Esta reiteración se advierte en el punto I) y en el voto del Ministro Rosatti en los considerandos 4) y 5). Este tropo simboliza también, unidad; lo cual oscurece y disimula el conflicto aquí planteado.

Otro tropo es el de “estado de incertidumbre”, en el primer punto; el que es atenuado en su impacto posteriormente, mencionándose sólo “incertidumbre”. La Corte procura resolver esta cuestión mediante la transcripción del mencionado art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, subrayando, mediante aclaración posterior, los fragmentos directamente aplicables al caso. Refuerza lo anterior en el considerando 5), segundo párrafo, *in fine*, con un principio doctrinal de la misma Corte:

“(…) el gobierno de la Nación no puede impedir o estorbar a las provincias el ejercicio de aquellos poderes de gobierno que no han

<sup>21</sup> Cfr. BOURDIEU, PIERRE y TEUBNER, GUNTHER: 2000. *La fuerza del derecho*. Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Bogotá.

<sup>22</sup> CSJ 229/2006 (42-N)/CS1

delegado o reservado, porque por esa vía podría llegar a anularse por completo (...).”

### **3.6 Defensor del Pueblo de la Nación (2018).**

El 26 de diciembre de 2018, la Corte, en forma unánime dicta sentencia, en cuatro considerandos, en “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y Otro s/ proceso de conocimiento”.

Esta sentencia se caracteriza por la utilización de la narrativización como recurso lingüístico predominante unido al de contexto catástrofe que describe someramente la situación de tremenda vulnerabilidad y abandono de las comunidades indígenas.

Aquí, el Sr. Orlando Charole, por derecho propio, en su condición de integrante de la etnia Qom y actual presidente de la “Fundación América Originaria”, solicita que se admita su inmediata intervención como litisconsorte y en tal carácter pide la ampliación territorial de la medida cautelar dictada en este mismo proceso en materia alimentaria y sanitaria al pueblo Wichi principalmente, ya que la medida vigente en esta misma causa alcanza sólo a las localidades habitadas por comunidades Qom. Pide la ampliación a las comunidades que se encuentran en el Departamento Güemes en las localidades Miraflores, Techat, Nueva Pompeya, Nueva Población, Comandancia Frías, las Hacheras, Wichi El Pintado, Sauzal, Sauzalito, Vizcacheral, Tartagal, Cevilar, Tres Pozos y Fortín Belgrano, mediante efectivas acciones positivas del Estado Nacional y la Provincia del Chaco en forma concurrente.

Asimismo, pide que se restablezca la asistencia de la que resultaron en su momento beneficiarios los miembros de las comunidades indígenas del sudeste del Departamento General Güemes y el noroeste del Departamento de General San Martín como sus zonas aledañas, ya que, afirma, nunca se reanudó y el estado de vulnerabilidad, indefensión y ausencia de alimentos en dichas comunidades persiste. Cabe destacar que se refiere a la sentencia de 2007 de *Fallos 330:4134*, que tanto impactó en nuestro mudo jurídico.

La Corte entiende que las medidas solicitadas para las comunidades de la región norte del Chaco, deben tramitarse contra el estado provincial en el marco de ejecución de la sentencia de jurisdicción local, N° 599 del 20 de diciembre de 2012. Obsérvese el tiempo transcurrido entre 2012 y 2018...

Respecto de la discontinuidad de la asistencia dispuesta oportunamente por la Corte, requiere a la Provincia de Chaco y al Estado Nacional que en el plazo de 30 días hábiles, actualicen el estado de ejecución de los programas de salud, alimentación, asistencia sanitaria, provisión de agua potable, fumigación y desinfección; todo ello acorde al programa marco presentado a fs. 1102 del expte.

#### 4. ALGUNAS REFLEXIONES

Tal como pudimos advertir, son exiguos los casos que arribaron a la Corte en los que los pueblos indígenas se hallan involucradas y menos aún en los que la misma Corte se expide sobre los derechos que les corresponden a dichos pueblos. Asimismo, se advierte el escasísimo reconocimiento de sus derechos por parte de los tribunales provinciales y autoridades administrativas nacionales y provinciales; lo cual agudiza la desigualdad en el poder, dando un fuerte valor simbólico a los escasos pequeños triunfos por parte de las comunidades indígenas.

Respecto de la Corte, no se muestran fuertes protagonismos individuales entre sus integrantes, sino un constante *consensus gentium* que subyace en cada decisión hasta el presente. El papel del Máximo Tribunal mutó en las últimas décadas mostrando un mayor activismo judicial a través de la configuración de sentencias exhortativas y aditivas, en las que se fijan plazos, se llama a audiencias públicas, se exhorta a dar cumplimiento de determinadas cuestiones a los otros Poderes del Estado, entre otras acciones; todo ello evidencia el papel de fuerte liderazgo político que asume la Corte Suprema en estas cuestiones.

En relación con este colectivo, la mayoría de las sentencias fueron simbólicas, las respuestas fueron tenues, con mínimas excepciones, permitiendo de este modo un tácito, sistemático y progresivo cercenamiento de derechos, muchas veces en complicidad implícita con autoridades locales y nacionales.

Sin embargo, aun en un contexto de hondo dramatismo y muy escasa visibilidad, las comunidades indígenas han contribuido a poner los problemas eco-territoriales, en la agenda pública; así como el de su propia identidad y la construcción de ésta en un contexto complejo y de profundos cambios sociales. En este sentido, acerco esta aguda reflexión de Maristella Svampa: “*En suma, el peso del genocidio originario, las gravosas*

*deudas que el Estado argentino acumula para con los indígenas y muy especialmente, la expansión de la frontera extractiva en el marco del actual modelo de acumulación vuelven a plantear el interrogante acerca de cuál es el lugar que los pueblos originarios tienen hoy en la nación argentina. Ciertamente, una pregunta inquietante que coincide con el retorno de la memoria larga, ya que nuevamente los pueblos originarios aparecen instalados en territorios valorizados por el capital: se trate de megaminería, agronegocios, hidrocarburos convencionales y no convencionales, represas o mega emprendimientos turísticos y residenciales, éstos vuelven a convertirse en una suerte de piedra en el camino del ‘desarrollo’.*<sup>23</sup>

Con la esperanza de que en todos los casos, la Corte “tome los derechos en serio”, al decir de Ronald Dworkin;<sup>24</sup> especialmente los de los colectivos más vulnerables como es el caso de los pueblos indígenas y que el liderazgo político asumido por el Alto Tribunal permita el acceso efectivo a los derechos de quienes han sido invisibilizados desde épocas remotas, continuaré investigando esta compleja problemática y mostrando progresivamente los resultados a que vaya arribando.

## BIBLIOGRAFÍA

- BOURDIEU, PIERRE y TEUBNER, GUNTHER: 2000. *La fuerza del derecho*. Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Bogotá.
- CLÉMENT, CATHERINE. 2013. “Los nuevos derechos de los indígenas”, en *SELLIER, JEAN (et al.)*, *Compilado por Jean Pierre Denis y Franck Nouchi. 2013, Atlas de las Minorías, Capital Intelectual, CABA, pp. 148-151*.
- DWORKIN, RONALD. 1993. *Los derechos en serio*. Planeta – Agostini, CABA.
- GRILLOT, THOMAS. 2013. “América. Despiertan las identidades”, en *SELLIER, JEAN (et al.)*, *Compilado por Jean Pierre Denis y Franck Nouchi. 2013, Atlas de las Minorías, Capital Intelectual, CABA, pp. 98-99*.
- GRINBERG, MIGUEL 2002. *Edgar Morin y el pensamiento complejo*. Campo de ideas, Madrid.
- KAMINKER, SERGIO y SORROUILLE, MARCOS. 2013. “Argentina. La (re) emergencia de los pueblos indígenas”, en *SELLIER, JEAN (et al.)*, *Compi-*

<sup>23</sup> SVAMPA, MARISTELLA, ob. cit. p. 116.

<sup>24</sup> Cfr. DWORKIN, RONALD. 1993. *Los derechos en serio*. Planeta – Agostini, CABA.

- lado por Jean Pierre Denis y Franck Nouchi. 2013, Atlas de las Minorías, Capital Intelectual, CAB, pp. 106-109.*
- MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO. 1995. *La enseñanza del Derecho (modelos jurídico-didácticos)*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Educación.
- MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO. 2003. *La construcción del mundo jurídico multidimensional*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- MORIN, EDGAR. 2005. *Introducción al pensamiento complejo*. Gedisa, Barcelona.
- SVAMPA, MARISTELLA. 2016. *Debates latinoamericanos. Indianismo, desarrollo, dependencia y populismo*. Edhasa, CABA.

## **Documentos**

- Colección oficial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Fallos.
- Constitución Nacional.
- Convenio 169, OIT.
- Declaración de los pueblos indígenas, ONU.
- Decreto Nacional N° 672/2016 (consejo consultivo y participación).
- Ley de emergencia N° 26.160 (prohibición de desalojos).





SECCIÓN II

---

**DERECHO PRIVADO**  
**DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**



# LA ESTRATEGIA PROBATORIA: LA PRUEBA EN LA MEDIACIÓN -PROCESO AUTOCOMPOSITIVO -Y EN JUICIO –PROCESO HETEROCOMPOSITIVO-\*

*María Cristina Di Pietro\*\**

**Resumen:** Las pruebas en mediación proporcionan convicción respecto del nivel y cantidad de recursos de las partes, para evaluar posibilidades en juicio. Son recursos de poder que dirimen a favor del derecho, afianzan el interés de la posición, influenciando en el cálculo costo-beneficio del oponente. El cálculo recursos-pruebas, permite aproximaciones que facilitan una decisión cercana a satisfacer el resultado. Las pruebas-parámetro en mediación, generan filtros de aceptabilidad de las opciones, base de la decisión negociada. Por el principio-deber de confidencialidad, valdrán en juicio dependiendo del consenso de partes; no del principio de máximo rendimiento que no supera al específico de confidencialidad.

**Palabras clave:** métodos autocompositivos y heterocompositivos ~ prueba ~ cálculo costo/beneficio.

## 1. LA PRUEBA EN LOS MÉTODOS AUTO Y HETEROCOMPOSITIVOS –MEDIACIÓN/JUICIO-

El modo confrontativo de heterocomposición ganar-perder por excelencia está representado por el proceso judicial, cuyo método exógeno<sup>1</sup> dirimente de solución de controversias ancla en el debate adversarial, de

---

\* Artículo recibido el 28/06/2019 ~ Aprobado para su publicación el 30/08/2019.

\*\* Doctora en Derecho y Cs. Sociales. UNC. Coordinadora de Extensión Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales –CIJS- Facultad de Derecho. UNC. Profesora Adjunta Teoría del Conflicto y de la Decisión. Métodos de Solución de Conflictos. Facultad de Derecho. UNC. Profesora Titular Solución de Conflictos. Facultad de Derecho y Cs. Sociates UCC. Mail: [mediario@hotmail.com](mailto:mediario@hotmail.com)

<sup>1</sup> ENTELMAN, REMO F. *Teoría de Conflictos*. Serie coordinada por Raúl Calvo Soler. Págs. 204/205. 1ª ed. Gedisa, España, 2002.

confrontación y de pruebas que se traduce en una serie gradual, progresiva y concatenada de actos jurídicos procesales cumplidos por sujetos que intervienen voluntaria o coactivamente a fin de lograr una resolución, o a fin de obtener la aplicación del derecho positivo vigente sobre una pretensión y en su caso la ejecución de lo resuelto<sup>2</sup>. Está integrado por un tercero exógeno al conflicto cuyo rol es dirimirlo, otorgando la ganancia a uno de los contendientes.

El proceso de mediación, también como método exógeno<sup>3</sup> pero dialógico de solución de conflictos, pertenece a los modos autocompositivos ganar-ganar, cuyo debate coloca a los adversarios confrontativos de posiciones desde los intereses subyacentes al derecho positivo que invocan. Los contradictores intervienen voluntariamente, pese a la citación coactiva a la primera audiencia, tomando al Derecho como parámetro objetivo, partiendo para ello de hechos que se narran desde cada individual perspectiva remitiendo, las más de las veces, a pruebas que manifiestan tener para afianzar los dichos. El tercero interviniente, exógeno al conflicto, coadyuva a una solución integrativa, que contemple la distribución satisfactoria de intereses que las mismas partes se conceden.

Sea para confrontar como para dialogar acerca de posturas, intereses y derechos de los oponentes, el sostenerlos afianzando los dichos con avales, pruebas de los hechos manifestados, es fundamental para mantener la confianza y la expectativa tanto en el proceso de solución como su resultado.

Si bien las partes son contendientes en ambos procesos, perseguirán resultados diferentes desde distintos escenarios; son supuestos representados en contextos distintos; juegos distintos y hasta inversos: heterocomposición y autocomposición. En suma, estrategias diferentes que pueden sin embargo complementarse<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> ZINNY, JORGE HORACIO. "El concepto de debido proceso", en *Revista Iberoamericana de Derecho procesal Garantista. Anuario del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Capítulo Perú, Homenaje a Federico Guillermo Domínguez*. Fondo Editorial EGACAL. 2008.

<sup>3</sup> Ídem nota 1.

<sup>4</sup> Nos remitimos al ejemplo de la etapa previa, en referencia a la prueba pericial anticipada –ZPO alemana-, obtención preventiva de la prueba o consulta técnica preventiva –la consulenza técnica de la ley italiana-, la prueba pericial prevalente, -del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes-, sistemas que pueden incorporarse en la etapa de mediación y/o de conciliación, según operen

Devis Echandía, citando a Carnelutti sostiene que “el concepto de prueba se encuentra fuera del Derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia.” En el campo del Derecho la prueba puede estar destinada al juez, pero también a funcionarios administrativos, e inclusive, a particulares. (...) La prueba tiene, pues, una función social, al lado de la función jurídica, y, como una especie de ésta, existe la función procesal específica<sup>5</sup>. Mientras que para Lino E. Palacio, desde una concepción con foco exclusivo en el proceso judicial y por ende más restringida: “*La prueba es la actividad procesal, realizada, con el auxilio de los medios establecidos por la ley, y tendiente a crear la convicción judicial, sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o defensas*”<sup>6</sup>

El concepto más amplio –Devis Echandía-Carnelutti- coloca a la mediación ante la posibilidad que, durante ese proceso confidencial, las partes sin embargo puedan aportarse diversas pruebas que les permitan intercambiar información; rectificar, confirmar, descartar datos, supuestos, etc.

---

estas instancias por separado o integren –aunque no simultáneamente- la audiencia preliminar. Sobre aquellos temas véase BERIZONCE, ADOLFO. “Mediación, Cultura y Valores: Por qué la conciliación-mediación “valorativa”. Modos Anormales de terminación del proceso”, *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, 2012; FALCON, ENRIQUE, *Tratado de la prueba*. T. I, p. 768. Astrea, Buenos Aires, 2009. ROJAS, JORGE A., *Etapa preliminar al proceso*, ponencia general, en *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, en homenaje al Dr. Augusto Mario Morello*, p. 362. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009. MEDINA, SONIA R. M., “La importancia de la pericia en la mediación”, *Revista de Derecho Procesal, Prueba pericial y prueba científica*, Rubinzal-Culzoni, 2012; PRADA ERRECART, MARÍA LAURA, PERSICO, MARIELA y ALONSO, MARÍA JOSÉ, “La producción anticipada de prueba. Como medio de autocomposición informada de conflictos y sistema de preconstitución de prueba judicial”, en *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, en homenaje al Dr. Augusto Mario Morello*, Ponencias generales – relatos generales – trabajos seleccionados, Rubinzal Culzoni, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009. DI PIETRO, MARÍA CRISTINA. “*Mediación- Conciliación y el Proceso Judicial*”. Tesis doctoral. Facultad de Derecho y Cs. Sociales UNC. Expte. 05-00-54943. Córdoba. Argentina. 2012.

<sup>5</sup> DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, pág. 10 y 14. Editorial Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires.

<sup>6</sup> PALACIO, LINO ENRIQUE, *Manual de Derecho procesal civil*, Editorial Lexis Nexis, Año 2003.

Pero tendrá la prueba objetivos y efectos distintos en uno y otro proceso. Mientras que en el juicio será sustento del vencedor, en mediación/negociación servirá para la convicción del oponente respecto a cuántos y de qué nivel son sus recursos para evaluar a su vez si ingresa o no en el proceso judicial<sup>7</sup>.

Las pruebas son recursos de poder que permiten dirimir el litigio a favor del derecho de uno u otro, como también permiten afianzar el interés que sostiene la posición, influenciando en la convicción del oponente, en su cálculo costo-beneficio.

No será lo mismo entonces, probar en juicio que probar en mediación, porque variarán los objetivos. Aunque se trate de la misma meta -solucionar un conflicto-, no siempre en la solución se elegirá ganar a ultranza a través de un tercero decisor. Por ende, al buscarse menor cuantía en la inversión para el logro del resultado, puede no ser necesario ni oportuno producir todo el contenido y extensión de la prueba en un solo proceso. Pueden reservarse parte de las probanzas disponibles para un posible pleito, proporcionándose aquella que las partes consideren útiles para la negociación en mediación; por tanto su producido variará.

Así, la estrategia de los sujetos en uno y otro proceso es absolutamente diferente y complementaria a la vez: en el proceso judicial se produce prueba para convicción del tercero juzgador. En la mediación se produce para convicción de las propias partes, que juzgan distinto. Prueban para ellas; para alcanzar sus intereses. Analizan, ponderan sus recursos y probabilidades para ganancia consensuada o en juicio; sopean la conveniencia –aun pudiendo resultar vencedores- de atravesar el costo de tal proceso controvertido según lo que se esté o no dispuesto a invertir-; la prioridad de sus preferencias, conveniencia e intereses. Porque decidirán basadas en su convicción; convicción que se produce con la evidencia probatoria y la evaluación y comparación que cada

---

<sup>7</sup> Por ejemplo GOZAINI considera que podría conferirse a la prueba la finalidad de persuadir a otro de las posiciones de cada parte y, así conseguir un argumento suficiente para dar fin al conflicto y lograr una solución fuera del proceso, esto permitiría a las partes construir un motivo importante de disuasión del conflicto porque lo que se busca en la mediación es resolver el conflicto existente de manera que ambas salgan satisfechas con respecto a sus intereses en el mismo y, de esta manera, evitar un resultado en el que alguna de ellos sea perdedora o ganadora. Véase GOZAINI, OSVALDO ALFREDO, *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, p.362. Depalma, Bs. As.1995.

uno realiza del alcance probatorio en relación a las mejores chances de ganancia en el juicio o en la negociación/mediación. Para sopesar esa conveniencia de continuar el juicio; para medir sus elecciones que lleven a una decisión adecuada para las partes; para acercarse primero al consenso hasta el posible acuerdo o generar impasse.

## 2. LA PRUEBA COMO PARÁMETROS PARA LA DECISIÓN

La prueba sobre los hechos que se narran en disonancia, tanto como las reglas de derecho<sup>8</sup>, son en mediación parámetros objetivos para la toma fundada de decisiones. Aquellos que develan una pasada realidad probable, y que por ello guían la decisión de autocomponer o no.

Operando la prueba como criterio en mediación, genera una suerte de filtro para la aceptabilidad de las opciones, base de la decisión negociada de las partes. Son así consideradas también, como indicadores paramétricos por el mediador, por y para las partes. Su valor consiste en aportar elementos de comparación con antecedentes; diagnosticar y pronosticar, a efectos de una mejor elección individual y mancomunada. Pero no se persigue la búsqueda ni la determinación de la verdad, ni de la ganancia absoluta. Cada posición en mediación –pretensión en juicio- guarda su verdad, tema que incumbe clarificar al juzgador, no al mediador. En mediación la prueba persuade, influye en las convicciones de las partes<sup>9</sup>.

Las pruebas-parámetro aportan a los procesos autocompositivos las ventajas y desventajas, fortalezas y debilidades de la verdad que cada uno sostiene. Asimismo son referentes de las probabilidades de obtener éxito absoluto en juicio, en aquel juego heterocompositivo-distributivo ganar o perder, el de suma cero.

No todas las pruebas, tal como se clasifican para el proceso judicial, son apropiadas y conducentes para los procesos de avenimiento.

---

<sup>8</sup> Recuérdese que también el derecho en cuanto normas, jurisprudencia, es un parámetro dentro del proceso de mediación. De suerte tal que las normas como las pruebas pueden conjugarse o dejarse de lado –las normas en la medida de lo permitido- al sólo efecto de lograr una normativa expresa y a medida para el conflicto en análisis de solución

<sup>9</sup> DI PIETRO, MARÍA CRISTINA. “La prueba en el proceso de mediación”. *LA LEY* 27/03/2018, 27/03/2018, 1. Cita Online: AR/DOC/545/2018.

Observando estos diferentes métodos y escenarios, y teniendo los recursos probatorios distintos objetivos, hay variables probatorias a considerar como la improcedencia de la absolución de posiciones y de las declaraciones testimoniales, inadecuados al proceso dialógico y confidencial de intercambio, que implican la mediación (art.4° inc. 2, tercer párrafo) y la negociación; en los que no se prueba para descubrir una verdad, sino se prueba para componer verdades conjuntas y complementarias que satisfagan los intereses de ambos lados. El aporte de aquéllas pruebas más que paramétrico, produciría un posicionamiento partidario mayor al profundizarse la separación de bandos.

Las pruebas-parámetro típicas y conducentes traídas a mediación<sup>10</sup> son por excelencia las que aportan convicción partidaria: periciales, documental, documental electrónica, informativa –incluso receptado por medio electrónico- proveniente de instituciones públicas o privadas que permitan obtener datos esclarecedores de las dudas de los contradictores-mediados.

Es posible receptar en mediación, documentos que prueben la filiación como remitir el caso para que se devele la misma. Puede solicitarse el envío de historias clínicas, asientos contables, balances, planos y mapeos, etc.; como asimismo producirse aquellas que permitan determinar, por ejemplo, de quién es la firma cuestionada; las incapacidades, grados y porcentajes; promedio de vida útil de muebles e inmuebles; desvalorización de los mismos por los daños sufridos; planimetría y diversas mediciones; mecánica de accidentes; evaluación de técnicas profesionales referidas a buenas o malas praxis, etc.

Es posible producir prueba pericial cuando el conflicto requiera un abordaje multidisciplinario y en la órbita del Poder Judicial funcione un cuerpo de profesionales destinados al efecto<sup>11</sup>, como desinsacularlos por sorteo de las nóminas existentes en los tribunales. Pudiendo las partes asistirse por sus expertos –consultor técnico o perito de parte- e incluso realizarse juntas médicas privadas. Por ejemplo en el caso de las mediaciones relativas a la reparación de daños y perjuicios, el apoyo técnico idóneo (ej. pericia médica) será necesario para determinar la entidad del daño,

---

<sup>10</sup> También en negociación.

<sup>11</sup> BILLINGHURST, NIDIA A., “Etapa Preliminar al Proceso Civil”, en *XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Ponencias Generales – Relatos Generales – Relatos Seleccionados, Pág. 375. 2011.



el porcentaje de incapacidad que devino como consecuencia del hecho, el monto indemnizatorio y la necesidad o sugerencia de llevar a cabo un tratamiento que permita revertir el cuadro que presenta el damnificado.

La legislación nacional -26589- no postula expresamente medidas probatorias en la etapa de mediación. Tampoco las prohíbe. Por lo que suelen intercambiarse probanzas de distinta índole. En la Provincia de Córdoba, la actual ley 10543 es heredera de la doctrina de su antecesora y aún vigente ley 8858, Dec. - Reglamentario 1773/2000<sup>12</sup>, siendo común que las partes soliciten en mediación la producción de pruebas periciales-médicas y psicológicas- para determinar la incapacidad consecuencia de un accidente de tránsito, de una mala praxis médica, etc. Como también estado de conservación de inmuebles, vehículos u otras cosas muebles. Asimismo se solicitan tasaciones, informes a instituciones educativas o de salud, etc. Las partes o terceros exhiben documentación: certificados, planos, escrituras, estudios médicos, etc.

En referencia al futuro juicio, puede otorgarse a estas pruebas carácter vinculante, o no. Pero, una vez producidas generalmente las partes convergen en acuerdo, por el valor de convicción y por ende de respaldo al elegir y decidir. Caso contrario, el valor de la información obtenida también es sustancial para la continuación y variación del juicio, aún en el supuesto de la no vinculación al pleito de la prueba obtenida en mediación. Por cuanto varían el enfoque de las pretensiones y las estrategias ofensivas y defensivas.

### **3.- PRINCIPIO-DEBER DE CONFIDENCIALIDAD VS. PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL**

Siendo confidencial el proceso de mediación (art. 7° inC.E. ley nacional 26589, art. 6° de su Dec. Reglamentario 1467/2011; y, arts. 4°, 5° y conc. ley 8858, art. 5° de su Dec. Reglamentario 1773/00; arts. 3° inc. 2, y 4° y conc. ley 10543, art. 4° de su Dec. reglamentario 1705/18), no podrán utilizarse los resultados probatorios en el futuro juicio, salvo que las partes asumieran el compromiso de aportarlos o no se negaran a su

---

<sup>12</sup> Normativa vigente en toda la Prov. de Córdoba a excepción de Río Cuarto y Córdoba capital en las que rige la ley 10543

incorporación, desprendiéndose voluntariamente de la confidencialidad que las resguarda.

Por el principio de máximo rendimiento, plenamente aplicable a este proceso, las pericias producidas en mediación pueden, entonces operar como vinculantes<sup>13</sup> salvo voluntad contraria de parte. En el Centro Judicial de Mediación de la Prov. de Córdoba, éste es el criterio. Sin perjuicio de ello, difícilmente las partes que obtuvieron resultados periciales, abandonen luego los procesos de autocomposición, por el recuadre que de la controversia se produce. Pudiéndose precisar el cálculo costo-beneficio tanto desde la auto como desde la heterocomposición. De ocurrir excepcionalmente el desvío al juicio, las partes antes de dar por concluido el trámite de mediación, reafirmarán la confidencialidad de los informes periciales, transformando en no vinculante las opiniones de esos expertos o elegirán vincularlas al juicio.

Podría invocarse el principio de máximo rendimiento para hacer valer en juicio, unilateralmente o de oficio, las pruebas producidas en mediación, tanto como son referentes las producidas en juicio para la instancia de mediación intraprocesal.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> El término vinculante tiene en mediación el mismo significado que en el juicio: se refiere a la necesidad de acatar su resultado, salvo falta de fundamentación o arbitrariedad. La prueba quedaría así vinculada no solo al proceso de mediación sino al proceso judicial. Es decir, si las partes deciden que la prueba podrá usarse y acompañarse al proceso judicial, con el valor de tal, hacen constar en actas que la misma es vinculante, por lo que será oportunamente remitida al tribunal con todos sus efectos.

<sup>14</sup> FERNANDEZ BALBIS, AMALIA, “Mediación: la cuantificación del daño y el valor de la prueba pericial”, Trabajo presentado en las *Jornadas Anuales Federación Argentina Estudios Procesales - FAEP 2012*. Facultad Teresa de Ávila. UCA de Paraná. Entre Ríos. 2012. Amalia Fernández Balbis sostiene que resulta de aplicación el principio de máximo rendimiento procesal en sede civil. Según este principio operaría en el caso de lo que se ha dado en llamarse prueba trasladada, es decir a aquella que se practica o admite en otro proceso entre las mismas partes, y que es presentada en copia auténtica o mediante desglose de su original siempre y cuando se respeten las garantías de defensa en juicio. Por la aplicación de este instituto se pueden aprovechar todas las potencialidades probatorias derivadas de un elemento de juicio colectado para una causa en particular, pero que luego se hace valer en otra distinta. Claro está, que el Juez de la “de segunda causa” debe valorar por si la prueba producida en aquel otro expediente. Se aprovechan al máximo, las potencialidades probatorias que tenía el acto o actuación cumplido, más allá de los avatares sufridos por el proceso en el cual sede produjeran, en el caso, ante el fracaso de la mediación. Y concluye que en caso de no llegarse a un

La cuestión dirimente, pasa por considerar la extensión que las partes otorguen al *principio-deber de confidencialidad* que envuelve el proceso de mediación en tándem con el principio de autonomía de la voluntad, -uno de los ejes centrales del CCC, art. 954-. Por tanto el que la prueba sea vinculante o no, válida y transferible al litigio judicial, dependerá de la conveniencia que cada parte estime a su favor con sustento en el principio de *autonomía de la voluntad*, pero siempre que no se altere el liminar y excluyente principio de la mediación que las leyes que la regulan expresamente imponen: el deber de confidencialidad.

En otro extremo se encuentra la postura imperativa<sup>15</sup> que estima que después de realizada la mediación, si no surgiera acuerdo de las partes, el dictamen del perito interviniente en la mediación se podría incorporar al proceso, junto con los escritos postulatorios, quedando excluido de la confidencialidad que rige en la mediación valiendo como prueba en el futuro pleito<sup>16</sup>, por la aplicación del principio de máximo rendimiento<sup>17</sup>.

En suma, el material probatorio devenido de la mediación podrá incluirse en el proceso judicial. Pero sin que proceda la exigencia de que ello suceda; porque el principio de confidencialidad, es un principio- deber específico y eje para el instituto en cuestión, importando un límite expreso

---

acuerdo, la prueba ya incorporada al proceso con carácter vinculante, será evaluada y valorada por el Tribunal, conforme criterio.

<sup>15</sup> Desde el enfoque de la Teoría del Conflicto, existen cuatro modos de resolverlos: 1. Imperativo. Típico de la guerra y de la función judicial (implican coercio). 2. Conversión, a la ideología o postura del contrario. 3. Retirada, de quien ataca y luego desiste -actor- o de quien se defiende allanándose -demandado-. 4. Finalmente, Compromiso, que requiere del consenso y del acuerdo. Los modos se materializan a través de sendos métodos -diálogo, negociación, mediación, conciliación, arbitraje, juicio, etc.- que buscan aquellos resultados. Por ende, el modo imperativo de resolución es ajeno a la mediación.

<sup>16</sup> LEGUISAMON, HÉCTOR EDUARDO, “Los adelantos tecnológicos y los problemas en la preconstitución de prueba y producción de prueba anticipada”, *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Ponencias Generales – Relatos Generales – Relatos Seleccionados, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009. BLANCO, GONZALO. “Mediación prejudicial: confidencialidad y falta de conexidad con la etapa posterior. -Regulación en La Pampa-“*LA LEY – Patagonia*-. Año 16. N° 1. Febrero 2019. Cita online: AR/DOC/1525/2018

<sup>17</sup> FERNANDEZ BALBIS, AMALIA, “Mediación: la cuantificación del daño y el valor de la prueba pericial”, ob. cit. Nota 14.

que sólo aquella autonomía puede eliminar a través del consentimiento explícito de todos los participantes.

Ello así, la prueba podrá acordarse como vinculante o no, antes de su producción. Conviniéndose como no vinculante, se mantiene en confidencialidad. Sino, será plenamente válida como prueba en el juicio.

Más allá del cuestionamiento de validez o invalidez de la prueba ofrecida y efectivizada en mediación, será la operatividad y utilidad que ella aporte a los contendientes, en ambas instancias de solución del conflicto, de conformidad a la estrategia de debida defensa. Ese es el límite. Y por ello la protección de la confidencialidad por sobre los otros principios.

Queda de esta manera articulado el principio-deber de confidencialidad de los procesos autocompositivos con la posibilidad de utilizar esas probanzas en otros ámbitos como el judicial, atento los principios de autonomía de la voluntad, colaboración, economía procesal y máximo rendimiento compartidos con el Derecho Procesal.

#### **4.- PRUEBA VINCULANTE SEGÚN EL FOCO DESDE EL INTERÉS O EL FOCO DESDE EL DERECHO. EL CÁLCULO COSTO-BENEFICIO: ESTRATEGIA GANADORA**

El camino de análisis ante objetivos diferentes, se detiene en el razonamiento que toma rumbos distintos y por ende también distinto criterio de evaluación, ante la meta de autocomponer o no la litis en cuestión. El quid pasa por la importancia que los involucrados otorguen a las cuestiones que subyacen, es decir, a sus intereses que difícilmente ventilarían en un juicio, por sobre los derechos que puedan invocar.

La autocomposición no refiere a partes fuertes o débiles; no significa abandonar la visión jurídica o el impacto posterior en el juicio; todo lo contrario, el fin perseguido implica comenzar estos procesos de intento de solución<sup>18</sup> analizando la realidad desde las reglas de los involucrados en el conflicto. Y de allí observar reglas jurídicas como parámetro de viabilidad, para obtener el resultado consensuado y conforme a la ley general.

---

<sup>18</sup> Hoy día las sentencias no alcanzan para lograr la solución de un diferendo por no satisfacer intereses.

Ello así, el planteo no pasa por adherir o no a la producción de prueba en la mediación o transpararla al juicio, sino por producir aquella que sea eficiente, útil, para el proceso no controversial. Cuánto más medios de prueba mayor esclarecimiento para cada parte, las que amparadas en la confidencialidad podrán evaluar –ellas directamente- sus debilidades y fortalezas y, sobre todo, mirar los hechos vividos desde la perspectiva que los avale; que posibilite su reconstrucción fundada, su lectura conformada por la visión de dos o de todos los involucrados; que permita en fin, medir la gravedad, costos y beneficios de continuar o no en el tema controversial.

De tal manera, los medios de prueba, como recursos de poder que las partes tienen o creen tener para lograr sus objetivos<sup>19</sup>, serán puestos a disposición del juego de la mediación, en cualquier momento del proceso, cuando cada parte lo estime estratégico; cuando el mediador lo requiera y la parte lo considere factible.

Puede decirse que la oportunidad eficaz es luego de ensamblada la historia, narrativa del conflicto. Pero no necesariamente será ésta una regla. Porque que el negociador operativo –abogado o la misma parte- y el mediador calificado, pueden presentarlas, requerirlas o develarlas estratégicamente en cualquier momento, habida cuenta la finalidad de obtener una regla consensuada y no sentenciada. Dirigida a obtener la mayor satisfacción de los intereses de las partes sin abandonar sus derechos<sup>20</sup>, pero dando preeminencia a los primeros. Porque así lo presentan los conflictuantes interesados: desde el beneficio a lograr. Las pruebas como recursos de A menos las pruebas-recursos de B, dan como resultado un remanente favorable a uno u otro y permite identificar las probabilidades de cada uno:

$$-A / +B \text{ ó } +A / -B \text{ ó } A = B$$

$$A - B = A > B$$

$$A - B = A < B$$

$$A - B = A = B$$

<sup>19</sup> ENTELMAN, REMO F. *Teoría de Conflictos*. Serie coordinada por Raúl Calvo Soler, pág.125. 1ª ed. Gedisa, España, 2002.

<sup>20</sup> La experiencia indica que la percepción clara de cuánto se puede ganar o perder favorece los acercamientos entre las partes y, sobre todo, el “regateo” que casi invariablemente se produce después de cruzadas las primeras ofertas. Véase FERNANDEZ BALBIS, AMALIA, “Mediación: la cuantificación del daño y el valor de la prueba pericial”, ob. cit. Nota 14.

El cálculo de pruebas-recursos, permite -sea consensuado o hetero-compuesto- aproximarse a probabilidades que facilitan tomar una decisión cercana a la satisfacción del resultado buscado. Es lo que en Teoría del Conflicto se conoce como cálculo de poder, que permite medir su relatividad, arrojando remanentes positivos o negativos para cada adversario, y lo que más importa, trazar una estrategia ganadora con o sin remanente a favor.

En consecuencia: el uso del resultado que la prueba arroje, no mira a los derechos<sup>21</sup>, sino a los intereses, que no son otra cosa que lo que las partes quieren obtener en esta instancia del acceso a la justicia.

## 5. CONCLUSIONES

Las pruebas constituyen recursos de poder que las partes tienen o creen tener para lograr sus objetivos -satisfacer sus intereses o sus derechos-

Las pruebas en mediación son parámetros que facilitan la toma de decisiones unilaterales o consensuadas. Las pruebas en el juicio facilitan dirimir el resultado

La incorporación al juicio de las pruebas producidas en mediación dependerá de la supremacía o articulación que se otorgue al principio-deber de confidencialidad característico y típico de la mediación, respecto de los principios procesales (colaboración, economía procesal, máximo rendimiento)

Develar el resultado probatorio dependerá también del condicionamiento que el principio-deber de confidencialidad ejerza sobre el principio de máximo rendimiento.

Anticipar el cálculo costo-beneficio de los recursos probatorios, proporciona una aproximación a la conveniencia de solución consensuada o heterocompuesta.

---

<sup>21</sup> Es por ello que, en mediación el Derecho también es un parámetro, un *filtro de posibilidades* que las partes manejan, y que indica si las opciones de solución que ellas están intercambiando son viables de acuerdo a la ley.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERIZONCE, ADOLFO. “Mediación, Cultura y Valores: Por qué la conciliación-mediación “valorativa”. Modos Anormales de terminación del proceso”, *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, 2012.
- BILLINGHURST, NIDIA A., “Etapa Preliminar al Proceso Civil”, en *XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Ponencias Generales – Relatos Generales – Relatos Seleccionados, 2011.
- BLANCO, GONZALO. “Mediación prejudicial: confidencialidad y falta de conexidad con la etapa posterior. -Regulación en La Pampa-“*LA LEY – Patagonia-*. Año 16. N° 1. Febrero 2019. Cita online: AR/DOC/1525/2018
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Editorial Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, Tomo I.
- DI PIETRO, MARÍA CRISTINA. “*Mediación- Conciliación y el Proceso Judicial*”. Tesis doctoral. Facultad de Derecho y Cs Sociales UNC. Expte. 05-00-54943. Córdoba. Argentina. 2012.
- DI PIETRO, MARÍA CRISTINA. “La prueba en el proceso de mediación”. *LA LEY* 27/03/2018, 27/03/2018, 1. Cita Online: AR/DOC/545/2018.
- ENTELMAN, REMO F. *Teoría de Conflictos*, Serie coordinada por Raúl Calvo Soler, 1ª ed., Gedisa, España, 2002.
- FALCON, ENRIQUE, *Tratado de la prueba*. Astrea, Buenos Aires, 2009, T. I.
- FERNANDEZ BALBIS, AMALIA, “Mediación: la cuantificación del daño y el valor de la prueba pericial”, Trabajo presentado en las *Jornadas Anuales Federación Argentina Estudios Procesales - FAEP 2012*. Facultad Teresa de Ávila. UCA de Paraná. Entre Ríos. 2012
- GOZAINI, OSVALDO ALFREDO, *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, Bs. As., Depalma, 1995, p.362.
- LEGUISAMON, HÉCTOR EDUARDO, “Los adelantos tecnológicos y los problemas en la preconstitución de prueba y producción de prueba anticipada”, *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Ponencias Generales – Relatos Generales – Relatos Seleccionados, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009.
- PALACIO, LINO ENRIQUE, *Manual de Derecho procesal civil*, Editorial Lexis Nexis, Año 2003.
- MEDINA, SONIA R. M., “La importancia de la pericia en la mediación”, *Revista de Derecho Procesal, Prueba pericial y prueba científica*, Rubinzal-Culzoni, 2012.
- PRADA ERRECART, MARÍA LAURA, PERSICO, MARIELA y ALONSO, MARÍA JOSÉ, “La producción anticipada de prueba. Como medio de autocomposición informada de conflictos y sistema de preconstitución

- de prueba judicial”, en *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, en homenaje al Dr. Augusto Mario Morello*, Ponencias generales – relatos generales – trabajos seleccionados, Rubinzal Culzoni, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009.
- ROJAS, JORGE A. Etapa preliminar al proceso, ponencia general, en *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, en homenaje al Dr. Augusto Mario Morello*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009.
- ZINNY, JORGE HORACIO. El concepto de debido proceso, en *Revista Iberoamericana de Derecho procesal Garantista. Anuario del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Capítulo Perú, Homenaje a Federico Guillermo Domínguez*. Fondo Editorial EGACAL. Escuela de Altos Estudios Jurídicos, p. 147 a 165. 2008.



# LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO: INTERPRETACIÓN EN VALORES DE SU REGULACIÓN\*

*Milagros Velasco\*\* ~ Alfredo Eube Madussi\*\*\**

**Resumen:** La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida ha planteado nuevas incógnitas en el ámbito jurídico. En el presente artículo se analiza la postura del ordenamiento jurídico argentino en relación a la gestación por sustitución a fin de determinar si se encuentra permitida y, en su caso, en qué supuestos y con qué alcances. Para ello se examinan las soluciones que brindan tanto el derecho privado interno argentino, como su derecho internacional privado.

**Palabras clave:** gestación por sustitución, maternidad subrogada, régimen legal.

## TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TRHA)

Previo al análisis del régimen legal de la Gestación por Sustitución (GS) en el ordenamiento jurídico argentino, es imperioso adentrarnos en el conocimiento de este tipo de técnicas que han sido consagradas como nuevas formas de filiación en el derecho nacional y comparado.

Las TRHA han sido definidas como el conjunto de métodos o técnicas médicas que a través de la unión de gametos -extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de la mujer y su combinación con el esperma- conducen

---

\* Artículo recibido en 5/07/2019 - Aprobado para su publicación el 24/09/2019.

\*\* **Abogada** litigante en Bittar, Arce & Abogados, **Diplomanda** en Derecho Comercial y de las Organizaciones, Adscripta Cátedra A de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho UNC – **Integrante en formación** de Equipo de Investigación SECyT-UNC. Email: milagros.velasco7@gmail.com

\*\*\* **Abogado** litigante en Eube, Centini & Asociados, **Maestrando** en Derecho Civil Patrimonial, Adscripto de la Cátedra B de Derecho Privado II de la Facultad de Derecho – UNC. – **Integrante en formación** de Equipo de Investigación SECyT-UNC Email: alfredoeube@gmail.com

a facilitar o sustituir a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana. Se trata de técnicas que permiten la procreación de un ser humano sin necesidad de una unión sexual entre un hombre y una mujer.<sup>1</sup>

La disociación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad que implica el uso de las TRHA, plantea interrogantes y conflictos que interpelan directamente el campo jurídico y también lo exceden al involucrar cuestiones de carácter sociales, psicológicas y éticas.

De esta manera se ha ensanchado considerablemente la generación de nuevos núcleos familiares, derivados de la posibilidad de reproducirse sin mantener relaciones sexuales que encierran las TRHA. Estas permiten acceder a la maternidad o paternidad a quienes no podían hacerlo de manera natural. A partir de ello encontramos su utilización en principio, en los casos de imposibilidad biológica de acceder a la maternidad para parejas heterosexuales dentro de lo que se denomina fecundación homóloga. Pero por otro lado habilitan co-paternidades y/o co-maternidades imposibles tiempo atrás; encontrando así maternidad o paternidad en caso de esterilidad, maternidad sin paternidad, paternidad sin maternidad, paternidad y/o maternidad de los miembros de una pareja homosexual.

Incluso pueden darse configuraciones familiares que traen consigo fuertes debates de tinte interdisciplinario como las maternidades y paternidades a edades avanzadas; o de un modo más rupturista y complejo, la posibilidad de que un niño pueda tener más de dos progenitores, es decir, situaciones de multiparentalidad como los que se han dado en el derecho argentino.<sup>2</sup>

## **LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LAS TRHA: LA VOLUNTAD PROCREACIONAL**

La filiación es el conjunto de relaciones jurídicas determinadas por la maternidad y paternidad, que vinculan a los padres con los hijos dentro de

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 5/07/2019 ~ Aprobado para su publicación el 24/09/2019.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Marisa HERRERA, Eleonora LAMM “La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación”, *LA LEY*, 08/08/2011, p. 1;

<sup>2</sup> Juzgado de Familia N° 2 de Mar del Plata, “C., M. F. y otros s/ materia a categorizar”, p. 5.

la familia. En nuestro ordenamiento, el art. 558 Código Civil y Comercial (CCC) establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

El devenir histórico ha marcado que la atribución de la maternidad y la inscripción del nacimiento encontraba su fundamento en los adagios romanos *partus sequitur ventrem* (el parto sigue al vientre) y *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta), que importa la atribución *ipso iure* de la maternidad por el acaecimiento del parto de la mujer.<sup>3</sup>

Esta línea sigue el CCC en su art. 565 que establece que: “en la filiación por su naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido (...)”.

Además, cuando al momento del parto la madre se encuentra casada, inmediatamente por lo establecido en el art. 566 1er párrafo CCC se atribuye la paternidad del nacido a su cónyuge.

El pilar básico sobre el que se erige la determinación de la filiación derivado de TRHA es la denominada voluntad procreacional. Esta se manifiesta en la intención de ser padre o madre, con total independencia del aporte del material genético o de su gestación.<sup>4</sup>

La voluntad procreacional es querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral. Todo ello en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libre y responsable, respetando la diversidad como característica propia de la condición humana, manifestado esa voluntad mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado.<sup>5</sup>

La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material

---

<sup>3</sup> Fama, María Victoria, “La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal”, 2da Ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, p. 61.

<sup>4</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H (CNCiv) (SalaH), 15/03/2018 “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”, La Ley Cita Online: AR/JUR/5414/2018

<sup>5</sup> JUZGADO DE FAMILIA N° 2 de Moreno, 04/07/2016, “S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar”. La Ley Online cita online: AR/JUR/42506/2016.

genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas.

La voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa; una vez otorgada, es irrevocable.

Los redactores del CCC sostenían en los fundamentos que “por aplicación de la teoría de los actos propios, son inadmisibles las acciones de filiación (impugnación o reclamación) por parte de quien prestó consentimiento libre, pleno y formal a las técnicas de reproducción humana asistida”.<sup>6</sup>

De acuerdo al 562 CCC que regula la filiación en torno a las TRHA, se reconoce que la identidad no solo surge del lado biológico, sino que también hay otros modos y lazos como lo es el volitivo, de gran relevancia para la determinación de la filiación en el campo de las TRHA.

El CCC pone en valor lo que constitucional y convencionalmente (Ver *infra*) se ha reconocido a toda persona: el derecho de formar una familia gracias al avance científico.

Ahora bien, el art. 562 CCC establece la filiación en favor de quien ha manifestado su voluntad procreacional. No obstante ha quedado redactado en términos confusos que implican que los niños nacidos por GS son también hijos de quien los dio a luz.

A priori encontramos que la GS no se encuentra legislada expresamente en el Código Civil y Comercial a diferencia de lo que ocurría en el anteproyecto que contenía un artículo específico sobre el instituto.

Empero la GS es una especie del género de las TRHA que puede buscar una solución dentro de su regulación, resulta necesario procurar una reglamentación específica atendiendo a las particularidades que presenta: en definitiva trata de una mujer que gesta en su útero un niño que luego será emplazado filialmente a otra persona (comitente) sin

---

<sup>6</sup> LORENZETTI, Ricardo; HIGHTON DE NOLASCO, E. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. “Fundamentos Del Anteproyecto De Código Civil Y Comercial De La Nación”, p. 76.

que se genere vínculo jurídico alguno con la gestante. Ello, en función de la voluntad procreacional del/ de los comitente/s, de la ausencia de voluntad procreacional de la gestante y de la falta de nexo biológico entre esta última y la persona nacida.

Dentro del abanico de posibilidades que ofrecen las TRHA, el CCC solo se detuvo en aquella en que la gestante, a la postre, será la progenitora del niño nacido. Pasando por alto supuestos en los que resulta biológicamente imposible que se pueda generar descendencia sino es acudiendo a la adopción, como es el caso de matrimonios y uniones convivenciales entre personas del mismo sexo.

En definitiva, existen situaciones que si bien no tienen una regulación expresa en el CCC se las resuelve con la fórmula que emana del art. 562 generando los conflictos normativos que son de análisis en el presente artículo.

El hecho de que la GS, como especie de las TRHA, quede atrapada dentro del alcance del 562 CCC genera una situación que hace inaplicable el instituto ya que una interpretación literal de esa normativa atribuye la maternidad a quien dio a luz al niño (gestante) incluso sin tener voluntad procreacional.

Por lo cual estamos frente a una omisión normativa que luce incomprensible en la situación actual de un tema de tal relevancia que influye en el estado civil de las personas y su salud reproductiva que, adelantamos, resulta discriminatoria y contraria a lo consagrado constitucional y convencionalmente (Ver *Infra*).

Los Fundamentos del Anteproyecto sostienen que “Se pretende zanjar los debates doctrinales y jurisprudenciales que se generaron con la incorporación del matrimonio de personas del mismo sexo, introduciendo modificaciones sustanciales a los fines de que el sistema filial esté en plena coincidencia con la nueva conceptualización del matrimonio.”<sup>7</sup> Por lo cual, resulta una consecuencia necesaria contar con una regulación expresa del procedimiento de GS en el ordenamiento jurídico argentino.

---

<sup>7</sup> LORENZETTI, Ricardo; HIGHTON DE NOLASCO, E. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. “Fundamentos Del Anteproyecto De Código Civil Y Comercial De La Nación”, p.75.

## ANÁLISIS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DEL ART. 562 CCC: INTERPRETACIÓN EN VALORES

En lo desarrollado hasta el momento determinamos que nos encontramos ante una laguna normativa en razón de la falta de regulación específica de la GS.

Sin embargo, dicha figura resulta una especie de las TRHA quedando atrapada dentro del marco legal establecido por el Capítulo 2, Título V Libro 2º y en particular por el art. 562 CCC cuya literalidad colisiona con una interpretación sistemática y funcional de la norma que será necesaria indagar en el esquema constitucional que integra el CCC.

El paso de un Estado Legal de Derecho a un Estado Constitucional Convencional de Derecho, ha dado lugar a que el derecho civil y comercial se alimente por la Constitución (fuente interna) y por los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos (fuente externa) incorporados al bloque de constitucionalidad mediante el Art. 75 Inc. 22 CN.<sup>8</sup>

El denominado diálogo de fuentes ha generado una retroalimentación entre la Constitución y los tratados ya mencionados a la luz del entendimiento que hacen de ellos sus respectivos órganos máximos de interpretación.<sup>9</sup>

Dentro de este paradigma los jueces cumplen una función interpretativa elemental amparada en el art. 2 del CCC que los lleva a ponderar los derechos, principios y valores en juego ante el deber de resolver un caso en concreto en virtud de lo consagrado en el art. 3 CCC.

La reforma constitucional de 1994 a partir de lo reglado en el art. 75 inc. 22 2do párrafo habilita la articulación entre la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos dotados de jerarquía constitucional.

El CCC ha sido elaborado en línea con el paradigma mencionado, generando una adecuación del sistema secundario civil y comercial al paradigma constitucional. Ha producido un paso del “Estado Legislati-

---

<sup>8</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El Estado Constitucional y Convencional de derecho en el código civil y comercial.” Ed. ADIAR, Buenos Aires 2015 págs. 15.

<sup>9</sup> JUZGADO DE FAMILIA Nro. 2 de Mendoza, “M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. s medidas autosatisfactivas” - 06/09/2017.

vo de Derecho que se va con el viejo código al Estado Constitucional y Convencional de Derecho”.<sup>10</sup>

Como hemos adelantado el Art. 2 CCC establece que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos. Y finalmente el art. 3 CCC impone sobre el juez el deber de resolver los asuntos que le sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

No se debe dejar de considerar que al momento de aplicar la ley, el primer paso es subsumir el supuesto de hecho en la norma que lo regula sin dejar de lado la jerarquía consagrada en el art. 31 CN.

Para ello su interpretación debe abarcar todo el sistema de fuentes (Constitución, Tratados de Derechos Humanos, CCC) considerando sus palabras, finalidades, principios y valores de modo coherente con el todo el ordenamiento jurídico.

Las reglas generales y abstractas han sido desplazadas a la periferia conjuntamente con los principios, valores, costumbres, etc., ante situaciones que, por encontrarse reñidas con el ordenamiento jurídico en su totalidad, exigen la adecuación de la norma en lo que algunos autores han dado en llamar el paso de la jerarquía a la heterarquía del derecho.<sup>11</sup>

Cabe finalmente preguntarnos qué implica para el juez tomar una decisión que sea razonablemente fundada. Gil Domínguez<sup>12</sup> ha señalado que ella cumple con ese requisito cuando:

Determina y pondera derechos de textura abierta mediante la argumentación judicial.

Considera al bien común como límite de derechos solo en los supuestos casos determinados constitucional y convencionalmente.

Tenga en cuenta que el derecho a la no discriminación configura la norma de cierre del sistema de fuentes.

La colisión entre dos o más derechos humanos fundamentales genera una situación de tensión que inevitablemente deriva en la prevalencia

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, pág. 5.

<sup>11</sup> GUNTHER, Teubner, “Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of *lex mercatoria*” en *European Journal of Social Theory* 2002, ps. 199-217.

<sup>12</sup> Gil Domínguez, Andrés, “El Estado Constitucional y Convencional de derecho en el código civil y comercial.” Ed. ADiar, Buenos Aires, 2015.

de uno respecto del otro. Esto se resuelve en el caso en concreto, luego de haber realizado el respectivo juicio de ponderación. De modo alguno ello implica una generalización de la prevalencia de uno sobre el otro sino que ambos subsisten en el sistema normativo generando la necesidad de argumentar constitucionalmente el resultado arribado en el supuesto examinado.

La determinación o concretización implica un acto de ponderación orientado a posibilitar el ejercicio de un derecho en relación a un supuesto de hecho que pretende ser subsumido en su contenido. Para ello se aplican vectores interpretativos como el principio pro persona, el principio de progresividad y no regresividad, el principio de universalidad y el derecho a la no discriminación, sobre este último criterio volveremos infra al analizar la GS.

La función integradora del juez ante la falta de previsión legal específica admite la aplicación de normas constitucionales y convencionales a los fines de compatibilizar el ejercicio de un derecho con la Constitución Nacional.

Sostiene Bidart Campos que “la Constitución, como norma jurídica, no consiste en un mero consejo o recomendación hacia los poderes constituidos y los particulares. En el marco de un estado social y democrático de derecho, la Constitución tiene fuerza normativa en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, también en sus implicancias. En este sentido, como norma fundante del orden jurídico del estado, es el eje obligatorio e imperativo de todo el ordenamiento jurídico-político”.<sup>13</sup>

En esta necesidad de argumentar la inconstitucionalidad y necesidad de reforma del art. 562 CCC, nos adentramos en el análisis de los derechos fundamentales conculcados, las situaciones de discriminación generadas, los aspectos éticos de la GS, el Interés Superior del Niño y el tratamiento diferenciado que le aplica el Derecho Internacional Privado Argentino a aquellos que han llevado adelante las prácticas en países extranjeros en relación a los que deciden realizarlo en el país.

---

<sup>13</sup> BIDART CAMPOS, Germán, “El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, Ediar, Buenos Aires, 1995. p. 55.



## **EL DERECHO A LA CONFORMACIÓN DE LA FAMILIA EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**

La Corte Suprema de Mendoza previo a la sanción del CCC ya señalaba que era posible deducir la permisión de las TRHA “como consecuencia de nuestro bloque de constitucionalidad federal, pues el derecho a la salud reproductiva, a la vida íntima y familiar, a la integridad personal y a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, encuentran reconocimiento en distintas convenciones internacionales sobre derechos humanos que, en nuestro país, ostentan jerarquía constitucional art. 75, inc. 22 de la C.N., y también ha sido expresamente reconocido por la Corte IDH en el ya reseñado Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. (Del voto en disidencia del Dr. Palermo)”<sup>14</sup>.

En el expresado caso de Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica la Corte IDH ha señalado que dicha cuestión se “trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas”.<sup>15</sup>

La misma Corte ha señalado que el derecho a la vida privada y a la libertad reproductiva se tornan operativos con el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para su goce. Dicha consecuencia lógica ha devenido en el reconocimiento de distintos instrumentos internacionales del derecho al goce de los beneficios del progreso científico.

En el sistema interamericano, se encuentra receptado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador.

La CADH en sus arts. 11.2 y 17.2 consagran el derecho a la vida privada, a la autonomía reproductiva y a fundar una familia. Estos deben entenderse conjuntamente con el derecho de acceso al progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y, por consiguiente, cualquier

---

<sup>14</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA – “L., E.H. c. O.S.E.P. p/ acción de amparo p/ apelación s/ inc.” - 30/07/2014.

<sup>15</sup> CORTE INTERAMERICANA DERECHOS HUMANOS – “Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica”. En: [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=235](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235)

valladar jurídico o fáctico que se imponga implicará vulnerar derechos fundamentales de la persona humana.

### **DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN RELACIÓN CON LA CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD**

La aplicación del art. 562 CCC implica una clara infracción a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ratificada mediante Ley 26.378 el día 6 de Junio de 2008.

Este instrumento internacional establece en su art. 25 que los Estados Parte adoptarán “las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género” y en particular “Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población”. Y por ello, le impone al órgano jurisdiccional, como representante del Estado parte, adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho de acceso a la salud reproductiva.

A su vez, las restricciones normativas o fácticas al acceso de las TRHA implican un acto discriminatorio en relación a aquellas personas que por padecer infertilidad no pueden lograr un embarazo.

La propia Organización Mundial de la Salud ha definido como “una enfermedad del aparato reproductor definida por la imposibilidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales sin protección regular”<sup>16</sup>.

La CorteIDH señala que la restricción a las TRHA afecta tanto a hombres como mujeres y que su negativa implica la imposibilidad de ejercer legítimamente su derecho a la salud reproductiva.

---

<sup>16</sup> Organización Mundial de Salud: definiciones. En: <https://www.who.int/reproductive-health/topics/infertility/definitions/en/>.

## **DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN RELACIÓN CON EL GÉNERO**

El reseñado art. 562 CCC en cuanto impone el vínculo filial derivado de la GS, como subtipo de las TRHA, a la gestante, implica un acto discriminatorio hacia la mujer que padece de infertilidad y acude a este método para ser madre.

La Corte IDH retoma lo concluido por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación a que la condición de la mujer en la sociedad no debe ser definida únicamente por su capacidad reproductiva. No obstante, estas situaciones generan un sufrimiento personal de la mujer infecunda que puede afectar diferentes esferas de su vida (ostracismo, depresión, inestabilidad del matrimonio, violencia doméstica, etc.) y por consiguiente requieren mitigadas por el actuar legislativo y jurisprudencial.

### **Discriminación indirecta en relación con la situación económica**

La incertidumbre generada por la falta de regulación expresa de la gestación por sustitución para los casos descriptos en el ordenamiento argentino lleva a que aquellas personas que poseen capacidad económica practiquen el denominado “turismo reproductivo”.

Dicha práctica consiste en gestar sus hijos en países cuyos ordenamientos jurídicos sí reconocen la filiación derivada de estas técnicas, y posteriormente solicitar el reconocimiento de tal emplazamiento filial mediante la normativa de derecho internacional privado argentino. Esto vulnera el derecho de igualdad en tanto que aquellas parejas que no pueden concebir naturalmente, y no cuentan con los recursos económicos suficientes para realizar las prácticas en el extranjero, se ven doblemente afectadas al no gozar del acceso a la tecnología reproductiva y al derecho de formar una familia.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones de 1a Nominación de Tucumán 1aNom, 26/09/2018, “P. A. M. y otro s/ autorización judicial”. La Ley Cita Online: AR/JUR/60730/2018.

## ASPECTOS ÉTICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO NACIDO POR TRHA

A la hora de debatir sobre los tan controversiales aspectos éticos de la GS resulta necesario advertir al lector de aquellos sesgos cognitivos en los que se pueden incurrir sino se tienen en cuenta las siguientes cuestiones.

En primer lugar, la cuestión terminológica no es menor a la hora de denotar y analizar axiológicamente este fenómeno. El hecho de recurrir a una u otra denominación implican cargas valorativas implícitas que deben ponerse sobre la mesa.

Para que el debate no se vea limitado desde el principio resulta vital utilizar términos que sean neutrales en lo que respecta a su contenido axiológico.

El fenómeno que pretendemos analizar varía en su denominación dependiendo de los aspectos que se destaquen y la valoración que se realice: maternidad subrogada, alquiler de vientres, gestación subrogada, gestación por sustitución, maternidad de alquiler, maternidad por sustitución, etc.

Si acogemos las expresiones ‘vientres de alquiler’, ‘maternidad por sustitución’ o incluso ‘gestación subrogada’, comprobamos que no pasan de ser meros eufemismos cuando lo que se pretende es contratar a una mujer para que incube un embrión obtenido por fecundación in vitro. En primer lugar, no se trata de un vientre de alquiler, sino de una ‘madre de alquiler’, ya que lo que se está haciendo es contratar con una persona en su integridad, no solo su vientre, para que lleve a cabo la gestación que los comitentes no pueden (o no desean) llevar a cabo.

Tampoco parece correcto hablar de ‘maternidad por sustitución’ ya que desde la perspectiva biológica y genética la maternidad no es sustituible: o hay maternidad genética (la madre que aporta el óvulo) o hay maternidad fisiológica (la madre gestante).

Por último, denominar a esta práctica ‘gestación por sustitución’ o ‘gestación subrogada’ supone ocultar la palabra maternidad, lo que sigue la línea de pensamiento en cuanto el hecho de ser madre supone mucho más que gestar y dar a luz un niño.

Para evitar que la pugna terminológica se convierta en una dificultad a la hora de llevar a cabo la reflexión ética, en este trabajo recurrimos indistintamente a los términos ‘maternidad subrogada’, ‘gestación subrogada’ o ‘gestación por sustitución’. Aun siendo conscientes de que cada uno de

ellos posee cierta carga valorativa, que puede contribuir a reforzar una u otra posición, preferimos dejar a un lado el debate terminológico y centrar la reflexión en el debate ético.

Vale aclarar que el término utilizado por el legislador al momento de regular la cuestión en el anteproyecto del CCC fue “Gestación por Sustitución”. Pero en la jurisprudencia encontramos que se han utilizado indistintamente, al igual que lo hemos sugerido con los aclaraciones vertidas previamente.

Hechas las salvedades terminológicas cabe preguntarse si ¿es bueno para los niños ser resultado de la maternidad subrogada? La respuesta dependerá de la valoración que se haga de la gestación del niño. Aquellos que consideren indisoluble el proceso gestación-crianza en el desarrollo del niño rechazarán de plano esta opción.

Sin embargo, aquellos que consideran que la gestación es un simple proceso biológico que puede desvincularse de la crianza del niño tras el nacimiento sin que genere una afectación a su dignidad y desarrollo, la gestación por sustitución aparecerá como una forma válida de reproducción. Sumado a ello los ordenamientos que reconocen efectos legales a la gestación por sustitución basan sus efectos jurídicos en la voluntad procreacional de los comitentes.

Afinando el quid de la cuestión, encontramos la tensión existente entre la voluntad procreacional y la indisolubilidad del proceso de gestación-crianza como factores de ponderación para determinar el interés superior del niño. Tal como ya hemos desarrollado, este concepto no se trata de una noción abstracta sino que se deberá estar al caso en concreto para determinar si es la gestación o la voluntad reproductiva la que proporciona las condiciones más adecuadas para ser padres y asumir la responsabilidad sobre los hijos.

El interés superior del niño resulta vital al momento de determinar la permisibilidad de la práctica y/o del emplazamiento filial.

Por lo que adentrándonos en los argumentos de aquellos que rechazan este tipo de práctica encontramos que basan su posición en dos puntos esencialmente: el primero de ellos señala la imposibilidad de separar la gestación de la crianza del niño. Empero, hasta la fecha ningún estudio científico de psicología prenatal relativo a gestación por sustitución ha demostrado que esta modalidad reproductiva genere un daño cierto para el niño, ni siquiera potencial.

De hecho, incluso el informe del *Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*- que se manifiesta en contra de la gestación por sustitución- reconoce estudios como el publicado en *Human Reproduction*, que recoge información de 1795 artículos sobre datos de carácter biomédico de la maternidad subrogada en el que se señala entre sus conclusiones que “los niños de 5 a 15 años gestados por maternidad subrogada no presentaban diferencias psicológicas significativas con respecto a los procedentes de FIVET o concepción natural.”<sup>18</sup>

El segundo punto de rechazo es en relación a la afectación de la dignidad e integridad moral de la mujer gestante que exige evitar la explotación del estado de necesidad de mujeres en situación de pobreza e impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Punto que queda desechado (o al menos postergado) en nuestro país ya que el derecho interno, a través de lo establecido jurisprudencialmente ha eliminado dicho debate axiológico exigiendo que la gestante lo realice de manera altruista, en consonancia con lo establecido por el art. 17 del CCC y con autorización previa judicial a los fines de la intervención de un equipo multidisciplinario que analice los aspectos facticos y éticos del caso en cuestión.

Derivado de ello, podemos concluir que apriorísticamente el interés superior del niño no encuentra afectación alguna siempre que se realice dentro de los límites establecidos y valorando cada caso en concreto.

## **LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO**

En la actualidad, cada vez se incrementa más el número de casos de relaciones jurídico-privadas referidas a filiaciones en las que encontramos elementos extranjeros. Esta situación se encuentra favorecida, por un lado, por el aumento en el tráfico externo en el que las personas encuentran mayores facilidades para salir de sus países de origen dirigiéndose a otros en los que establecen diversos vínculos jurídicos.

---

<sup>18</sup> INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, p. 15. En: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf)

Por otra parte, no puede soslayarse el hecho de que la concepción de familia ha mutado y, en la actualidad, encontramos una amplia variedad de modelos familiares y también de formas de constitución de vínculos filiales que escapan a la primigenia concepción de que "madre es aquella que da a luz" (Ver *Supra*). Así, hoy en día, y de la mano del avance de la ciencia -especialmente la biomedicina- y la tecnología, podemos apreciar una veloz evolución de las TRHA, como lo es el caso de la GS que hemos venido analizando.

Consecuencia de esta situación actual, los sujetos que han constituido vínculos filiales en un determinado Estado requieren que los efectos de tales vínculos sean luego reconocidos en otros Estados. Esto obliga a que, en el marco del Derecho Internacional Privado de los distintos países, se adopten normas que permitan el reconocimiento de tales vínculos filiales en resguardo del valor seguridad jurídica.

El problema radica cuando el ordenamiento jurídico de un Estado desconoce, y hasta rechaza, filiaciones constituidas mediante la técnica de GS. De esta manera, a nivel mundial existen a primera vista tres grandes sistemas: aquellos ordenamientos jurídicos que prohíben la práctica de gestación por sustitución (Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria, Portugal, España, Serbia, Islandia, Finlandia, Noruega, Dinamarca); los que la admiten ampliamente (Georgia, Ucrania, Armenia, India, Rusia y algunos estados de los Estados Unidos); y una posición intermedia en la que, si bien se permite el uso de estas TRHA, se lo hace condicionado a estrictos requisitos (Argentina).<sup>19</sup>

Como ejemplo de requisitos más frecuentes, entre los ordenamientos que receptan la posición intermedia, podemos mencionar: que el contrato de gestación por sustitución sea gratuito, que los comitentes posean domicilio en el Estado de que se trate, que se cuente con una pre-aprobación del acuerdo ante autoridad competente, que los comitentes se encuentren casados, que se dé un plazo razonable a la gestante para cambiar de opinión, etc.

Luego de esta introducción que facilitará el marco interpretativo del Derecho Internacional Privado (DIPri) Argentino en relación a la GS,

---

<sup>19</sup> SCOTTI, L. B.; "Gestación por Sustitución. Acerca de la Opinión Consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"; LL 2009-C 11/06/2019; cita on-line: AR/DOC/1618/2019

corresponde analizar qué dispone nuestro ordenamiento jurídico en estos casos. Ello con la advertencia de que las normas de DIPri contenidas en nuestro CCC, han excedido de los casos *ius privatistas* internacionales siendo aplicadas por los jueces en casos locales a fin de permitir la utilización de estético de TRHA.

De esta manera, el CCC en su art. 2634 (Libro Sexto, Tít. IV, Cap. 3, Sec.5) recepta la norma que es de nuestro interés a los fines de analizar el supuesto que nos ocupa. En tal sentido, el artículo establece:

*Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero **debe** ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.*

*Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño. (El resaltado nos pertenece).*

De la norma transcripta se desprende la obligatoriedad para los jueces y agentes de la administración pública de reconocer filiaciones que se hayan constituido de conformidad a un derecho extranjero, incluidos aquellos supuestos en que el niño/a haya nacido mediante GS. El legislador ha utilizado el término “*debe*”, disipando cualquier duda al respecto. Esta redacción obedece a la moderna tendencia del DIPri que pretende evitar que se configuren relaciones claudicantes, instaurando un principio general de reconocimiento en otros Estados, favoreciendo asimismo la seguridad jurídica.<sup>20</sup>

Por otro costado, encontramos un límite al reconocimiento de esta filiación internacional que está dado por los principios de orden público argentino, especialmente el interés superior del niño.

---

<sup>20</sup> URIONDO DE MARTINOLI, A.; *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de Familia. Código Civil y Comercial de la Nación*; Ed. Lerner; año 2017; p. 195.



En consecuencia, las autoridades argentinas tienen el deber de reconocer la filiación establecida entre padres comitentes y un niño nacido mediante la GS de conformidad al derecho del lugar en el que se llevó a cabo dicha TRHA, siempre y cuando no se contraríe el orden público nacional. El reconocimiento de la filiación es la regla y, en caso de que se pretenda el desconocimiento, el rechazo deberá expresar los motivos por los que el juez entiende que aceptar esa filiación vulneraría el orden público local.

A diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los casos iusprivatistas internacionales, donde el juez puede disponer la inaplicabilidad del derecho extranjero que sea contrario al Orden Público Argentino, cualquiera sea el principio que tal caso vulnere; en los supuestos de filiaciones, deberá ponderar los valores en juego haciendo primar el Interés Superior del Niño, receptado en el art. 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, que integra nuestro bloque constitucional de conformidad al art. 75 inc. 22 de la Carta Magna.

Este hecho referido a que el legislador jerarquice la importancia de los principios de orden público en la norma bajo análisis, nos lleva al siguiente interrogante: ¿qué sucede en el supuesto en el que una filiación constituida mediante GS sea contraria a un principio de orden público local (como por ejemplo el de revocación libre del consentimiento) pero que se determine que en ese caso el interés superior del niño se encuentra en reconocer la filiación? O, en el supuesto contrario ¿qué sucede si colisiona un principio de orden público (como el derecho a formar una familia) y el interés superior del niño? Ante tales interrogantes, entendemos que debe primar el interés superior del niño a fin de reconocer o no un emplazamiento filial extranjero.

Empero de lo manifestado se puede derivar un segundo interrogante vinculado con el contexto en el que normalmente se desarrollan los hechos por los que se pretende el reconocimiento de la filiación. Lo que suele suceder es que la/s persona/s que deciden transformarse en padres acudiendo a la GS, se trasladan a un Estado en el que dicha técnica se encuentra expresamente regulada y, una vez nacido el niño, retornan a la Argentina al poco tiempo y pretenden el reconocimiento de tal filiación.

Cabe destacar que, por definición, el interés del niño es *“el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona, pero entendido éste por el que más conviene en un momento*

*dado en una cierta circunstancia y analizando en concreto su caso particular. El interés del niño no es una noción abstracta, porque es, en principio, el interés de ese niño y no el de otros que pueden encontrarse en condiciones diversas*<sup>21</sup>.

Lo que lleva a indagarnos cómo se determina el interés superior de un niño que tenga apenas unos pocos meses de vida. Entendemos que en este caso, en el que de las circunstancias en concreto no se pueda determinar el interés superior de ése niño, se debe pasar a valorar el resto de principios de orden público argentino a fin de resolver en relación al reconocimiento o no del emplazamiento filial constituido en el extranjero. Principios tales como: derecho a formar una familia, principio de igualdad y no discriminación, derecho a la información de las personas nacidas por TRHA, voluntad procreacional, etc.

Por último, no podemos dejar de analizar el art. 2634 del CCCN, sin examinar lo ocurrido en el fallo "H. M y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC" resuelto por el Juzgado de Familia N°7 de Lomas de Zamora con fecha 30/12/15.

Como manifestamos anteriormente, Argentina pertenece al cúmulo de sistemas jurídicos que adoptan una posición intermedia en relación a la gestación por sustitución. En consecuencia, en el fallo mencionado *supra*, en aplicación del art. 2634 del CCCN –que se encuentra dentro de las normas de Derecho Internacional Privado–, el juez interviniente resolvió un caso netamente local permitiendo la inscripción de una niña gestada por sustitución como hija de los comitentes. Para así decidirlo, el magistrado no solo se basó en el principio de voluntad procreacional, sino que también manifestó que "[t]oda vez que el art.2634 del Código Civil y Comercial reconoce el emplazamiento filial constituido en el extranjero, las prohibiciones legales o las limitaciones emergentes de la falta de regulación de la maternidad por sustitución resultan discriminatorias, en tanto se aplican a personas o parejas que no pueden afrontar los costos de una práctica compleja como esta en el exterior"<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> BIOCCHA, S. M.; "Interés Superior del niño", en *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia* N° 30. *Derecho de Familia*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, Marzo-Abril de 2005, p. 23 y 24.

<sup>22</sup> Juzgado de Familia N°7 de Lomas de Zamora, "H. M y otro s/ medidas precautorias" - 30/12/15.

De esta manera, a través del DIPri argentino se abre la posibilidad de reconocer filiaciones originadas en métodos de GS ante casos exclusivamente locales a fin de evitar situaciones de discriminación.

No obstante el gran avance en la legislación argentina al fijar el deber de reconocer los vínculos filiales establecidos de conformidad al derecho extranjero, particularmente de los casos de GS internacional; se debe valorar que el reconocimiento de la filiación es, por lo general, posterior al nacimiento del niño/a mediante la práctica de tal TRHA.

El DIPri aún debe encargarse de abordar el vínculo jurídico que se establece entre los comitentes y la gestante, indagando si pueden aplicárseles las reglas de un contrato internacional o si, por sus particularidades, debe diseñarse un régimen propio que ampare los intereses involucrados.

## **INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 562 CCC**

El CCC ha regulado que las reglas sobre la voluntad procreacional importan la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio o no, pero acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y posterior alumbramiento como vía para concretar su derecho a la conformación de una familia.

El acceso a las TRHA se constituye en un derecho fundamental para la tutela efectiva del derecho a procrear de las personas que de no ser por el acceso a dicha tecnología no podrían llevar adelante su proyecto parental en igualdad de condiciones que los demás.

Hemos establecido que la fuente típica de creación del vínculo filial en las TRHA es la voluntad procreacional. Sin embargo el art. 562 CCC, en cuanto endilga inevitablemente uno de los vínculos filiales a la gestante, impone un valladar para el ejercicio de derechos humanos fundamentales que afectan el derecho a la vida familiar y el derecho a un vínculo filial con la debida celeridad en su determinación.

Esto nos lleva a concluir que el art. 562 CCC solo contempla aquellos supuestos de TRHA que comprenden implantación de un embrión en los que la gestante al mismo tiempo aporta el material genético o ha manifestado su voluntad procreacional descartando de plano cualquier supuesto de GS.

La conclusión arribada implica la necesidad de iniciar un proceso tendiente a obtener la autorización judicial para la realización de la práctica en nuestro país solicitando la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 CCC cuyo fundamento no es otro que la afectación a derechos fundamentales que integral el núcleo duro del bloque de constitucionalidad de nuestro ordenamiento.

En relación a determinar si dicha declaración de inconstitucionalidad puede darse de oficio o debe ser a pedido de parte, nos circunscribiremos a lo resuelto por la Corte IDH respecto del control de convencionalidad de oficio. De esta manera estableció que es tarea de los tribunales internos tener en cuenta no solamente el Tratado sino también su interpretación por parte de la propia Corte IDH<sup>23</sup>; por ello, los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben ejercer de oficio el control de convencionalidad, declarando la inconstitucionalidad de las normas que contraríen los derechos consagrados en los Tratados reseñados.

Por otra parte, debemos tener en cuenta lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado en materia probatoria donde “[e]s conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución.”<sup>24</sup>

## **SUPUESTOS DE PROCEDENCIA: LA GS EN EL ANTEPROYECTO DEL CCC**

El Anteproyecto contemplaba la GS, estableciéndose un proceso judicial *sui generis* cuya resolución otorgaba la autorización judicial para realizar la práctica. El instituto requería: a) capacidad de la mujer gestante; b) consentimiento informado por parte de todos los intervi-

---

<sup>23</sup> CORTE INTERAMERICANA DERECHOS HUMANOS – “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” - 29 de noviembre de 2011.

<sup>24</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN - “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino” 27 de noviembre de 2012.

nientes con la debida preparación; c) que la gestante porte material genético de uno o ambos miembros de los comitentes y no de ella; d) demostrar los comitentes la imposibilidad de concebir o llevar adelante a término un embarazo; e) la gestante no aporte material genético propio; f) la gestante no haya o vaya a recibir retribución, sin perjuicio del pago de gastos razonables; g) la gestante no se haya sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h) la gestante haya parido con anterioridad, al menos, un hijo propio.

El legislador estableció estos puntos como estándares jurídicos para establecer la certeza de que la mujer que preste su cuerpo lo haga libremente y que este medio reproductivo no sea utilizado como un mero capricho sino como la materialización del derecho a formar una familia, de salud reproductiva y gozar de los progresos científicos.

Los médicos no pueden proceder a la implantación del embrión en la gestante sin la autorización judicial. Su ausencia revestía tal gravedad, que el anteproyecto la sancionaba determinando que el emplazamiento filial se regía por las reglas de la filiación por naturaleza.

A modo de cierre retomamos los argumentos vertidos por el legislador del CCC para señalar que “la fuerza de la realidad, tanto nacional como internacional”, la práctica lícita en países extranjeros y el consiguiente turismo reproductivo generado por aquellas “personas que cuentan con recursos económicos” hicieron que muchos niños nacieran bajo esta técnica y que “su interés superior no permit[e] que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quien o quienes han tenido la voluntad de ser padres/madres.”<sup>25</sup>

Por ello resulta “más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas”<sup>26</sup>. Y si bien es valorable que la jurisprudencia actual haya optado por autorizar y/o reconocer este tipo de emplazamientos filiales fijando los requisitos de procedencia, resulta vital que el legislador nacional normativice las creaciones pretorianas existentes para garantizar los derechos y valores en pugna en torno a este instituto.

---

<sup>25</sup> LORENZETTI, Ricardo; HIGHTON DE NOLASCO, E. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. “Fundamentos Del Anteproyecto De Código Civil Y Comercial De La Nación”, p.76.

<sup>26</sup> *Ibidem*

## CONCLUSIÓN

Conforme lo desarrollado en el presente trabajo concluimos que no es contrario a los valores consagrados constitucional y convencionalmente recurrir al uso de técnicas de GS. Por ello, en resguardo de la seguridad jurídica y en pos de garantizar el goce efectivo del derecho a formar una familia, a salud reproductiva y acceder a los beneficios de los progresos científicos, el legislador debe regular la GS de manera expresa tomando como base la matriz establecida en el anteproyecto del CCC (año 2012) que fuere suprimido por la Comisión Revisora previo a su aprobación.

Sin embargo, consideramos pertinente modificar los requisitos establecidos en el anteproyecto en cuanto implicarían recaer nuevamente en actos discriminatorios hacia sectores imposibilitados de procrear naturalmente relegándolos al sistema de adopción.

En honor a la brevedad nos remitimos a los requisitos ya señalados en el acápite “Supuestos de procedencia: La GS en el anteproyecto del CCC” (ver *Supra*) haciendo la salvedad de que el inciso c) debe ser suprimido en virtud de comportar un valladar para aquellas familias monoparentales, parejas heterosexuales y homosexuales donde ambos integrantes padezcan infertilidad.

En este sentido, y tomando el criterio de la voluntad procreacional consagrado legalmente, creemos que la ausencia de vínculo genético entre los comitentes y el recién nacido no es impedimento para el reconocimiento del vínculo filial siempre y cuando se vea la existencia de vínculo genético con la gestante.

En esta línea, en el fallo dictado por el Juzgado de Familia de Primera Nominación de la Ciudad de Córdoba en el auto N° 798 caratulado “A., M. T. y otro - Solicita homologación” se reconoció validez a un acuerdo en el que la comitente no tendría vínculo genético ya que los gametos que se utilizarían para la formación del embrión provendrían de donantes anónimos. Otra interpretación de esta situación implicaría “confinarla a postergar su derecho a formar una familia; la familia que ella desea conformar o a intentar una adopción para la que no tiene voluntad”<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> JUZGADO DE FAMILIA DE PRIMERA NOMINACIÓN DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA, 06/08/2018, “A., M. T. y otro - Solicita homologación”.

Idéntica situación a la anterior pero en distintas tipologías de familia -parejas homosexuales y heterosexuales con infertilidad- se han planteado en diferentes antecedentes jurisprudenciales<sup>2829</sup> que, de aprobarse la regulación contemplada en el anteproyecto, igualmente deberían solicitar su declaración de inconstitucionalidad impidiendo avanzar en legislación que respete el derecho a la salud reproductiva de las modernas formas de familia.

---

<sup>28</sup> CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, sala H (CNCiv) (Sala H), 15/03/2018 “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”, La Ley Cita Online: AR/JUR/5414/2018

<sup>29</sup> JUZGADO DE FAMILIA NRO. 2 DE MENDOZA, “M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. s medidas autosatisfactivas” - 06/09/2017.





# APLICACIÓN EXCLUSIVA DE LA LEY 27.449\*

*María Eugenia Ferreyra\*\**

**Resumen:** Este trabajo presenta aspectos acerca del alcance que tiene el Art. 1 de la Ley 27.449, primera ley argentina que regula el arbitraje comercial internacional, sancionada a mediados de 2018 y que propone la aplicación exclusiva de la ley de arbitraje comercial internacional argentina.

**Palabras clave:** ley 27.449 ~ arbitraje comercial internacional ~ calificación autárquica ~ comercialidad ~ internacionalidad ~ arbitrabilidad ~ orden publico internacional ~ jurisdicción exclusiva.

## 1. INTRODUCCIÓN

En julio de 2018, fue sancionada la ley 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional (en adelante L.A). Esta ley argentina reproduce, sustancialmente, el texto de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), con las enmiendas introducidas en 2006 a su versión original (en adelante L.M).

En este trabajo se abordará la novedad de la “exclusividad de la aplicación de la Ley 27.449”, establecida en el Art. 1 L.A, en los siguientes términos: “*La presente ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, y lo regirá en forma exclusiva...*” Temática que hace al ámbito material de aplicación de la L.A,

A los fines de la aplicación de la L.A se requiere previamente la calificación de comercialidad, esta calificación es autárquica en la L.A,

---

\* Artículo recibido el 14/06/2019 ~ Aprobado para su publicación el 23/09/2019.

\*\* Doctoranda, Especialista en derecho procesal, ambas por la Facultad de Derecho (UNC) Profesora de Derecho Internacional Privado, Cát. A de la Facultad de Derecho (UNC). E-mail: mef.dipr@gmail.com.

en los términos del derecho internacional privado y se encuentra en su Art. 6, pero es necesario precisar el alcance de los términos de esa calificación y para ello recurriremos al ordenamiento jurídico argentino, lo que ya configura una referencia a otras leyes y la primera excepción a la aplicación exclusiva de la L.A. Luego la misma ley establece dos excepciones expresas a esa exclusividad, contenidas en los Arts. 1 y 5 de la L.A, en los siguientes términos:

- a. La presente ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, y lo regirá en forma exclusiva. *Sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en la República Argentina*” (Art. 1 in fine L. A)

Esta primera excepción se encuentra en coherencia con el Art. 75 inc. 22 y 31 de la Constitución Nacional que prevé la aplicación de los tratados internacionales por sobre las leyes nacionales.

- b. *“La presente ley no afectará a ninguna otra ley argentina en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente”*. (Art. 5 L. A)

La segunda excepción, se refiere nada más y nada menos que a la arbitrabilidad de la materia, la que en consecuencia será determinada por vía interpretativa con remisión al ordenamiento jurídico argentino, atemperando nuevamente la exclusividad de la aplicación de la ley.

La propuesta de este trabajo radica, en iniciar la investigación acerca del alcance que tiene entonces *“la aplicación exclusiva de la ley de arbitraje comercial internacional argentina”*.

Para ello, se abordará la calificación de comercialidad, para luego, analizar las excepciones expresas a la aplicación exclusiva de la L.A, donde la que genera mayor desarrollo es la cuestión de la arbitrabilidad que abre una referencia necesaria a su relación con el orden público internacional, para finalmente brindar una conclusión sobre el alcance de la aplicación exclusiva de la L.A.

## 2.- DESARROLLO

### A.- La comercialidad

Se encuentra establecida en el Art. 6 de la L.A, en los siguientes términos: *“Cualquier relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado o regida preponderantemente por él. La interpretación será amplia y en caso de duda, deberá juzgarse que se trata de una relación comercial”*.

La ley toma el criterio amplio de comercialidad establecido en la nota al artículo 1.1 de la L.M de la CNUDMI y la calificación de comercialidad se encuentra en la misma L.A por lo que es del tipo autárquica. Pero, el alcance de los términos allí contenidos se definirán por el ordenamiento jurídico argentino en general y en particular por el Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) a saber:

**A.1.- Relación jurídica:** es la que se establece entre dos o más personas, con carácter particular, esencialmente variable; es un vínculo jurídico entre dos o más personas, del cual emanan deberes y derechos. Las más frecuentes son las que nacen de la voluntad de las partes (contratos, testamentos.) Se diferencia de la **situación jurídica** que es; es la posición que ocupa un sujeto frente a una norma general; o sea genera derechos regulados por ley (y no por la voluntad de las partes) que son uniformes para todos.

**A.2.- Contractual:** cuando derive de un acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. (Art. 957 CCyC).

**A.3.- No contractual:** toda relación jurídica que, genera efectos jurídicos no derivados de una relación contractual. A contrario sensu de la anterior.

**A.4.- De derecho privado:** que regula las relaciones entre los particulares, constituida por el derecho civil y el derecho comercial.

**A.5.- Regida preponderantemente por el derecho privado:** lo que da un margen amplio a la arbitrabilidad ya que no se limita a cuestiones exclusivas de derecho privado, permitiendo una interpretación amplia.

A esto se suma el principio pro comercialidad del último párrafo del artículo referido: *“...y en caso de duda, deberá juzgarse que se trata de una relación comercial”*.

Y todo lo anterior debe armonizarse con lo establecido por el Art. 7 inciso g) de la misma ley: *“En la interpretación e integración de la presente ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional, su carácter especial, la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por esta ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente ley.”*

### **B- Excepciones a la exclusividad**

Las excepciones a la “exclusividad” de la L.A surgen de la misma:

**B.1.-** En primer lugar, el mismo Art. 1 dispone que la L.A se aplicará al arbitraje comercial internacional, y lo regirá en forma exclusiva, *“sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en la República Argentina”*.

**B.2.-** La segunda excepción, contenida en el Art. 5 de la ley, expresamente establece: *“La presente ley no afectará a ninguna otra ley argentina en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente.”* Deja a salvo otras normas del ordenamiento argentino que determinen qué controversias son susceptibles de arbitraje, no surge de la ley un criterio para determinar la arbitrabilidad. Entonces, para conocer qué materias serán arbitrables y cuáles no, habrá que recurrir a otras normas del ordenamiento jurídico argentino.

### **C.- Arbitrabilidad**

Se refiere a las cuestiones susceptibles de ser sometidas a jurisdicción arbitral, se distingue en objetiva cuando se refiere a la materia y en subjetiva cuando se refiere a las personas.

*“Según los términos normativos de la LM, existe una sola arbitrabilidad, esto es, la objetiva. La arbitrabilidad o inarbitrabilidad subjetiva se aborda como un problema de falta de capacidad de las partes en un acuerdo de arbitraje...”*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> MEREMINSKAYA, Elina. *La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada*. Disponible en sitio web: [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/Orden%20P%C3%BAblico\\_EMereminskaya.pdf](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Orden%20P%C3%BAblico_EMereminskaya.pdf) Consultado 23/10/2018. Pág. 122.

La arbitrabilidad objetiva; es “*la condición de una disputa que la hace susceptible de ser sometida a decisión de árbitros*”<sup>2</sup>, lo cual implica, en otras palabras, que no se trate de aquellas sujetas a jurisdicción exclusiva de los tribunales judiciales.”<sup>3</sup>

De acuerdo al **Art. 2609 del CCyC**, “... los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en las siguientes causas:

- a. *en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República;*
- b. *en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino;*
- c. *en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina.”*

Entonces, definiríamos la arbitrabilidad dentro de este marco teórico por exclusión; es decir, sería arbitrable cualquier materia que no se encuentre sometida a la jurisdicción exclusiva de los jueces argentinos.

No resultaría aplicable el resto del CCyC, como por ejemplo el Art.2605 que establece el acuerdo de elección de foro, con una transcripción literal del Art. 1 del Código Procesal Civil y comercial de la Nación, que data del siglo pasado, en razón del método de interpretación establecido por la LA en el Art. 7 inc. g, que es coherente con el Art. 2 A de la LM.

#### **D.- Orden público y arbitrabilidad**

En la práctica, suele objetarse la arbitrabilidad de determinadas cuestiones por resultar aplicable al caso, normas de orden público, como argumento suficiente para sostener la inarbitrabilidad de una materia.

Considerando a la norma de orden público como aquella que protege un interés público que el legislador pretende tutelar ya que el contenido de los derechos consagrados o reconocidos en esa norma no pueda ser alterado por las partes mediante su disposición.

---

<sup>2</sup> CAIVANO, Roque J. *Arbitrabilidad y Orden Público*. Disponible en sitio web: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801>. Consultado 23/10/2018. Pág. 64

<sup>3</sup> NAKAMURA, Tatsuya. *Arbitrability and the lex arbitri*, Mealey’s International Arbitration Report, vol. 17 N° 3, marzo de 2002,pp. 29 y ss.

De allí que usualmente, a causa del interés general involucrado, se asigna a esa norma el carácter de imperativa, privando a los titulares de tales derechos la facultad de transigirlos o renunciarlos.

La interpretación anteriormente mencionada conduce a mirar más el resultado que el medio a través del cual el resultado se obtiene, lo que puede resultar lesivo de los principios fundamentales que se quieren tutelar. La función del orden público es finalista, pues no tutela normas jurídicas abstractas sino resultados.<sup>4</sup>

El orden público no es una materia en si misma a incluir o excluir de la arbitrabilidad objetiva, sino una característica de ciertas normas cuya constatación debe hacer el intérprete que debe aplicarlas.<sup>5</sup>

El árbitro mantiene su competencia, aunque, aunque para respetar la intención legislativa deberá, en el laudo, aplicar los principios y las normas de orden público. El árbitro se encuentra en la misma posición del juez: tiene las mismas posibilidades que este para aplicar la norma, y también los mismos límites, debiendo preservar los derechos protegidos por el orden público.<sup>6</sup>

*“Se debe situar el orden público en el contexto que a él le corresponde: un recurso excepcional aplicable a una sentencia arbitral en forma posterior. Junto con ello, se debe ser riguroso respecto del concepto de arbitrabilidad, asignándole un lugar sin duda relevante, pero bien definido en su aplicabilidad.”<sup>7</sup>*

Y en este contexto, recurrir al orden público, cuando se vea afectado para la procedencia del **reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero**.

---

<sup>4</sup> JAYME, Erick: *Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado*. Trad. de Eugenio Hernández Breton, Rev. de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Caracas, N° 82, 1991, p. 21.

<sup>5</sup> BIANCHI, Roberto A.: *Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad*, Rev. Jurisprudencia Argentina, 2003- IV, pp. 75 y ss.

<sup>6</sup> GONZALO QUIROGA, Marta: *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*, Memoria para optar por el grado de Doctor, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2001, p. 736.

<sup>7</sup> MEREMINSKAYA, Elina. *La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada*. Disponible en sitio web: [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/Orden%20P%C3%BAblico\\_EMereminskaya.pdf](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Orden%20P%C3%BAblico_EMereminskaya.pdf) Consultado 23/10/2018. Pág. 140.

Respecto al orden público analizado a los fines del reconocimiento y ejecución de un laudo. La LA, toma las causales contenidas en la LM y en la Convención de Nueva York; Convención ratificada por Argentina que se aplicaría con preeminencia, en razón del sistema de jerarquía normativa de nuestro país, en consonancia con lo establecido en el Art. 1 de la Ley.

Jayme afirma que el orden público constituye el tema más angustiante de la teoría general del derecho internacional privado. Sin embargo, sus efectos son aún más graves por cuanto ni la legislación, ni la jurisprudencia han elaborado una definición de las materias contrarias al orden público, y vemos que esto es imposible porque la noción de orden público no sólo varía de país a país, sino también por el transcurso del tiempo en un mismo país.<sup>8</sup>

La ley de arbitraje se encarga de precisarlo, estableciendo que se refiere al “orden público internacional argentino”, evitando el debate o planteo a cerca de a qué orden público debemos mirar; interno, internacional u orden público verdaderamente internacional, según alguna de las clasificaciones de la doctrina.

### 3. CONCLUSIÓN

Para culminar este breve análisis desde la perspectiva planteada acerca de la exclusividad de la aplicación de la L.A, cabe resaltar, que de ninguna manera los temas han sido agotados en cuanto al análisis. Este trabajo solo esboza puntos de partida para profundizar su estudio en lo sucesivo.

El artículo 1° de la ley 27.449 establece que ella regirá el arbitraje comercial internacional “en forma exclusiva”. De ello se podría derivar que:

1.- Sólo rige arbitrajes que califiquen como comerciales e internacionales, conforme los criterios que la propia ley establece. Calificando autárquicamente ambos términos. Respecto a la comercialidad, la determinación del alcance de cada uno de los términos se realizará necesariamente con referencia al ordenamiento jurídico argentino, fuera de la L.A. Pero siguiendo el método interpretativo marcado por el Art. 7 inc. g de la LA.

---

<sup>8</sup> JAYME, Erick: *Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado*. Revista de la facultad de ciencias jurídicas y políticas. Caracas: Universidad central de Venezuela, 1991. pp. 218-219.

2.- Que los arbitrajes comerciales internacionales a los cuales aplica esta ley, no se verán alcanzados por otras normas sobre arbitraje vigentes en Argentina. Una de las consecuencias es por ejemplo, que no se podrá aplicar a los arbitrajes comerciales internacionales lo establecido en el CCyC respecto al contrato de arbitraje y a los límites impuestos a las materias arbitrables.

3.- En el Art. 5 la L.A. hace referencia a una de las excepciones de la aplicación exclusiva cuando deja a salvo otras normas del ordenamiento argentino que determinen qué controversias son susceptibles de arbitraje.

Ahora bien. El alcance de la “*aplicación exclusiva de la L.A.*” de acuerdo a lo aquí desarrollado, es entendiendo a la expresión, no un sentido de clausura, sino con un sentido orientador, con la aparente intención de evitar que a través de diferentes interpretaciones y construcciones sistemáticas de normas de un mismo sistema jurídico se tergiverse la naturaleza del arbitraje comercial internacional, con entendimientos reduccionistas, o que restrinjan la materia arbitrable y en definitiva frustren el objetivo del arbitraje comercial internacional.



# LA COLACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, LA IGUALDAD DE LOS LEGITIMARIOS Y SU DEBATE ACTUAL\*

*Carlos Eduardo Echegaray de Maussion ~ Fabián Eduardo Faraoni ~  
Nora Lloveras ~ Graciela Melania Moreno Ugarte ~ Valeria Durán ~  
Julia Rossi ~ Juan Pablo Ríos ~ Daniel Arnaudo\*\**

---

\* Artículo recibido el 4/07/2019 ~ Aprobado para su publicación el 9/09/2019.

\*\* Echegaray de Maussion, Carlos E. Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Derecho Internacional Privado UNC, UBP y UCSAL.

Faraoni, Fabián, Profesor Adjunto de la cátedra “B” de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Investigador. Vocal de la Cámara de Familia de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba.

Lloveras, Nora. Profesora Emérita de la cátedra “B” de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Adscripta a la cátedra de Derecho Constitucional. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora.

Moreno Ugarte, Graciela. Profesora Adjunta de la cátedra “B” de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora. Vocal de la Cámara de Familia de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba.

Durán de Kaplan, Valeria. Profesora y Licenciada en Psicología. Docente U.N.C. Privado VI y Práctica Profesional III. Violencia. Investigadora de la SECyT. Docente de Postgrado de la UNC y de la U.B.A. Supervisora del Polo de la Mujer de la Provincia de Córdoba.

Rossi, Julia. Docente de la cátedra “B” de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Abogada. Especialista en Derecho de Familia. Universidad Nacional de Rosario. Docente investigadora de SECYT. Jueza de Familia de Primera Instancia de la ciudad de Córdoba.

Ríos, Juan Pablo. Abogado. Adscripto a la cátedra “B” de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Mail: jpablorcba@hotmail.com

Arnaudo, Daniel. Abogado especialista en Derecho Procesal. Profesor de Teoría General del Proceso Cátedra B y Adscripto de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones) Cátedra B, de la Facultad de Derecho de la UNC. Investigador.

**Resumen:** La colación implica la recepción de un estándar jurídico en el derecho hereditario argentino: la ley pretende la igualdad entre los legitimarios, que reciban lo mismo, generando un horizonte de igualdad entre ellos (ascendientes, descendientes y cónyuge).

El CCyC sólo legitima a colacionar a los descendientes y al cónyuge, omitiéndose a los ascendientes, lo que trae aparejadas situaciones que inducen al quiebre del principio de igualdad de los herederos legitimarios, que justamente es la razón de ser por la cual procede la acción de colación.

**Palabras clave:** acción de colación ~ igualdad de los legitimarios ~ Código Civil y Comercial de la Nación

## 1. EL DERECHO SUCESORIO, LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS COHEREDEROS LEGITIMARIOS

La tendencia del derecho sucesorio moderno viene marcando la necesidad de receptar una mayor autonomía de la voluntad en materia sucesoria<sup>1</sup>, lo que implica flexibilizar las normas de orden público, que caracterizan las instituciones, a fin de permitir la tutela de los derechos humanos fundamentales que integran el plexo normativo -incorporados a nivel constitucional- y una adecuación a las características del desenvolvimiento económico del siglo XXI.

Se debe destacar que el Código Civil y Comercial de la Nación<sup>2</sup> -en adelante CCyC- ha receptado la necesidad de flexibilización de las restricciones forzosas del derecho vigente acogiendo en mayor grado el principio de autonomía de la voluntad. A la par de tutelar a las personas con discapacidad, ha tenido en cuenta la necesidad de facilitar el tráfico jurídico “seguro”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. ORLANDI, Olga; “Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del siglo XXI”, en *Revista Derecho de Familia*, Nro. 53, marzo de 2012, Directoras: Cecilia P. Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras, Marisa Herrera. Ed. Abeledo Perrot, p. 5 y ss; SALOMÓN, Marcelo; *Legítima hereditaria y Constitución Nacional*, Ed. Alveroni, Córdoba, 2011.

<sup>2</sup> En adelante CCyC

<sup>3</sup> Apuntamos entre los cambios propuestos en materia de legítima: a) disminuye la porción legítima de los descendientes a los dos tercios y la de los ascendientes a un medio, manteniendo la porción legítima del cónyuge en esta última proporción - un medio - (art. 2445CCyC); b) se amplía la porción disponible cuando existen herederos con discapacidad (art. 2448 CCyC); c) especifica la forma del cálculo del

No obstante, en algunas normas del derecho sucesorio no se hace efectivo en forma plena el principio de igualdad de los coherederos legitimarios<sup>4</sup>.

El principio de igualdad preside nuestro sistema jurídico y es acogido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>5</sup>.

La igualdad exige -en principio- que se trate del mismo modo a quienes se encuentren en similares situaciones, esto se traduce en que los legitimarios de un mismo orden tengan los mismos derechos en relación a la legítima. Implica que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se conceden a otros en iguales circunstancias.

Pero la regla de la igualdad no es absoluta, el legislador debe considerar la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse; lo que la regla prohíbe son las distinciones arbitrarias. El legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferenciado entre los legitimarios con la condición de que el criterio empleado sea razonable. La razonabilidad es el parámetro evaluatorio que permite medir la igualdad; lo que la regla prohíbe son las distinciones injustas, y por lo tanto, las desigualdades son inconstitucionales cuando son arbitrarias, hostiles, persecutorias, etc. El principio de razonabilidad es un principio de raigambre cons-

---

valor de los bienes donados (art. 2445 CCyC); d) establece la forma del cómputo de la porción de cada descendiente (art. 2445 CCyC); e) se mantienen las reglas de la inviolabilidad e irrenunciabilidad anticipada de la legítima (art. 2449 CCyC), con la variante que se permite la constitución de un fideicomiso por el testador pero siempre que no altere la legítima (art. 2493. CCyC); f) se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve (art. 2459 CCyC); g) se ordenan en forma diferente las acciones de protección de la legítima (arts. 2450 a 2453 CCyC); h) se especifican los efectos de la reducción de las donaciones (arts. 2453 y ss. CCyC).

<sup>4</sup> Cfr. CAVA, Sergio W., *Principios generales del derecho sucesorio en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación desde un enfoque pedagógico*, Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, Diciembre 2018, ps. 943 y ss., <http://errei.us.es/errei/ver/html/20181128143202586.html?k=20181128143202586.docxhtml>; consultado el día 11.12.2018 a las 18:30 hs.; Cita digital: IUSDC286328A.

<sup>5</sup> Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Constitución, pesificación e importación*, en LL, Suplemento de Derecho Constitucional, a cargo de Germán Bidart Campos, edición del 18/10/02, p. 25.

titucional y, como tal, se lo puede caracterizar como un mandato de optimización. El objetivo de su consagración tanto constitucional como en el CCyC es garantizar que el contenido de las normas, de los actos y la aplicación de las mismas guarde una adecuada coherencia con el texto, principio y valores de la norma base. Su forma de aplicación es mediante la ponderación. El control de razonabilidad requiere su análisis siempre en el caso concreto, lo que permite comprobar el grado de intensidad del control en virtud del conflicto a resolver y a los principios involucrados<sup>6</sup>. La CSJN se ha ocupado en numerosas oportunidades de delinear el principio de razonabilidad. Así tiene dicho en orden al “control de razonabilidad”, que “la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que ‘manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos, (Rawls, John, “A Theory of Justice”, 1971, Harvard College). La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”.<sup>7</sup>

El presente trabajo apunta a examinar la efectivización del mencionado principio de igualdad -que emana del bloque de constitucionalidad- en el tratamiento dispensado por el CCyC a los derechos de los coherederos legitimarios en la acción de colación.

---

<sup>6</sup> Cfr. CAYUSO, Susana, *Derecho Constitucional*, (Dir. MANILI Pablo L.), T. 1, Ed. La Ley, pag. 1035 y ss, año 2013, citada en PORRAS, Alfredo Rafael, “Decisión razonablemente fundada: principio de razonabilidad”, LLGran Cuyo 2014 (diciembre), 1178, cita Online: AR/DOC/4277/2014

<sup>7</sup> CSJN, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, 24/04/2012, [en línea] <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&falloId=5878>, consultado el 06/02/2015.

## 2. LA COLACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El CCyC, reconoce los postulados generales del derecho constitucional y recepta los avances nacionales e internacionales, doctrinarios y jurisprudenciales, referidos a las conformaciones familiares, así como a los derechos y deberes relativos a las relaciones de familias-patrimoniales y extrapatrimoniales-, en observancia con las normas universales de los derechos humanos. En materia de colación, se introducen<sup>8</sup> varias modificaciones<sup>9</sup>.

Entre esos cambios se destacan: las personas obligadas a colacionar, el modo de dispensa y la forma de determinar el valor colacionable (art. 2385); la recepción de la reducción por el exceso del valor de la donación en relación a la porción disponible (art. 2386); la facultad del heredero renunciante de conservar las donaciones en el límite de la porción disponible (art. 2387)<sup>10</sup>; fija el principio que deben la colación o pueden pedirla quienes eran herederos presuntivos a la época de la donación (art. 2395); explicita el modo de hacer la colación (art. 2396); regula la colación de deudas (arts. 2397 a 2402)<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Código Civil y Comercial, Libro V: Transmisión de derechos por causa de muerte. Título VIII: Partición. Capítulo 3: Colación de donaciones (arts. 2385 a 2396 CCyC). Capítulo 4: Colación de deudas (arts. 2697 al 2402 CCyC).

<sup>9</sup> Cfr. VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Presente y futuro de la colación*, Jurisprudencia y Doctrina del Diario La Ley del Día - N° 2606, 10.9.2015, <http://www.laleyonline.com.ar>; LL 10/09/2015, 1; Cita Online: AR/DOC/2306/2015

<sup>10</sup> Véase: el art. 2341 del Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio del año 1998; y el art. 3354 del Código Civil derogado por la Ley 17711/67.

<sup>11</sup> cfr. LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga; Colación. En: Derecho de Sucesiones Código Civil y Comercial de la Nación- Libro Quinto - Ley 26994. Directores: Nora Lloveras – Olga Orlandi – Fabian Faraoni. Ed. Rubinzal Culzoni. T. I. Buenos Aires, Abril 2016. Cap. 6, ps. 387 y ss.; HERRERA, Marisa, PELLEGRINI, María Victoria; *Manual de Derecho Sucesorio*; Buenos Aires, Eudeba. 2016, ps. 297 y ss.; LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga; “*La sucesión intestada en el proyecto de Código Civil*”, En: Primeras reflexiones en materia de sucesiones en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. Coordinadoras: Dra. Nora Lloveras - Dra. Olga Orlandi. Jurisprudencia Argentina – Número especial. 2012 – III. Fascículo 7. 2012. Goyena Copello, Héctor Roberto; *Tratado de Derecho de la Sucesión*, La Ley, Buenos Aires, 2015. González Magaña, Ignacio en Rivera, Julio César y Medina, Graciela (Directores), Código Civil y Comercial de la Nación, T VI, La Ley, Buenos Aires, 2014. Hernández, Lidia B.; Ugarte, Luis A. *Los sucesores en el Proyecto de Código*, LL11/10/2012. Ignacio, Graciela. *La*

## 2.1. La igualdad de los legitimarios en la colación

El legislador desde la sanción del Código de Vélez<sup>12</sup>, con una visión de equidad, recibió el principio de igualdad entre quienes integran ciertos órdenes hereditarios, los llamados herederos forzosos o legitimarios. Así, la ley propicia que los herederos de ciertos órdenes hereditarios, deban recibir lo mismo, generando un horizonte de igualdad entre ellos.

La colación persigue mantener la igualdad entre ciertos herederos que integran determinados órdenes hereditarios. Son los llamados “legitimarios”.

La colación no es una acción de protección a la legítima. Puede operar cuando ésta ha sido o no conculcada. Más claro aún: puede exigirse la colación por un heredero y no haberse conculcado la legítima; o puede exigirse la colación por un heredero, cuando se haya conculcado la legítima.

La acción de colación es una acción personal que un heredero legítimo le puede exigir a otro heredero de su misma condición para que traiga a la masa partible el valor de aquellos bienes que fueron recibidos por donación del causante, a fin de evitar que se vea vulnerada la legítima de alguno de ellos y mantener la igualdad entre los herederos, que pudo haber sido perjudicado por la donación efectuada<sup>13</sup>.

La colación implica la recepción de un estándar jurídico en el derecho hereditario: la ley pretende la igualdad entre los legitimarios; el causante

---

*sucesión mortis causa y los derechos de los acreedores*, en DFyP 2013 (septiembre), 04/09/2013, 91. Cita Online: AR/DOC/2627/2013. Azpiri, Jorge; *Incidencias del Código Civil y Comercial- 9 – Derecho Sucesorio*, Hammurabi. José Luis Depalma Editor, Bs As, 2015., p. 215 y ss.; Pérez Lasala, José Luis; *Tratado de Sucesiones* (Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994) Tomo II - Parte Especial. Edición 1ª / Año 2014, ps. 17 ss.

Cfr.: LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga; FARAONI, Fabián; *Comentario al Código Civil y Comercial*. Tomo VI Sucesiones – Directores: Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián. Buenos Aires. Infojus (on line), 2015.

<sup>12</sup> En adelante CCiv.

<sup>13</sup> Cfr. FEIGELMAN, Miriam R., *Las acciones de colación y reducción en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Erreius on line, ErreNews - Civil - Novedades - N° 75 - 12/4/2017, <http://erreius.errepar.com/sitios/ver/html/20170314121436818.html>

o testador sólo puede quebrar este mandato mejorando a cualquiera de los legitimarios en los límites de la porción disponible<sup>14</sup>.

La recepción legislativa parte de una presunción a priori y, por tanto, ficticia, que considera que las donaciones que el causante efectuó a un heredero forzoso tuvieron como fin anticiparle los valores de la futura sucesión.

La colación se otorga a un legitimario contra otro heredero de igual carácter, para que éste incluya en la masa sucesoria -y posteriormente se impute a la hijuela del donatario- el valor de las donaciones que el causante le hubiere efectuado en vida.

La finalidad de la colación se evidencia en impedir la desigualdad de los herederos que concurren a la sucesión, que se produciría si el donatario recogiera más que los otros coherederos si recibió antes por donación. La colación, busca así, excluir- luego de la muerte del donante- el efecto del desequilibrio patrimonial provocado por las donaciones

---

<sup>14</sup> Salvo el caso de mejora al heredero con discapacidad art. 2448 CCyC.

Cfr.: en el Número Especial: *Primeras reflexiones en materia de sucesiones en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*. Coordinadoras: Dra. Nora Lloveras -Dra. Olga Orlandi. Número especial. 2012 – III. Fascículo 7. 2012. Edit. AbeledoPerrot. Bs. As. 15/08/2012: BELLUSCIO, Augusto C., *Los puntos fundamentales del Anteproyecto de reformas en materia de sucesiones*, p.3; AZPIRI, Jorge Osvaldo, *La legítima en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*. p. 77 y ss.; PÉREZ LASALA, Fernando, *La colación en el Anteproyecto de Código Civil 2012*, p. 59; LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga, *La sucesión intestada en el proyecto de Código Civil*, p. 63; FERRER, Francisco; CÓRDOBA, Marcos; M.; NATALE, Roberto M.; *Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria*. DFyP 2012 (octubre), 01/10/2012, 127; CERÁVOLO, Francisco, *Donaciones inoficiosas. Propuesta de modificación del Proyecto de Código*, LL 08/11/2012, 08/11/2012, 1; ROLLERI, Gabriel; *Indivisión forzosa y partición*; en: *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Director: Julio César Rivera, Coordinadora: Graciela Medina, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 1143 y ss.; CÓRDOBA, Marcos, *Las reformas en materia sucesoria*, en: *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Director: Julio César Rivera, Coordinadora: Graciela Medina, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps.1101 y ss.; DI LELLA, Pedro, *De la transmisión de los derechos por causa de muerte*, en: *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Director: Julio César Rivera, Coordinadora: Graciela Medina, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps.1109 y ss. LLOVERAS Nora, ORLANDI, Olga; *Las relaciones patrimoniales familiares y la colación*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. N° 60. Julio 2013. AbeledoPerrot. ps. 177 a 202.

que el causante hizo en vida a un heredero legitimario, existiendo otros herederos con derecho a colación<sup>15</sup>.

Dentro de los elementos de la colación se indican: 1) la pluralidad de concurrentes con parentesco en la línea descendente del causante o en concurrencia con el cónyuge; 2) que sólo opera en la sucesión intestada, salvo la ratificación del llamamiento en idéntica proporción a la sucesión legítima en la testamentaria; 3) la computación a la masa partible del valor de donaciones o beneficios colacionables, de modo tal de reconstituir ficticiamente esa masa con los valores colacionables; 4) la imputación de esos valores en la hijuela del donatario o beneficiario; 5) la ausencia de dispensa o cláusula de mejora expresa en la donación o testamento (arts. 2385 y 2391 CCyC)<sup>16</sup>.

Se trata de regular el principio de igualdad subjetiva en el sucesorio; y se exhibe la colación como método para que los legitimarios ostenten el mismo trato en la transmisión por causa de muerte.

La colación se direccionó siempre a impedir la desigualdad de los herederos legitimarios: los ascendientes, los descendientes y el cónyuge.

Por ello, ha llamado la atención de la doctrina que en el CCyC sólo se legitima a colacionar a los descendientes y al cónyuge.

## 2.2. Personas obligadas a colacionar

En primer lugar, el art. 2385 del CCyC<sup>17</sup> limita la obligación de colacionar a los descendientes y al cónyuge, excluyéndose -por estar omitido en el texto- a los ascendientes.

---

<sup>15</sup> Cfr.: LLOVERAS, Nora y ORLANDI, Olga, “*Colación de Donaciones y colación de deudas*”, en Derecho de Sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994, LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga y FARAONI, Fabián -Directores-, Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p.392.

<sup>16</sup> Cfr. UGARTE, Luis A., *La dispensa de colación*, LL09/10/2017, 1; CITA ONLINE: AR/DOC/2578/2017.

<sup>17</sup> Con algunas variantes corresponde al art. 2339 del Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio del año 1998.



Según una posición doctrinaria<sup>18</sup> resulta ilógico otorgar la colación a los ascendientes ya que esa atribución motivó la autocontradicción de Vélez Sarsfield en el primer párrafo de la nota al art. 3477 CCiv<sup>19</sup>.

Aquí se encuentra la primera gran diferencia con el derogado CCiv. al suprimir el CCyC a los ascendientes como sujetos pasivos de la colación, en tanto la colación se estructura en general, con la nota de reciprocidad entre legitimarios. Al haberse omitido los ascendientes como obligados a colacionar (art. 2385), entendemos que los ascendientes tampoco están legitimados activamente para requerir la colación. Los ascendientes no deben colacionar<sup>20</sup>, por consiguiente, tampoco puede entenderse que los ascendientes estén facultados para pedir la colación.

En el derecho extranjero, España<sup>21</sup>, Francia<sup>22</sup> y numerosos países, la tendencia es que la obligación de colacionar sea impuesta a todos los herederos legitimarios.

El art. 2445 CCyC fija la porción legítima de los ascendientes en un medio (1/2) y en función de ello le otorga a este orden hereditario los medios de protección a la legítima si ha sido conculcada: pero no se los incluye como obligados a colacionar, ni están legitimados para pedir la colación.

---

<sup>18</sup> Cfr. BELLUSCIO, Augusto C., *Los puntos fundamentales del anteproyecto de reformas en materia de sucesiones*. En: Primeras reflexiones en materia de sucesiones en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. Coordinadoras: Nora Lloveras - Orlandi, Olga. Jurisprudencia Argentina – Número especial. 2012 – III. Fascículo 7. 2012.

<sup>19</sup> La nota a este artículo 3477 CCiv, a modo ejemplificativo en distintos ordenamientos jurídicos, consigna que algunas leyes incluyen solo los descendientes, y otras que incluyen a todas las líneas, Agrega que “nosotros comprendemos a los descendientes, porque en la línea recta todo debe ser recíproco, pero no comprendemos a los colaterales”.

<sup>20</sup> Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio año 1998. Abeledo Perrot. Bs As. 1999, ps. 140. Véanse los fundamentos del Proyecto de Código Civil 1998. En el punto 310, se funda la ausencia de la obligación de colacionar de los ascendientes, describiéndose en la historia y legislación los tres sistemas; se cita a Bibiloni y el Anteproyecto de 1954 para justificar que solo hay adelanto de herencia respecto de los descendientes – agregando el cónyuge -, siendo la solución más lógica excluir a los ascendientes, ya que “quien hace una donación a un ascendiente normalmente obra pensando que este lo va a heredar”.

<sup>21</sup> CCiv. español: Artículo 1035.

<sup>22</sup> CCiv Francés. Artículo 843.

En este contexto se pueden presentar algunas situaciones<sup>23</sup> que describimos y que quiebran el principio de igualdad de los herederos forzosos que justamente funda la acción de colación<sup>24</sup>.

### **i) Infracción a la igualdad de los legitimarios mediante donación a ascendientes que concurren “solos” a la sucesión del causante**

Al causante, soltero y sin descendientes, le sobreviven sus dos padres. Ha donado en vida el 50% de su patrimonio a su madre. Como la donación no excede la porción disponible y los ascendientes no deben colación, la madre del difunto se beneficiará con el 75 % de los bienes de su hijo. Es que ya el 50 % la progenitora lo ha recibido en vida, y sobre el otro 50 % que ingresa a la sucesión, divide en partes iguales con el otro progenitor del difunto. Así se observa en este supuesto el quiebre de la igualdad entre los legitimarios presentes.

### **ii) Infracción a la igualdad de los legitimarios mediante donación a ascendientes que concurren a la sucesión del causante con el cónyuge**

Los ascendientes y el cónyuge tienen una porción legítima de (1/2) (art. 2445). Si el causante hubiere realizado donaciones a alguno o a ambos

---

<sup>23</sup> Cfr. FERRER, Francisco A. M., *El Derecho de Sucesiones en el Proyecto de Código Civil y Comercial*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Proyecto de Código Civil y Comercial – II. 2012-3. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. ps. 567 y ss.; MAGAÑA, Ignacio González; *El juicio sucesorio en el Proyecto de Reforma al Código Civil de la Nación* en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Proyecto de Código Civil y Comercial – II. 2012-3. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. ps. 621 y ss.; ZANNONI, Eduardo A., *Algunos aspectos sobre la igualdad entre herederos forzosos y la protección de la legítima hereditaria en el Proyecto de Código Civil* (Acciones de colación y reducción) en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Proyecto de Código Civil y Comercial – II. 2012-3. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. ps. 655 y ss.

<sup>24</sup> Véanse especialmente los supuestos que la doctrina ya analiza: ZANNONI, Eduardo A., *Algunos aspectos sobre la igualdad entre herederos forzosos y la protección de la legítima hereditaria en el Proyecto de Código Civil* (Acciones de colación y reducción). En: Revista de Derecho Privado y Comunitario. Proyecto de Código Civil y Comercial – II. 2012-3. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. ps. 659 y ss. LLOVERAS Nora, ORLANDI, Olga; *Las relaciones patrimoniales familiares y la colación*, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. – N° 60. Julio 2013. Abeledo Perrot. ps. 177 a 202.

ascendientes - que no conculcan la legítima del cónyuge, o sea menor al 50 % del patrimonio-, los ascendientes no están obligados a colacionar. El cónyuge siendo legitimario recibirá una porción significativamente menor que la que hubiere recibido si los ascendientes estuvieren obligados a colacionar, lo que denota la eventual fractura del principio de igualdad de los legitimarios.

### **iii) Infracción a la igualdad de los legitimarios mediante donación al cónyuge que concurre a la sucesión del causante con los ascendientes**

El causante ha donado bienes al cónyuge. A su muerte, concurren el cónyuge superviviente y ambos ascendientes del difunto. En la hipótesis que se consigna, será necesario distinguir si los cónyuges estuvieron sujetos al régimen de separación de bienes o al régimen de comunidad de ganancias. En el primero de los supuestos, el cónyuge estaría obligado a colacionar (art. 2385 CCyC) -en principio, como regla-, pero como se ha señalado más arriba, los ascendientes no pueden requerirle la colación al cónyuge sobreviviente, configurándose una transgresión al principio de igualdad de los legitimarios. Los ascendientes recibirían una porción significativamente menor que la que hubieren recibido si estuvieren legitimados activamente a requerir la colación al cónyuge superviviente. Ahora bien, no sería factible la hipótesis planteada si los cónyuges se mantuvieron durante el matrimonio bajo el régimen de comunidad, atento que los esposos no pueden contratar entre sí en virtud del art. 1002, inc. d del CCyC.

## **3. LOS DEBATES DOCTRINARIOS EN TORNO A LA COLACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

Como bien se señaló, el art. 2385 del CCyC estipula que sólo los descendientes del causante y el cónyuge superviviente que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante.

En efecto, la norma no incluye entre los obligados a colacionar a los ascendientes que también son legitimarios.

Por ende, las donaciones que un hijo realizó a favor de su progenitor se consideran liberalidades y, fallecido el hijo, el ascendiente no debe colacionar y tal donación se computa en la disponible que de

violiar la legítima, cabría interponer la acción de reducción por ser una donación inoficiosa<sup>25</sup>.

El principio es claro, solo puede reclamar la colación las mismas personas que están obligadas a colacionar. Es decir, es un derecho y un deber de carácter recíproco.

Dicha omisión legislativa, puede traer aparejadas situaciones que provoquen el quiebre del principio de igualdad de los herederos legitimarios, que justamente es el fundamento por el cual procede la acción de colación.

La posición adoptada por el CCyC se separa del temperamento aceptado por el derogado CCiv. que incluía a todos los herederos forzosos: ascendientes, descendientes y cónyuge (art. 3476 CCiv.), siguiendo el proyecto de Código Civil de García Goyena (art. 879), que fue la solución incorporada después del Código Civil español (art. 1035)<sup>26</sup>.

Desde un sector de opinión se entiende que desaparecen como sujetos de la colación los ascendientes, ya que la donación efectuada a estos no puede entenderse como un anticipo de herencia, partiendo de que el orden natural presupone que los hijos heredan a sus padres y no a la inversa. Se debe presumir que la donación realizada de un hijo a un ascendiente supone simplemente una liberalidad<sup>27</sup>.

En esta misma línea, se sostiene que la limitación a la legitimación a los descendientes y al cónyuge supérstite sigue a Fornieles, quien ha sostenido que no es necesario mantener la colación para los ascendientes por ser poco probable que un hijo done a su padre, y porque la donación estaría siempre destinada a volver en breve a la línea descendientes de donde partió<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. RODRIGUEZ ITURBURU, Mariana, *Capítulo 9: Colación*, p. 302. En: Manual de derecho sucesorio, directoras: Marisa Herrera, María Victoria Pellegrini, Editorial de la Universidad Nacional del Sur. Ediuns. Bahía Blanca, 2016.

<sup>26</sup> Cfr. PEREZ LASALA, José Luis, *Tratado de sucesiones*, Tomo I, Parte General, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 838.

<sup>27</sup> Cfr. FERRER, Francisco A. M.; *Comentario al artículo 2385 del CCyC*, p. 435. En: ALTERINI Jorge H. (Director). Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético; FERRER, Francisco A. M.; SANTARELLI Fulvio G. y SOTO Alfredo (directores del Tomo); T. XI, La Ley. Bs. As. 2015.

<sup>28</sup> Cfr. CÓRDOBA, Marcos M., *Comentario al art. 2385 del Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 735. En: Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo

No obstante dicha percepción, estimamos la necesidad de que el ascendiente colacione, de la misma manera que el descendiente y el cónyuge supérstite, que son legitimarios, ya que la acción de colación tiene como fin distribuir igualitariamente las hijuelas.

#### **4. EL ANTEPROYECTO DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DEL AÑO 2018**

El Anteproyecto de modificación parcial de Código Civil y Comercial de la Nación encomendado por decreto 182/2018<sup>29</sup>, contiene modificaciones en el aspecto que motiva la presente investigación.

En ese sentido se propone modificar los arts. 2385, 2387 y 2391 del CCyC por los siguientes textos:

*Artículo 2385 - Personas obligadas a colacionar. Los descendientes, ascendientes y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento. Dicho valor se determina a la época de la partición, según el estado del bien a la época de la donación. También hay obligación de colacionar en las sucesiones testamentarias si el testador llama a recibir las mismas porciones que corresponderían al cónyuge o a los descendientes en la sucesión intestada. El legado hecho al descendiente, al ascendiente o al cónyuge se considera realizado a título de mejora, excepto que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario.*

---

X. Arts. 2162 a 2443. Director: Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal – Culzoni – Santa Fe, 2015.

<sup>29</sup> Decreto 182/2018 - Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.) - 06-mar-2018 - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Comisión para la modificación parcial del Código Civil y Comercial de la Nación - Creación- Publicada en el Boletín Oficial del 07-mar-2018, Número: 33826, Página: 3 Resumen: Créase en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la “Comisión para la modificación parcial del Código Civil y Comercial de la Nación”, la que tendrá a su cargo la elevación al Poder Ejecutivo Nacional de un Anteproyecto de Ley de modificación parcial del Código Civil y Comercial de la Nación, en el plazo de seis (6) meses a contar desde la fecha en la que quede formalmente constituida. Dicho plazo podrá ser ampliado a pedido de la comisión.

Artículo 2387 - Heredero renunciante. *El descendiente, ascendiente o el cónyuge que renuncia a la herencia pueden conservar la donación recibida o reclamar el legado hecho, hasta el límite de la porción disponible.*

Artículo 2391 - Beneficios hechos al heredero. *Los descendientes, ascendientes y el cónyuge supérstite obligados a colacionar también deben colacionar los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles una ventaja particular; excepto dispensa y lo dispuesto para el heredero con discapacidad en el artículo 2448.*

Estas modificaciones se fundamentan en la incorporación de los ascendientes en los mencionados artículos 2385, 2387 y 2391, dado que la injusticia del sistema vigente se demuestra en el siguiente ejemplo: si concurren ascendientes y cónyuge, el cónyuge colaciona y el ascendiente no. Se expresa que el ascendiente debe encontrarse obligado a colacionar, ya que al igual que el descendiente y el cónyuge supérstite son legitimarios y, precisamente, lo que persigue la acción de colación es la distribución igualitaria de las hijuelas, siempre claro que no haya una mejora expresa por parte del causante.

Finalmente, se agrega que si bien es cierto que la gran mayoría de las donaciones son entregadas de padres a hijos o descendientes, también puede ocurrir que un hijo realice una donación a sus padres.

En relación al artículo 2395 CCyC se propone la siguiente redacción en sustitución de la actualmente vigente: *Derecho de pedir la colación. La colación puede ser pedida por los ascendientes y descendientes. El cónyuge supérstite no puede pedir la colación de las donaciones hechas por el causante antes de contraer matrimonio*

Esta modificación encuentra sustento en la supresión de la locución “quien era coheredero presuntivo a la fecha de la donación”, contenida en el actual art. 2395 porque viola la igualdad de los hijos. Se sostiene que el Código Civil nada decía expresamente respecto al momento que debía contar con la calidad de heredero forzoso para ejercer la acción de colación, y que la doctrina discrepaba acerca de esta disyuntiva, planteando dos momentos: considerarlo legitimario al momento de la donación o al momento de la muerte. Quienes sostenían que debía consolidarse al momento de la donación (Fornieles, Borda, Maffía, Perez Lasala) la con-

sideraban un anticipo de la porción hereditaria, por ende, argumentaban que no se podría adelantar esa herencia a quien no lo es al tiempo de la donación. Para la segunda posición (Zannoni, Goyena Copello, Perrino) el título de heredero debe ser ostentado al momento de la apertura de la sucesión y la igualdad debe existir entre quienes finalmente son herederos, por lo que sí a la muerte del causante se tiene esa condición, no importa la situación en que se encontraban al momento de efectuarse la donación. El nuevo artículo 2388, pone fin a la discusión al disponer que *“el descendiente que no era heredero presuntivo al tiempo de la donación, pero que resulta heredero, no debe colación. El cónyuge no debe colación cuando la donación se realiza antes del matrimonio”*.

## 5. REFLEXIÓN FINAL

El principio de igualdad supone que se trate del mismo modo a quienes se encuentren en similares situaciones, es decir, que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se conceden a otros en iguales circunstancias.

En este contexto, la colación persigue mantener la igualdad entre ciertos herederos, los llamados “legitimarios”.

En efecto, la colación implica la recepción de un estándar jurídico en el derecho hereditario: la ley pretende la igualdad entre los legitimarios, que reciban lo mismo, generando un horizonte de igualdad entre ellos.

Es que, la colación siempre impidió la desigualdad de los herederos legitimarios: los ascendientes, los descendientes y el cónyuge.

Es por ello que, llama la atención que en el CCyC sólo se legitime a colacionar a los descendientes y al cónyuge, omitiéndose a los ascendientes.

Dicha omisión legislativa, trae aparejadas situaciones que inducen al quiebre del principio de igualdad de los herederos legitimarios, que justamente es la razón de ser por la cual procede la acción de colación.

En este marco, el Anteproyecto de modificación parcial de Código Civil y Comercial de la Nación encargado por decreto 182/2018, al incorporar a los ascendientes en los artículos 2385, 2387 y 2391, intenta paliar las injusticias que se producen al excluir a éstos de la obligación de colacionar.





## **LAS COMPENSACIONES ECONÓMICAS - EFECTOS DIFERENCIADOS EN LAS UNIONES CONVIVENCIALES, EN EL MATRIMONIO Y ANTE LA MUERTE\***

*Olga Etelvina Orlandi ~ Gabriel Eugenio Tavip ~ Sebastián Monjo ~  
Andrea Kowalenko ~ María Belén Mignon ~ Susana Verplaetse ~  
María Alejandra Mora\*\**

**Resumen:** Ante la crisis matrimonial y convivencial surge como instituto novedoso la figura de la compensación económica. Su finalidad es recomponer el equilibrio patrimonial que puede haberse alterado ante los roles asumidos en la vida en común. Los efectos diferenciados en la regulación de las uniones convivenciales y el matrimonio, así como los silencios y omisiones en lo relativo a la extinción, modificación y ante la muerte de uno de sus integrantes, importan una serie de interrogantes.

**Palabras clave:** compensaciones económicas - matrimonio - uniones convivenciales – muerte

---

\* Artículo recibido el 11/06/2019 ~ Aprobado para su publicación el 7/11/2019.

\*\* ORLANDI, Olga; Universidad Nacional de Córdoba Facultad de Derecho - Doctora en Derecho y Ciencias Sociales- Profesora Titular por concurso de Derecho Privado VI- Investigadora de SECyT; TAVIP, Gabriel; Abogado, Especialista en Derecho de Familia, Comunicador Social, Profesor Adjunto por concurso Derecho Privado VI, -investigador de SECyT. MONJO Sebastián; Abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Profesor por concurso de Derecho Privado VIII, Investigador de SECyT. KOWALENKO, Andrea: Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba; Abogada especialista en Derecho de Familia, Profesora de Derecho Privado VI – Familia y Sucesiones, Investigadora SECyT. MIGNON María Belén, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba Andrea; Abogada especialista en Derecho de Familia, Profesora de Derecho Privado VI – Familia y Sucesiones, Investigadora SECyT. VERPLAETSE Susana, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba Abogada especialista en Derecho de Familia, Investigadora SECyT. MORA María, Alejandra, Abogada, especialista en Derecho de Familia, Investigadora SECyT.

## 1. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA<sup>1</sup>: CONCEPTO.

En el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC) la compensación económica está regulada para el matrimonio y las uniones convivenciales. La figura tiene su eje en el desequilibrio manifiesto sufrido por un cónyuge o conviviente que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en el matrimonio o convivencia y su ruptura.

Medina afirma que la C. E. puede ser definida como la cantidad periódica o prestación única que un cónyuge o conviviente debe satisfacer a otro tras el divorcio o la finalización de la convivencia, para compensar el desequilibrio padecido por un cónyuge o conviviente (el acreedor), en relación con el otro cónyuge o conviviente (el deudor), como consecuencia directa del divorcio o finalización de la convivencia, que implique un empeoramiento en relación con su anterior situación en el matrimonio o la convivencia<sup>2</sup>. Solari aborda la figura diciendo que se trata de un derecho para reclamar una C.E. por parte del cónyuge o conviviente que sufrió un menoscabo como consecuencia de la ruptura de la unión<sup>3</sup>.

Sobre la compensación económica se ha dicho también que *“el objetivo esencial de esta figura es lograr restablecer cierto equilibrio económico entre aquellos que compartieron un plan de vida existencial, sea matrimonial o convivencial y que la ruptura hubiera alterado. Se propone, como un efecto propio del divorcio, del cese de una unión convivencial o de la nulidad matrimonial”*<sup>4</sup>.

Para la doctrina española *“opera como un correctivo a las consecuencias económicamente desfavorables para un miembro de la pareja*

<sup>1</sup> En adelante también podrán ser designadas por la abreviatura C.E.

<sup>2</sup> MEDINA, Graciela; *“Compensación económica en el Proyecto de Código”*, LA LEY 20/12/2012, 1.

<sup>3</sup> SOLARI, Néstor; *“Las prestaciones compensatorias en el Proyecto de Código”*, Revista de Derecho de Familia y las Personas N° 9 octubre 2012, p. 5.

<sup>4</sup> PELLEGRINI, María Victoria, *“Efectos de la finalización de la vida en común. La compensación económica”*, En Tratado de Derecho de Familia, Directoras: Kemelmajer, Aida Herrera, Marisa; Lloveras, Nora. Rubinzal Culzoni Santa Fe. *“Derecho de Familia”* La Ley, 2015, T. II, p. 496.

de la separación de bienes”<sup>5</sup>. Es frecuente que la parte que solicita la compensación patrimonial no aporte ninguna prueba de la variación patrimonial inicial y final respecto del patrimonio del otro, y del propio, en que numéricamente debe descansar el presupuesto, comparativo, del desequilibrio y apunta que esta dificultad suele limarse en base al principio de la facilidad probatoria, que atribuye el peso de la carga de la prueba, sobre la otra parte<sup>6</sup>.

Se señala que es un derecho personal reconocido al cónyuge o al conviviente al que el divorcio o la finalización de la vida en común le produce un empeoramiento en la situación económica que gozaba en el matrimonio o unión convivencial colocándole en posición de inferioridad frente a la conservada por el otro consorte o conviviente<sup>7</sup>.

Se afirma que, conforme lo establecido por el art. 97 del Código Civil Español, esta pensión es la cantidad periódica que un cónyuge debe satisfacer a otro tras la separación o el divorcio, para compensar el desequilibrio padecido por un cónyuge (el acreedor), en relación con el otro cónyuge (el deudor), como consecuencia directa de dicha separación o divorcio, que implique un empeoramiento en relación con su anterior situación en el matrimonio<sup>8</sup>.

A nuestro ver, la C.E. es la figura prevista para recomponer el equilibrio patrimonial afectado por la relación matrimonial o convivencial que posiciona a uno de los miembros en una situación económicamente perjudicial con respecto del otro y que tiene por causa adecuada la sobrecontribución de uno de ellos al hogar común o al emprendimiento del otro. Es un desequilibrio económico entre los patrimonios de los cónyuges o convivientes que se constata al considerar el momento inicial y final de la relación, de los que surge una desigual evolución.

---

<sup>5</sup> BACHS ESTANY, Josep María, “Las prestaciones económicas entre los miembros de las uniones estables de pareja y sus descendientes”, En: *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Director: José Pascual Ortuño Muñoz, Madrid, T. I, 2003, p. 175.

<sup>6</sup> BACHS ESTANY, Josep María, “Las prestaciones económicas entre los miembros de las uniones estables de pareja y sus descendientes”, ob. cit., p. 176.

<sup>7</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “Tratado de Derecho de familia”, Aranzadi, Navarra, Vol. II, 2011, p. 519.

<sup>8</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ - EZNARRIAGA, Luis, “La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio”, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 114.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA

Se debatió la naturaleza y finalidad de la compensación económica, ya que se ha pensado: a) en la naturaleza asistencial o alimentaria<sup>9</sup>; b) vinculada a la responsabilidad civil y la función resarcitoria<sup>10</sup>; c) en el enriquecimiento sin causa; d) en la solidaridad familiar y equidad<sup>11</sup>.

La C.E. se prevé con un fundamento corrector, en el matrimonio, para mitigar los efectos perjudiciales que trae aparejado el régimen de separación de bienes para uno de los cónyuges (el más débil) y que se pone a cargo del más fuerte<sup>12</sup> -entre otras hipótesis- y en las convivencias estables, cuando la dedicación al hogar común le privó al conviviente la generación de riquezas, consolidando un desequilibrio patrimonial entre ambos compañeros. Intenta evitar que la ruptura impacte desproporcionadamente sobre la situación económica de uno de ellos, colocándolo en una posición patrimonial perjudicial respecto del estado anterior al proyecto de vida conjunto.

La naturaleza de la C.E. es, esencialmente, compensatoria (y en menor medida retributiva, contributiva y resarcitoria<sup>13</sup>) por cuanto parte del

---

<sup>9</sup> FANZOLATO, Eduardo I.; “*Prestaciones compensatorias y alimentos entre los ex cónyuges*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2001-1, “*Alimentos*”, Ed. Rubinzal Culzoni, 27/04/2001, p. 19/77.

<sup>10</sup> Se ha rechazado el carácter resarcitorio en los siguientes términos: “*el derecho a solicitar compensación económica que surge de los arts. 441 y 442, no constituye «prima facie» una indemnización de daños porque comparativamente la finalidad de ambos institutos es diferente: resarcitoria en el caso de la indemnización de daños a diferencia de la compensación, que pretende equilibrar las economías de los cónyuges o convivientes, según las vicisitudes de la unión*” CHAÍN MOLINA, Silvina M.; “*Daños y derecho de familia*”, MJ-DOC-7469-AR | MJD7469, 10-nov-2015.

<sup>11</sup> Lloveras, Orlandi y Faraoni sostienen que el fundamento jurídico y finalidad de las pensiones compensatorias, se encuentra muy íntimamente ligada al principio de solidaridad familiar, de raigambre constitucional (arg. art. 14 CN). LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga; FARAONI, Fabián, “*Comentario al art. 524 del CCyC*”, En: *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Directoras: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, T. II, p. 168.

<sup>12</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; YSÀS SOLANES, María; SOLÉ RESINA, Judith, *Derecho de Familia Vigente en Cataluña*, Tirant Lo Banch, Valencia, 2010, 2ª edic., p. 189.

<sup>13</sup> Para un desarrollo más profundo, recomendamos: CORBO, Carlos María; “*Las compensaciones económicas en el Derecho Comparado y Proyecto de Reforma*”, DF y P, diciembre de 2013.

desequilibrio entre los cónyuges o convivientes procurando paliarlo<sup>14</sup>. Es un instrumento reequilibrador de los excedentes patrimoniales generados durante el matrimonio o la convivencia, asentado en los principios de solidaridad y equidad. Supone una evolución desigual entre los patrimonios de ambos, provocando un desequilibrio injusto a los ojos del derecho. Se trata de compensar las pérdidas sufridas por uno de los cónyuges o convivientes con motivo de las decisiones tomadas en interés del proyecto común, siempre que ello traiga aparejado una merma o menoscabo de su capacidad patrimonial<sup>15</sup>. A través de esta figura, se “comparte” el perjuicio sufrido por uno de ellos en interés de la familia.

En suma, la C.E. tiene por función colocar al cónyuge o conviviente perjudicado en una potencial igualdad de oportunidades, singularmente laborales y económicas, a las que habría tenido de no haber mediado el vínculo matrimonial o convivencial<sup>16</sup>.

### **3. DIFERENCIAS ENTRE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA Y FIGURAS AFINES.**

Efectuamos un análisis comparativo con otras figuras para observar sus diferencias y apreciar con mayor rigor la estructura de la compensación.

#### **3.1. Con el enriquecimiento sin causa. El enriquecimiento sin causa está regulado en el art. 1795 y ss del CCyC. Se marcan algunas diferencias esenciales. Ambas parten del desequilibrio patrimonial, pero con algunas diferencias:**

- a. *Objetivo.* Mientras el enriquecimiento sin causa pretende restablecer las traslaciones patrimoniales incausadas, la compensación económica mira a una desigual evolución que tuvieron

---

<sup>14</sup> LÓPEZ JIMÉNEZ, David, “Prestaciones económicas como consecuencia de la ruptura de las parejas no casadas”, Thomson – Aranzadi, Navarra (Cizur Menor), 2007, p. 71.

<sup>15</sup> MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa, “La pensión compensatoria”, En: *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V. (Coordinador), Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 154.

<sup>16</sup> SAP de Cádiz, de 30 de enero de 1995, AC 1995/166.

ambos patrimonios durante la convivencia, por la distribución de roles en el proyecto familiar.

- b. *Límites.* El enriquecimiento sin causa, se limita a que se restituya la traslación patrimonial desde el conviviente empobrecido hacia el enriquecido, pero encorsetado a la cuantía de ambas aristas de la figura. Es una aportación susceptible de apreciación pecuniaria que no ha sido debidamente retribuida por el compañero. No atiende únicamente a los aportes que el conviviente efectuó en beneficio del otro, sino aquellas pérdidas de expectativas laborales y profesionales a las que renunció con motivo de la función que asumió en la convivencia estable.
- c. *Composición del reclamo.* El enriquecimiento injusto parte de reconocer que el conviviente contribuyó económicamente o con su trabajo, a la adquisición, mantenimiento, conservación, mejora de bienes de titularidad conjunta o del otro compañero. Tiene una finalidad netamente restitutiva (incluso se lo ha llamado “deber restitutorio”). La compensación económica aborda aquellos supuestos en que el conviviente se dedica de manera exclusiva o prioritaria a la prestación de labores domésticas, cuidado de los niños, o tareas en beneficio del otro miembro.
- d. *Formas de abordaje y análisis.* El enriquecimiento sin causa exige analizar una situación concreta, en la que medió un correlativo beneficio de uno de los integrantes con consiguiente perjuicio del otro (respecto a un bien particular). La C.E. aborda ambos patrimonios durante los momentos iniciales, a lo largo y al final de la convivencia, efectuando un control comparativo más abstracto o global de la situación de ambos, y procederá ante la desigual evolución que tenga por causa adecuada la sobrecontribución de uno de ellos al hogar común o al cuidado de los hijos.
- e. *Prueba.* La configuración de ambas figuras requiere esfuerzos probatorios distintos. El enriquecimiento sin causa exige que quien lo invoca acredite todos los extremos que hacen a su procedencia, enriquecimiento de una parte, empobrecimiento de la otra, conexión entre ambos y ausencia de causa. En la compensación económica solo bastará con acreditar el desequilibrio

patrimonial entre ambos convivientes, es decir, la disminución del nivel de vida de uno de ellos<sup>17</sup>.

- f. *Presencia o ausencia de antijuricidad*. En el enriquecimiento sin causa, la traslación patrimonial incausada convierte en antijurídica la conducta (art. 1717 CCyC), ya que se ocasiona un daño sin justificación. La C.E. no requiere ni se asienta en una conducta antijurídica, sino, más bien, en una evolución diferenciada de los patrimonios de los convivientes, siempre que tal desigual evolución tenga vinculación causal adecuada en la relación convivencial.
- g. *Acción subsidiaria o principal*. El enriquecimiento sin causa es una figura subsidiaria que opera cuando no existe otro remedio previsto normativamente, mientras que la compensación económica tiene autonomía jurídica. En definitiva, ambos institutos presentan diferencias esenciales que marcan los contornos de cada uno de ellos.

### **3.2. Con la pérdida de “chances”. Algún sector de pensamiento pretendió ubicar la compensación económica dentro del rubro pérdida de chances. Marcamos algunas diferencias.**

- a. *Marco de análisis*. La pérdida de chances aborda una oportunidad futura frustrada (pero probable) con motivo del hecho lesivo, mientras que la C.E. mira hacia el pasado analizando comparativa y objetivamente la evolución patrimonial de ambos compañeros; analiza únicamente la arista patrimonial mientras que la pérdida de chances puede tener por objeto resarcir la privación de una oportunidad de evitar un perjuicio u obtener un beneficio de naturaleza extrapatrimonial.
- b. *Abordaje*. La pérdida de chances es un rubro que se efectúa desde el sistema de responsabilidad civil y con un marco netamente resarcitorio, lo que no acontece con la C.E. cuya finalidad resulta esencialmente compensatoria.

---

<sup>17</sup> PINTO ANDRADE, Cristóbal, “*Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho*”, Bosch, Barcelona, 2008, p. 121.

- c. *Cuantificación.* En la pérdida de chance la prudencia judicial es el sistema que marca el rumbo de la cuantía del daño, analizando la probabilidad de ocurrencia del perjuicio, método que difiere de la C.E. en la que se pretende un mecanismo de igualación objetiva entre los patrimonios de ambos convivientes.

### **3.3. Con la obligación alimentaria. Más allá de que cierto sector de opinión entendió que la compensación económica tiene carácter asistencial, es preciso efectuar disquisiciones relevantes.**

- a. *Procedencia.* La C.E. se diferencia de la obligación alimentaria ya que aquella solo procede cuando uno de los convivientes se dedicó de manera exclusiva al mercado laboral y ello trajo aparejado un desequilibrio patrimonial entre los compañeros, mientras que la obligación alimentaria atiende a las necesidades asistenciales de uno de ellos.
- b. *Finalidad.* El fin de la compensación económica es, precisamente, compensar o reequilibrar y contrariamente, el fin de la obligación alimentaria es netamente asistencial.
- c. *Cuantificación.* La cuantificación de la compensación económica tendrá en cuenta, objetivamente, el desequilibrio patrimonial; la obligación alimentaria las necesidades concretas.
- d. *Caducidad.* La C.E. no caduca (excepto por el transcurso del plazo para reclamarlo), por cuanto reside en ella un componente reparador, mientras que la obligación alimentaria reconoce múltiples causas de extinción<sup>18</sup>.
- e. *Configuración.* No procederá la C.E. aun cuando el cónyuge o conviviente padezca necesidades alimentarias si no concurren los dos requisitos configurativos de la figura: dedicación al hogar común y desequilibrio patrimonial ocasionado por la ruptura.

---

<sup>18</sup> BEDROSSIAN, Gabriel, *Efectos patrimoniales frente a la ruptura de las uniones de hecho*, comentario a la STS, Sala Civil, Sección 1, 12/09/2005, “Mauricio v. Mari Trini”, publicado en RDF 2006-II, Directora: GROSMAN, Cecilia, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 216.



### 3.4. Con el resarcimiento.

Tradicionalmente, el derecho de daños estuvo asentado en la noción de culpa como factor atributivo de responsabilidad, por lo que, ambas figuras se diferenciaban en que la C.E. está desculpabilizada. Algún sector entendió que la C.E. tiene carácter resarcitorio, por cuanto constituye un supuesto de indemnización<sup>19</sup> de un daño objetivo, consistente en el desequilibrio económico tras el divorcio o el cese de la unión convivencial que importa la pérdida de expectativas<sup>20</sup>. Para Encarna Roca Trías<sup>21</sup>, se trata de un resarcimiento que tiene su fuente en un daño objetivo y a través de la pensión compensatoria se pretende reparar el perjuicio económico causado por la disolución matrimonial o convivencial.

Entendemos que no es igual a una indemnización por daños y perjuicios. Marcamos como diferencia el alcance de la reparación, puesto que, mientras que el resarcimiento debe ser pleno e integral, la compensación solo se ciñe al desequilibrio patrimonial objetivo causado por la convivencia<sup>22</sup>. La C.E. no cubre aquellos daños provocados, por ejemplo, por la violencia cometida durante la relación convivencial, entre otros. Es decir, se trata de dos aspectos que deben abordarse de manera diferenciada, conforme la finalidad y función de cada uno de ellos.

Pizarro y Vallespinos afirman que no se trata, técnicamente de prestaciones resarcitorias, sino de compensaciones económicas de otra naturaleza, orientadas a paliar situaciones de desequilibrios económicos entres lo cónyuges o convivientes resultantes de la ruptura. Los autores

---

<sup>19</sup> MURILLO MUÑOZ, Mercedes, *Matrimonio y convivencias en pareja en el ámbito de la unión europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 449.

<sup>20</sup> ROCA TRÍAS, Encarna, “De los efectos comunes a la separación, nulidad y divorcio”, En: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Madrid, 1984, Vol. I, p. 618.

<sup>21</sup> ROCA TRÍAS, Encarna, “Comentario al artículo 97 del Código Civil Español”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, T. 1.

<sup>22</sup> MEDINA, Graciela, “Compensación económica en el Proyecto de Código”, LA LEY 20/12/2012, 1, LA LEY 2013-A, 472, DFyP 2013 (enero-febrero), 3.

están en franco desacuerdo con la incorporación de la figura en el Código Civil y Comercial<sup>23</sup>.

#### **4. LAS C.E. EN LAS UNIONES CONVIVENCIALES Y EL MATRIMONIO. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS**

Las C.E. están previstas tanto para las uniones convivenciales como para el matrimonio. Tiene plazo de caducidad en ambos institutos y una naturaleza *sui generis*, como lo hemos señalado. Poseen aspectos que coinciden y otros que se diferencian en el matrimonio y en la unión convivencial.

##### ***a. Efecto patrimonial derivado del matrimonio o de la unión convivencial producida su ruptura***

La doctrina las definió en forma casi coincidente en las uniones convivenciales y en el matrimonio como “el derecho reconocido a compensar el desequilibrio manifiesto, que representa un empeoramiento de su situación, que se constata al cese de la vida en común y que fue causado por la convivencia y su ruptura. Se trata de un derecho deber que impone la ley y requiere de la concurrencia de una serie de circunstancias fácticas; que se constate el desequilibrio económico manifiesto, que implique empeoramiento entre la situación de la vida en común y su ruptura. De allí su alto contenido casuístico”<sup>24</sup>.

Está prevista como un efecto patrimonial derivado del matrimonio o de la unión convivencial una vez producida su ruptura: a) en el caso del matrimonio, operado el divorcio y la nulidad del matrimonio, se genera el derecho a reclamar compensación; b) en las uniones convivenciales, producido el cese de la misma o acaecida la muerte de uno de los convivientes, nace esta posibilidad de reclamar compensación económica.

La compensación económica, en general, se encuentra regulada en la unión convivencial con el mismo alcance que en el divorcio, aunque en las convivencias el reclamo puede ser fundado en todas las causas que

---

<sup>23</sup> PIZARRO, Ramón Daniel; VALLESPINOS, Carlos Gustavo, “*Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, T. 5, p. 599.

<sup>24</sup> PELEGRINI, María Victoria “*Las uniones convivenciales. Regulación en el Código Civil y Comercial y su impacto en el ordenamiento jurídico*”, Ed. Errejus, Bs. As., 2917, p. 193.

originan el cese previstas en el artículo 523 del CCyC –en el matrimonio se prevé solo para el supuesto de divorcio y nulidad del matrimonio– (441 y 442, CCyC) (428 CCyC)<sup>25</sup>.

- b. Requisitos de procedencia.** La compensación, exige para su procedencia y cuantía de dos líneas definidas: a) mirar el pasado de la unión convivencial, para fijarla en función de la determinación del desequilibrio que pueda existir; y b) efectuar hacia el futuro algunos méritos del devenir de la vida post convivencial, que sumara pautas especialmente aplicables en la duración y en la cuantificación de la compensación económica<sup>26</sup>.
- c. La finalidad.** Tiene la finalidad de evitar el injusto desequilibrio patrimonial que le cese de la unión o el matrimonio pueden generar en uno de sus miembros, siempre que este desequilibrio tenga causa adecuada en la propia unión y en su ruptura (442 y 525 CCyC).
- d. Causas que dan origen al reclamo.** En el matrimonio puede generarse por el divorcio y por la nulidad del matrimonio para el cónyuge de buena fe. Las causas que dan origen al reclamo en materia de uniones convivenciales se encuentran enumeradas en el art. 523 del CCyC<sup>27</sup>.
- e. Forma de la prestación. Causales que la generan.** El 524 CCyC establece que para las uniones convivenciales “puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial”. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bie-

---

<sup>25</sup> LLOVERAS, Nora- ORLANDI, Olga- FARAONI, Fabián “*Uniones convivenciales*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 287.

<sup>26</sup> ORLANDI, Olga “*Uniones convivenciales*”, en LLOVERAS, Nora (Directora) “*Manual de Derecho de las Familias*”. Tomo II, 2da edición, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2018, p. 121.

<sup>27</sup> Dicha norma establece “*la unión convivencial cesa: a) por muerte de uno de los convivientes; b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros; d) por el matrimonio de los convivientes; e) por mutuo acuerdo; f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro; g) por el cese de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de la vida en común*”.

nes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez. Aquí observamos una de las principales diferencias de esta materia en relación al matrimonio y las uniones convivenciales. En el matrimonio, prevé el artículo 441, cuando refiere al modo de pago y plazo “esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez”.

Continuando la revisión de las diferencias con la regulación de este instituto en paralelo al matrimonio, la doctrina ha expresado “a diferencia de los que ocurre en el caso del matrimonio, donde la compensación económica está pensada solo como un efecto del divorcio (art. 441 CCyC) y no para el resto de las causales de disolución –muerte de los cónyuge y sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento (art. 435 del CCyC)-, en el caso de las uniones, la compensación –siempre que se cumplan los requisitos de procedencia analizados en el párrafo anterior- procede cualquiera sea la causal del cese, incluidos los supuestos de muerte y sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los integrantes de la unión (...) De este modo, en las uniones convivenciales, ante la ocurrencia de la muerte de uno de los convivientes o la ausencia con presunción de fallecimiento, el conviviente supérstite se presentará en el juicio sucesorio –dentro del plazo de caducidad de seis meses que establece el art. 525 CCyC- y pedirá la compensación a los herederos del causante, siendo viable el reclamo siempre que se cumplan los requisitos de desequilibrio manifiesto y empeoramiento de la situación económica con causa adecuada en la unión y su ceses, y que no exista pacto en contrario de los convivientes”<sup>28</sup>.

Este efecto diferenciado, es consecuencia de la tutela diferenciada que contempla a cada figura en tanto, el cónyuge supérstite es heredero forzoso de su cónyuge fallecido, circunstancia que no está contemplada en materia de uniones convivenciales<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> HERRERA, Marisa- CAMELO, Gustavo- Picasso, Sebastián “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*”, Tomo II, Ed. Infojus, Bs. As., 2015, p. 222.

<sup>29</sup> De manera categórica, una de las principales diferencias radica en la falta de vocación hereditaria que tienen los/as compañeros/as en una unión convivencial, a diferencia del matrimonio, donde si el cónyuge sobreviviente la tiene, salvo que se encuentre divor-

**f. Fijación judicial del monto. Caducidad.** El artículo 525 CCyC establece cuales son los parámetros que deberá seguir el juez ante falta de acuerdo respecto al monto y procedencia de la figura<sup>30</sup>, establecido en forma similar en el art. 442 CCyC para el matrimonio<sup>31</sup>.

La acción para reclamar la C.E. caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523. La norma procede ante la falta de pacto que dirima la forma y el modo en que se abonara la compensación económica. El plazo se establece en seis meses y se computara desde que se produjo la ruptura de la convivencia.

---

ciado o separado de hecho sin voluntad de unirse. Esta diferencia entre los efectos de la ruptura de la unión por causa de muerte y el matrimonio, ha sido materia de arduos debates pero también parte de las respuestas se han centrado en la mayor libertad que ha otorgado el sistema sucesorio en cuanto a la sucesión testamentaria.

<sup>30</sup> El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización del vínculo; b) la dedicación que cada conviviente brindo a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese; c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente; f) la atribución de la vivienda familiar.

<sup>31</sup> Juz. de Familia N° 5 de Lomas de Zamora (Buenos Aires), Sent. Del 15/03/2019, “B.V. c/ M.S.A. s/ Acción de compensación económica”, Diario Jurídico de Córdoba, 09 de mayo de 2019, Año 16 - N° 3865 (Reglas de cálculo. Utilización de pautas objetivas). Cám. Civ. y Com. de Junín, Sent. N° 57, 25/10/2016, “G., M. A. C/ D. F., J. M. S/ ALIMENTOS” Expte. N°: JU-7276-2012 G., M. A. C/ D. F., J. M. S/ALIMENTOS, causa N° JU-7276-2012 (Forma de cumplimiento de la compensación económica. Prestación única). Juzgado de Familia de 1° Nom. de la ciudad de Córdoba, Auto n° 128, 05/03/2018, “Z., R. M. c/ M., A. V. - Divorcio” (Prudencia judicial para cuantificar la CE). Juz. Familia de 2ª Nominación, Ciudad de Córdoba, 29/05/2018, “L., D. A. C/ C., J. H. - Divorcio Vincular – Contencioso” (EXPTE. N° 2488266) (Desequilibrio. Configuración). Cámara de Familia de Primera Nominación, Auto n° 125, 29/09/2017, “Cuerpo de Apelación en Autos: C., D. G. c/ S., S. A. - Divorcio Vincular – Contencioso – Recurso de Apelación”. (Presupuestos de procedencia. Causa adecuada). Juz. Nacional en lo Civil Nro. 92, “K. M., L. E. c. V. L., G. s/ fijación de compensación arts. 524, 525 CCCN”, 06/03/2018, AR/JUR/261/2018 (Género. división de roles). CNC.I; M. L., N. E. c/D. B., E. A. s/fijación de compensación Erreius 11/06/2019 (Requisitos)

De igual manera -en materia matrimonial- el plazo de caducidad de seis meses para reclamarla que debe ser computado desde que queda firme la sentencia de divorcio (442 CCyC). El fundamento del plazo de caducidad, radica en que quede indefinidamente abierta la posibilidad de litigio en esta materia, en tanto, la finalidad de la compensación es “reestablecer” el desequilibrio que se ha originado en virtud de la convivencia y su ruptura, teniendo en miras que la persona perjudicada pueda obtener las herramientas tendientes a lograr cierto grado de autonomía en su vida a futuro<sup>32</sup>.

Por lo tanto, en las uniones convivenciales la muerte es una causa que produce el cese de dicha unión, dando lugar a la posibilidad de reclamo de compensación económica. Esto no sucede en el divorcio, en tanto, el cónyuge será heredero forzoso.

En las uniones convivenciales se prioriza la autonomía de la voluntad razón por la cual, se deberá estar al “pacto”, en primer término, y a falta de pacto el juez deberá dirimir la cuestión tomando como parámetros los criterios objetivos que establecen las normas que regulan la figura.

<b>Matrimonio - Art. 441, 442</b>	<b>Uniones convivenciales - Art. 524, 525</b>
<p>Procede ante el desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura.</p> <p>Procede como consecuencia <b>del divorcio o frente a la nulidad del matrimonio para el cónyuge de buena fe.</b></p>	<p>Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación.</p> <p>Procedencia. Causales del art. 523</p> <p><b>Procede también ante la muerte del conviviente</b> y sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento</p>
<p>Puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado, o excepcionalmente por plazo indeterminado</p>	<p>Puede consistir en una prestación única o en una renta por tiempo determinado que <b>no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial</b></p>

<sup>32</sup> En este sentido se ha expresado “es indispensable que se constate la existencia de un desequilibrio económico manifiesto que coloque a uno de los convivientes en peor posición que al otro, por causa del proyecto de vida en común y su culminación”. PELEGRINI, María Victoria “*Las uniones convivenciales. Regulación en el Código Civil y Comercial y su impacto en el ordenamiento jurídico*”, Ed. Errejus, Bs. As., 2017, p. 193.

Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes, o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez	Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes, o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez
Caducidad: seis meses desde la sentencia firme de divorcio	Caducidad: seis meses desde el cese de la unión convivencial

## 5. LAS COMPENSACIONES ECONÓMICAS ANTE LA MUERTE

Al analizar las C.E. ante la muerte -en el matrimonio y las uniones convivenciales, haya o no pactos-, se vincula el tema con el derecho sucesorio. Cuando se produce la muerte de alguno de los dos sujetos -acreedor o deudor de las compensaciones económicas-la viabilidad de la satisfacción de este deber/derecho de naturaleza familiar, se relaciona con el proceso sucesorio.

Se aborda el tema desde varias perspectivas: la muerte del deudor, la del beneficiario, cese de la vida en común por muerte de uno de los miembros de la unión convivencial (art. 523 CCyC). En estos casos la posibilidad de hacer valer un pacto -si existe- o bien para accionar por su reconocimiento ante el sucesorio.

### 5.1. Algunas distinciones preliminares

Pese que hemos fijado el alcance de las compensaciones económicas, puntualizamos algunos aspectos a considerar en el abordaje entre las que cuentas las siguientes:

#### *a. Las C.E. en el matrimonio y en las uniones convivenciales ante la muerte.*

Siempre y cuando se configuren los presupuestos legales para su procedencia, las compensaciones pueden ser reconocidas a uno de los cónyuges, cuando se anula o extingue el matrimonio por divorcio (art. 441 CCyC) no estando prevista en los casos en que el matrimonio se disuelva por muerte<sup>33</sup>. En la unión convivencial se prevé la percepción, en caso de cese de la convivencia por cualquier causa que se extinga, inclusive por muerte (art. 523 y 524, CCyC)

<sup>33</sup> LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga- FARAONI Fabián; “*Uniones Convivenciales*”. Buenos Aires. 2015. Ed. Rubinzal.

También son diferentes los plazos por el que pueden ser fijadas.

**b. C.E. fijada por sentencia judicial o acordada por las partes.**

Si la C.E. -en el matrimonio o en la unión convivencial- fue fijada por sentencia judicial o acordada por las partes, la obligación sería exigible dado que: a) es un derecho personal que ingresa al patrimonio del acreedor y obliga al deudor, b) producida la muerte del deudor o del acreedor, como derecho patrimonial, ha de determinarse si subsiste la obligación y de qué modo se transmite.

**c. La transmisibilidad ante la muerte del deudor: depende del tipo de prestación.**

No existen normas específicas en el CCyC argentino que se ocupen de la muerte del deudor de la C.E., a diferencia de otras legislaciones extranjeras. En general el derecho extranjero -con distinto alcance en Francia<sup>34</sup> que en España<sup>35</sup>- se pronuncia por la transmisibilidad de la obligación ante la muerte del obligado.

Aunque la norma no formula ninguna distinción en relación a la transmisión por muerte, parte de la doctrina propició respuestas distintas según cuál sea el tipo y tiempo de la prestación (por tiempo definido o indefinido, o pago único a plazo pendiente al día del fallecimiento)<sup>36</sup>.

En el derecho argentino la carencia de una norma específica lleva a aplicar los principios de la transmisión de las obligaciones y la posibilidad de transmisión por muerte, dependiendo en parte del tipo de prestación acordada por las partes o fijada en la sentencia.

---

<sup>34</sup> Art. 280 del *Code* francés se pronuncia sobre la transmisibilidad de la obligación, sin contemplar condicionamiento. La obligación pesa sobre el acervo sucesorio, del cual se deberá extraer lo necesario para su cumplimiento y será soportada por todos los herederos, que quedan obligados hasta el límite del activo sucesorio. Responden también los legatarios particulares en proporción a su beneficio. Los herederos de común acuerdo pueden decidir las formas y modalidades de pago. En caso de que haya sido fijada como una renta, se la sustituye por un capital inmediatamente exigible

<sup>35</sup> El Art. 101 del Código Civil español, dispone la transmisión de la obligación a los herederos del obligado al pago; la deuda integra el pasivo de la sucesión y la obligación debe ser asumida por sus sucesores. La última parte de la norma los faculta a solicitar la reducción o supresión de la pensión, si el caudal no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara sus derechos en la legítima

<sup>36</sup> MOLINA DE JUAN, Mariel; “*Compensaciones económicas: un modelo para armar*”. RCCyC 2017 (marzo), 17.



## 6. COMPENSACIONES ECONÓMICAS: TRANSMISIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN A LOS HEREDEROS.

La obligación de pago de las C.E.se transmite a los herederos. Estos deben dar cumplimiento en los mismos términos que el causante, dentro de los límites de la masa hereditaria (art. 2280, CCyC). La transmisibilidad depende del contenido y tipo de prestación acordada por las partes o fijada por el juez<sup>37</sup>, excluye las de carácter *intuitu personae* del deudor.

Producida la muerte del deudor, las relaciones entre el excónyuge o conviviente supérstite y sus herederos se rigen por las reglas sucesorias, sea en la sucesión intestada o testamentaria.

El supérstite beneficiario es **acreedor del causante** y puede ejercer todos los derechos y acciones que surgen de tal calidad.

### 6.1.Reglas aplicables en el sucesorio

- a. **Denuncia ante el sucesorio. Legítimo abono.** Según el artículo 2356, CCyC, el acreedor debe presentarse a la sucesión y denunciar su crédito a fin de ser pagado. Puede solicitar la declaración de legítimo abono y con ello obtener el reconocimiento de los herederos de la existencia y cuantía de la deuda (2357, CCyC).
- b. **Transmisibilidad de la acción.** Si se había iniciado la ejecución contra el causante incumplidor de la obligación pactada o determinada por sentencia, no será necesaria una nueva demanda en contra de los herederos, pues a su muerte se pone en marcha el mecanismo de sucesión procesal. El art. 2354, *in fine*, CCyC determina que el administrador debe hacerse parte en los juicios en los cuales el causante había sido demandado.

En relación a la transmisibilidad o no de la acción para reclamar la compensación a los herederos cuando el demandado fallezca durante el juicio de compensación o antes de haber transcurrido el plazo de caducidad, no parecen advertirse mayores obstáculos para una respuesta afirmativa, que se encontraría avalada tanto por

---

<sup>37</sup> La compensación puede ser fijada en una suma única pagadera a plazo pendiente al momento del fallecimiento, la entrega de un capital en cuotas o de participaciones societarias, la transferencia de un bien en propiedad o usufructo, etc.

una interpretación textual como por la visión sistémica o finalista (art. 2, CCyC.) del nuevo texto legal.

- c. **Recursos del acreedor.** El acreedor puede oponerse a la entrega de los bienes a los herederos hasta la cancelación de su crédito (2359 CCyC).
- d. **Alcance de la responsabilidad de los herederos.** Tienen responsabilidad intra vires (2280 y 2317, CCyC). Responden exclusivamente dentro de los límites del haber hereditario<sup>38</sup>.

Las acciones de defensa de la legítima no funcionarían frente a las transmisiones onerosas (2444, CCyC). La masa que sirve de base para determinar la legítima toma en cuenta exclusivamente el valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante (relictum líquido), más el de los bienes donados, sea a lo legitimarios, sea a terceros (donatum).

Por estos principios la solución aplicable en el derecho argentino, el carácter oneroso que reconoce la figura en el sistema argentino no admite la posibilidad de plantear las acciones de defensa de la legítima dado que no funcionan frente a las transmisiones onerosas.

La postura es distinta al derecho español, que autoriza a los herederos a plantear la reducción de las obligaciones cuando se conculque la legítima<sup>39</sup>.

## 6.2. Supuesto excepcional de la compensación fijada a plazo indeterminado en el matrimonio

En ciertas circunstancias excepcionales la ley autoriza el pago de una renta con plazo indeterminado. Esta opción solo es posible entre cónyuges divorciados, no en el caso de exconvivientes. Funciona cuando razones personales del acreedor (edad, salud, capacitación) tornan imposible prever el reequilibrio económico en un plazo determinado.

---

<sup>38</sup> El artículo 2280 CCyC señala: “*En principio, responden por las deudas del causante con los bienes que reciben, o con su valor en caso de haber sido enajenados*”. El artículo 2317, CCyC: “*El heredero queda obligado por las deudas y legados de la sucesión solo hasta la concurrencia del valor de los bienes hereditarios recibidos. En caso de pluralidad de herederos, estos responden con la masa hereditaria indivisa*”.

<sup>39</sup> El derecho español, que autoriza a los herederos a plantear la reducción, el carácter oneroso que reconocería la figura en el sistema argentino no admite esta posibilidad. Las acciones de defensa de la legítima no funcionan frente a las transmisiones onerosas

En estas hipótesis, el análisis de la transmisibilidad *mortis causa* de la deuda presenta para algunos autores<sup>40</sup> -que resaltan el fundamento solidario y asistencial de la compensación- inconvenientes y conflicto entre los intereses en juego. Postulan una solución que escapa del ámbito civil: el ingreso de la seguridad social, sistema capaz de proporcionar una respuesta razonable. Entonces, si se configuran las condiciones legales mediante los aportes jubilatorios del causante, el o la cónyuge acreedor/a de la compensación estaría en condiciones de acceder a la prestación sustitutiva de lo que recibía en vida del excónyuge, vía pensión por fallecimiento. Esta solución es la seguida en España<sup>41</sup> pero no contemplada específicamente en el derecho argentino.

## 7. PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS DE LAS COMPENSACIONES ECONÓMICAS ANTE LA MUERTE

Los derechos a percibir las compensaciones económicas ante la muerte pueden ser analizados desde una triple perspectiva: a) muerte del deudor; b) muerte del beneficiario, y c) cese de la vida en común en las uniones convivenciales por muerte de un conviviente.

### 7.1. Muerte del deudor

El CCyC no se ocupa de como incide la muerte del deudor en la percepción de las C.E.

---

<sup>40</sup> MOLINA DE JUAN, Mariel F.; “*Compensaciones económicas: un modelo para armar*”. RCCyC 2017 (marzo), 20

<sup>41</sup> El derecho español, el artículo 220 de la ley general de seguridad social que regula lo relativo a la pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, exige que el superviviente sea acreedor de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, y que esta pensión quede extinguida a la muerte del causante. Aunque aclara que si la cuantía de la pensión por fallecimiento fuera superior a la compensatoria, se debe reducir hasta alcanzar el monto de esta última. Como se observa, no se limita exclusivamente a las pensiones indeterminadas, aunque presupone que la pensión quede extinguida a la muerte del causante, con lo cual no procederá si se aplica la transmisión de la obligación a los herederos del deudor, autorizada por el artículo 101, Código Español.

Su carácter patrimonial lo ubica como integrante del acervo sucesorio. Las deudas del causante pasan a los herederos, quienes deben pagarla con prioridad a la entrega de legados y a la partición.

Las relaciones entre el ex conviviente supérstite (acreedor) y los herederos se rigen por las reglas sucesorias y teniendo en consideración su naturaleza onerosa, no cabría autorizar a los sucesores a solicitar su reducción ni priorizar la porción legítima.

## **7.2. Muerte del acreedor**

La obligación pactada en cuotas configura un derecho personal que integra el patrimonio. Esta deuda compone el acervo hereditario en las mismas condiciones que todos los derechos patrimoniales -activos y pasivos- que se transmiten por muerte. En principio, ante la muerte del acreedor los derechos se transmiten a sus herederos. Pueden también existir casos en que la prestación se extingue por no ser transmisible: aquellos en los que se ha comprometido un derecho real desmembrado (derecho de usufructo -art. 2140-, de uso -art. 2155-, o de habitación -art. 2160-).

Desde otra posición fundados en una interpretación finalista del cuerpo normativo y en especial de las compensaciones económicas (2 CCyC.), parte de la doctrina sostiene su intransmisibilidad cuando fallece el acreedor. Se funda en que no es razonable priorizar los intereses económicos de sus herederos por sobre los del deudor. Esta conclusión puede acarrear el cuestionamiento a quienes consideran que las compensaciones económicas como un derecho creditorio. Podría también ser injusta si los herederos son personas en condición de vulnerabilidad que dependían económicamente del causante.

## **7.3. Cese de la unión convivencial por muerte**

El conviviente supérstite tiene la facultad de hacer valer su derecho a percibir la C.E., o sea la posibilidad de reclamar a los herederos cuando la unión convivencial se extingue por muerte. Interpuesta la demanda ante el juez del sucesorio y admitida, el ex conviviente supérstite sería colocado en el rango de acreedor de la sucesión. Estamos ante una deuda del causante puesto que tiene su origen en la convivencia. Las C.E. no son cargas, sino deudas. Las cargas no son obligaciones asumidas por el causante; sino que nacen después del fallecimiento, pero con ocasión de

aquel. Están en directa relación con la muerte el trámite del juicio sucesorio y la administración del caudal relicto y representan créditos con privilegio general, regidos por la ley aplicable a los concursos (art. 2579, CCyC.).

Las deudas son asumidas por el causante y, por lo tanto, integran el contenido de la transmisión. Esta diferencia no solo radica en el origen de la responsabilidad, sino, fundamentalmente, en el orden de pago.

En el caso de que aún no se encuentre fijada y el conviviente supérstite demande a los herederos para que aquella le sea reconocida, el derecho no nace con la muerte, sino que en verdad ya existía en vida del causante; su causa generadora se encuentra en la convivencia misma.

La jurisprudencia ya ha acogido la pretensión consistente en obtener declaratoria de herederos para luego demandar, en forma autónoma, por división de la sociedad de hecho y compensación económica por cese de la unión convivencial. Presentamos una síntesis que permite visualizar cada uno de los supuestos.

<p><b>Muerte del deudor</b></p>	<p><b>Compensación económica pactada:</b> transmisibilidad de los derechos y obligaciones derivados de los contratos  <b>Deuda de la sucesión</b> (no son cargas, sino deudas)  <b>Reglas de la transmisión hereditaria:</b> responsabilidad limitada de herederos- legítimo abono – oposición a la entrega de bienes</p>
<p><b>Muerte del acreedor</b></p>	<p><b>Transmisibilidad:</b> del crédito o fijada en una suma de dinero (única o en cuotas) o en la transferencia de un bien en propiedad pendiente de cumplimiento  <b>Se extingue:</b> compensación fijada en forma de derecho real desmembrado.  <b>Dos posiciones:</b> a) como derecho creditorio es transmitido a los herederos del acreedor; b) no es transmisible</p>
<p><b>Cese de la unión convivencial por muerte</b></p>	<p><b>Con Pacto:</b> la muerte activa el cumplimiento del pacto de regulación de los efectos  <b>Sin pacto:</b> pueden pedir su fijación ante el sucesorio  <b>Responsabilidad:</b> los herederos responden dentro de los límites del activo sucesorio, sin que puedan oponer – en principio - su derecho a la porción legítima.</p>

## 8. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES

Entre algunas cuestiones procesales se pueden mencionar las siguientes:

- a. **Fuero de atracción:** cuando el deudor muere, el conviviente debe cobrar sus acreencias ante el sucesorio. El fuero de atracción es una cualidad inherente a los procesos universales, es decir, aquellos que versan sobre la totalidad del patrimonio, con miras a su liquidación y distribución. Los jueces que entienden en estos procesos, en virtud del fuero de atracción, tienen también competencia con respecto a aquellas cuestiones litigiosas, planteadas o a plantearse, en las que se afecte o pueda afectarse el caudal común. La finalidad que subyace en el fuero de atracción es la concentración, ante el mismo magistrado que entiende en el principal, de todos los juicios seguidos contra el causante dada la innegable conveniencia de que el juez que interviene en el universal, intervenga en todas las demandas que puedan afectar la universalidad del patrimonio.
- b. **Si el proceso sucesorio se encuentra abierto:** el conviviente acreedor debe cobrar su acreencia en el proceso, es una deuda del causante.
- c. **Si no se encuentra abierto el proceso sucesorio:** el conviviente supérstite puede solicitar su apertura, pues no procura ser declarada heredera, sino que su pretensión consiste en obtener declaratoria de herederos para luego demandar, en forma autónoma, cuestiones relativas a los bienes o compensación económica por cese de la unión convivencial que invoca. En este caso el acreedor tiene una intervención limitada a aquellos trámites mediante los cuales es posible determinar quiénes son los sucesibles, a fin de solicitar medidas indispensables para el aseguramiento de su crédito, y cuando se presente a juicio algún heredero o se provea su representación en forma legal, cesará la intervención del acreedor, salvo una inacción manifiesta de aquél<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Expte. 518333 - Año 2017 - "Q. L. C. s/ sucesión ab-intestato" - C. Apel. CC, LABORAL Y DE MINERÍA - I CIRCUNSC. (NEUQUÉN) - SALA I - 26/12/2017 CCyC Comodoro Rivadavia; "R., C. J. c/ D., A. M. s/ determinación de compensación económica" 05/09/2016. Citar: elDial.com - AA9A34. Publicado el 21/10/2016.

## 9. RENUNCIA A LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Una pregunta recurrente en doctrina es si resulta posible renunciar a la compensación económica de manera anticipada. Previo a analizar la cuestión planteada es necesario ver algunas cuestiones generales sobre la renuncia a los derechos y la viabilidad de la renuncia a la compensación económica en el ámbito de las relaciones patrimoniales de familia.

### 9.1. La renuncia a los derechos

La renuncia es una declaración de voluntad libre y espontánea, por medio de la cual una persona abdica de un derecho o facultad que le pertenece. Conforme las reglas previstas en los artículos 944 a 954 CCyC se trata de un acto voluntario y lícito que tiene como finalidad inmediata aniquilar un derecho. Por lo tanto, debe reunir los requisitos de capacidad, objeto y forma. Además, puede ser onerosa o gratuita, es de interpretación restrictiva y la voluntad de renunciar no se presume. En cuanto a la prueba de la renuncia puede efectuarse por cualquier medio idóneo y en caso de duda, respecto de si hubo renuncia, debe estarse por su ausencia.

Además, el art. 13 del CCyC dispone que: *“está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular; excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba”*. Se sienta así un principio general: sólo pueden ser renunciados los derechos que el ordenamiento jurídico concede en interés particular de las personas, pero no los otorgados en vista del orden público y en resguardo del interés general.

El quid no está en la patrimonialidad o no del derecho. Si bien es cierto que en principio los derechos patrimoniales son renunciables y por contrapartida los extrapatrimoniales irrenunciables, esta regla no es absoluta, ya que la renunciabilidad o no del derecho va a depender del interés que se protege y si compromete o no el orden público. En consecuencia cuando más cercano está del orden público más reducido es el espacio para que pueda operar la renuncia<sup>43</sup>.

De ello se colige que es dirimente determinar supuestos en donde se encuentra comprometido el orden público, porque en ese caso el derecho

---

<sup>43</sup> Confr: MOLINA DE JUAN, Mariel F. *“Compensación Económica. Teoría y Práctica*. Rubinazal-Culzoni, 2019, p. 271

es irrenunciable. En el campo de los derechos patrimoniales familiares el límite a la autonomía de la voluntad lo constituye el denominado “régimen primario” previsto para el matrimonio y para las uniones convivenciales y que refiere a un conjunto de disposiciones inderogables.

Dentro de este núcleo duro e irreductible no se encuentran la compensación económica. Por ello, en principio, sería posible su renuncia siempre que se hiciera de manera personal, clara inequívoca y libre de todo condicionamiento, y que no sea contraria a la moral ni afecte intereses de personas en situación de vulnerabilidad. Sin embargo, es un tema que genera tensiones.

## **9.2. Renuncia a la compensación económica. Posturas en la doctrina argentina acerca la viabilidad de la renuncia a la compensación económica.**

- a. Posturas en contra:* la compensación económica constituye una figura con fuerte perspectiva de género y por ende la renuncia afectaría el orden público. La renuncia podría atentar contra el principio de igualdad, los derechos fundamentales y consolidar o agravar las diferencias que existen entre los miembros de la pareja. Otros señalan que el orden público reaparece con el cese de la unión, mediante la figura de la compensación económica, que tiene como finalidad corregir las desigualdades derivadas de la extinción del vínculo<sup>44</sup>.

Finalmente se cuestiona la posibilidad de renunciar a un derecho eventual porque el acuerdo involucraría bienes que todavía no se hallan en el patrimonio de las partes. En definitiva, quienes están a favor de esta postura, sostienen que no se puede renunciar a un derecho que todavía no nació, ni tampoco valorar antes de tiempo un desequilibrio hipotético futuro<sup>45</sup>.

- b. Posturas a favor:* es un modo de anticiparse a las consecuencias de una hipotética crisis familiar futura, modo que no solo proporciona seguridad, sino también permite valorar qué es lo más

---

<sup>44</sup> Confr: PELLEGRINI, María Victoria, “Comentario al art. 442” en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (dirs); *Tratado de Derecho de Familia*, Rubinzal –Culzoni, Santa Fé, 2014, T.I, p. 472

<sup>45</sup> ITURBURU, Mercedes y JÁUREGUI, Rodolfo G.: “Las compensaciones económicas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, DFyP 2018 (septiembre), 16.



conveniente para cada uno. No está en juego el orden público pues no integra el régimen primario y el derecho a la compensación no debe confundirse con los alimentos, cuya renuncia anticipada si está prohibida.

Se trata de una figura que se caracteriza por ser inherente al patrimonio, destinada a equilibrar las diferencias que tenga como causa adecuada la vida en común y su quiebre, pero que en definitiva constituye un derecho de crédito del cónyuge o conviviente acreedor frente al cónyuge o conviviente deudor. En este sentido se pronunció la jurisprudencia española<sup>46</sup>.

### **9.3. Viabilidad de la renuncia en el derecho argentino.**

Se puede renunciar a la C.E. al momento de tratar las cuestiones derivadas de la ruptura del matrimonio o de la convivencia. En el caso del divorcio se puede instrumentar en el convenio regulador o en un instrumento privado extrajudicial en el marco del divorcio o con posterioridad, pero requerirá de homologación judicial en caso de desconocimiento de su contenido o incumplimiento de lo allí acordado.

En el caso de los convivientes podrán instrumentar la renuncia en los pactos pos convivenciales con los límites del orden público, la protección de los derechos fundamentales de los convivientes y el principio de igualdad. En el instrumento privado extrajudicial, sólo va a ser necesario el control judicial en caso de desconocimiento del contenido o incumplimiento del pacto.

Otra forma de renuncia es la tácita y se configura cuando se deja transcurrir el tiempo de caducidad previsto por la ley sin efectuar el reclamo, ya que no ejercer un derecho implica una renuncia. También se da cuando la compensación fue fijada judicialmente o acordada por las partes y se deja transcurrir el plazo de prescripción sin reclamar su cumplimiento.

---

<sup>46</sup> STS 1130/2009, del 10-3-2009, Id Cendoj: 28079110012009100152, [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es) (compulsada el 6-4-2013) “*A diferencia de lo que sucede con una pensión alimenticia, la pensión compensatoria tiene carácter indudablemente disponible, siendo pues esta figura de Derecho Dispositivo. Muestra de ello es que su concesión tan sólo procede mediando una solicitud expresa por parte de aquel cónyuge que entiende que, por el hecho de haber tenido lugar la ruptura de su matrimonio, va a sufrir un correlativo empeoramiento en su situación económica respecto del estatus del que pudo gozar durante el mismo*”.

#### 9.4. Renuncia anticipada de las compensaciones económicas.

El caso de la *renuncia anticipada*, supone que el destinatario de una norma dispositiva, renuncia en forma previa a derechos eventuales, aún no ingresados a su patrimonio. Esto resulta muy controvertido y genera discrepancias. La preocupación principal reside en evitar que a través de esa renuncia anticipada se perjudique aún más a los vulnerables o débiles del grupo familiar.

Cabe resaltar que la posibilidad de que los cónyuges o convivientes realicen un pacto anticipado que regule los efectos en caso de ruptura, se trata de una verdadera renuncia a un derecho eventual, y es por ello que se discute la validez y eficacia de esos pactos.

Existe consenso que no se podría renunciar anticipadamente a la C.E. antes de celebrado el matrimonio -convenciones matrimoniales-, porque solo pueden tener el objeto determinado (446 del CCyC). En cambio, cierta doctrina sostiene que sería posible que en las uniones convivenciales se acordara la renuncia a la compensación, porque el principio es el de la libertad de pactos.

El art. 515 CCyC establece que los pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial. Nada hay que se oponga en términos generales a la libertad de pactar, en los pactos de convivencia cuestiones relacionadas con la quiebra de su convivencia, en virtud del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas. La condición que debe contemplarse es la de eficacia del consentimiento, por lo que éste debería ser informado ya que resulta indispensable que el renunciante conozca cual es el contenido de ese derecho y cuáles son las consecuencias de esa renuncia. Sin embargo, otros entienden que no es posible la renuncia anticipada, pues la misma estaría comprendida en la prohibición genérica del art. 515 CCyC.

Otros autores afirman que la validez de la renuncia anticipada a un derecho o facultad no depende ni de su carácter patrimonial ni de su existencia al tiempo de la renuncia, sino que se trata de un derecho disponible y no afecte el orden público general ni el familiar.

Con relación al orden público general se sostiene que la renuncia debe ser personal, clara, terminante, inequívoca y libre de cualquier condicionamiento y vicio del consentimiento. No debe además ser contraria

a la moral ni afectar intereses de personas en situación de vulnerabilidad. Tampoco deberá vulnerar la igualdad de las partes y la solidaridad familiar.

En cuanto a la igualdad de las partes los arts. 402 y 515 del CCyC fijan las pautas de interpretación y aplicación del derecho de familia<sup>47</sup>. En caso de una renuncia recíproca la igualdad de las partes no tendría por qué verse afectada en principio. Distinto es el caso de la renuncia unilateral donde será necesaria la valoración de un conjunto de elementos para determinar si afecta o no la igualdad de los integrantes de la pareja matrimonial o convivencial. Lo que se busca evitar con la renuncia anticipada es que el cónyuge o conviviente más vulnerable de la relación se vea aún más perjudicado.

Si la renuncia anticipada vulnera la solidaridad familiar, hay que tener en cuenta que la compensación económica nada tiene que ver con el derecho alimentario, por lo que el principio de solidaridad que integra el orden público no estaría afectado.

Se sostiene que la renuncia anticipada no constituye una vulneración de los derechos fundamentales reconocidos a cónyuges o convivientes y que si en el caso concreto se verifica un menoscabo, existen vías o herramientas legales que el ordenamiento jurídico ofrece para evitar soluciones injustas, tal como la teoría de la imprevisión, que puede ser de gran utilidad si circunstancias posteriores no pudieron ser valoradas al momento de pactar la renuncia y la misma afecta a uno de los cónyuges o convivientes colocándolos en una situación de vulnerabilidad<sup>48</sup>.

Finalmente ante quienes sostienen que la compensación económica solo puede ser renunciada una vez que se produce el quiebre matrimonial o cese de la convivencia, otros admiten la renuncia anticipada, ya que abren el juego al control judicial de los términos en que se realizó la renuncia, oportunidad, en la que el juez podrá convalidarla o desecharla.

---

<sup>47</sup> Art. 402 CCyC: Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.

Art. 515: Límites. Los pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial.

<sup>48</sup> Confr: MOLINA DE JUAN Mariel F. Ob. Cit. P. 285/286.

## 10. MODIFICACIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA.

En la situación en que una compensación económica fue establecida judicialmente, por convenio de las partes, o por una resolución judicial, cabe preguntarse si podría ser modificada por el requerimiento de una de las partes, sea el obligado o el acreedor de la misma<sup>49</sup>.

El CCyC no incorporó norma alguna relativa a esas posibilidades, así como tampoco incluyó referencias acerca de la posibilidad de extinción<sup>50</sup>. Ante ello debemos realizar una interpretación integral del sistema, de acuerdo a cada situación que se presente.

La cuestión adquiere relevancia cuando la forma de pago de la compensación fue determinada como una renta mensual en el tiempo o por plazo indeterminado, con las dificultades que ello puede acarrear<sup>51</sup>. Es que en el caso de fijación por un pago de un monto único, cumplido el mismo queda extinguida la obligación, por lo que nada se puede hablar de su modificación o extinción posterior<sup>52</sup>.

**Modificación prevista por las partes.** Si la compensación fuera producto de un acuerdo de partes, si estas han previsto las posibilidades de su modificación o extinción, se deberá estar a los términos de ese convenio regulador de los efectos de la ruptura, en base al respeto a la voluntad que ellos se auto impusieron<sup>53</sup>. Si los cónyuges o convivientes realizaron un convenio en el que dejaban establecidas claramente las causales que habiliten un aumento, una disminución o el cese de la obligación periódica

<sup>49</sup> Confr: MOLINA DE JUAN Mariel F. Ob. Cit., p. 291.

<sup>50</sup> SOLARI, Néstor E., “*Algunas cuestiones sobre la compensación económica*”, LLAR/DOC/384/2017.

<sup>51</sup> Desde la doctrina se sostiene que “el pago de una obligación a través de una renta por tiempo indeterminado es un problema difícil en el ámbito de la responsabilidad civil como la laboral y estas dificultades podrían trasladarse al pago de la compensación económica” (Cfr. PELLEGRINI, María Victoria: “*Compensaciones económicas: formas de cumplimiento, cuestiones posteriores a su fijación y posible superposición en los casos de uniones que cesan por matrimonio*”, en Revista de Derecho de Familia, Abeledo Perrot, N° 78, Buenos Aires, 2017, p. 9.

<sup>52</sup> REVSIN, Moira, “*La compensación económica familiar en el nuevo régimen civil*”, en Derecho de Familia, nro. 69, Ed. Abeledo-Perrot, mayo 2015, p. 103.

<sup>53</sup> KRASNOW, Adriana: “*La propuesta o convenio regulador*”, en Kranow, Adriana: “*Tratado de Derecho de Familia*”, Tomo II, La ley, Buenos Aires, 2015, p. 451.

fijada en concepto de compensación, será viable hacer lugar a la misma, si se cumplen los requisitos que en ese mismo convenio hayan establecido.

Así, y como ejemplo, si las partes establecieron que la compensación podría disminuir o cesar en caso que el/la beneficiario/a accediera a un empleo o se le otorgara una jubilación, corroborado ese hecho daría lugar a hacer efectiva esa cláusula.

#### Modificación ante la inexistencia de cláusulas especiales

En los supuestos en los que las partes nada han dicho en el convenio o en que la compensación haya sido establecida por resolución judicial sin mayores especificaciones sobre circunstancias futuras, las respuestas aparecen divergentes por parte de la doctrina. Existe coincidencia que ese tipo de cuestionamiento sólo podrá ser resuelto por un juez, quien deberá dirimir los distintos aspectos de fondo y eventualmente de prueba que se incorporen a la causa.

Reseñamos a continuación diferentes posiciones que se han planteado:

**b.1. Posibilidad o factibilidad de la mutabilidad de la compensación económica**<sup>54</sup>: cierta parte de la doctrina entiende que sería viable la modificación de los montos mensuales establecidos en calidad de compensación en supuestos especiales, como por ejemplo el claro mejoramiento de los ingresos de quien es beneficiario/a o una concreta disminución o desmejoramiento de las condiciones económicas o personales de quien debe hacerla efectiva, si es que esa nueva situación le impide o dificulta severamente hacer frente a lo establecido en la sentencia. En este aspecto se podría tomar por analogía el art. 440 del CCyC en tanto dispone en su último párrafo que “*el convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente*”.

**b.2. Inmutabilidad de la compensación**<sup>55</sup>: teniendo en consideración la especial característica jurídica de la institución no resulta posible su modificación. Ello en tanto para el CCyC se basa en un principio de “justicia y equidad”, ya que en definitiva lo que busca es paliar un enriquecimiento injusto de uno de los convivientes o cónyuges.

---

<sup>54</sup> VENINI, Guillermina, “*Las compensaciones económicas en el nuevo Código Civil y Comercial*”, LLAR/DOC/1414/2015 REVISIN, Moira, “*La compensación económica familiar en el nuevo régimen civil*”, Ob. Cit, p. 104.

<sup>55</sup> PELLEGRINI, María Victoria, Comentario al art. 442 en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (dirs); Ob. Cit, p.473.

**b.3. Excepcionalidad de la modificación**<sup>56</sup>: Si bien se reconoce el carácter en principio invariable de la compensación económica, esa “inmutabilidad no debe tener una aplicación absoluta; porque habrá supuestos en que, si no se accede a la modificación requerida, será el acreedor quien tendrá un enriquecimiento injusto, y no el obligado al pago de la compensación económica”<sup>57</sup>. Es decir que en determinados supuestos de excepción, podría llegar a revisarse. Resumiendo, se puede afirmar que se trata de un tema que no se encuentra resuelto, ya que de acuerdo a la postura doctrinaria en la que se sitúe el juzgador, dará lugar a o no la posibilidad de modificación.

## 11. EXTINCIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

En referencia a las casuales de extinción de la compensación económica, son aplicables los mismos conceptos vertidos en relación a la modificación. Si las partes o la sentencia fijaron una manera de finiquito de esa obligación, deberá estarse al mismo. La primera razón será el cumplimiento del plazo por el cual se estableció, es decir que fenecido el mismo, se extinguirá la obligación. Lo mismo sucede en el caso que es cumplido totalmente la misma. También pueden haberse impuesto condiciones resolutorias, las que acaecidas ponen finiquito a la obligación. La muerte del beneficiario -para algunos- haría cesar la compensación establecida.

## 12. CONCLUSIONES

La compensación económica tiene una estructura propia es una figura única y autónoma en el ordenamiento civil. El norte al que apunta la legislación argentina es compatibilizar la autonomía de la voluntad y el orden público reforzando a la vez los principios de equidad y solidaridad familiar.

---

<sup>56</sup> MOLINA DE JUAN, Mariel: “*Compensación económica*”, Ob. Cit., p. 292; MIZRAHI, Mauricio L., “*Compensación económica. Pautas, cálculo, mutabilidad, acuerdos y caducidad*”, DFyP 2018 (noviembre), 30.

<sup>57</sup> MIZRAHI, Mauricio L., “*Compensación económica. Pautas, cálculo, mutabilidad, acuerdos y caducidad*”, DFyP 2018 (noviembre) 30.

Algunos aspectos como la renuncia anticipada, la modificación y la extinción, si bien no han sido regulados, encuentran respuestas en la aplicación de los principios generales del derecho.

Al cese de las uniones convivenciales por muerte o ante la muerte del beneficiario o el obligado, se encuentra un camino certero con fundamento en la solidaridad y equidad, en la aplicación de las reglas de transmisión sucesoria.





SECCIÓN III

---

**FILOSOFÍA ~ SOCIOLOGÍA ~ ÉTICA**



# LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA INTERNACIONAL. UN ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE THOMAS CHRISTIANO\*

*Ercilia Irene Adén\*\**

**Resumen:** En este trabajo se presentarán las particularidades de la legitimidad política en el orden global y por qué algunos autores consideran que existe una crisis democrática en ese nivel. Una vez presentados, se analizará el modelo estatista que propone Thomas Christiano para resolver los problemas de legitimidad en el orden global.

**Palabras Clave:** legitimidad internacional ~ democracia ~ Thomas Christiano.

## INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la existencia de un elevado y creciente nivel de interdependencia entre los Estados se ha visto acompañado de problemas –algunos nuevos y otros de larga data– que solo pueden resolverse de manera conjunta y coordinada, como son las cuestiones ambientales o las de economía financiera, entre muchas otras. La combinación de estos dos factores impide que las decisiones sean tomadas por las perso-

---

\* Artículo recibido el 5/07/2019 ~ Aprobado para su publicación el 13/08/2019.  
Este trabajo contiene parte de lo desarrollado en la tesis final de la Maestría en Derecho y Argumentación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, titulada “Legitimidad Democrática Internacional y Derecho Humano a la Democracia. Un análisis de la teoría propuesta por el liberal igualitario Thomas Christiano”. Agradezco a mi consejero de tesis, el Dr. Guillermo Lariguét, por sus comentarios y su acompañamiento en el proceso.

\*\* Abogada (UNC). Magíster en Derecho y Argumentación (UNC). Doctoranda en Derecho y Cs. Sociales (UNC). Profesora de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho (UNC). Miembro del Programa de Ética y Teoría Política radicado en el CIJS. Correo electrónico: [erciliaden@gmail.com](mailto:erciliaden@gmail.com).

nas en las que ellas repercuten o generan efectos ya que, en el mejor de los casos, son alcanzadas mediante acuerdos entre Estados que deciden prestar su consentimiento pero que no incluyen a la totalidad de los que integran la Comunidad Internacional porque muchos de ellos deciden no formar parte. Además, en muchos casos las decisiones son tomadas por los representantes estatales sin considerar los intereses de los ciudadanos que se supone deben representar. Es por esto que numerosos filósofos entienden que el sistema internacional tal como se encuentra hoy posee un déficit democrático<sup>1</sup> y han comenzado a reflexionar acerca de los nuevos desafíos que plantea en términos de legitimidad.

Thomas Christiano es un liberal igualitario que comparte la preocupación pero además entiende que el problema de la legitimidad democrática a nivel internacional y el de la legitimidad democrática doméstica se encuentran conectados. En particular, considera que dadas las condiciones del mundo hoy y la interdependencia existente en las relaciones entre Estados, no puede “conceptualmente”<sup>2</sup> haber democracia a nivel doméstico si no la hay en la totalidad de los Estados que integran la Comunidad Internacional cuando se relacionan entre sí.

Si bien no es el único autor que entiende que la existencia de regímenes democráticos debería ser una condición de admisibilidad aplicable a la totalidad de los Estados que integran la Comunidad Internacional, el tipo de conexión que Christiano encuentra entre las cuestiones de legitimidad internacional y las domésticas es novedoso. Por lo general se piensa que las cuestiones domésticas pueden ser tratadas de manera separada de las internacionales, y se sostiene que un Estado puede proteger su democracia aunque decida relacionarse con algunos Estados no democráticos para tratar cuestiones referidas a las relaciones interestatales. Por el contrario, de la teoría de Christiano puede extraerse que conforme a las condiciones del mundo de hoy, para que exista democracia a nivel interno debe haber democracia a nivel internacional y viceversa. Conforme al autor para ga-

---

<sup>1</sup> CHRISTIANO, Th., «Democratic Legitimacy and International Institutions», en *The Philosophy of International Law* (Samantha Besson & John Tasioulas eds.) (Oxford University Press, 2010), 119-37; Held, D., *Models of Democracy*, Polity Press (Cambridge, 2006), 292; Martí, J.L., «Democratic Legitimacy and The Sources of International Law», en *The Oxford Handbook on The Sources of International Law* (Oxford University Press, 2017), 724-45.

<sup>2</sup> No se trata de una imposibilidad de tipo causal.

rantizar la legitimidad en cualquiera de los dos niveles debe garantizarse tanto la existencia de mecanismos de toma de decisiones democráticos entre los Estados que participan, como así también la existencia de mecanismos de decisiones democráticos dentro de cada uno de ellos.

Como se apreciará en el trabajo, la tesis de Christiano se enmarca en el cosmopolitismo moral conforme al cual las exigencias de justicia se extienden más allá de las fronteras estatales, considerando a la totalidad de los seres humanos que habitan el mundo como parte de una misma comunidad, con independencia de su pertenencia a subgrupos basados en cultura, nacionalidad, o la pertenencia a un Estado u otro<sup>3</sup>. En otras palabras, consideran que las normas básicas de justicia tienen alcance global y que las exigencias se presentan ante todos los seres humanos. Sin embargo, cabe aclarar que Christiano no comparte los postulados del cosmopolitismo político que considera que la justicia global debe alcanzarse mediante la creación de instituciones políticas globales o la creación de un Estado global compartido por todos.

## LEGITIMIDAD POLÍTICA EN EL ORDEN GLOBAL Y CRISIS DEMOCRÁTICA

La legitimidad política puede entenderse, de manera general, como una exigencia que deben satisfacer ciertas autoridades o poderes políticos que ejercen la coacción como así también las decisiones que ellos toman, consistente en la posibilidad de ser justificada de manera aceptable para quienes se encuentran sujetos a ellas<sup>4</sup>.

La importancia de la legitimidad fue tratada por John Rawls en su obra “Liberalismo Político”<sup>5</sup>. Allí Rawls demostraba que debido a que no existe un acuerdo entre los individuos acerca de cuál es la concepción de

---

<sup>3</sup> KLEINGELD, P., BROWN, E., Y ZALTA, E. N. (ed.), *Cosmopolitanism*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013, Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/cosmopolitanism/>; MOELLENDORF, D., *Cosmopolitan Justice*, Colorado, Westview Press, 2002.

<sup>4</sup> PETER, F. Y ZALTA, E. N. (ed.), *Political Legitimacy*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/>.

<sup>5</sup> RAWLS, J., *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.

justicia correcta –el hecho del pluralismo- que debe guiar la regulación de las instituciones de un Estado y que es razonable que existan desacuerdos al respecto, establecer quiénes deben tomar las decisiones que se aplican a la totalidad de la sociedad y cómo deben hacerlo se vuelve relevante. La propuesta fue distinguir entre los aspectos procedimentales –legitimidad- y los aspectos sustantivos de las decisiones políticas –justicia-, que se refieren a su contenido dejando de lado la cuestión de cómo se llega a él. Conforme a esta distinción, los problemas de legitimidad son aquellos que responden a la pregunta acerca de quién y cómo se deben tomar las decisiones políticas mientras que los de justicia responden al problema del contenido de las decisiones que se toman en el seno de las instituciones políticas<sup>6</sup>. Esta distinción es de suma importancia porque, entre otras cosas, permite justificar las decisiones alcanzadas mediante mecanismos colectivos inclusive para aquellos que disienten con el resultado. Es decir, ofrece una justificación para decisiones colectivas con independencia de cuál sea su contenido.

Usando otros términos, Christiano trata de dar respuesta a cuestiones de legitimidad cuando se refiere a decisiones acerca de cómo estructurar el “mundo compartido”. Con respecto a estas decisiones es posible detectar al menos tres características que vuelven necesaria su justificación. Para comenzar, se trata de decisiones que indefectiblemente afectan a un conjunto de personas. El ejemplo paradigmático son las decisiones que se toman en el seno de las instituciones públicas de un Estado ya que todas las personas son afectadas por las de uno u otro Estado desde el comienzo de sus vidas y hasta el final. Además, es imposible llegar a un consenso debido a que las personas disienten acerca de cuál es el mejor rumbo a seguir -hecho del pluralismo rawlsiano-. Por último, es necesario tomar una decisión colectiva porque es imposible vivir de manera aislada. El orden internacional está compuesto por Estados, por lo que las personas se encontrarán y serán afectadas siempre por uno u otro Estado y esto es algo que no pueden eludir.

La legitimidad ofrece entonces un criterio para evaluar la justificación moral de las autoridades políticas y el modo en que ellas toman sus decisiones. Ahora bien, este criterio puede funcionar de al menos dos modos distintos. Uno de ellos consiste en establecer un piso mínimo que una

---

<sup>6</sup> MARTÍ, J.L., «Democratic Legitimacy and The Sources of International Law», 731.

autoridad o mecanismo de toma de decisiones políticas debe alcanzar para ser considerado legítimo. Este piso mínimo se alcanza cuando se cumplen una serie de requisitos previamente establecidos y que pueden variar de una concepción a otra. La consecuencia de adoptar este modo de interpretar el criterio es que al evaluarse una autoridad o decisión política existirán solo dos posibles respuestas: o bien la autoridad o decisión política será legítima, o bien será ilegítima. El otro modo de entender el criterio consiste en diferenciar entre distintos grados de legitimidad teniendo en miras un ideal a alcanzar. Es probable que en los hechos el ideal no pueda alcanzarse pero cumple la función de guiar la práctica, explicitando el objetivo al que se debería aspirar. Este criterio no es binario y permite distinguir diferentes grados de legitimidad que van decreciendo a medida que las autoridades o decisiones políticas se alejan del objetivo a alcanzar. Estos objetivos, al igual que en el criterio previamente analizado, también son definidos por una serie de requisitos que varían de una concepción a otra <sup>7</sup>.

En un principio, la discusión en torno a la legitimidad se centró en el nivel doméstico de los Estados como una forma de justificar la coacción que se impone a través del monopolio de la fuerza sobre los ciudadanos que ven limitadas algunas libertades. Al respecto, la mayoría de los liberales igualitarios coincide en que la forma de justificar la coacción es mediante la participación en los procedimientos de toma de decisiones por parte de quienes serán afectados por ellas y que esa participación debe ser igualitaria. Si bien existen discrepancias con respecto a los modos de justificarla, debido a que los liberales igualitarios comparten una preocupación por la libertad y la igualdad, sobre esta exigencia hay un acuerdo generalizado y éste se ve traducido en una unánime aceptación acerca de la exigencia de poseer instituciones democráticas a nivel doméstico de los Estados. Sin embargo, cuando se considera la posibilidad de extender esa exigencia a las instituciones de la totalidad de los Estados que integran la Comunidad Internacional surgen algunas discrepancias como las que se analizarán a continuación.

---

<sup>7</sup> Ibid, 732-34.

## LEGITIMIDAD INTERNACIONAL

El sistema internacional es distinto del doméstico en diversos aspectos pero si lo que se quiere analizar es la legitimidad en esta esfera, se deben tener en cuenta principalmente dos de ellos. Por un lado, quién es la autoridad política en este ámbito; y por el otro, cómo son los mecanismos de toma de decisiones que esa autoridad utiliza.

Con respecto a la autoridad, el sistema internacional no posee un órgano que ostente el monopolio de la fuerza sobre todos los Estados del mismo modo en que lo tiene un Estado para con sus ciudadanos. La Comunidad Internacional suele caracterizarse como descentralizada ya que no existe una autoridad distinta a los sujetos que la componen que tenga competencias para crear normas que puedan ser aplicadas a estos últimos. En esta esfera, los sujetos que la integran entre los que se destacan los Estados son los creadores de normas y a su vez los destinatarios de ellas<sup>8</sup>.

Que los Estados sean la autoridad tiene consecuencias en lo que respecta a los procedimientos de toma de decisiones internacionales que se encuentran limitados por el principio de igualdad soberana. Los doctrinarios de derecho internacional suelen distinguir tres tipos de estructuras formales del sistema que, aunque presentan variaciones con respecto al modo en que se toman decisiones, coinciden con respecto a quienes son los sujetos que toman parte en ellas. A los fines de analizar la legitimidad de todo el sistema internacional pueden destacarse la estructura relacional, la institucional y la comunitaria, aunque esta última se manifiesta solo a nivel regional.

La estructura relacional es una de tipo “horizontal” y es la que se presenta cuando los Estados intervienen en los mecanismos de creación y aplicación de normas en un pie de igualdad, conforme a los principios de igualdad soberana y de no intervención<sup>9</sup>. Este tipo de acuerdos es el más común en esta esfera y surge como consecuencia del consentimiento que prestan los propios Estados.

---

<sup>8</sup> BARBOZA, J., *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Zavallia, 1999, 15-20; DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Decimosexta, Madrid, Tecnos, 2007, 84-94; PAGLIARI, A., *Curso de Derecho Internacional Público*, 2º, Córdoba, Advocatus, 2013, 28-37; REMIRO BRÓTONS, A., *Derecho Internacional*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007), 45-86.

<sup>9</sup> DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 84-85.



El segundo tipo de estructura es la institucional que se ve reflejada en el funcionamiento de las Organizaciones Internacionales que aspiran a la cooperación. Si bien existen organizaciones que pueden considerarse casi universales, como es el caso de las Naciones Unidas, las funciones que cumplen y sus competencias son distintas de las que podría tener un Estado global, ya que lo que una organización internacional está facultada a hacer depende de las competencias que le hayan sido concedidas por los Estados que conservan su soberanía.

Por último, la estructura comunitaria que hasta ahora solo se encuentra a nivel regional en Europa, y que implica profundizar las relaciones solidarias entre Estados. En este tipo de organizaciones los Estados ceden parte de su soberanía y esto tiene implicancias con respecto al tipo de interacción que se presenta entre Estados y las competencias que tienen los organismos que la integran.

Dentro del marco de una organización internacional, las decisiones suelen adoptarse por mayoría mediante un procedimiento en el cual cada Estado participa con un voto, aunque sin desconocer que en el marco de la Organización de las Naciones Unidas se encuentran varias excepciones en aquellas decisiones que requieren el consentimiento de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad<sup>10</sup>. Si, por el contrario, se trata de acuerdos entre Estados fuera del marco de una organización, se llega a ellos mediante el consentimiento de cada uno de los que participan ya que no pueden ser coaccionados para formar parte.

Además, cabe destacar que aunque los Estados consientan en obligarse al cumplimiento de ciertas normas, ese cumplimiento no puede ser exigido de manera coercitiva en virtud de las inmunidades que se les reconocen y que se derivan de su soberanía. Estas son las inmunidades de jurisdicción y de ejecución que impiden que un Estado sea llevado a juicio y/o ejecutado sin su consentimiento que puede darse de manera general o para algún caso en particular conforme sea la voluntad del Estado. Es decir que la autoridad sigue en cabeza de los Estados que son quienes toman las decisiones y las aplican. Pueden encontrarse algunas excepciones dentro de la estructura comunitaria pero su ingreso siempre

---

<sup>10</sup> Francia, Reino Unido, Rusia, China y los Estados Unidos son los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y cuentan con un “derecho de veto” para decidir sobre cuestiones de fondo. Esto podría ser entendido como una especie de voto calificado.

depende del consentimiento de los Estados y, hasta el momento, no existe una que posea carácter global.

Sin desconocer las diferencias que existen entre uno y otro orden, muchos sostienen que en el orden internacional existe un problema de legitimidad ya que aunque en ese nivel las decisiones que se toman se encuentran dirigidas a los Estados, también poseen serios efectos en la vida de las personas y, sin embargo, no son justificadas de manera aceptable para todas ellas<sup>11</sup>. Esto se debe, en parte, a que en la mayoría de los casos las personas no tienen la posibilidad de incidir ni de tomar parte en los procedimientos mediante los cuales esas decisiones son alcanzadas<sup>12</sup>.

Esta preocupación es compartida por los filósofos partidarios del “all affected principle” o “principio de todos los afectados” que consideran que el ser afectados por una decisión alcanza para originar un derecho a participar del procedimiento mediante el cual se llega a ella, con independencia de que exista o no sujeción a un gobierno. Esto ha llevado a que muchos de ellos comiencen a indagar en distintos tipos de soluciones para garantizar la participación de las personas de todo el mundo, algunas compatibles con el régimen internacional existente y otras que requieren de la introducción de algunos cambios o reformas. Una de ellas consiste en pensar a la democracia ya no limitada al ámbito interno de cada Estado sino trascendiendo sus fronteras y teniendo en cuenta las instituciones y decisiones que se toman a nivel global. Este es el tipo solución que proponen los defensores de la “democracia global”, que consideran que si

---

<sup>11</sup> ARCHIBUGI, D., KOENIG-ARCHIBUGI, M., Y MARCHETTI, R., *Global Democracy. Normative and Empirical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; CHRISTIANO, TH., *Democratic Legitimacy and International Institutions*; MARTÍ, J.L., *Democratic Legitimacy and The Sources of International Law*; MARTÍ, J.L. Y BESSON, S., *Legitimate actors of international law-making: towards a theory of international democratic representation*, 2018, Disponible en: <https://doi.org/10.1080/20403313.2018.1442256>.

<sup>12</sup> Si bien las decisiones pueden ser aceptables con respecto al contenido –por ejemplo, por ser justas-, en el sentido de que quienes toman las decisiones decidan lo mejor para quienes serán afectados por ellas, eso no alcanzaría para justificar el procedimiento –ni el quién ni el cómo-. No se puede desconocer que hay quienes sostienen que las decisiones políticas deberían sean tomadas por “expertos” Schumpeter, J., *Capitalism, Socialism and Democracy* (New York: Harper and Row, 1956).. Sin embargo, las concepciones analizadas parten de aceptar que hay ciertos ámbitos en donde nadie es un experto y que por eso todos los afectados deben tomar parte de los procedimientos para expresar sus puntos de vista.

hay decisiones que generan efectos que trascienden las fronteras de los Estados, la participación política debe extenderse en la misma medida<sup>13</sup>.

Para otros, la solución debe alcanzarse manteniendo un sistema de toma de decisiones basado en la participación voluntaria de Estados y rechazan la posibilidad de una democracia global, bien sea por imposibilidades fácticas o porque los resultados no serían moralmente deseables.

### EL “PRINCIPIO DE TODOS LOS AFECTADOS” Y LA TEORÍA DE CHRISTIANO

Como ya se anticipó, para Christiano surgen exigencias de legitimidad democrática cuando las instituciones generan “*serios efectos en las vidas de las personas*”<sup>14</sup> con independencia de que los efectos sean una consecuencia directa o indirecta de las normas que se les aplican. Por tal motivo, se puede sostener que el principio que se encuentra en la base de su concepción es el “principio de todos los afectados” recientemente presentado.

Para otra corriente de filósofos, esta concepción de legitimidad resulta deficiente y sostienen que si bien los efectos profundos en la vida de las personas son una condición para que surjan exigencias de legitimidad democrática, se trata de una condición necesaria pero no suficiente como la entiende Christiano. Para éstos, las exigencias de legitimidad política son una forma de garantizar el autogobierno cuando los esquemas institucionales son aplicados de manera coercitiva y directa<sup>15</sup> a los agentes. Por este motivo entienden, apartándose de la concepciones como la de Christiano, que debido a que los sujetos que se encuentran sujetos o coaccionados por el sistema internacional son diferentes a los que coacciona un Estado a nivel doméstico, también las exigencias de legitimidad son diferentes. Esta corriente de filósofos

---

<sup>13</sup> KUYPER, J. y ZALTA, E. N. (ed.), «Global Democracy», en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/global-democracy/>.

<sup>14</sup> CHRISTIANO, TH., An egalitarian argument for a human right to democracy, in: *Human Rights. The Hard Questions*, 301–326, Cambridge University Press, 2013, 1

<sup>15</sup> SELEME, H. O., Democracia Internacional, Derecho Humano a la Democracia e Intervención Humanitaria, *Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, Doxa, 2012, 337.

fundamenta su posición en lo que se conoce como el “all subjected principle” o “principio de todos los sometidos”<sup>16</sup>, que establece un vínculo entre el derecho a participar en los procedimientos de toma de decisiones colectivas y la sujeción al dominio de un gobierno<sup>17</sup>. En resumen, para estos filósofos, además de la afectación se requiere también que las personas afectadas se encuentren “sujetas” a las decisiones, en el sentido de que sean coaccionados directamente por ellas. Conforme a Seleme, un esquema institucional puede identificarse como coercitivo “(...) *no simplemente cuando incide sobre la probabilidad de que un agente elija un curso de acción o soporte un estado de cosas, sino adicionalmente cuando esa es su pretensión (...)*”<sup>18</sup>. Así, conforme a esta concepción es posible afirmar que el esquema institucional internacional, al igual que el esquema interno de cada Estado, posee carácter coercitivo. Sin embargo, aunque los acuerdos y decisiones a nivel internacional pueden interferir en los cursos de acción de las personas, ellas no son sus destinatarios puesto que las normas se dirigen a regular las conductas de los Estados –esa es su pretensión–.

Esta es una de las características del esquema internacional<sup>19</sup> que ha llevado a filósofos como John Rawls a sostener que los principios que se aplican en ese nivel deben tomar como sujetos moralmente relevantes a los pueblos y no a los individuos, dado que es sobre los pueblos políticamente organizados que se ejerce la coacción de manera directa. Como consecuencia, en la teoría rawlsiana se diferencian principios que regulan relaciones entre Estados de aquellos que regulan las relaciones entre individuos. Esta plausible objeción a la teoría de Christiano es externa, ya que cuestiona la prescindencia de la distinción entre coacción directa

---

<sup>16</sup> La traducción es propia. También podría traducirse como “principio de todos los sujetos”.

<sup>17</sup> LAGERSPETZ, E., *Democracy and the All-Affected Principle*, 10, n.º 1, 2015, 8.

<sup>18</sup> SELEME, H. O., *Democracia Internacional, Derecho Humano a la Democracia e Intervención Humanitaria, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Doxa, 2012, 331.

<sup>19</sup> En la teoría de John Rawls tampoco la coacción es suficiente para que exista un derecho a participar. Además se requiere que exista un poder político y que éste sea el que ejerza la coacción. SELEME, H. O., *La consistencia del contextualismo institucional e internacional*, 43, 2009, 224-26.. Sin embargo, en lo que respecta al “principio de todos los afectados”, esta diferenciación es suficiente.

e indirecta cuando el autor establece las características relevantes para fundar las exigencias de legitimidad<sup>20</sup>.

Sin embargo, cabe destacar que de aceptarse el “principio de todos los afectados” defendido por Christiano, y el postulado de que surgen exigencias de legitimidad cuando se toman decisiones que generan efectos profundos en la vida de las personas, se corre el riesgo de obtener una “sobre-inclusión de casos” comprendidos bajo la exigencia. Esto se debe a que los efectos de una decisión pueden ser numerosos y el “principio de todos los afectados” parece no distinguir entre efectos deseados y externalidades -efectos no deseados o no queridos-, que por sus particularidades merecen un tratamiento diferenciado<sup>21</sup>.

En el derecho internacional, por ejemplo, es posible encontrar un tratamiento diferenciado al considerarse casos de responsabilidad atribuible a los Estados por actos no prohibidos<sup>22</sup>. En estos casos, las soluciones que se ofrecen sirven para resarcir los daños causados por decisiones permisibles en el sistema internacional, sin por ello otorgarse la posibilidad de decidir acerca de cuál curso de acción tomar. En otras palabras, se establece un límite con la finalidad de “evitar daños” pero no por ello se otorga participación a toda la Comunidad Internacional para definir cuál es el mejor modo de actuar dentro del ámbito de lo permitido.

Además, si lo único relevante son los efectos no habría razones para excluir las decisiones individuales que producen efectos de manera indirecta, del mismo modo que sucede con las decisiones que toman los Estados en la arena internacional. De ser esto así, las externalidades de algunas decisiones individuales darían motivos para defender un derecho a participar de ellas y esto haría colapsar la libertad individual que tanto preocupa a los liberales. Si bien se podría agregar que las decisiones

---

<sup>20</sup> Una objeción interna es aquella que se realiza dentro del marco de la propia teoría cuestionada y puede estar basada en una incoherencia o incompatibilidad entre las premisas postuladas o en el modo en que se relacionan las premisas y la conclusión.

<sup>21</sup> Desde una perspectiva deontologista, se debería distinguir entre los efectos que una decisión “establece” y los que “engendra”. SELEME, H. O., «La consistencia del contextualismo institucional e internacional», 221-22; POGGE, TH., *Realizing Rawls*, Ithaca, Cornell University Press, 1989, 45.

<sup>22</sup> BARBOZA, J., *Derecho Internacional Público*, 477; GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Errepar, 2015, 326-41; PAGLIARI, A., *Curso de Derecho Internacional Público*, 496-99.

individuales son distintas porque no son tomadas en representación de otros sujetos como sucede en las decisiones colectivas, esta no es una escapatoria factible para quienes –como Christiano– ven en los efectos que se generan a ciudadanos de un Estado que no toman parte de una decisión, un problema de legitimidad.

Sin embargo, los partidarios del “principio de todos los afectados” pueden dar una respuesta al problema de la sobre-inclusión de casos debido a que aunque todos los efectos son considerados razones suficientes para originar un derecho a la participación, no todos los efectos necesariamente justifican el mismo tipo de participación y es así que pueden diferenciarse distintos grados dependiendo del efecto que generan. Para ello, se podría establecer un criterio que otorgue un status especial a aquellos efectos que sean producto de la coacción directa.

### **LA PROPUESTA DE CHRISTIANO ANTE EL DÉFICIT DE LEGITIMIDAD INTERNACIONAL**

Thomas Christiano piensa que, al menos en la actualidad y dadas las condiciones del mundo de hoy, una democracia global en la que participen todas las personas del mundo sin considerar las fronteras estatales -como ciudadanos no de un Estado sino del mundo- no es posible ni deseable. Para empezar, considera que no se cuenta con una sociedad civil global que sea apta para garantizar que la democracia funcione a ese nivel<sup>23</sup>. De hecho, piensa que si aún hoy es difícil que los ciudadanos se involucren e informen de las decisiones que se toman a nivel estatal, esto se vería agravado a nivel internacional puesto que por lo general las personas se preocupan por conocer de los temas que las afectan de manera más palpable y directa. Como consecuencia, serían muy pocas las personas que participen en los procedimientos internacionales adoptando o respaldando decisiones cuyo contenido verdaderamente conozcan. Además, aunque existe una interdependencia de intereses entre personas que se encuentran en distintos lugares del mundo, ésta se da en una medida mucho más reducida que la que se presenta a nivel estatal por lo cual la posibilidad de que los intereses

---

<sup>23</sup> CHRISTIANO, TH., An egalitarian argument for a human right to democracy, in: Human Rights. The Hard Questions, 301–326, Cambridge University Press, 2013, 16.

de las personas sean avanzados de manera igualitaria es más compleja<sup>24</sup>. Inclusive si se piensa en cuestiones como la protección del medio ambiente o el fomento del crecimiento económico de una sociedad, hay factores culturales y/o religiosos que inciden a la hora de establecer el curso de acción que una sociedad considera apropiado tomar en relación a ellos. Si la mayor parte de la población de un Estado posee creencias religiosas que impliquen un trato especial con la naturaleza, el avance de sus intereses puede requerir dar prioridad a la protección de la tierra o la naturaleza, en vez de explotarla para obtener grandes beneficios económicos<sup>25</sup>. En una escala global, la posibilidad de dar prioridad a esos intereses se vería dificultada. Por último, considera que un sistema global produciría grandes grupos de minorías que se perpetuarían en esa situación, sin posibilidades de incidir en los mecanismos de toma de decisiones<sup>26</sup>. En otras palabras, cree que si las minorías de hoy encuentran grandes limitaciones para avanzar sus intereses a nivel doméstico de un Estado, esto se agravaría a nivel global en donde su representación se vería notablemente reducida.

Por las dificultades expuestas es que Christiano sostiene que para resolver los nuevos desafíos que presenta el orden global en términos de legitimidad de las instituciones y las decisiones que se toman a nivel internacional, la respuesta no debe alcanzarse mediante la creación de una democracia global. El filósofo estadounidense entiende que estos problemas pueden ser resueltos a partir de un esquema de asociación equitativa de Estados democráticos<sup>27</sup>. Conforme a este esquema, la participación de las personas en la conformación del orden internacional se efectiviza a mediante su igual participación en las instituciones políticas a nivel doméstico que son las que luego actúan en la arena internacio-

---

<sup>24</sup> CHRISTIANO, TH., *Democratic Legitimacy and International Institutions*, *The Philosophy of International Law* (Samantha Besson & John Tasioulas eds.), 119-37, Oxford, University Press, 2010, 132-133.

<sup>25</sup> Piénsese en países como Ecuador que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos. La Constitución ecuatoriana destina el Capítulo 7 a su desarrollo (Disponible en: [http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_const.pdf)).

<sup>26</sup> CHRISTIANO, TH., *Democratic Legitimacy and International Institutions*, *The Philosophy of International Law* (Samantha Besson & John Tasioulas eds.), 119-37, Oxford, University Press, 2010, 133-134.

<sup>27</sup> *Ibid*, 137.

nal<sup>28</sup>. Es decir, su propuesta consiste en mantener el sistema internacional existente en donde los Estados deciden de manera voluntaria los acuerdos de los que van a tomar parte<sup>29</sup> pero agrega la exigencia de que todos ellos cuenten con regímenes democráticos. Esta nueva exigencia democrática sí implica una propuesta de cambio en orden internacional presente ya que en él existen muchos Estados no democráticos que son autorizados a participar en la creación del orden internacional y los acuerdos internacionales de cooperación<sup>30</sup>.

El enfoque que utiliza Christiano para evaluar la legitimidad del orden internacional y formular su propuesta es uno de tipo gradual, aunque estableciendo un piso mínimo que tanto autoridades como mecanismos de toma de decisiones políticas deben satisfacer para poder comenzar a discutirse de grados de legitimidad. Este piso de legitimidad “satisfactoria” sirve para determinar qué Estados se encuentran autorizados a participar de los procedimientos de toma de decisiones internacionales que se toman dentro de la Comunidad Internacional como miembros plenos – legitimidad como condición de membresía- y a su vez, para repeler cualquier tipo de intervención externa proveniente de los demás sujetos de la Comunidad Internacional.

---

<sup>28</sup> CHRISTIANO, TH., An egalitarian argument for a human right to democracy, in: Human Rights. The Hard Questions, 301–326, Cambridge University Press, 2013, 1-2.

<sup>29</sup> Cabe aclarar que la propuesta de asociación voluntaria de Estados no debe ser entendida como parte de una teoría de tipo no ideal que se desarrolle teniendo en cuenta las condiciones del mundo hoy. Por el contrario, Christiano afirma que su punto de partida es de teoría ideal, ya que la imposibilidad de contar con instituciones globales no se encuentra fundada en motivaciones inmorales por parte de los individuos. “(...) *The current infeasibility of more ambitious global institutions is not based on an assessment of the bad moral motivations of the persons in the system*”. CHRISTIANO, TH., Replies to Alvarez, David Lefkowitz and Michael Blake, s. f., 5..

<sup>30</sup> Si se piensa en una organización como las Naciones Unidas, que es considerada de carácter universal, los requisitos para adquirir el carácter de miembro que se encuentran en el Artículo 4 párrafo 1 de la Carta de Naciones Unidas no incluyen la necesidad de contar con un régimen democrático. Allí los únicos requisitos establecidos son los de ser Estados “amantes de la paz” y “aceptar las obligaciones consignadas en la Carta de las Naciones Unidas”, a lo que se agrega que se debe tratar de Estados que puedan y se encuentren dispuestos a cumplir con las obligaciones que asumen. Organización de las Naciones Unidas, «Carta de las Naciones Unidas» (1945), <http://www.un.org/es/charter-United-nations/index.html>..



En concreto, conforme a su propuesta el objetivo a alcanzar consiste en que los intereses de las personas de todo el mundo sean avanzados de manera igualitaria. Mientras las instituciones más se aproximen a él, se dirá que satisfacen en un mayor grado las exigencias de legitimidad. Asimismo, para evaluar los distintos grados de legitimidad suficiente, el piso mínimo que establece incluye que la exigencia de garantizar la igual participación de los ciudadanos de los Estados de todo el mundo a nivel doméstico. Esta exigencia forma parte de las requeridas por una democracia minimalista<sup>31</sup>.

Los beneficios que se producen a partir de la existencia de un procedimiento descentralizado de toma de decisiones entre Estados se relacionan con el valor instrumental que Christiano concede a estos últimos. Los Estados son considerados una herramienta -la óptima- para satisfacer la exigencia de avanzar los intereses de los ciudadanos de manera igualitaria. En la función instrumental de los Estados puede verse reflejado el carácter cosmopolita de la teoría ya que los Estados no poseen relevancia moral como sujetos sino que funcionan como un medio para satisfacer del mejor modo posible, dadas las condiciones del mundo hoy y en un futuro cercano, las exigencias para con los individuos que son los únicos sujetos moralmente relevantes.

Para Christiano la función instrumental de los Estados se justifica en la existencia de ciertos beneficios que, de hecho, proveen en el mundo hoy y que pueden ser empíricamente constatados. Para comenzar, son el modo más eficiente para que el poder que se ejerce en el sistema internacional rinda cuentas ante los individuos que se ven afectados por él<sup>32</sup>. Además, poseen una larga trayectoria que les ha permitido perfeccionarse y ser efectivos para alcanzar la justicia y el bien común de sus ciudadanos<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> CHRISTIANO, TH., *Self-determination and the Human Right to Democracy*, en *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford University Press, 2015, 461.

<sup>32</sup> Los Estados son "(...)los sistemas más eficaces para hacer que quienes ejercen el poder rindan cuentas ante las personas en el sistema internacional". La traducción es propia. "(...) *The most effective systems for making power accountable to persons in the international system*". CHRISTIANO, TH., *Replies to Alvarez, David Lefkowitz and Michael Blake*.

<sup>33</sup> "(...) Los Estados son sistemas altamente integrados para lograr la justicia y el bien común que se han desarrollado durante largos periodos de tiempo". La traducción es propia. "(...) *States are highly integrated systems for achieving justice and the com-*

Por último, están capacitados para poder representar los intereses de los individuos en la Comunidad Internacional<sup>34</sup>.

## CONCLUSIÓN

El modelo de asociación equitativa de Estados democráticos que propone Thomas Christiano para garantizar la legitimidad internacional se traduce en una nueva exigencia para los Estados con respecto al modo en que deben organizar sus instituciones a nivel doméstico para poder participar como miembros de la Comunidad Internacional. Si bien se ha presentado un análisis teórico, las consecuencias que se seguirían de aceptar sus conclusiones podrían traducirse en algunas exigencias a nivel práctico. En concreto, de ser acertados sus postulados, países democráticos como la Argentina deberían preocuparse por promover la democracia en todos los Estados de la Comunidad Internacional porque, en caso contrario, se encontrarían en una constante situación de ilegitimidad no solo internacional sino también doméstica.

Esta propuesta implica universalizar la exigencia democrática reconociéndole el status de derecho humano y es por eso que muchos autores consideran que su incorporación implicaría vulnerar el derecho de autodeterminación de los pueblos que goza de amplio reconocimiento en la arena internacional<sup>35</sup>. Sin embargo, la objeción a la propuesta de Christiano depende de cómo sean entendidos el derecho de autodeterminación de los pueblos y sus implicancias, ya que este autor también le reconoce valor. Por razones de extensión, y porque su tratamiento excede los objetivos de

---

*mon good that have developed over long periods of time*" CHRISTIANO, TH., Replies to Alvarez, David Lefkowitz and Michael Blake, s. f.

<sup>34</sup> "(...)Los Estados están en condiciones de representar a sus miembros en la comunidad más grande". La traducción es propia. "(...) States are in a position to represent their members to the larger community". CHRISTIANO, TH., Self-determination and the Human Right to Democracy, *Philosophical Foundations of Human Rights*, 459-80, Oxford University Press, 2015.

<sup>35</sup> BEITZ, CH. R., *The Idea Of Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 174-86; COHEN, J., Is there a Human Right to Democracy?, *The Egalitarian Conscience. Essays in Honor of G.A. Cohen*, Oxford, Oxford University Press, 2006; PETER, F., A Human Right to Democracy?, *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford University Press, 2015, 481-90.

este trabajo, el análisis de su concepción de derecho de autodeterminación de los pueblos quedará pendiente para otra ocasión.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARCHIBUGI, D., KOENIG-ARCHIBUGI, M., Y MARCHETTI, R. *Global Democracy. Normative and Empirical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- BARBOZA, J., *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavalía, 1999.
- BEITZ, CH. R., *The Idea Of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- CHRISTIANO, TH., Democratic Legitimacy and International Institutions, *The Philosophy of International Law (Samantha Besson & John Tasioulas eds.)*, 119-37, Oxford, University Press, 2010.
- . Replies to Alvarez, David Lefkowitz and Michael Blake, s. f.
- . An egalitarian argument for a human right to democracy, in: *Human Rights. The Hard Questions*, 301–326, Cambridge University Press, 2013.
- . Self-determination and the Human Right to Democracy, *Philosophical Foundations of Human Rights*, 459-80, Oxford University Press, 2015.
- COHEN, J., Is there a Human Right to Democracy?, *The Egalitarian Conscience. Essays in Honor of G.A. Cohen*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Decimosexta, Madrid, Tecnos, 2007.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. (COORD.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Errepar, 2015.
- HELD, D., *Models of Democracy*, Polity Press. Cambridge, 2006.
- KLEINGELD, P., BROWN, E., Y ZALTA, E. N. (ed.), Cosmopolitanism, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/cosmopolitanism/>.
- KUYPER, J., Y ZALTA, E. N. (ed.), Global Democracy, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/global-democracy/>.
- LAGERSPETZ, E., Democracy and the All-Affected Principle, 10, n.º 1 (2015): 6-23.
- MARTÍ, J.L., Democratic Legitimacy and The Sources of International Law, *The Oxford Handbook on The Sources of International Law*, 724-45, Oxford University Press, 2017.
- MARTÍ, J.L., Y BESSON, S., Legitimate actors of international law-making: towards a theory of international democratic representation, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/20403313.2018.1442256>.

- MOELLENDORF, D., *Cosmopolitan Justice*, Colorado, Westview Press, 2002.
- Organización de las Naciones Unidas. Carta de las Naciones Unidas (1945).  
Disponible en <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>.
- PAGLIARI, A., *Curso de Derecho Internacional Público*, 2º, Córdoba, Advocatus, 2013.
- PETER, F. A Human Right to Democracy?, *Philosophical Foundations of Human Rights*, 481-90, Oxford University Press, 2015.
- PETER, F., Y ZALTA, E. N. (ed.), Political Legitimacy, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/>.
- POGGE, TH., *Realizing Rawls*, Ithaca, Cornell University Press, 1989.
- RAWLS, J., *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.
- REMIRO BRÓTONS, A. *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- SCHUMPETER, J., *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, Harper and Row, 1956.
- SELEME, H. O., La consistencia del contextualismo institucional e internacional, 43 (2009): 205-28.
- . Democracia Internacional, Derecho Humano a la Democracia e Intervención Humanitaria, *Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, Doxa., 2012.

# ¿OPRESIÓN Y/O EXPLOTACIÓN? APORTES DEL FEMINISMO A LA CONCEPCIÓN MARXISTA DEL TRABAJO\*

*Fidel Azarian\*\**

**Resumen:** En este artículo, nos interesa recuperar algunas reflexiones actuales sobre las posibles articulaciones entre el marxismo y el feminismo. Usamos el término genérico “feminismo marxista” para incluir las tendencias históricas del “feminismo materialista” en el sentido estricto -fundado por Christine Delphy- y el “femenismo obrerista” - que surge de las consideraciones iniciales de Mariarosa Della Costa y Alisa Del Re, también como las versiones actuales del feminismo anticapitalista o antineoliberal, que encuentra en Silvia Federici, Cinzia Arruzza y Nancy Fraser, entre otras, sus principales referentes. Tomamos las herramientas teóricas y políticas del movimiento feminista para aclarar algunos conceptos centrales de la teoría marxista, así como el dualismo de “producción-reproducción”, que forman la concepción ampliada del “trabajo” que exponen los feminismos marxistas.

**Palabras clave:** feminismos marxistas ~ trabajo ~ producción ~ reproducción.

## UNA PRESENTACIÓN CONTEXTUALIZADA: LEER EL MARXISMO EN CLAVE FEMINISTA, HOY...

A más de un siglo y medio de la publicación del primer tomo de *El Capital*, no hay dudas que la enorme y compleja obra de Karl Marx sentó bases firmes para la comprensión política de los fundamentos y las lógicas de funcionamiento del capitalismo como modo de producción. En *El origen*

---

\* Artículo recibido el 10/07/2019 ~ Aprobado para su publicación el 29/08/2019.

\*\* Doctorando en Ciencia Política (UNC), Maestrando en Sociología (UNC), Licenciado en Ciencia Política (UCC). Becario CONICET, radicado en el CIJS-UNC. Investigador del Colectivo “El llano en llamas” (UNC-UCC). Jefe de trabajos prácticos de Epistemología de las Ciencias Sociales en la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales (UCC). E-mail: fidel.azarian@gmail.com.

*de la familia, la propiedad privada y el Estado*, ENGELS (1924) afirmaba que el capitalismo no es solo un modo de producción de mercancías, sino también un modo de producción de sujetos/as y que así lo señaló Marx. Feministas que abrevaron en el marxismo y en el psicoanálisis señalaron que bajo este marco debía entenderse la producción misma del género, conforme a las reglas que reproducían la familia heterosexual normativa, donde el parentesco actuaba para reproducir individuos/as que fueran útiles para el capital. Así es como históricamente la regulación de la sexualidad estuvo de manera sistemática vinculada al modo de producción capitalista, apta para el funcionamiento de la economía política (BUTLER, 2000). En un intento por superar falsas dicotomías en el seno de la izquierda, en nuestras investigaciones nos acercamos al pensamiento de JUDITH BUTLER (2000), quien nos advierte que las apelaciones a una distinción aparentemente estable entre la vida material y cultural ha servido para identificar a los nuevos movimientos sociales con lo meramente cultural, y lo cultural con lo derivado y secundario (AZARIAN, 2016).

En este esfuerzo por volver actuales algunas categorías de análisis marxista para pensar movimientos políticos contemporáneos como son los feminismos y las luchas que protagonizan, no podemos negar que han sido muchas y diversas las interpretaciones y activismos políticos que derivaron de la empresa intelectual de este filósofo alemán. Entre tantas otras, nos interesa recuperar aquí algunas reflexiones teóricas respecto de las articulaciones posibles entre marxismo y feminismo para una crítica política a las condiciones actuales de explotación de las mujeres<sup>1</sup> en el marco de una hegemonía global neoliberal que adquiere una nueva intensidad en Latinoamérica, donde los movimientos feministas han logrado una sorprendente masividad en la movilización social, articulando demandas diversas y prácticas de resistencia heterogéneas, constituyéndose en un potente laboratorio de experimentación política. No es un dato menor el hecho de que en Argentina, desde que llegó al gobierno la coalición política “Cambiamos” liderada por Mauricio

---

<sup>1</sup> Cabe aclarar que cuando hacemos uso del significante “mujer” en este trabajo no lo referimos a un biocuerpo “femenino” ni “feminizado”, según cierta concepción biologicista y esencialista de lo que significa “ser mujer”, ni tampoco referimos a una “historia de vida” narrada por una concepción construccionista de la socialización de género, sino más bien a una posición subjetiva que comprende una multiplicidad de expresiones de género no binarias.

Macri, las organizaciones feministas organizaron cuatro paros activos en su contra, con fuertes cuestionamientos a las cúpulas sindicales: desde el año 2016, todos los 8 de marzo, el movimiento mostró su masividad en las calles, en el marco del “Día Internacional de la Mujer Trabajadora”. En el año 2016, los movimientos de mujeres convocaban a “paro activo” bajo la consigna: “Mientras los de la CGT toman el té, nosotras tomamos las calles” y al año siguiente la novedad fue que el movimiento feminista argentino logró articulaciones con colectivos de mujeres de distintas partes del mundo, adquiriendo la lucha un matiz internacionalista: las acciones se enmarcaron en el “Paro Internacional de Mujeres” que tuvo lugar en 50 países, dando un importante salto cualitativo y cuantitativo en 2018 y 2019, cuando se produjo la adhesión de colectivos de mujeres de más de 170 países.

## UNA INTRODUCCIÓN AL DEBATE TEÓRICO-POLÍTICO ENTRE FEMINISMO Y MARXISMO

Si bien desde la década de los años setenta se ha desplegado una crítica interesante a la economía neoclásica desde una perspectiva feminista y marxista, en los últimos años se ha registrado una fuerte reactivación del debate en torno al papel de las mujeres en la reproducción del sistema de explotación y dominación capitalista. En un contexto de recrudecimiento de la violencia machista en todo el mundo, así como de visibilización pública de las luchas feministas y de la disidencia sexual contra las diferentes formas de opresión hetero-patriarcal, SILVIA FEDERICI ofrece en sus libros *El patriarcado del salario* (2018), *Calibán y la Bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria* (2015) y *Revolución en punto cero: Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas* (2013), una explicación acerca del carácter necesario de la explotación de las mujeres en el capitalismo, sosteniendo que ha tenido una función central en el proceso de acumulación capitalista, en la medida en que las mujeres han sido las productoras y reproductoras de la mercancía principal: la fuerza de trabajo. En su estudio sobre la violencia contra las mujeres en la sociedad capitalista, la división sexual del trabajo y el trabajo no pagado realizado por las mujeres, FEDERICI (2015) demuestra que es posible trascender la dicotomía entre capitalismo y patriarcado, otorgándole a éste último un contenido histórico específico, y así es como

abre el camino para una nueva interpretación –histórica y política– de la lucha de clases desde un punto de vista feminista.

En el mismo sentido, la teórica italiana CINZIA ARRUZZA (2015) plantea la pregunta acerca de cómo debe comprenderse la relación entre la explotación capitalista y la opresión de género, partiendo del supuesto de que esta forma de dominación basada en la desigualdad sexogenérica no puede explicarse en términos individuales, psicológicos o relacionales sino que es parte de un entramado social estructural comúnmente denominado “patriarcado”. Inscripta en una perspectiva marxista, recurre entre otros conceptos a las nociones de producción y reproducción de la fuerza de trabajo y así es como despliega una rica argumentación a favor de una forma específica de comprender las articulaciones entre capitalismo y patriarcado. Es que, para las teóricas que han encontrado una relación necesaria entre capitalismo y patriarcado, el capitalismo no es solo un conjunto de leyes y mecanismos puramente económicos, sino más bien un orden social complejo y articulado, con relaciones internas de explotación, dominación y alienación. De este modo, la dinámica de acumulación capitalista sigue produciendo, reproduciendo, transformando, renovando y manteniendo relaciones sexogenéricas jerárquicas y opresivas (ARRUZZA, 2016).

El objetivo de este texto es recuperar herramientas críticas desde el feminismo marxista para el análisis de las diversas formas de explotación contemporáneas y las luchas que se le oponen. En ese sentido, revisitamos a distintas teóricas feministas para clarificar algunos conceptos centrales del marxismo, como es el dualismo “producción-reproducción” a partir de la concepción ampliada de “trabajo” que exponen los feminismos marxistas. Utilizamos este término genérico para incluir tanto las corrientes históricas del “feminismo materialista” en sentido estricto –fundado en Francia por Christine Delphy– y del “feminismo obrerista” –que surge de los planteos iniciales de Mariarosa Della Costa y Alisa DelRe–, como así también las versiones actuales del feminismo anticapitalista, que encuentra en Silvia Federici, Cinzia Arruza, Nancy Fraser, entre otras, a sus más reconocidas referentes. Cabe aclarar que también se incluyen las críticas de Gayle Rubin, como una de las autoras feministas que tensiona el legado marxista.



## LA EXPLOTACIÓN CAPITALISTA DEL TRABAJO

Quizás el fundamental aporte de Karl Marx a la comprensión de la economía política sea la concepción del trabajo como creador de plusvalor. Es decir, la principal crítica que Marx hizo a los economistas clásicos –nos referimos a pensadores de la talla de David Ricardo y Adam Smith– fue no haber reparado en el proceso de creación de la riqueza sino más bien haberla tomado como un dato externo, ya dado<sup>2</sup>. El gran esfuerzo teórico de Marx en *El Capital* –cuya versión original fue publicada en 1867– consistió en explicar el proceso de creación de la propiedad partiendo de un punto nunca antes explorado: el trabajo como creador de valor, de plusvalía. Pero para comprender esta característica del trabajo tuvo que problematizar este concepto. Así fue como identificó el carácter dual del mismo y marcó una distinción fundamental entre trabajo concreto y trabajo abstracto, afirmando que es este último el único productor de valor en una sociedad capitalista: “Todo trabajo es, de una parte, gasto de la fuerza humana de trabajo en el sentido fisiológico y, como tal, como trabajo humano igual o trabajo humano abstracto, forma el valor de la mercancía. Pero todo trabajo es, de otra parte, gasto de la fuerza humana de trabajo bajo una forma especial y encaminada a un fin y, como tal, como trabajo concreto y útil, produce los valores de uso” (MARX, 2014:51).

Marx empezó a teorizar sobre el carácter dual del trabajo en los *Manuscritos económico-filosóficos* de 1844 aunque con una denominación diferente. Allí, el autor se refería al trabajo concreto como actividad vital y al trabajo abstracto como trabajo enajenado. En ese texto el autor señala que el trabajo produce tres cosas en relación al trabajador y al producto de su trabajo. En primer lugar, el trabajo produce mercancías (productos con valor de uso y valor de cambio)<sup>3</sup>. A su vez, durante el

---

<sup>2</sup> En palabras del propio MARX (2014:79/80): “La economía política ha analizado, indudablemente, aunque de un modo imperfecto, el concepto del valor y de su magnitud, descubriendo el contenido que se escondía bajo estas formas. Pero no se le ha ocurrido preguntarse siquiera por qué este contenido reviste aquella forma, es decir por qué el trabajo toma cuerpo en el valor y por qué la medida del trabajo según el tiempo de su duración se traduce en la magnitud del valor del tiempo del trabajo”

<sup>3</sup> “Una cosa puede ser *valor de uso* sin ser *valor*. Es lo que ocurre cuando su utilidad para el hombre no resulta del trabajo. Tal es el caso del aire, de la tierra virgen, de las praderas naturales, de los árboles y plantas silvestres, etc. Una cosa puede ser útil y producto del trabajo humano sin por ello ser mercancía. Quien satisface su propia necesidad con su

proceso de trabajo, el hombre se produce a sí mismo: el trabajador se produce como una mercancía más. Es decir, a la par que el proceso de producción genera una valorización de las cosas produce una desvalorización del hombre y su mundo<sup>4</sup>.

En los *Manuscritos*, al autor le interesa mostrar en qué medida el trabajador se encuentra alienado de sí mismo y de los productos de su trabajo, y a la vez, cómo esa enajenación se traslada a todas las relaciones sociales en la sociedad capitalista. Marx sostiene que la economía política, con sus constructos teóricos, se ha encargado de ocultar esa alienación del hombre al no reparar en sus explicaciones en la relación entre el trabajador y su producción. Si nos detenemos exclusivamente en esa relación, la del trabajador con los objetos que produce, podremos advertir que el primero se encuentra alienado respecto a los segundos en un doble sentido: a) en el resultado del proceso de producción, es decir, respecto de los productos propiamente dichos; y, b) a lo largo del mismo proceso de producción, es decir, con la misma actividad productiva. Esto es así porque en el primer caso, el hombre siente que los productos de su trabajo no le pertenecen sino que son objetos ajenos a él y en segundo lugar, porque el trabajador siente al trabajo como una carga, como una actividad tediosa, como algo externo a él.

De estos dos aspectos señalados se deriva un tercero, la enajenación del hombre con su trabajo da lugar a la existencia de la propiedad privada y, por ende, de la clase capitalista. En palabras del joven Marx: “así, pues, a través del trabajo alienado, enajenado, el trabajador genera la relación con el trabajo de un hombre que es ajeno a dicho trabajo, que se encuentra fuera de él. La relación del trabajador con el trabajo

---

producto crea valor de uso pero no mercancía. Para producir una mercancía no basta producir un valor de uso: hay que producir para otros, hay que producir valores de uso social (y no sólo para otros pura y simplemente. El campesino medieval producía el trigo del censo para el señor feudal y el trigo del diezmo para el cura. Pero ni uno ni otro eran mercancías por el simple hecho de haber sido producidos para otros. Para que el producto se convierta en mercancía, es necesario que el otro, a quien sirve de valor de uso, lo adquiera por medio del cambio). Finalmente, ninguna cosa puede ser valor sin ser objeto de uso. Si es inútil, lo será también el trabajo contenido en él, no contará como trabajo, ni creará, por tanto, valor alguno” (MARX, 2004:46)

<sup>4</sup> “Esta realización de trabajo aparece, a nivel de la economía política, como desrealización del trabajador: la objetivación como pérdida del objeto y como sometimiento servil a él; la apropiación, como alienación, como enajenación” (2004:13)

genera la relación de dicho trabajo con el capitalista, o como quiera que se desee asignar al dueño del trabajo. La propiedad privada es, pues, el producto, el resultado, la consecuencia necesaria del trabajo enajenado, de la relación externa del trabajador con la naturaleza y consigo mismo” (2004: 10, las cursivas son nuestras).

De la distinción del valor de uso y valor de cambio de las mercancías surge que el trabajo también posee esas dos características: “el trabajo expresado en el valor no presentaba los mismos caracteres que el trabajo creador de valores de uso. Nadie, hasta ahora, había puesto de relieve críticamente este doble carácter del trabajo representado por la mercancía” (MARX, 2014:46). En este sentido, el trabajo humano en términos generales, es definido como “el despliegue de la fuerza de trabajo pura y simple que posee por término medio todo hombre común y corriente y que es inherente a su organismo físico sin necesidad de un desarrollo especial” (MARX, 2014:49). Sin embargo, para Marx sólo el trabajo es creador de valor en tanto es trabajo abstracto. La abstracción de todos los trabajos humanos a un único trabajo es lo que permite utilizar a éste como medida de valor en tanto tiempo socialmente necesario para producir un bien.

En este esquema conceptual, aún no se comprende del todo cómo llega Marx a la explicación de la creación del valor por el trabajo. Pues bien, no es sino hasta la sección IV del Libro I de *El Capital* donde explica la formación de la plusvalía relativa cuando se divisa la relación entre trabajo y valor, tema cuya complejidad excede el objeto de este texto. En pocas palabras, lo que el autor señala allí es que la creación del capital no se produce en el proceso de cambio o circulación, ya que el dinero no puede generar más dinero. Indudablemente debe darse en otro momento del ciclo económico y éste es el de la producción, proceso que para Marx tiene dos momentos distintos. Por un lado, está la compra de fuerza de trabajo por parte del capitalista, quien paga a cambio una determinada cantidad de dinero. Por otro lado, está el trabajo que el capitalista recibe a cambio. Este momento del proceso de producción capitalista, que para Marx se da *al interior de la fábrica*, es cualitativamente distinto al intercambio habitual de mercancías porque es aquí –y para Marx sólo aquí– donde se produce valor. Es por eso que la fuerza de trabajo es diferente a las demás mercancías, pese a que en la producción capitalista aparece como una mercancía más, igualada a los demás objetos que se intercambian en el mercado. Y cuando esa fuerza creadora del valor es apropiada por el capital

se produce la explotación, una explotación de clase que es encubierta por la lógica del sistema capitalista.

La apropiación del trabajo por el capital sólo es posible en tanto el trabajo es trabajo abstracto y en tanto trabajo abstracto permite la creación y reproducción de valor. Esto no es una condición externa y dada sino que es más bien el producto de un proceso histórico, he aquí el gran aporte de Marx a la economía política. Su teoría ha permitido leer en el proceso de producción capitalista mucho más que la creación de la mercancía: expuso de manera cruda cómo la producción de los bienes encierra un proceso de explotación del trabajador por parte del capital.

### **LAS CRÍTICAS FEMINISTAS AL CONCEPTO ABSTRACTO DE TRABAJO PRODUCTIVO EN EL MARXISMO CLÁSICO**

Sin dejar de reconocer la claridad con la que Marx explicó la explotación del trabajo en el capitalismo industrial, las feministas marxistas cuestionan la invisibilización que ha hecho del trabajo de las mujeres, y en ese sentido, han ampliado el análisis más allá de los confines de las fábricas, disolviendo la dicotomía entre producción y reproducción social. Esta dicotomía aparece claramente enunciada por Marx cuando señala la alteración que supuso el capitalismo para la organización familiar, desplazada como unidad de producción, convertida en reino de lo privado, en la esfera doméstica de reproducción de la vida, separada de lo público y de lo social. Dice Marx: “Es por tanto la consecuencia de que el hombre (el obrero) solo se sienta libre en sus funciones animales, como comer, beber, procrear, y tanto más todavía al vivir en una casa y al vestirse; y en cambio sienta que no es más que una bestia en sus funciones humanas. Lo que es animal se vuelve humano, y lo que es humano se vuelve animal. Ciertamente, comer, beber y procrear son funciones totalmente humanas. Pero en esa abstracción, que le separa del resto de campos de la actividad humana y que hace que se convierta en objetivo último y único, son funciones animales” (MARX, 2004:59).

Las feministas marxistas señalan que en la obra de Marx el trabajo ha sido pensado en clave masculina y de ese reduccionismo se deriva una comprensión parcial del modo en que funcionan y se estructuran las relaciones de producción y explotación. La consecuencia de este sesgo es una comprensión parcial del capitalismo, que no puede explicar cómo la

división sexual del trabajo y el modo doméstico de producción, categorías de análisis centrales en la obra de CHRISTINE DELPHY (1985), ofrecen un poderoso instrumento de explotación en el capitalismo y también de división de la clase trabajadora, de creación de jerarquías a su interior y de control ideológico. En ese sentido, basta mirar la historia de la lucha de clases para advertir cómo la fuerza de trabajo femenina fue utilizada para reducir costos y cómo se demoró la demanda de “igual salario por igual trabajo”, siendo que al comienzo las organizaciones de trabajadores optaron por reivindicar el salario familiar, que excluía a las mujeres del mercado laboral (ARRUZZA, 2015).

Es que si volvemos la mirada hacia atrás, está claro que el marxismo clásico, como teoría de la vida social, no está interesado en el género ni en el sexo. En palabras de GAYLE RUBIN (1986:5): “en el mapa del mundo social de Marx, los seres humanos son trabajadores, campesinos o capitalistas; el hecho de que también son hombres o mujeres no es visto como muy significativo”. No obstante, como bien señala la autora, al no haber ninguna teoría que explique las desigualdades sexogenéricas con la fuerza explicativa con que la teoría marxista explica la explotación de clase, hubo muchos esfuerzos por explicar la “situación” de las mujeres a la luz de análisis materialistas. Entre esos intentos, hay un campo de estudios en el cruce entre feminismo y marxismo, que a nuestro criterio aporta importantes claves de lectura para analizar la potencia de las críticas feministas al neoliberalismo, que se prueba tanto en su creatividad como en la masividad y enorme capacidad de adhesión y movilización que las huelgas generales de mujeres exhiben los 8M en distintos países, denunciando la profundización de desigualdades y violencias de toda índole en el capitalismo actual.

En este texto, recuperamos por un lado, al feminismo materialista francés de CHRISTINE DELPHY (1985), y por otro, a la línea de investigación iniciada por MARIAROSA DALLA COSTA (1975) en Italia en la que se inscribe SILVIA FEDERICI (2018; 2015; 2013) y es nombrada como “feminismo obre-rista” por CINZIA ARRUZZA (2016; 2015), quien hoy se ha abocado junto a TITTHI BHATTACHARYA Y NANCY FRASER (2019) a sentar las bases teóricas e ideológicas de un “feminismo del 99%”, un feminismo anti-capitalista. Todas estas feministas marxistas comparten una concepción similar sobre el trabajo reproductivo, desarrollado por las mujeres en el seno de la familia y no retribuido. Más allá de sus diferencias, estas autoras definen al trabajo reproductivo como un trabajo productivo en el sentido marxista, en

tanto produce la mercancía principal: la fuerza de trabajo. El concepto de reproducción social refiere al conjunto de actividades y relaciones gracias a las cuales nuestra vida y nuestra capacidad laboral se reconstruyen a diario (FEDERICI, 2013) y permite dar cuenta del modo en que está socialmente organizado el trabajo psíquico, mental y emocional necesario para la reproducción de la población: desde la preparación de la alimentación hasta la educación infantil; desde el cuidado de enfermos y de personas mayores hasta la vivienda, pasando por la sexualidad (ARRUZZA, 2016).

Está claro que para Marx, la reproducción de la fuerza de trabajo depende de la determinación de la cantidad de mercancías –alimentos, ropa, vivienda, combustible– necesaria para mantener la vida y las fuerzas de un trabajador. Pero hay algo que Marx da por supuesto, como algo natural o naturalizado: esas mercancías no están en forma inmediatamente consumible cuando se adquieren con el salario, en palabras de RUBIN (1986:8): “es preciso realizar un trabajo adicional sobre esas cosas antes que puedan convertirse en personas: la comida debe ser cocida, las ropas lavadas, las camas tendidas, la leña cortada, etc. Por consiguiente, este trabajo es un elemento clave en el proceso de reproducción del trabajador del que se extrae plusvalía. Como en general son mujeres quienes hacen este trabajo, se ha observado que es a través de la reproducción de la fuerza de trabajo que las mujeres se articulan en el nexo de la plusvalía que es el *sine quanon* del capitalismo”.

La pregunta que se impone es ¿por qué han sido las mujeres las que se hicieron cargo del trabajo reproductivo? GAYLE RUBIN (1986: 9) vuelve al examen que hizo Marx en el primer tomo de *El Capital* de la reproducción de la mano de obra y señala: “lo que hace falta para reproducir al trabajador es determinado en parte por las necesidades biológicas del organismo humano, en parte por las condiciones físicas del lugar en que vive y en parte por la tradición cultural”. Para Rubin, ese “elemento histórico y moral (...) proporcionó al capitalismo una herencia cultural de formas de masculinidad y feminidad”, refiriéndose así a una larga tradición en la cual una esposa, una madre, o cualquier mujer que haga el trabajo reproductivo es una de las necesidades del trabajador.

Esta afirmación de Rubin –quien no se inscribe en la tradición marxista de pensamiento– tiene consecuencias más radicales para CHRISTINE DELPHY (1985), quien en la búsqueda de una explicación materialista del patriarcado –en términos marxistas, no culturalista, no “superestructural”–

afirma que el patriarcado es un modo de producción –que se solapa con el capitalismo y es su condición de posibilidad– y determina las relaciones de explotación entre hombres y mujeres, permitiendo la apropiación integral por parte de los hombres del trabajo doméstico de las mujeres. Para Delphy, en el seno de esta relación de producción, hombres y mujeres constituyen dos clases antagónicas y ligadas por una relación de explotación, desde el momento en que son los hombres quienes explotan el trabajo de las mujeres (ARRUZZA, 2015). En ese sentido, Delphy remarca que es la familia –específicamente el matrimonio– el ámbito de explotación de las mujeres. La autora se centra en las relaciones de producción del trabajo doméstico, la naturaleza y la finalidad de sus productos, destacando que, además de estar destinados para el consumo familiar, también lo están para abastecer al mercado. La socióloga francesa señala las limitaciones del marxismo al no reconocer que el trabajo reproductivo realizado por las mujeres, a lo largo de la historia, produzca algún tipo de valor de cambio (PORTOLÉS, 2005:112-113; en SMALDONE, 2014:18).

En los tiempos actuales, en los cuales las mujeres ya no sólo venden su fuerza de trabajo en los mercados laborales sino que son mayoría dentro de la clase trabajadora, la no retribución del trabajo reproductivo las pone en una situación de superexplotación, conocida como “doble jornada”. Este concepto refiere la distribución del tiempo entre, por un lado, la jornada laboral por la cual se percibe un salario, es decir el trabajo al que se le asigna un valor de uso y de cambio; por otro lado, el trabajo reproductivo que tiene lugar al interior de la unidad doméstica que no cuenta con valor para su intercambio, careciendo así de remuneración (SMALDONE, 2014).

Sobre estos nudos problemáticos vuelven las feministas marxistas, quienes sostienen que el verdadero problema se da porque este trabajo reproductivo sucede fuera del mercado, ya que el capitalismo ha sustraído a la familia el rol de unidad productiva y ha hecho que el trabajo reproductivo de la fuerza de trabajo tuviera lugar en la mayoría de los casos en su seno, separándolo del proceso de producción y circulación habitual de mercancías (ARRUZZA, 2015).

En este trabajo hemos reemplazado el concepto de “trabajo doméstico” utilizado por Rubin, por Delphy, por Dalla Costa y todas las feministas de la segunda ola, por el concepto de “trabajo reproductivo” propuesto por las feministas marxistas en la actualidad. Sobre la utilidad analítica del concepto de “trabajo reproductivo”, afirma CINZIA ARRUZZA (2016): “La

reproducción social incluye una serie de prácticas sociales y de tipos de trabajo más amplias que la del trabajo doméstico. Esto permite, además, llevar el análisis más allá de los muros del hogar, ya que el trabajo de reproducción social no siempre se realiza del mismo modo: sea cual sea la parte cubierta por el mercado, el Estado-Providencia o las relaciones familiares, queda un aspecto contingente que depende de las dinámicas históricas específicas y del que la lucha de la mujer sea una parte integrante. Con el concepto de reproducción social es posible materializar, de manera más precisa, el carácter móvil y poroso de los muros del hogar. En otras palabras, la relación entre la vida dentro de esas cuatro paredes domésticas y los fenómenos de mercantilización, de sexualización de la división del trabajo y las políticas del Estado-Providencia. Algo fundamental es que el hecho de hablar de reproducción social permite analizar de manera más eficaz fenómenos como la relación entre la mercantilización del trabajo doméstico y su racialización por políticas migratorias represivas. Estas tienen como objetivo reducir el coste de mano de obra inmigrante y obligarla a aceptar condiciones de semiesclavitud (...) No se trata de entender estas relaciones como intersecciones puramente accidentales y contingentes: hablar de reproducción social permite, al contrario, identificar la lógica organizativa de estas intersecciones, sin excluir el papel de la lucha y de los fenómenos y prácticas contingentes en general”.

Bajo el marco conceptual propuesto, opresión sexogenérica y explotación socioeconómica son dos fenómenos inescindibles, ya que en el capitalismo las mujeres no son sólo oprimidas sino explotadas, es decir, trabajan produciendo un plusvalor que es apropiado por otros. Sobre este último punto hay diferencias entre los feminismos marxistas. Por un lado -como lo señalamos en la nota anterior- la feminista materialista francesa CHRISTINE DELPHY (1985) sostiene que la opresión, común, específica y principal de las mujeres se produce como efecto de la explotación patriarcal. Para Delphy la explotación particular de las mujeres merece un tratamiento como clase ya que no basta el análisis de la relación antagónica entre el proletariado y la burguesía. La idea de una clase homogénea, como el proletariado, se derrumba al pensar en la situación de las mujeres explotadas precisamente por su condición de mujeres. Ya en la década de los años 70, Delphy observaba que todas las sociedades, incluso las que adoptaron un modelo económico socialista, se basan en el trabajo reproductivo gratuito de las mujeres. En este sentido, afirma que la familia ha sido y sigue siendo “una unidad de producción



(...) que garantiza el modo de explotación sexual, en detrimento de las mujeres (DELPHY, 1985:15; en SMALDONE, 2014:22).

Desde otro ángulo, la corriente italiana del feminismo marxista, que se remonta a DALLA COSTA (1975) y encuentra hoy en FEDERICI (2018; 2015; 2013) a su principal referente, sostiene que no son los hombres en general sino los capitalistas quienes se sirven del trabajo reproductivo de las mujeres, en tanto necesitan de este para mantener su mercancía principal: la fuerza de trabajo. De esta concepción se deriva la principal lucha política de este movimiento: la campaña internacional “Salario para el Trabajo Doméstico”, lanzada en 1972 en Italia con el objetivo de lograr un proceso de movilización feminista internacional que llevase al Estado a reconocer el trabajo doméstico como trabajo —esto quiere decir, como una actividad que debía ser remunerada— ya que contribuye a la producción de mano de obra y produce capital, posibilitando así que se dé cualquier otra forma de producción (FEDERICI, 2013).

Pero el pivote sobre el cual se asientan los diversos feminismos marxistas, es una concepción común del capitalismo como sistema social de producción que no reconoce el trabajo de reproducción social de las mujeres como una actividad socio-económica y como una fuente de acumulación de capital y, en cambio, la mistifica como un recurso natural o un servicio personal, al tiempo que saca provecho del valor que produce el trabajo involucrado. En este marco de debates, cobra relevancia el planteo de SILVIA FEDERICI (2013), para quien en estos momentos de desarrollo del sistema capitalista, todas las relaciones sociales están supeditadas al capital, por la que todas las relaciones sociales se vuelven relaciones de producción.

## REFLEXIONES FINALES

Si asumimos que vivimos en un sistema capitalista cuyas dinámicas de producción y reproducción se renuevan permanentemente, vale la pena preguntarse por la actualidad de estas críticas feministas y marxistas surgidas bajo un modo de producción fordista o industrial que sin lugar a dudas se ha transformado, más allá de los desacuerdos teóricos que se producen actualmente sobre su caracterización y nominación (¿neoliberalismo? ¿posneoliberalismo?, ¿posfordismo?, ¿capitalismo cognitivo? ¿capitalismo financiero?).

Desde nuestro punto de vista, el aporte más importante que hacen los feminismos marxistas es visibilizar el rol de la reproducción social en la producción de la vida, denunciando que ese trabajo reproductivo está desigualmente distribuido y no valorizado. Podemos dar un paso más y decir que del planteo de los feminismos marxistas se desprende que el conflicto principal en la sociedad capitalista no es entre capital y trabajo sino que la contradicción se produce entre el capitalismo y la viabilidad de la vida. Sobre este aspecto, cabe destacar una apuesta teórica-política que está empezando a cobrar mucha fuerza tanto en el activismo como en la academia local: la economía feminista (PEREZ OROZCO, 2014; CARRASCO BENGOA Y DÍAZ CORRAL, 2018). Esta es una lucha concreta, que están dando hoy distintas corrientes feministas en nuestra región por descentrar los mercados, por otra forma de organizar los cuidados y la (re)producción de la vida cotidiana: una economía conducida por los deseos vitales de las personas y no por la reproducción del capital, ya que es la sostenibilidad de la vida lo que está en juego en la fase actual del capitalismo, sea cual sea el nombre que le pongamos.

Este último punto nos parece central porque da cuenta de una capacidad definitoria de los movimientos feministas de hoy: un esfuerzo de superación de todo particularismo a través de articulaciones contingentes entre distintas luchas y demandas históricas. En ese sentido queremos destacar la valiosa contribución que hacen a la teoría y a la praxis política CINZIA ARRUZZA, TITTHI BHATTACHARYA Y NANCY FRASER (2019), cuando afirman en su “Manifiesto de un feminismo del 99%” que vivimos en una crisis de la sociedad en su conjunto, con contradicciones y desequilibrios de tipo económico, político, ecológico, social y reproductivo y que la precarización laboral, el déficit habitacional, la violencia policial, son todos problemas que importan a un feminismo que no se conforma con reformas parciales que sólo redundan en beneficios para ciertos sectores sociales privilegiados, sino un feminismo que se propone un cambio de rumbo, una reorganización total de la sociedad, en pocas palabras: un feminismo revolucionario.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARRUZZA, C, BHATTACHARYA, T. Y FRASER, N. (2019) *Feminismo para el 99%. Un manifiesto*. RARA AVIS Editorial, Buenos Aires.

- ARRUZZA, C. (2016) “Reflexiones sobre el género. ¿Cuál es la relación entre el patriarcado y el capitalismo? Se reabre el debate”. Disponible en: [http://www.sinpermiso.info/textos/reflexiones-sobre-el-genero-cual-es-la-relacion-entre-el-patriarcado-y-el-capitalismo-se-reabre-el#\\_ftn1](http://www.sinpermiso.info/textos/reflexiones-sobre-el-genero-cual-es-la-relacion-entre-el-patriarcado-y-el-capitalismo-se-reabre-el#_ftn1)
- \_\_\_\_\_ (2015) *Las sin parte. Matrimonios y divorcios entre feminismo y marxismo*. Editorial Sylone: Barcelona.
- AZARIAN, F. (2016) “La lucha de las trabajadoras sexuales de AMMAR-Córdoba. Un análisis desde la teoría de la justicia de Nancy Fraser”. *Studia Politicae*, (38), 57-72. Disponible en: <http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/Prueba2/article/view/1155>
- BUTLER, J. (2000) “El marxismo y lo meramente cultural”. En *New left Review*. Ediciones Akal. Pp. 109-123.
- CARRASCO BENGEOA, C. Y DÍAZ CORRAL, C. (comps.) (2018) *Economía feminista. Desafíos, propuestas, alianzas*. Madreselva: Buenos Aires.
- DALLA COSTA, M. (1975) “Las mujeres y la subversión de la comunidad”. M. Dalla Costa y S. James (Comps.), *El poder y la subversión de la comunidad*. México: Siglo XXI.
- DELPHY, C. (1985) *Por un feminismo materialista*. Lasal - Edicions de les Dones: Barcelona.
- ENGELS, F. (1924) *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*: Ediciones Akal.
- FEDERICI, S. (2018) *El patriarcado del salario*. Traficantes de sueños: Madrid.
- \_\_\_\_\_ (2015) *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Tinta Limón: Buenos Aires
- \_\_\_\_\_ (2013) *Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas*. Traficantes de sueños: Buenos Aires.
- MARX, K. (2014) *El Capital: crítica a la economía política, I*. Fondo de Cultura Económica-4ª Edición-: México.
- \_\_\_\_\_ (2004) *Manuscritos económico-filosóficos de 1844*. Colihue: Buenos Aires.
- PEREZ OROZCO, A. (2014) *Subversión feminista de la economía. Aportes para un debate sobre el conflicto capital-vida*. Traficantes de sueños: -3ª Edición: Madrid.
- RUBIN, G. (1986) El tráfico de mujeres: notas sobre la “economía política” del sexo. *Nueva antropología*, 8(30), Pp. 95-145.
- SMALDONE, M. (2014) “Un legado beauvoiriano: El trabajo doméstico en la perspectiva del feminismo materialista de Christine Delphy”. *La manzana de la discordia*, 9 (1), Pp. 7-29. En *Memoria Académica*. Disponible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/41526>



# DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES PARA LA INVESTIGACIÓN SOCIO JURÍDICA LATINOAMERICANA\*

*María Inés Bergoglio\*\**

**Resumen:** El presente artículo analiza dificultades y oportunidades de la investigación socio-jurídica en América Latina, desde la perspectiva de un observador-participante en ese campo durante treinta años. Se describe el lento despegue de la investigación socio-jurídica latinoamericana, señalando los obstáculos enfrentados y los temas desarrollados. Se analizan los desafíos a enfrentar para consolidar la disciplina en la región, tales como profundizar la reflexión teórica y mejorar su articulación con el trabajo de campo. Se sostiene la necesidad de realizar investigación insertada en las discusiones globales, sensible a las cuestiones preocupantes de nuestras sociedades.

Se anotan oportunidades para realizar estudios comparativos. Se subraya la importancia de avanzar hacia la integración regional de los investigadores, construyendo una comunidad abierta también a los debates globales de la disciplina.

**Palabras clave:** Sociología latinoamericana – Obstáculos en la investigación– Oportunidades de desarrollo –

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo analiza algunas dificultades y oportunidades de la investigación socio-jurídica en América Latina, utilizando como fuente las notas de campo de la autora, en tanto que observadora-participante en esta área de investigación durante más de treinta años,

---

\* Artículo recibido el 12/06/2019 ~ Aprobado para su publicación el 5/11/2019.

\*\* Doctora en Ciencia Política (UCC) y Especialista en Sociología Política (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid). Profesora Emérita, Sociología Jurídica A, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Comunicaciones relativas a este artículo a [mibergoglio@gmail.com](mailto:mibergoglio@gmail.com)

así como las publicaciones que resumen el estado de la disciplina en algunos países de la región<sup>1</sup>.

No se trata de una revisión exhaustiva de líneas de trabajo y avances logrados por la disciplina en la región - tarea ardua en el espacio de las páginas disponibles- sino más bien de un conjunto de reflexiones críticas orientadas a apoyar el crecimiento de la sociología jurídica latinoamericana. En este sentido, las menciones de autores y líneas de trabajo tienen simplemente el objetivo de ilustrar las tendencias observadas, y no deben interpretarse como un catálogo de la producción más relevante dentro del campo.

Se espera que la presentación de los obstáculos que han enfrentado y enfrentan muchos de los investigadores socio-jurídicos contribuirá a delinear mejores estrategias para enfrentarlos, así como para aprovechar las oportunidades abiertas en el presente.

## 2. LENTO DESPEGUE

Comprender las oportunidades y dificultades de la investigación socio-jurídica en América Latina, requiere considerar el contexto en que empiezan a desarrollarse este tipo de investigaciones en la región. Cuando leemos acerca del surgimiento de los estudios socio-jurídicos en los diversos países, nos encontramos tempranamente con estudiosos que empiezan a analizar temas jurídicos desde una perspectiva sociológica: Fuenzalida en Chile, Ves Lozada en Argentina, Claudio Souto y Joaquim Falcao en Brasil, estaban escribiendo sobre estos temas a finales de la década del 70. Pese a este origen temprano, el despegue de la disciplina ha ocurrido con varias décadas de distancia respecto a lo ocurrido en Europa o los Estados Unidos, lo que puede observarse comparando los indicadores de crecimiento en los países del norte y en nuestra área.

No es sencillo datar la aparición de un campo disciplinar, pero la existencia de asociaciones científicas o de revistas dedicadas a la especialidad pueden ser usados como indicadores, ya que ambos implican la presencia de grupos de investigadores que están trabajando en el tema.

Como se indica en la tabla 1, el primer grupo internacional de especialistas, el Research Committee in Sociology of Law, fue fundado en

---

<sup>1</sup> Ver especialmente PÉREZ PERDOMO 1993, GONZÁLEZ Y LISTA 2011, RODRÍGUEZ GARAVITO 2011, LÓPEZ Y FILHO 2014, RÍOS FIGUEROA Y STANTON 2014, MILLALEO ET AL 2014.

el seno de la International Sociological Association, en 1962. Seis años más tarde ya tenía una organización formal y desde entonces realiza reuniones periódicas. Recién en 1971 se registra en los archivos de esta organización un miembro latinoamericano, proveniente de Brasil.<sup>2</sup> En Estados Unidos, la Law & Society Association surgió en 1964, como un espacio de encuentro entre quienes investigaban el mundo jurídico desde la perspectiva de diferentes ciencias sociales, incluyendo la sociología, la antropología, la psicología o la historia. Esta organización, con una mayoría de investigadores norteamericanos, ha incorporado una buena proporción de miembros provenientes de otras áreas geográficas.

**Tabla 1. Indicadores de desarrollo de la Sociología Jurídica**

Indicador	Nombre	Año
<b>Asociaciones</b>	Research Committee in Sociology of Law, International Sociological Association	1962
	Law & Society Association, Estados Unidos	1964
	Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (SASJU)	2005
	Associação Brasileira de Sociologia do Direito (ABraSD)	2010
	Red Latinoamericana de Derecho y Sociedad (RELADES)	2015
<b>Revistas</b>	Law & Society Review, Estados Unidos	1966
	Sociologia del Diritto, Univ. de Milán, Italia	1974
	Revista de Sociología del Derecho, Univ. de La Plata, Argentina	1984
	Estudios Socio-jurídicos, Univ. del Rosario, Colombia	1999
	Derecho y Ciencias Sociales, Univ. de La Plata, Argentina	2009
	Revista Brasileira de Sociologia do Direito	2014
	Revista de Estudos Empíricos em Direito	2014
Fuente: Datos publicados en las páginas web de cada organización		

<sup>2</sup> Una década más tarde, el informe de 1980 del Research Committee in Sociology of Law para el Consejo de Investigación de la ISA, mencionaba un total de 191 miembros, de los cuales 6 (3%) eran latinoamericanos, provenientes de Brasil, Ecuador, Argentina y Venezuela. (JONASSOHN 1987).

En nuestra región, la primera asociación de investigadores de este campo es la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (SASJU), fundada en 2005. La creación de una red regional es bastante más reciente: en 2015 un grupo de investigadores, entre los que se encontraban especialmente estudiosos de Colombia, Argentina y Brasil, funda la Red Latinoamericana de Derecho y Sociedad, RELADES.

La brecha temporal resulta un poco menor si el indicador utilizado es la presencia de publicaciones dedicadas a la especialidad. La *Law & Society Review* -actualmente la revista de mayor impacto en la disciplina- es también la más antigua, pues se publica regularmente desde 1966. El primer presidente del *Research Committee in Sociology of Law*, Renato Treves, inició en 1974 la publicación de *Sociología del Diritto* en la Universidad de Milán. Desde su creación, la revista acepta artículos en italiano y en otros idiomas como inglés, español o francés. Diez años más tarde, Alfredo Ves Losada, de la Universidad de La Plata, comenzó a publicar *Sociología del Derecho*, un esfuerzo editorial que, pese a la inestabilidad económica argentina, logró publicar veinticinco números hasta 2004.

Estas observaciones no deben interpretarse en el sentido de que no existe producción socio-jurídica previa. Pero era escasa, y los investigadores publicaban en otras revistas universitarias, especialmente en las publicaciones de las facultades de Derecho o en las dedicadas a temas criminológicos. Con la aparición de la edición digital, menos costosa y de más amplia difusión, comienzan a aparecer revistas dedicadas a la especialidad en varios países de la región: *Estudios- Socio jurídicos* en Colombia (1999), y *Derecho y Ciencias Sociales* (2009) en Argentina.

Como puede verse en la tabla adjunta, los estudios socio-jurídicos se desarrollaron algo más temprano en algunos países. Sin embargo, adquieren un carácter regional recién con el nuevo siglo, con varias décadas de retraso respecto a los países del hemisferio norte. En esta situación enfrentamos hoy el desafío de hacer investigación de excelencia, insertada en las discusiones y los temas vigentes en el espacio global, de abordar las cuestiones preocupantes en nuestras sociedades, manteniendo al mismo tiempo la inserción en el escenario internacional. Para decirlo con las expresivas palabras de Rodríguez Garavito *¿Cómo construir una perspectiva que esté arraigada en la realidad latinoamericana y, a la vez, ingrese en un diálogo cosmopolita con miradas de otros lugares, en un mundo jurídico cada vez más globalizado?* (Rodríguez Garavito 2011, p.15). Para



avanzar en esa dirección, es necesario comprender algunas de las razones de ese lento despegue de la investigación socio jurídica latinoamericana.

Probablemente las causas son muchas, pero la primera mencionada en los estudios sobre este tema es que este campo de investigación se ha desarrollado recién después de la recuperación de la democracia. Como ocurrió en las demás ciencias sociales, aquí la situación de los investigadores bajo las dictaduras fue dura, y no fue sencillo rearmar los equipos de trabajo al retorno del exilio. También el temor a las consecuencias de publicar en un contexto de mayor libertad, pero todavía de mucha incertidumbre contribuyó a ese impasse (Bergoglio 2007; Ríos-Figueroa 2012; Lopes y Filho 2014, Millaleo 2014).

En los estudios socio-jurídicos se agrega además una dificultad adicional. Como sostuvo Peter Berger, la investigación sociológica supone una perspectiva crítica que desacraliza todo lo que toca. Y donde asegurar el Estado de Derecho es el objetivo central de la lucha política, resulta difícil cultivar un campo de investigación que inevitablemente critica las instituciones legales. Tal como lo ha señalado Friedman, la perspectiva crítica implicada en los estudios socio-jurídicos es difícil de llevar adelante en los países autoritarios<sup>3</sup>.

En la década del 60, la investigación empírica latinoamericana en ciencias sociales se había concentrado en las transformaciones sociales, estudiando el papel de los agentes del cambio social, así como las resistencias al proceso de modernización implícitas en algunas instituciones, como la familia o las formas de la propiedad. Las instituciones jurídicas eran vistas como dependientes de la estructura social y se les prestaba poca atención (Morales Martín 2016; Puga 2012).

Tras el quiebre debido a las dictaduras, y gracias al destacado papel de los movimientos de derechos humanos en la recuperación de la democracia, el Derecho pasó a tener una nueva importancia en la agenda política progresista latinoamericana. Incluso la izquierda, que tendía a considerar el marco de los derechos de modo instrumental, privilegiando la revolución socialista, abrazó el discurso de los derechos y replanteó su concepción del papel del derecho en el cambio social (Domingues 2009; Puga 2012).

---

<sup>3</sup> *Law and society work seems to be a luxury good that Third World countries, for the most part, cannot afford. The work is critical and skeptical, and it has a hard time in autocratic countries* (FRIEDMAN 2005, p.11).

Surgió así un marco más favorable para el desarrollo de investigaciones socio-jurídicas de carácter empírico, similar al contexto que había rodeado la aparición de los estudios de Derecho y Sociedad en Estados Unidos.

En efecto, Seron y otros (2013), refiriéndose al surgimiento de los estudios de Derecho y Sociedad en Estados Unidos en la década del 60, han observado la afinidad de este campo de investigación con la política democrática, remarcando los compromisos de la disciplina con el cambio social progresista, la política pluralista y la perspectiva crítica sobre el punto de vista interno en el derecho<sup>4</sup>.

Los comienzos, sin embargo, fueron muy lentos. En las facultades de Derecho latinoamericanas, que exhiben orgullosas su larga trayectoria frente a los más recientes departamentos de ciencias sociales, la mentalidad formalista ha sido dominante hasta fechas relativamente recientes. Desde esta perspectiva, derivada de Kelsen, se entiende que el derecho no está supeditado a la lógica política o económica, sino que sigue su evolución en función de sus propios principios de producción y validación como la coherencia o la razonabilidad. La investigación socio-jurídica, que se desarrolla principalmente allí, ha debido enfrentarse a la mentalidad dominante, en tanto parte del supuesto de que el derecho no puede ser comprendido sin tomar en cuenta sus dimensiones sociales y políticas (Gonzalez y Lista 2011, Lopes y Filho 2014).

El precio de este enfrentamiento es una relativa marginalidad de los investigadores que cultivan esta perspectiva en los claustros de las Facultades de Derecho<sup>5</sup>, que contra lo que suponemos habitualmente, no es una característica peculiar de nuestra región. En Estados Unidos, la investigación dirigida por Seron sobre los discursos de los presidentes de la LSA indica que es general la vivencia de marginalidad de los investigadores, a caballo entre las ciencias sociales y el derecho, que practican las ciencias sociales en las facultades de derecho, que buscan la explicación más que

---

<sup>4</sup> *These founding commitments to bridging social science and legal scholarship, progressive social change, a pluralist politics, and a critical perspective on law's internal accounts continue to shape the field's discourse and debates.* (SERÓN et al. 2013, p.290).

<sup>5</sup> Revisando las contribuciones a diez años de congresos de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica, GONZÁLEZ Y LISTA se refieren a las investigaciones socio-jurídicas en las Facultades de Derecho en estos términos: *...su presencia en ellas continúa siendo precaria, marginal y en tensión con el paradigma jurídico dominante.*(GONZÁLEZ Y LISTA 2011, p. 360)

las justificaciones, que están más interesados en los procesos que en las reglas (Serón, Coutin, y White Meeusen 2013). En Europa, Gessner y Nelken (2007) han descripto en términos similares la posición académica de la investigación socio-jurídica.

Sin embargo, no debemos atribuir sólo a Kelsen la importancia que se otorga a la idea de la autonomía del Derecho en nuestras facultades. Vale la pena recordar que, tal como nos enseñó Weber, los abogados han hecho de la defensa de la autonomía de su campo una herramienta para gestionar su proceso de movilidad colectiva. Hoy, que en muchos países de América Latina avanza la salarización de los abogados (Bergoglio 2019), se van abriendo grietas en la idea de la autonomía. En los ambientes jurídicos se reconoce más fácilmente la importancia del trabajo interdisciplinario, ya que muchos de los desarrollos innovadores de los últimos tiempos, desde la resolución alternativa de conflictos hasta la aplicación a temas legales de la inteligencia artificial y el *machine learning* así lo exigen.

Conviene agregar a la lista de responsables del lento crecimiento de la sociología jurídica los factores de raíz económica. En la mayoría de nuestras universidades, los presupuestos de investigación son bajos, lo que convierte al trabajo empírico en sociología del derecho en un artículo de lujo, según las expresivas palabras de Friedman<sup>6</sup>. Aún en universidades mejor dotadas económicamente, las extensas responsabilidades docentes dejan poco margen a los profesores para emprender tareas de investigación, tal como ocurre por ejemplo en Brasil (Lopes y Filho 2014).

Este contexto poco favorable, tanto desde el punto de vista político como del académico, permite entender el lento despegue de la sociología del Derecho, a pesar de sus tempranos inicios. A comienzos de la década del 90, Rogelio Pérez Perdomo, a la sazón director del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, estimaba que existían unos cincuenta investigadores socio-jurídicos activos en América Latina. Compara esta cifra con los 1194 miembros que tenía entonces la Law & Society Association, y los 460 afiliados al Research Committee in Sociology of Law en esa misma fecha (Pérez Perdomo 1993).

En los años siguientes, con la lenta pero continua consolidación de las instituciones democráticas, las mejoras en la comunicación entre los investigadores y la publicación digital de resultados, se produjo un

---

<sup>6</sup> Citado más arriba, en nota 2.

crecimiento considerable de la investigación socio-jurídica. Hoy, sólo la Asociación Brasileña de Sociología del Derecho tiene 260 miembros<sup>7</sup> y los congresos de la argentina SASJU, que suelen contar también con investigadores de otros países como Colombia, México o Brasil, reúnen cifras similares de asistentes. La creación de la Red Latinoamericana de investigadores en Derecho y Sociedad, así como el surgimiento del Grupo de Estudios Derecho y Sociedad en Chile son también signos auspiciosos del desarrollo de este campo disciplinario en nuestra región.

### 3. LOS TEMAS CENTRALES

Este esfuerzo de investigación se articula en torno a algunos ejes comunes a los diversos países de la región, ya sea por su conexión con demandas sociales locales o por responder a cuestiones promovidas desde los países centrales. Tal como señalan Seron et al (2013), la investigación socio-jurídica latinoamericana se concentra especialmente en temas de justicia social y reforma judicial, a diferencia del Sudeste Asiático, donde las cuestiones ligadas al profesionalismo tienen un papel preponderante<sup>8</sup>.

Así, los problemas conectados con las desigualdades en el acceso a la justicia han ocupado lugar destacado desde el estudio pionero de Correa Sutil y Barros Lezaeta (1993) en Chile en adelante. Las actas de los congresos y las revistas de la especialidad incluyen numerosos estudios orientados desde los ideales de igualdad, en los que se contempla de manera realista a la administración de Justicia como un poder del estado, cuya operación no puede ser comprendida sin adoptar una perspectiva política. Mientras en la primera etapa abundaban los estudios orientados a analizar las demandas en la población general, en los últimos años son más frecuentes los focalizados en los grupos más vulnerables<sup>9</sup>.

Las reformas judiciales emprendidas a lo largo de los países de la región, con el impulso financiero de agencias internacionales externas,

---

<sup>7</sup> Ver <http://www.abrasd.com.br/diretoria>

<sup>8</sup> *Whereas in Latin America, law and society scholarship has a strong focus on social justice and reform, in East Asia, scholars have focused on legal professionalism.* (SERON et al. 2013, p.299)

<sup>9</sup> Como ejemplos del primer grupo, pueden verse (BERGOGLIO 1997, 1998) y del segundo, (ACIJ 2013), todos realizados en Argentina.

han estimulado igualmente numerosos esfuerzos de investigación, inicialmente orientados al diagnóstico, pero también destinados a acompañar y evaluar los procesos institucionales de cambio (Gonzalez y Lista 2011; Ríos-Figueroa 2012; Lopes y Filho 2014).

En las últimas décadas, las reformas constitucionales y la ampliación de las cartas de derechos humanos han incentivado la litigación de interés público, inspirando la acción de los movimientos sociales en diversos campos. Igualmente han atraído atención sobre el nuevo peso político de los jueces, y el comportamiento de las altas cortes en varios países<sup>10</sup>. Se han realizado investigaciones sobre el grado de independencia de los jueces y su estabilidad en diversos países, y hoy encontramos en este tema incluso trabajos comparativos a escala regional (Engelmann y Veiga Vieira Mancio Bandeira 2017; Pérez-Liñán y Castagnola 2016). Los temas de derechos humanos, ya se refieran al modo de asegurar su judiciabilidad y su cumplimiento efectivo, o adopten el enfoque de la memoria, han dado lugar igualmente a un amplio número de investigaciones.

Las cuestiones vinculadas al control social de las violencias son un núcleo significativo de la investigación socio-jurídica tanto en Argentina como en Brasil, Chile y México. La mejora de la capacidad de recolección de datos estadísticos por parte de los estados latinoamericanos, así como las demandas sociales en cuestiones de inseguridad han impulsado el análisis de los delitos, las prisiones y la situación penitenciaria. En este campo la investigación ha logrado poner a la luz la supervivencia de la herencia autoritaria, en temas como brutalidad policial, hacinamiento penitenciario o supervivencia de prácticas de tortura (Lopes y Filho 2014, Scarponetti y Sánchez 2011).

La facilidad de acceso a los datos impulsa las investigaciones relativas a la profesión y educación jurídicas, un eje temático ampliamente presente en la literatura de investigación socio-jurídica tanto en Argentina como en Brasil, Colombia y México. Se ha documentado la expansión del número de abogados, así como la creciente fragmentación de la situación y las prácticas de diferentes grupos profesionales. El desarrollo de las grandes firmas jurídicas, así como la creciente influencia de la cultura legal anglosajona aparecen asociados a los procesos de globalización, en

---

<sup>10</sup> Ver (BRINKS, GAURI, and KYLE 2015; HELMKE and RIOS-FIGUEROA 2011).

franco contraste con la situación de otros profesionales que experimentan la precarización del trabajo jurídico (Bergoglio 2019).

Más allá de estos ejes compartidos, encontramos ciertos temas especialmente cultivados en algunos países. Por ejemplo, el análisis de las consecuencias en el mundo jurídico de la globalización, de sus efectos a nivel local, y en especial de sus conexiones con los procesos de reforma judicial, ha dado lugar a múltiples trabajos tanto en Colombia como en Argentina (Rodríguez Garavito 2011). Los temas de género y sexualidad han atraído especialmente la atención de los investigadores argentinos. Se analizan las transformaciones culturales en el terreno de las normas, los valores y las costumbres que orientan las relaciones afectivas, las actitudes y los comportamientos relacionados con la sexualidad y el género y cómo estos son anclados por acciones y decisiones jurídicas (Gerlero 2011).

#### 4. LOS DESAFÍOS POR ENFRENTAR

Este campo disciplinar, que pese a su lento arranque presenta hoy un desarrollo prometedor, tiene hoy que resolver variados retos para lograr la meta de realizar investigación de calidad, insertada en las discusiones globales y sensible a las cuestiones preocupantes de nuestras sociedades. Comenzar a enfrentarlas contribuirá a consolidar su proceso de crecimiento, tanto a nivel teórico como metodológico.

##### *1. Profundizar el análisis teórico*

Cuando se revisa la producción lograda hasta el presente en este campo, resulta claro que, tal como señalan Gonzalez y Lista (2011) refiriéndose a Argentina, la lista de tareas pendientes comienza con la necesidad de profundizar la reflexión teórica. Se trata de una tarea compleja, pues *la sociología del derecho misma, (es) entendida como convergencia entre dos universos de discurso* (Ferrari 2015, p.146). Trabajamos en la intersección de dos áreas de largo y rico desarrollo teórico, ocurrido en su mayoría de manera desconectada, por lo que no es sencillo tomar en cuenta las cuestiones centrales del debate en ambos terrenos.

La respuesta a la complejidad teórica de la vinculación entre ambos campos es con frecuencia desarrollar estrategias de investigación orientadas a comprender el papel del Derecho frente a ciertos conflictos

sociales específicos, muy urgentes en nuestra región. Pero si apostamos a un desarrollo futuro de calidad, no podemos descuidar los problemas más generales de la teoría sociológica. Debemos leer de nuevo y con cuidado a Weber y Luhmann, que también fueron abogados, a Bourdieu y a Habermas, recordando que escriben para democracias más estables que las nuestras, ancladas en sociedades donde impera una cultura de la legalidad diferente. También a Boaventura de Souza Santos, pues su perspectiva, sensible a las asimetrías del poder en el contexto contemporáneo, se adapta con facilidad al contexto latinoamericano.

No debemos olvidar tampoco las cuestiones pendientes que desde la mirada de la teoría jurídica se consideran específicas de la sociología del Derecho. En *Sociedad y Naturaleza*, escrita en 1943, durante una visita a Estados Unidos, Kelsen reconoce la necesidad de una Sociología del Derecho, así como la de una Sociología de la Idea de Justicia. Entiende que la tarea de la primera es analizar las causas de la efectividad de un orden jurídico, un planteo compatible con las definiciones weberianas (Treves 1984).

Apunta que la Sociología de la Idea de Justicia es de central importancia para una política del derecho interesada en los fines y en los valores. Esa disciplina debería ocuparse de *“las ideas que determinan efectivamente o, desde un punto de vista moral, deberían determinar la formación de las normas que denominamos jurídicas”*, que individualiza además la *“función social de ciertas ideas que existen en la mente de los hombres y que funcionan como causa de sus conductas”*<sup>11</sup>. Estas preocupaciones por las formas sociales de la idea de justicia no pueden ser ajenas para quienes trabajamos en una región caracterizada por alta desigualdad económica y heterogeneidad étnica.

---

<sup>11</sup> KELSEN, Hans (1945) *Sociedad y Naturaleza: una investigación sociológica*, Prefacio, p. VII. Ed. De Palma, Buenos Aires, 1946. La cita ha sido tomada de (Treves 1984, p.110). Vale la pena notar la proximidad entre la visión kelseniana y las cuestiones que LAWRENCE FRIEDMAN incluye bajo la categoría de cultura legal: *“La cultura legal se refiere, como lo hemos dicho, a ideas, actitudes, expectativas y opiniones acerca de la ley, mantenidas por gente en una sociedad dada. Es la ‘red de valores y actitudes, que determinan cuándo y por qué y donde la gente apela a la ley o al gobierno o se aparta de él. Así, es la fuente inmediata del cambio legal, sea cual puede ser la fuente última. El término cubre esos pensamientos e ideas que actúan como motivos o incentivos del comportamiento legal, el comportamiento orientado hacia o en contra de las reglas jurídicas, las instituciones del derecho y los usos o no usos de la ley.”* (FRIEDMAN 1992, 230)

## 2. Reforzar la articulación entre el desarrollo teórico y el trabajo de campo

Hace unos años, quienes buscaban realizar investigación teóricamente significativa tropezaban con la escasez de antecedentes y estudios previos; la falta de diagnósticos mínimos hacía difícil producir resultados aproximadamente comparables a los obtenidos en los países centrales.

Al analizar los cambios en la relación de los ciudadanos con el derecho inducidos por la recuperación de la democracia, elegí estudiar el comportamiento litigioso. Para ello, debí compilar las estadísticas judiciales de Córdoba entre 1969 y 1995, partiendo de los informes elevados por cada juzgado al Superior Tribunal. Me sentía muy orgullosa de poder armar una serie estadística para veinticinco años, una posibilidad que no estaba disponible para ninguna otra provincia argentina. Al poco tiempo leí un trabajo de Wollschläger (1990), quien analizaba la evolución de la litigación en respuesta a los cambios económicos y demográficos en el distrito de Bremen, Alemania, entre 1549 y 1984.

Afortunadamente, la situación ha cambiado en los últimos años. El avance de los procesos de democratización ha consolidado la capacidad de los estados para recoger información estadística, y el desarrollo de las investigaciones socio-jurídicas permite suponer que la etapa de las descripciones de base se ha cumplido, en varios países y temas por lo menos. Así lo reconocen Gonzalez y Lista (2011) para el caso argentino, cuando revisan la producción de los primeros diez años de congresos de la SASJU. La existencia de estos estudios previos permite mejorar la articulación entre los análisis teóricos y el trabajo de campo.

Como señala Ríos-Figueroa (2012) hablando del caso mexicano, los esfuerzos de recolección de datos y sistematización de fuentes hasta ahora realizados permiten contar con una rica fuente de información y profundizar los procesos de investigación. Por este motivo señala la necesidad de realizar el paso de las descripciones detalladas hacia estudios más sistemáticos, tanto desde el punto de vista teórico como empírico. Será necesario para ello avanzar hacia estudios que *"usen explícitamente las ciencias sociales para explicar los fenómenos jurídicos y además lleven adelante pruebas empíricas sistemáticas de las explicaciones propuestas. La información es abundante, pero al mismo tiempo hay una notoria escasez de explicaciones"* (Ríos-Figueroa 2012, p.317)<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> En inglés en el original: *studies that explicitly use social science to explain legal phenomena and that also perform systematic empirical tests of the proposed explanations.*



La meta de avanzar hacia las investigaciones explicativas requerirá superar las limitaciones presentes en muchos de los estudios en este campo, según observan quienes han efectuado revisiones de la situación de la investigación socio-jurídica a nivel de un país: *tarea pendiente es la de fortalecer el trabajo de reflexión teórica, la discusión y el refinamiento metodológico y la articulación entre el desarrollo teórico y el trabajo de campo* (Gonzalez y Lista 2011, p. 363)

Entre quienes trabajan con métodos cuantitativos, la meta de avanzar del nivel descriptivo al explicativo, requerirá también, como lo señala Rojas Corral (2013) a propósito de las encuestas de derechos humanos, incorporar análisis estadísticos más robustos y sofisticados, un paso que no resulta sencillo en un campo en el que predominan investigadores con formación predominantemente jurídica.

### 3. Trabajar con presupuestos limitados

¿Cómo hacer investigación de calidad, insertada en las discusiones y los temas vigentes en el escenario global, con los presupuestos ajustados que son comunes en nuestra región? Las limitaciones presupuestarias son un rasgo general de la investigación en América Latina, en diversos terrenos. En los estudios socio-jurídicos, cuando se aborda alguna cuestión de interés político especial, se tropieza ocasionalmente con proyectos con un financiamiento más amplio, como ocurre en temas de reforma judicial o análisis de la inseguridad, pero en general se trabaja con presupuestos modestos.

Una respuesta frecuente a este desafío suele ser optar por estrategias de investigación cualitativa, que insumen bastante tiempo del investigador, pero que pueden llevarse adelante con menores costos. En los posgrados socio-jurídicos se proponen hoy sobre todo técnicas cualitativas, con las cuales se familiarizan más rápidamente los abogados, gracias a su entrenamiento en el trabajo con el lenguaje.

Esta opción presenta sus propios desafíos. Participar en el escenario académico global requiere hoy publicar en inglés, y debemos reconocer que no es sencillo presentar los resultados de las investigaciones cualitativas, de manera atractiva y en un idioma diferente del que se utilizó

---

*There is a lot of information, but there is also a conspicuous scarcity of explanations.*  
(RÍOS-FIGUEROA 2012, p.317).

para recoger los datos. Corremos fácilmente el riesgo de perder parte de la riqueza de matices y significados implícita en estas investigaciones al traducir sus principales hallazgos.

Vale la pena recordar en este punto que las investigaciones socio-jurídicas de orientación cuantitativa están recibiendo un renovado impulso en Estados Unidos. El movimiento *Empirical Legal Studies*, iniciado en los primeros años de este siglo, trabaja con metodologías sofisticadas y se ocupa especialmente de cuestiones en debate dentro de la doctrina jurídica; se trata de una perspectiva cultivada con interés en Brasil<sup>13</sup>. Por su parte, el grupo identificado como *New Legal Realism*, de raíz pragmatista, defiende el pluralismo metodológico y establece relaciones más cercanas con las ciencias sociales (Mertz y Suchman 2010).

En la práctica jurídica, la expansión del poder computacional y de la inteligencia artificial han estimulado el interés por usar la información estadística ya disponible, de un modo simplemente empírico, en temas como programas de manejo de la reincidencia, o de predicción de resultados de las controversias judiciales. Aunque generalmente pensamos que estos desarrollos de los países centrales demoran en llegar a nuestra región, vale la pena observar que ya existen servicios privados para asistir en la estimación del resultado de los casos judiciales en México.

En este contexto de renovada atención al tratamiento estadístico de cuestiones jurídicas en los países centrales, cabe observar que la disponibilidad de datos ya recogidos en nuestra región permite llevar adelante estrategias de investigación cuantitativa con presupuestos moderados. Quienes trabajan por ejemplo analizando temas de violencia e inseguridad, o población penitenciaria, encuentran series temporales de cierta extensión en la mayoría de nuestros países. Algo similar ocurre con las estadísticas judiciales, que están en un proceso de armonización regional, gracias al esfuerzo del Cejamericas. Para quienes están interesados en temas de cultura jurídica, como la actitud hacia la ley y la democracia, la legitimidad de la justicia, el temor al delito o las actitudes ante la corrupción, las series de Latinobarómetro, que ofrecen datos regionales sobre diversos temas comenzando en 1995, ofrecen una alternativa de investigación viable.

---

<sup>13</sup> La Rede de Pesquisa Empirica em Direito organizó en 2019 su noveno encuentro anual. Desde 2014 publica una revista, *Revista de Estudos Empiricos em Direito* (<http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/issue/viewIssue/1/1>).

Estos repositorios ofrecen datos fácilmente combinables con información cualitativa obtenida por el propio investigador en terreno, para desarrollar estrategias pluri-metodológicas con presupuestos alcanzables.

#### 4. *Enfrentar las resistencias a la recolección de datos*

Los presupuestos bajos no son el único obstáculo que enfrenta el investigador socio-jurídico. El sociólogo o antropólogo que analiza el funcionamiento del derecho se encuentra trabajando en campos fuertemente conectados con el poder, por lo que no debe extrañar que surjan resistencias debidas a su condición de observador externo. Como informa Millaleo, refiriéndose al contexto de desarrollo de la Sociología del Derecho en Chile: *entornos que han sido muy hostiles a esa empresa disciplinar, ya sea por la clásica resistencia de los abogados y juristas a dejarse objetivizar por la reflexión social –esta es una idea que se la debo a Daniel Palacios–, o bien por la interrupción dramática de las ciencias sociales durante el oscurantismo de la larga dictadura militar chilena* (Millaleo 2014, 13).

Es importante tomar en cuenta que estas resistencias son parte de los mismos fenómenos que tratamos de entender, y nos ayudan a describir la interacción entre los sujetos y el derecho. Aquí la actitud recomendable es la desarrollada por la investigadora argentina Leticia Barrera, quien deseaba estudiar el funcionamiento de la Suprema Corte. Presentó entonces una nota solicitando permiso para realizar observación de diferentes procedimientos judiciales. Convertida en expediente, su nota circuló más de un año por los pasillos del alto tribunal, paralizando su trabajo de tesis. Finalmente, decidió redefinir el objeto de su investigación, centrándose en el papel de los expedientes en el movimiento judicial. Esto le permitió concluir que *la interacción entre los sujetos y los expedientes que encontré en la Corte moldean el entendimiento acerca del derecho y su funcionamiento imperantes dentro del aparato judicial. El derecho puede entenderse como un proceso de intercambios que tiene lugar en la red de relaciones sociales que los expedientes instalan dentro de la Corte, como en el relato de la asistente del juez; o puede surgir como un resultado: la sentencia que adjudica los derechos y resulta útil para determinar el poder de la Corte, como lo sugiere la descripción del juez* (Barrera 2011, p.69).

### 5. Realizar investigación de calidad, comprometida con las necesidades sociales

La tensión entre la búsqueda de profundización teórica, y la necesidad de hacer investigación comprometida con los debates y cuestiones socialmente relevantes atraviesa todo el campo de las investigaciones sobre Derecho y Sociedad (Seron, Coutin, y White Meeusen 2013), que como se indicó más arriba, nació en un contexto marcado por el interés de contribuir a la construcción de una sociedad más justa usando el derecho. Esta tensión es más fuerte en esta región, la más desigual del mundo, donde el proyecto democrático debe enfrentar profundas brechas económicas, heterogeneidad étnica y debilidad del poder estatal.

Encontrar la forma de enfrentar este desafío es, por supuesto, una tarea colectiva, en la que la joven generación de investigadores socio-jurídicos, con sólida formación teórica y metodológica muchas veces lograda en el exterior hará seguramente una contribución destacada. Sin embargo, me gustaría apuntar algunos pasos que pueden orientarnos en este camino.

Será necesario ocuparse de los temas significativos para las personas comunes, los que permiten hacer el puente entre historia y biografía, que aún están pendientes. Debemos trabajar temas como el racismo, una realidad que abordamos rara vez, y aún lamentablemente presente en muchos países, incluso en aquellos con muy bajos porcentajes de población de color como Argentina, tal como lo indica el análisis detallado de los estudios sobre el tratamiento discriminatorio de la policía a los jóvenes de los sectores populares. También necesitamos profundizar el análisis de las desigualdades de género, y los mecanismos que disparan la violencia sobre las mujeres, que tienen dimensiones urgentes, siendo que América Latina se ha convertido en una de las regiones del mundo más violenta para las mujeres.<sup>14</sup> Analizar los vínculos entre la baja valoración social de la legalidad y el desarrollo de la corrupción es asimismo una tarea urgente, tal como nos lo recuerdan todos los días los noticieros.

---

<sup>14</sup> Al respecto, ver el informe *Del Compromiso a la Acción: Políticas para erradicar la violencia contras las mujeres en América Latina y el Caribe* preparado por el PNUD y ONU Mujeres, accesible en [http://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/library/womens\\_empowerment/del-compromiso-a-la-accion--politicas-para-erradicar-la-violenci.html](http://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/library/womens_empowerment/del-compromiso-a-la-accion--politicas-para-erradicar-la-violenci.html)

Para cumplir con este desafío será necesario no limitarse a la investigación aplicada. En estos tiempos de reforma judicial, esta alternativa se nos aparece tentadora, entre otras razones porque así se consiguen fondos más fácilmente. Mi sugerencia es que al emprender estos estudios, no dejemos de agregar alguna cuestión significativa a largo plazo. Muchas de las investigaciones orientadas a evaluar alguna innovación institucional reciente pueden incluir análisis un poco más generales en torno a temas como el acceso a la justicia, o la justicia procedural, que permitan superar la tendencia a trabajar en temas muy focalizados y agreguen comparabilidad a los resultados.

Como nos recuerda Calavita, la búsqueda de respuestas a las grandes preguntas teóricas y la necesidad de realizar investigación socialmente comprometida mantienen vínculos significativos: *Parte de nuestro trabajo más perdurable es el que responde interrogantes como ¿Por qué los que más tienen siempre salen adelante? ¿Cuál es la alquimia entre derechos y raza? ¿Cuál es el papel del derecho en las transformaciones sociales? ¿Cuánto importa el derecho? ¿Cuál es el poder del derecho para estructurar las relaciones de género? ¿Cómo modela el derecho la vida cotidiana?* (Calavita 2002,p.6)<sup>15</sup>

Será necesario además no dejarse ganar por el escepticismo acerca de las contribuciones del derecho para crear una sociedad más justa, que desde los 90 se profundiza, tanto en nuestra región como en otras <sup>16</sup>. Ello nos permitirá conservar la perspectiva crítica, marca distintiva de nuestro campo, eludiendo los sesgos de la investigación que se concentra en la eficiencia o efectividad del sistema judicial <sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> En inglés en el original: *Some of our most enduring work asks such questions as “Why do the haves come out ahead?”; “What is the alchemy of race and rights?”; “What is the role of law in social transformation?”; “How much does law matter?”; “What is the gendered power of law?”; and “How does law shape everyday life?”*

<sup>16</sup> Así lo señalan SERON, COUTIN, y WHITE MEEUSEN (2013) en su análisis de los discursos anuales de los presidentes de la Law and Society Association.

<sup>17</sup> (LOPES AND FILHO 2014, 100) señalan este sesgo en el caso de Brasil: *This new research, however, is a lot less critical than expected. It has gone mainstream and tends to concentrate on efficiency or effectiveness issues to the exclusion of the normative and critical approaches of earlier years.*

## 5. LAS OPORTUNIDADES DE CRECIMIENTO

Nuestro escenario actual, poblado de desafíos significativos, nos ofrece también interesantes posibilidades de crecimiento que deberíamos aprovechar colectivamente para consolidar la expansión de la sociología del derecho en la región.

### *1. Facilidades para hacer estudios comparativos*

En América Latina, la comunidad lingüística, y las cercanías idiomáticas por ejemplo con Brasil, facilita la realización de investigaciones comparativas, con mínimos ajustes en los instrumentos a utilizar. La cultura jurídica es uno de los núcleos en los que es posible llevar adelante este tipo de estrategias. Tal como señala Nelken (2016), los estudios comparativos en este tema son posibles cualquiera sea nuestra perspectiva teórica. Sea que lo que consideramos central sean las actitudes, los discursos o las formas de conciencia legal, este tipo de investigaciones son viables. Cuestiones como la desvalorización de la ley, y la baja legitimidad de las instituciones judiciales, ambas generales en América Latina, son candidatas obvias a este tipo de estudios.

Aun si las posibilidades de comparar toda la región resultan demasiado ambiciosas, podemos mejorar la cobertura, avanzando hacia estudios subregionales, tal como lo ha hecho el estudio reciente sobre la situación de las mujeres en prisión, que abarca ocho países (Safranoff y Tiravassi 2018).

### *2. Acercarse a la experiencia de los investigadores no occidentales*

Analizando la situación de la sociología del derecho latinoamericana a comienzos de los noventa, Pérez Perdomo (1993) observaba la falta de atención a la literatura de investigación de los países no occidentales. Es posible de todos modos, que las oportunidades de acceso a esa bibliografía fueran bastante reducidas en ese momento.

La situación ha cambiado drásticamente hoy, gracias a la revolución de las comunicaciones. Se abren nuevas oportunidades para el trabajo comparativo, alentadas también por la existencia de redes globales de colaboración en investigación en el seno de las principales asociaciones de nuestra disciplina. Un buen ejemplo de trabajo cooperativo con otros países del sur, es el coordinado por (Rodríguez Garavito y Gomez 2018), que analiza conjuntamente los problemas que el contexto populista presenta a los movimientos de derechos humanos en países como Turquía, Ecuador, Venezuela, Rusia y Sudáfrica.

Cuestiones como la desvalorización de la ley y sus vínculos con el pasado colonial, o el grado de aceptación social de nuevas instituciones en el proceso de reformas judiciales, ofrecen igualmente interesantes oportunidades de comparación con la experiencia de otros países de democratización reciente, más allá del ámbito occidental.

### *3. Aprovechar nuestras condiciones singulares*

Al proyectar trabajo comparativo, debemos tomar conciencia igualmente de los rasgos singulares de la experiencia latinoamericana, que marcan la originalidad de nuestros resultados en el escenario global de la disciplina. Hablando de su país, Ríos Figueroa (2012) ha señalado: México ha experimentado una transición peculiar hacia una democracia, *que en algunos aspectos y lugares todavía exhibe rasgos del pasado autoritario. La combinación de matices autoritarios y miradas democráticas, la rica diversidad en las condiciones socioeconómicas en todo el país, y la reciente disponibilidad de una gran cantidad de información y datos sistematizados hacen que haya una gran cantidad de oportunidades de investigación para los investigadores socio-jurídicos*<sup>18</sup>.

La observación de Ríos Figueroa resulta válida para el conjunto regional. En varios de nuestros países, el distanciamiento del pasado autoritario, profundamente imbricado en nuestras prácticas, ha resultado ser un proceso bastante más largo de lo que nos podíamos imaginar, cuando celebramos emocionados la recuperación de las instituciones (Lopes y Filho 2014; Millaleo 2014). Aunque la constatación de este hecho puede conducirnos fácilmente a la desilusión, podemos también aprovechar este contexto singular para nuestras investigaciones. Hace unos años, cuando llevaba adelante el estudio sobre la litigación ya mencionado, descubrí que pese a la modestia de mis datos, tenía la oportunidad de comparar la litigación los períodos autoritarios y democráticos, muy difícil en otros contextos<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> En inglés en el original: *Mexico has undergone a peculiar transition to a democracy that in some aspects and places still exhibits traits of the authoritarian past. The combination of authoritarian shades and democratic glares, rich diversity in socioeconomic conditions across the country, and the recent availability of a wealth of information and systematized data make for a great deal of research opportunities for sociolegal scholarship.* (RÍOS-FIGUEROA 2012, p.307).

<sup>19</sup> Los resultados finales de ese proyecto han sido publicados en (BERGOGLIO 2003A; BERGOGLIO 2003B)

Tomar conciencia de los rasgos propios de cada país dentro del contexto regional, de los diversos trasfondos culturales, permitirá enriquecer los estudios comparativos. Así por ejemplo, si bien la legitimidad social de la administración de justicia es crónicamente baja en toda la región, es un poco menor en los países con desigualdades étnicas significativas, como Perú, Bolivia o México, donde el sistema judicial formal compite con prácticas judiciales de los pueblos originarios, lo que termina por debilitar aún más la confianza en las instituciones estatales (Bergoglio 2014).

#### *4. Construir una comunidad de investigación*

La observación del físico y analista de la ciencia Sábato (1979), en el sentido de que la ciencia de un país dependiente se caracteriza porque los investigadores tienen más relaciones con sus contrapartes de los países centrales que con otros actores del propio país, se aplica todavía con facilidad a la región en su conjunto. Vale la pena observar, sin embargo, que hoy las facilidades de la comunicación, así como el avance de la edición digital crean múltiples ocasiones de conocimiento mutuo. También los mecanismos que estimulan la movilidad de profesores e investigadores dentro de la región favorecen el establecimiento de esos vínculos.

Será necesario para ello superar los quiebres derivados de la disputa entre marcos epistemológicos diferentes. La observación de Millaleo para la sociología jurídica chilena es, desde mi punto de vista, válida para toda la región: *es evidente que falta construir una comunidad de investigación que sea permanente y que posibilite la comunicación y continuidad de esos esfuerzos de décadas pasadas con los problemas y debates de la actualidad, muy marcados por la emergencia de investigadores con formación en el exterior, con redes globales y sólidas bases teóricas y metodológicas, además de innovadores en las formas de aproximación o en los objetos de investigación* (Millaleo 2014, 13).

Es importante reconocer que el contexto actual nos provee la oportunidad de avanzar hacia la integración de nuestros países, superando la histórica escisión entre naciones que tienen tanto en común.



## COMENTARIOS FINALES

Hemos revisado los desafíos que enfrenta hoy nuestro campo disciplinar: la necesidad de profundizar la reflexión teórica, la importancia de reforzar la articulación entre el desarrollo teórico y el trabajo de campo, para realizar -con poco presupuesto - investigación de calidad.

A pesar de las brechas y obstáculos todavía presentes, debemos celebrar el trabajo riguroso que se está realizando, y reconocer que son muchas las oportunidades de crecimiento hoy abiertas. Nuestra comunidad de lenguaje y de experiencia social y política favorece el trabajo comparativo en investigación, que se verá enriquecido con el reconocimiento de las singularidades propias de cada país, así como con la apertura hacia otras regiones.

El sueño de una comunidad de investigadores socio- jurídicos que realice investigación de excelencia, insertada en las discusiones y los temas vigentes en el espacio global, que aborde las cuestiones preocupantes en nuestras sociedades, manteniendo al mismo tiempo la inserción en el escenario internacional, parece hoy más alcanzable que nunca. Los invito a comprometerse en esta tarea.

## REFERENCIAS

- ACIJ, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia. 2013. *Sectores Populares, Derechos y Acceso a La Justicia, Un Estudio de Necesidades Legales Insatisfechas*. Buenos Aires. <http://acij.org.ar/blog/2014/06/02/informe-sectores-populares-derechos-y-acceso-a-la-justicia>.
- BARRERA, Leticia. 2011. "Más Allá de Los Fines Del Derecho: Expedientes, Burocracia y Conocimiento Legal." *Iconos* (41): 57–72.
- BERGOGLIO, María Inés. 1997. "Acceso a La Justicia Civil : Diferencias de Clase." *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba* III: 93–107.
- \_\_\_\_\_. 1998. "Desigualdades En El Acceso a La Justicia Civil : Diferencias de Género." *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba* IV: 129–45.
- \_\_\_\_\_. 2003a. "Argentina: Los Efectos de La Institucionalización Democrática." En *Culturas Jurídicas Latinas de Europa y América En Tiempos de Globalización*, eds. Héctor Fix-Fierro, Lawrence M. Friedman, y Rogelio Pérez Perdomo. México: Universidad Autónoma de México, 27–175.

- \_\_\_\_\_. 2003b. "Argentina: The Effects of Democratic Institutionalization." En *Legal Cultures in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe*, eds. Lawrence Friedman and Rogelio Pérez Perdomo. Stanford: Stanford University Press, 20–63.
- \_\_\_\_\_. 2007. "Law & Society Activities in Argentina." *Encyclopedia of Law and Society, American and Global perspectives*: 92.
- \_\_\_\_\_. 2014. "Participación Ciudadana En La Justicia y Legitimidad Judicial: Sobre Las Consecuencias Del Juicio Por Jurados." En *Reformas Judiciales, Prácticas Sociales y Legitimidad Democrática En América Latina*, eds. Angélica Cuéllar Vazquez and Iván García Gárate. México, 53–77.
- \_\_\_\_\_. 2019. "Tendencias Recientes En La Profesión Jurídica Latinoamericana: Expansión y Segmentación." En *Ciencias Sociales: Temas Socio-Jurídicos Fundamentales*, ed. Enrique Zuleta Puceiro y Andrea Gastron Felipe Fucito. Buenos Aires: Ed. Universitaria de Buenos Aires.
- BRINKS, Daniel, Varun GAURI, y Shen KYLE. 2015. "Social Rights Constitutionalism: Negotiating the Tension Between the Universal and the Particular." *Annual Review of Law and Social Science* 11: 289–308.
- CALAVITA, Kitty. 2002. "Engaged Research, 'Goose Bumps,' and the Role of the Public Intellectual." *Law & Society Review* 36(1): 5–20.
- CORREA SUTIL, Jorge, y Luis BARROS LEZAETA. 1993. *Justicia y Marginalidad: Percepción de Los Pobres*. Santiago, Chile: Corporación de Promoción Universitaria.
- DOMINGUES, José Mauricio. 2009. *La Modernidad Contemporánea En América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI - CLACSO.
- ENGELMANN, Fabiano, y Julia VEIGA VIEIRA MANCIO BANDEIRA. 2017. "Judiciário e Política Na América Latina: Elementos Para Uma Análise Histórico-Política de Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Venezuela." En *Sociologia Política Das Instituições Judiciais*, Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 197–221.
- FERRARI, Vincenzo. 2015. XXXIII Una ética para quantos? *Primera Lección de Sociología Del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- FRIEDMAN, Lawrence. 1992. *Ahora Elijo Yo: Derecho, Autoridad y Cultura En El Mundo Contemporáneo*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.
- FRIEDMAN, Lawrence M. 2005. "Coming of Age: Law and Society Enters an Exclusive Club." *Annual Review of Law and Social Science* 1(1): 1–16. <http://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev.lawsocsci.1.041604.115951>.
- GERLERO, Mario. 2011. "Derecho, Género y Sexualidad." En *Sociología Jurídica En Argentina: Tendencias y Perspectivas*, Buenos Aires: EUDEBA, 85–118.

- GESSNER, Volkmar, y David NELKEN. 2007. *European Ways of Law: Towards a European Sociology of Law*. Oñati: Hart Publishing Series: Oñati International Series in Law and Society.
- GONZALEZ, Manuela, and Carlos LISTA. 2011. *Sociología Jurídica En Argentina: Tendencias y Perspectivas*. Buenos Aires: EUDEBA.
- HELMKE, Gretchen, y Julio RÍOS-FIGUEROA. 2011. *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.
- JONASSOHN, Kurt. 1987. "History of the Research Committees." *ISA Bulletin* 44. <https://www.isa-sociology.org/en/research-networks/research-committees/rc12-sociology-of-law/rc12-history/>.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, y Roberto FREITAS FILHO. 2014. "Law and Society in Brazil at the Crossroads: A Review." *Annual Review of Law and Social Science* 10(1): 91–103. <http://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-lawsocsci-110413-030625>.
- MERTZ, Elizabeth, y Mark C SUCHMAN. 2010. "A New Legal Empiricism ? Assessing ELS and NLR." *Annual Review of Law and Social Science* 6(1141): 555–79.
- MILLALEO, Salvador. 2014. "Introducción." En *Sociología Del Derecho En Chile*, Santiago de Chile, 11–16.
- MILLALEO, Salvador, Oyanedel Juan Carlos, PALACIOS Daniel, ROJAS Hugo (editores). 2014. *Sociología del Derecho en Chile - Libro homenaje a Edmundo Fuenzalida*, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile.
- MORALES Martín, Juan Jesús. 2016. "La Sociología Del Desarrollo En América Latina: Una Tensión Permanente Entre Democracia y Crecimiento Económico." *Espacio Abierto. Cuaderno Venezolano de Sociología* 25(3): 171–81.
- NELKEN, David. 2016. "Comparative Legal Research and Legal Culture: Facts, Approaches, and Values." *Annual Review of Law and Social Science* 12(1): 45–62. <http://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-lawsocsci-110615-084950>.
- PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal, y Andrea CASTAGNOLA. 2016. "Judicial Instability and Endogenous Constitutional Change: Lessons from Latin America." *British Journal of Political Science* 46: 395–416. doi:10.1017/S0007123414000295.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio. 1993. "Western and Non-Western Themes of Latin American Sociology of Law." *Oñati Proceedings* (15): 127–37.
- PUGA, Mariela. 2012. *Litigio y Cambio Social En Argentina y Colombia*. Buenos Aires: CLACSO.
- RÍOS-FIGUEROA, Julio. 2012. "Sociological Studies on Mexico." *Annual Review of Law and Social Science* 8(1): 307–21. <http://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-lawsocsci-102811-173928>.

- RODRIGUEZ GARAVITO, César. 2011. *El Derecho En América Latina. Un Mapa Para El Pensamiento Jurídico*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, y Krizna GOMEZ. 2018. *Encarar El Desafío Populista*. Bogota: DeJusticia.
- ROJAS CORRAL, Hugo. 2013. "Reflexiones Sobre La Encuesta Nacional de Derechos Humanos: Preocupaciones Metodológicas y Propuestas de Cambio." *Revista de Derechos Fundamentals* 9: 75–111. <http://www.indh.cl/encuesta-nacional-de-derechos-humanos-2013>.
- SÁBATO, Jorge Alberto. 1979. "El Triángulo Nos Enseña Donde Estamos." En *Ensayos En Campera*, Buenos Aires: Juárez Editor.
- SAFRANOFF, Ana, y Antonella TIRAVASSI. 2018. *Mujeres En Contextos de Encierro En América Latina: Características y Factores de Riesgo Asociados a Determinados Comportamientos Delictivos*.
- SCARPONETTI, Patricia, y Mariana SÁNCHEZ. 2011. "Control Social, Violencias y Delitos. Aproximaciones a Las Injusticias Del Orden, Su Administración y Políticas." In *Sociología Jurídica En Argentina: Tendencias y Perspectivas.*, Buenos Aires: EUDEBA, 143–95.
- SERON, Carroll, Susan Bibler COUTIN, y Pauline WHITE MEEUSEN. 2013. "Is There a Canon of Law and Society?" *Annual Review of Law and Social Science* 9(1): 287–306. <http://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-law-socsci-102612-133954>.
- TREVES, Renato. 1984. "Sociología Del Derecho y Sociología de La Idea de Justicia En El Pensamiento de Hans Kelsen." *Cuadernos de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca* 8(1): 99–16.
- WOLLSCHLÄGER, Christian. 1990. "Civil Litigation and Modernization: The Work of the Municipal Courts of Bremen, Germany, in Five Centuries, 1549-1984." *Law & Society Review* 24(2): 261–82.

# “NO” ES “NO”. ALGUNOS CASOS PARA REFLEXIONAR SOBRE CONSENTIMIENTO Y SEXUALIDAD\*

*Nadia K. Garayo ~ Adriana L. Vercellone\*\**

**Resumen:** Este artículo evalúa las condiciones bajo las cuales el consentimiento es válido, en especial cuando se trata de la disposición del propio cuerpo. Para ello, se resalta la importancia de la voluntad como único antecedente de cualquier intercambio entre personas. Luego, se analizan algunos casos difíciles que cuestionan nuestras intuiciones básicas sobre el consentimiento, como ser, el arrepentimiento o la voluntad manifestada bajo los efectos de alcohol. Las conclusiones no constituyen respuestas últimas sobre el tema sino, más bien, un llamado de atención sobre algunos argumentos irrazonables a los que se suele apelar para opinar o decidir sobre consentimiento y sexualidad.

**Palabras clave:** consentimiento ~ sexualidad ~ abuso ~ género.

## INTRODUCCIÓN

Existen situaciones en las que no hay duda que se ha cometido un abuso sexual. Sucede, por ejemplo, cuando la víctima es menor de edad o cuando el hecho fue perpetrado bajo amenaza de muerte. Pero también podemos reconocer un número importante de casos en los que, para algu-

---

\* Artículo recibido el 05/07/2019 - Aprobado para su publicación el 04/11/2019.

\*\* Abogada (UNC), Maestranda en Derecho y Argumentación (UNC). Coordinadora de “Clínica Jurídica” en Programa de Ética y Teoría Política (CIJS). Adscripta en Ética y en Privado VII (Daños), en la Facultad de Derecho (UNC). Email: nadiagarayo@gmail.com.

Magister en Derecho y Argumentación y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la UNC. Profesora en Ética y en Derecho Político, en Facultad de Derecho (UNC). Miembro del Programa de Ética y Teoría Política (CIJS). Coordinadora del Departamento de Estudios Básicos (Facultad de Derecho, UNC). Email: adrivercellone@gmail.com

Agradecemos a colegas del Programa de Ética y Teoría Política que se tomaron el tiempo de leer y observar este artículo. Especialmente a Ercilia Adén, Ramiro Moyano, Cristian Fatauros, Valentina Huais y Florencia Rodríguez Nasuti.

nos, es difícil alcanzar dicha certeza, dada la presencia de elementos que entorpecen el juicio. Estos elementos suelen referirse a los antecedentes de la víctima y el victimario, el tipo de práctica sexual involucrada o el contexto en el que sucedieron los hechos. Así, se cuestiona la verosimilitud de un abuso cuando, por ejemplo, existe vínculo matrimonial previo, cuando la víctima es trabajadora sexual o cuando prestó consentimiento bajo los efectos de alcohol. En definitiva, determinar la existencia de una relación sexual no consentida no siempre es tarea fácil.

Este artículo analiza algunos argumentos que pueden aclarar estas divergencias. Como punto de partida, asumimos que el consentimiento es trascendental a los fines de determinar el derecho que alguien tiene para actuar en el área o dominio de otra persona.<sup>1</sup> Es decir, es necesaria una manifestación de voluntad para que un encuentro sexual sea validado. Asimismo, que sus elementos fundamentales -discernimiento, intención y voluntad- y las formas de manifestarlo merecen especial atención cuando se discute sobre el dominio del propio cuerpo y la sexualidad. Entre otras razones, porque son escasas las situaciones en las que se consiente un encuentro sexual con un “sí” directo, y abundantes aquellas en donde la voluntad sexual se expresa mediante gestos tácitos o bajo los efectos del alcohol, lo cual puede conducir a equívocos.

Particularmente, nos interesa evaluar la importancia y formas en las que puede manifestarse el consentimiento a una relación sexual, prestando especial interés a algunas situaciones “difíciles”; es decir, escenarios en los que dichas manifestaciones pueden ser interpretadas de varios sentidos -inclusive, contradictorios entre sí-. En este punto, el objetivo del artículo es doble. Primero, delimitar el papel que juega la voluntad en la configuración de las relaciones sexuales, los límites que importa, las situaciones bajo las cuales puede ser manifestado mediante gestos implícitos y el contenido que sucinta. Segundo, evaluar cómo deben interpretarse dichas categorías teóricas en situaciones complejas, como las antes mencionadas.

Para ello, en la primera parte se despeja la pregunta central del artículo -*porqué importa el consentimiento y cuáles son sus alcances en relación con la sexualidad*-, estableciendo vinculaciones con otras cuestiones nor-

---

<sup>1</sup> MCGREGOR, J. “Why When She Says No She Doesn’t Mean Maybe and Doesn’t Mean Yes: A Critical Reconstruction of Consent, Sex, and the Law”. *Legal Theory*, 2 (3), 1996, pp. 175-208.

mativas, conceptuales y jurídicas de relevancia. En la segunda parte del trabajo se analizan situaciones problemáticas que desafían nuestras intuiciones comunes sobre el consentimiento. Son casos que, dado el contexto o las víctimas que importan, pueden generar controversias y conclusiones contradictorias. Para la presentación de estas situaciones hemos escogido la categoría binaria mujer-hombre como presunta víctima y victimario, respectivamente. Ello en virtud de que el delito de abuso sexual ha constituido una forma histórica de dominación del hombre sobre la mujer. No obstante vale aclarar que, así como las situaciones posibles son múltiples y variadas, quienes pueden intervenir en ellas también, pues existen otras tantas minorías vulneradas en razón del género.<sup>2</sup>

El análisis de estos casos sirve, no tanto para concluir respuestas últimas sobre el tema, sino más bien para poner en evidencia algunos argumentos “distractores” que, aunque muy recurridos por operadores de la justicia en el tema, poco tienen que ver con el consentimiento y la sexualidad.

## DIFERENTES INTERROGANTES Y CONSENTIMIENTO

Las siguientes son algunas de las preguntas que atraviesan todo análisis sobre sexualidad:

- a. *Cuestiones normativas.* ¿Qué es lo que define a una práctica sexual como correcta o incorrecta? ¿Existen actos sexuales *malos en sí mismos*? ¿Cómo evaluar a las prácticas que dañan físicamente a las personas? ¿Es reprochable el acto sexual cuando es motivado por fines materiales -dinero, ascenso laboral, etc.-?<sup>3</sup> Para el abordaje de estos interrogantes se suele recurrir a categorías de la filosofía moral clásica, como el “consentimiento”, la “virtud” o el análisis de “consecuencias”.

---

<sup>2</sup> De hecho, MacKinnon resalta que se trata de una injusticia que los hombres sufren cuando son homosexuales o pertenecientes a una minoría étnica (por ejemplo), pero no por el mero hecho de ser hombres. Ver: MACKINNON, C. A. *Hacia una teoría feminista del Estado* (No. 227). *Universitat de Valencia*, 1995 p. 283.

<sup>3</sup> Estos interrogantes son bien diferenciados en: HALWANI, Raja. “Sex and Sexuality”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/sex-sexuality/>>.

- b. *Cuestiones conceptuales.* ¿Es el deseo sexual un apetito biológico o un mero estado mental? ¿Qué define a una “actividad sexual”? ¿Exige la presencia de más de una persona? ¿Es meramente procreativa o exige deseo e intención? ¿Puede admitir formas perversas?<sup>4</sup> La definición conceptual de “práctica sexual” también contribuye a delimitar si algunas prácticas pueden ser censuradas o no (a).
- c. *Sistema patriarcal y cosificación.* ¿Es suficiente el consentimiento cuando una práctica sexual cosifica a las personas, es decir, las trata como un mero objeto sexual? ¿o cuando alguien consiente motivada por un entorno opresor? En este punto, la cuestión radica en definir si existen prácticas sexuales que son reprochables por el modo en que tratan a las mujeres u otras minorías sexuales, aun cuando consienten libremente.
- d. ¿Por qué está mal el abuso? Nadie duda de su reprochabilidad, pero ¿qué lo define como incorrecto? ¿Constituye un atentado contra la dignidad? ¿Depende del daño causado? ¿Es una interferencia sobre la autonomía? ¿Es malo porque importa un daño sobre un colectivo especialmente vulnerable? Esta pregunta, también normativa, admite respuestas que pueden englobar, o no, a las anteriores tres.
- e. *Cuestiones jurídicas.* Además de las dificultades enunciadas, el derecho enfrenta problemas de otra índole al atribuir responsabilidad. El abuso sexual es un tipo de delito muy difícil de acreditar frente a la justicia: a menos que exista acceso carnal o violencia física, no siempre deja pruebas ni testigos; además, la prueba de los hechos se torna difícil de recabar con el transcurso del tiempo y, en última instancia, la única evidencia real del daño causado suele ser la psiquis de la víctima. Si a esto sumamos que la legislación y los operadores jurídicos reproducen prejuicios de género al definir las preguntas conceptuales (b) y normativas (a), entonces el panorama para las víctimas no es muy esperanzador. Ya que, el derecho no ofrece herramientas suficientes para prevenir y sancionar este tipo de faltas.

---

<sup>4</sup> HALWANI. Ob. Citada, 2018.



La lista enunciada –que, vale decir, no es exhaustiva- revela la cantidad de interrogantes vigentes sobre el tema y el modo en que estos se entremezclan. En el análisis de unos, siempre emergen argumentos vinculados con otros. Sin pasar por alto esta dificultad, en este artículo nos interesa concentrarnos en el problema del consentimiento y sus alcances en relación con la sexualidad. Fundamentalmente, porque entendemos que sólo el consentimiento puede autorizar o validar cualquier intercambio entre personas, incluido uno sexual.

Para que se entienda esta posición, son necesarias algunas aclaraciones previas.<sup>5</sup>

En primer lugar, que el consentimiento es *necesario y suficiente* para autorizar un encuentro sexual. En otras palabras, no puede validarse una relación sin que exista consentimiento por parte de sus involucrados y, asimismo, tampoco es necesaria la concurrencia de otro factor o expresión además de las manifestaciones de voluntad. Es decir que, para emitir un juicio sobre una situación, es relevante valorar sólo la satisfacción de los criterios que exige toda manifestación libre de voluntad –concretamente: discernimiento, intención, libertad-.

Esta concepción consensualista es llamada “minimalista”.<sup>6</sup> No porque sean mínimos los requisitos que exige el consentimiento, sino porque deja de lado cualquier juicio moral acerca del tipo de práctica sexual involucrada. Así, para evaluar si una persona ha sido abusada es apropiado considerar si verdaderamente fue coaccionada o si su juicio fue alterado por un elemento externo; pero no es relevante si entre las personas existía amor, intercambio de dinero o inclusive algún tipo de violencia física –como sucede con las prácticas masoquistas-. Estos últimos elementos sólo importan cuando interfieren sobre las consideraciones de la voluntad. La ventaja de este enfoque es su “pluralismo sexual”, pues reconoce las

---

<sup>5</sup> Centrar la discusión en el “consentimiento” importa asumir una postura sobre las otras preguntas mencionadas. Por ejemplo, si el consentimiento es determinante, entonces no existen prácticas sexuales *malas en sí mismas*, sino sólo cuando no son libremente consentidas (a); asimismo, significa que sólo puede cuestionarse una relación sexual cuando existen elementos del contexto que indujeron las preferencias o elecciones de las personas (c); o finalmente, que el abuso sexual es incorrecto porque vulnera la autonomía individual (d). Sin embargo, estas conclusiones merecen un mayor análisis que excede el objetivo de este artículo.

<sup>6</sup> WERTHEIMER, A. *Consent to sexual relations*. Cambridge University Press, 2003.

disímiles razones y expectativas que las personas sostienen respecto de la sexualidad sin juzgarlas como permisibles o no.<sup>7</sup>

Segundo, que una correcta enunciación del consentimiento requiere considerar no sólo su aspecto *performativo* –es decir, el modo en que es exteriorizado- sino también su costado *subjetivo*. Fundamentalmente porque las manifestaciones externas de la voluntad no siempre son fieles indicadores del estado mental de las personas. Piénsese en alguien que no ofrece resistencia a una violación porque cree que así sufrirá menos golpes o, contrariamente, en quien disfruta simulando una situación de abuso: sus gestos externos –la resistencia o el silencio- claramente revelan lo contrario que sus estados mentales.

Esto nos lleva a una tercera y última cuestión: la importancia de ofrecer una concepción performativa y subjetiva sobre el consentimiento que reconozca las percepciones femeninas sobre el tema. Resulta verdaderamente problemático deducir el verdadero estado mental de alguien a partir de sus gestos implícitos. No sólo porque estos pueden contradecirse, sino también porque las percepciones sobre la sexualidad juegan un papel importante en dicha presunción. Por ejemplo, algunas teóricas sostienen que los hombres y las mujeres guardan diferentes experiencias y expectativas en relación con la sexualidad –dadas por diferencias en el aprendizaje, la crianza y la cultura-.<sup>8</sup> Piénsese en dos personas que acuerdan un encuentro casual: es posible que mientras él alberga ciertas expectativas sobre dicho encuentro, *ella* cree algo distinto. Estos sesgos de género concluyen en percepciones sobre la sexualidad diferentes que no deben subestimarse al elaborar conclusiones.

Si esto último es cierto, entonces los conceptos fundamentales del consentimiento –libertad, conocimiento, etc.- no debieran ser definidos en base a estándares exclusivamente masculinos.<sup>9</sup> Lo cual es especialmente relevante si se considera que las normas que regulan la cuestión

---

<sup>7</sup> WERTHEIMER, Ob. citada, 2003, pp. 140-142.

<sup>8</sup> GOODMAN, C. “Protecting the Party Girl: A New Approach for Evaluating Intoxicated Consent”. *BYU L. Rev.* 57, 2009.

<sup>9</sup> MACKINNON, C. A. “Feminism, Marxism, method, and the state: Toward feminist jurisprudence”. *Signs: Journal of women in culture and society*, 8(4), 1983, pp. 635-658.

son definidas e interpretadas por varones -o al menos eso indican algunas estadísticas locales<sup>10</sup>-.

## CONSENTIMIENTO: CONCEPTO FUNDAMENTAL Y ELEMENTOS

Antes de avanzar en el análisis de casos, es necesario profundizar sobre los presupuestos y elementos del consentimiento. De esta manera, resultará más sencillo en el complejo entramado de situaciones posibles, percibir su ausencia.

Probablemente su enunciación más clara la encontramos en el actual Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN). Analizar dichas normas nos acerca, no sólo a los presupuestos teóricos sobre el consentimiento -ya que dicho artículo reconoce los principales aportes filosóficos y jurídicos en el tema-, sino también a la idea más difundida que es fundamental para la práctica jurídica al decidir en estos casos. En su artículo 260 sostiene que un acto es voluntario *“cuando es ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”*. De dicho enunciado, se extraen sus fundamentales elementos.

En primer lugar, para que el acto se considere voluntario la persona debe poder discernir lo que acontece, y tener la intención y libertad de llevarlo adelante. Estos constituyen los elementos internos de la voluntad. En segundo lugar, es necesario que dicha voluntad sea exteriorizada mediante un hecho, constituyendo éste su elemento externo.

Siguiendo a Brebbia<sup>11</sup>, el discernimiento es aquella aptitud que permite a alguien distinguir las implicancias de sus actos o sus consecuencias. Dicho estado se adquiere con la maduración psicofísica a una edad

---

<sup>10</sup> El 66% del personal del Poder Judicial de Córdoba son mujeres; dicho porcentaje se reduce a 44% en los cargos jerárquicos -magistrados, fiscales y asesores letrados-. La brecha es mayor en el fuero nacional, donde el 27% de los cargos jerárquicos en la Corte, Procuración y Defensoría General son ocupados por mujeres. Datos disponibles en: <https://comercioyjusticia.info/blog/justicia/comienza-a-romperse-el-techo-de-cristal-en-la-justicia-de-cordoba/?fbclid=IwAR0jFFcuw1WmNduTIXImwCy4C-FLk0M-ctXI4pSeGUzsDV5n716ALTWUSeOM>

<sup>11</sup> BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 47, comentario al art. 897 como se cita en Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2015, p. 28.

determinada y puede interrumpirse por diferentes factores que afectan la capacidad de conocer y evaluar los hechos del mundo de forma plena, como la hipnosis o un estado de locura sobreviniente. Así, el acto es involuntario cuando lo despliega quien se encuentra privado de razón (o en estado de inconsciencia o perturbación mental) o por inmadurez en razón de la edad (menores de 13 años en actos lícitos y menores de 10 en ilícitos).

La diferencia entre el discernimiento y la intención es que mientras esta última se posiciona sobre el acto concreto que alguien está por realizar, el primero refiere a una aptitud más general para comprender. De acuerdo con ello, un acto es inválido cuando un error elimina la intención. Así, una persona adulta puede tener aptitud para conocer y discernir sobre un objeto del mundo, y sin embargo equivocarse al elegir o ejecutar su acción. Por ejemplo, quien tiene mucha sed y desea tomar agua, pero sin saberlo bebe de un vaso que contiene veneno.

El concepto de libertad es tanto más problemático, dada la multiplicidad de definiciones existentes sobre ella. Como aproximación general, diremos que refiere a la posibilidad de elegir entre distintas alternativas de acuerdo a propias preferencias y deseos; es decir, sin que la decisión sea condicionada por elementos externos. La fuerza y la intimidación son formas de condicionar una decisión y, por lo tanto, de eliminar la voluntad.

En cuanto a las formas de exteriorizar la voluntad, el mismo cuerpo normativo determina que ésta no sucede exclusivamente de forma oral, siendo válidos también los signos inequívocos, la ejecución de un hecho material e inclusive la vía escrita (art. 262 CCCN).

## VICIOS Y FALTA DE CONSENTIMIENTO

Cuando el consentimiento se traduce en una acción, omisión o gesto inequívoco que satisface los elementos antes enunciados, puede operar sobre los bienes jurídicos de las personas, habilitando a otros a actuar o a disponer de ellos. Para el caso de los delitos sexuales que aquí interesan, además destipifica una conducta que afecta dicho bien. En palabras de Buompadre:

*“La expresión válida del consentimiento implica la expresión de disposición del bien jurídico del que se es titular. (...) por lo tanto, el consentimiento de la persona titular del bien jurídico protegido,*

*prestado en condiciones normales de discernimiento, intención y libertad, esto es, que no haya sido obtenido o arrancado mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o cualquier otra forma de coerción, es totalmente eficaz y actúa destipificando la conducta.”<sup>12</sup>*

En este contexto, es fundamental el estudio de aquellas situaciones en las que una manifestación de voluntad no es válida por la presencia de elementos que afectan el juicio individual, como el error, la ignorancia o la violencia.

Podemos identificar al error como el falso conocimiento acerca de algo. Creemos conocer todo lo necesario sobre una situación, pero en realidad tenemos una falsa y equivocada idea de ella. El error puede ser de hecho, cuando la falsa idea recae sobre los hechos, el contenido o los presupuestos del acto que se lleva adelante, o de derecho, si recae sobre la existencia, el alcance o la vigencia de ciertas normas. El error como vicio de la voluntad se justifica si se trata de un error de hecho el cual, además, debe ser esencial. Es decir, debe recaer sobre un aspecto fundamental del caso que se ha tenido presente al momento de celebrar el acto y no acerca de cuestiones accesorias (arts. 265 y 267 CCCN). Un ejemplo de ello es aquella persona que se exhibe a la vista de terceros teniendo relaciones en un lugar público bajo la falsa idea de que es un espacio privado. El supuesto de la ignorancia es diferente, pues la persona no tiene una falsa noción de algo sino que nada conoce sobre el asunto.

La excusabilidad de ambos vicios depende de las precauciones que la persona toma al decidir o al actuar. Así, es diferente el caso de quien pudo razonable y fácilmente conocer que el espacio donde tenía relaciones era público, al de quien deliberadamente le ocultan dicha circunstancia, por ejemplo, falsificando un cartel. Cuando el error o ignorancia no es consecuencia de la propia negligencia, se justifica. En cambio, el error de derecho no puede ser invocado para anular el acto. Por ejemplo, si se desconoce que está prohibido el exhibicionismo.

---

<sup>12</sup> BUOMPADRE, Jorge E., El delito de Violación. Análisis Dogmático de los Elementos Típicos (tras la reforma de la Ley N° 27.352/17), 2017, p. 82.

Respecto a la violencia, distinguimos dos tipos: la vis absoluta y la vis compulsiva.<sup>13</sup> La vis absoluta consiste en el despliegue de fuerza física frente a la víctima o por medios mecánicos que actúan sobre ella, con el fin de lograr el contacto sexual o someterla. En el caso de la vis compulsiva, quien la ejerce pretende –mediante amenazas o intimidaciones– someter a alguien a actuar conforme sus deseos, constriñéndola psicológicamente a través del temor. Finalmente, es importante resaltar que en el concepto de violencia se incluye el uso de medios hipnóticos o narcóticos, por el modo en que éstos pueden determinar decisiones (Art. 78 Código Penal -CP).

Un claro ejemplo de falta de consentimiento o de voluntad viciada que encuentra recepción normativa es el abuso sexual, cuya tipificación protege la libertad sexual de las personas, es decir, que cada quien pueda llevar adelante su vida sexual conforme sus propios deseos y preferencias.<sup>14</sup> Al respecto, el artículo 119 (CP) establece que:

*“Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”.*

Se evidencia que todos los supuestos contemplados por la norma vinculan la reprochabilidad de la conducta con el consentimiento de la víctima, sea porque éste no ha existido o porque se ha prestado vulnerando alguno de los elementos de la voluntad.

Por último, es importante resaltar que la evaluación de estos elementos resulta sumamente compleja a la luz de los hechos, probanzas y el derecho. En los casos que analizamos, es fundamental que el análisis de los operadores judiciales incluya la llamada “perspectiva de género”. Esto se apoya, principalmente, sobre dos ideas.

---

<sup>13</sup> BUOMPADRE, Jorge. “Código Penal Comentado de acceso libre. Asociación Pensamiento Penal”, Disponible en: [http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/arts\\_119\\_a\\_120\\_abusos\\_sexuales.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/arts_119_a_120_abusos_sexuales.pdf) Consultado el 04/07/2019.

<sup>14</sup> Este artículo no pretende hacer un análisis exhaustivo de la figura de abuso sexual ni sus diversas causales, sino sólo del problema del consentimiento. Por ello, no se desarrolla en profundidad lo primero.

Primero, que las categorías jurídicas modernas constituyen una forma más de dominio de un género sobre el otro. Aunque tanto el derecho como la jurisprudencia han pretendido guiarse por los principios de objetividad y neutralidad, en realidad esto escondió siempre la imposición y legitimación de las normas y formas básicas masculinas a toda la sociedad. Básicamente porque la defensa de la libertad “negativa” y la neutralidad estatal han servido para sostener un *status quo* históricamente desigual.

Y segundo, que es necesario apartarse de esta común –y profundamente arraigada– visión tradicional sobre los hechos y la norma, para construir una que reconozca las percepciones y vivencias femeninas sobre el tema, ya que son las mujeres las que han debido soportar las injusticias y sometimiento sistemático en todos los espacios de su vida cotidiana, incluidos los no estatales. En ese sentido, es sencillo notar que las mujeres históricamente han padecido injusticias por el solo hecho de ser tales (privación de libertades políticas y derechos básicos, esclavitud doméstica, etc.). Esta disímil posición que ocupan las minorías de género siempre ha sido determinante para la construcción del poder que el Estado y sus normas reflejan. En palabras de MacKinnon: “*La ley ve y trata a las mujeres, como los hombres ven y tratan a las mujeres*”.<sup>15</sup>

Este cambio de perspectiva hoy comienza a ser reconocido en el fuero judicial. Al respecto, es de utilidad el reciente auto interlocutorio del Juzgado de Control, Niñez, Juventud y Penal Juvenil y Faltas de Río Segundo:

*“(...) debe analizarse a los mismos desde una hermenéutica que tenga presente el sustrato cultural estructural de supremacía del varón sobre la mujer que determina la configuración de roles y conductas esperables (de superioridad del varón y subordinación de la mujer) y que constituyen estereotipos de género. En ese marco debe efectuarse un examen de los hechos que se investigan que contemple las múltiples y sutiles formas de dominación y coacción que pueden operar en una situación concreta, en un contexto de violencia de género, y que son susceptibles de determinar conductas que en apariencia y de acuerdo a interpretaciones tradicionales, puedan lucir como consentidas cuando, apreciadas desde la perspectiva de género no lo serían; superando de este modo las rígidas concepciones que contemplan como formas de coacción sólo aquellas circunstancias en las que se*

---

<sup>15</sup> MACKINNON, Ob. citada, 1995, p. 284.

*verifican conductas agresivas o intimidatorias explícitas y concomitantes al episodio de posible vulneración de la libertad sexual.*"<sup>16</sup>

## CONSENTIMIENTO TÁCITO

Son muchas las situaciones en las cuales el consentimiento se expresa de forma tácita. En el caso de la sexualidad, podríamos decir que las manifestaciones indirectas y espontáneas de voluntad son mayoritarias, indicándose ésta mediante omisiones, silencios, miradas o el contacto físico. De hecho, la propia legislación reconoce al silencio y gestos como posibles exteriorizaciones de la voluntad.<sup>17</sup> Sin embargo, no es fácil dilucidar el sentido en que deben ser interpretados dichas expresiones, en especial cuando son contradictorias, ambiguas y su interpretación queda en manos de terceros.

Esta dificultad queda en evidencia cuando se piensa en la cantidad de situaciones en las que resulta injusto atribuir efectos disposicionales a una manifestación de voluntad implícita. Por ejemplo, la resistencia suele indicar falta de consentimiento a una relación sexual; pero no puede presumirse que alguien ha consentido algo cuando, por temor, no se resistió. Así, resulta necesario explicitar las condiciones bajo las cuales es válido presumir la voluntad positiva o negativa de otra persona.

Surge entonces una primera pregunta respecto de las diferencias entre las manifestaciones expresas y tácitas de la voluntad: ¿Se trata meramente de una diferencia de forma, o es también de contenido?

Piénsese en las siguientes situaciones. Alguien responde abiertamente "sí" ante la invitación de otra persona a tomar algo; mientras otra persona guarda silencio ante el mismo ofrecimiento, pero se sienta en la mesa de quien la invita y acepta el vaso que le ofrecen mientras sonrío. No puede decirse que la primera ha consentido algo mayor o diferente a la segunda pues, en principio, ambas han aceptado sentarse con otra persona a tomar algo. Es evidente que la voluntad expresada mediante silencios o gestos no es necesariamente más débil que la expresa y directa, ni posee

---

<sup>16</sup> Auto interlocutorio N° 9, 27/2/2019, Juzgado de Control, Niñez, Juventud y Penal Juvenil y Faltas de Río Segundo en la causa SANCHEZ, PABLO YAMIL - CAUSA CON IMPUTADOS (EXPEDIENTE: 7773947).

<sup>17</sup> Art. 262 CCCN ya citado.



un contenido o alcance menor.<sup>18</sup> La diferencia entre ambas radica en el modo en que la voluntad es revelada a los demás, lo cual genera que en algunos casos sea más difícil conocer la verdadera voluntad de alguien. Pero, en definitiva, tienen similares efectos disposicionales; y así, lo central es explicitar el tipo de gestos que es apto para manifestar la voluntad de forma inequívoca. Despejando dicha cuestión, es posible para cualquiera conocer las verdaderas intenciones detrás de los signos tácitos de alguien.

Considerando al “silencio” como gesto de la voluntad, McGregor sistematiza cinco condiciones que responden dicho interrogante: a) la persona debe tener noción que está manifestando su voluntad; b) debe conocer que se manifiesta a través del silencio y prever los alcances y contenido de dicho acto; c) además, debe tener la intención de consentir mediante el silencio; d) debe disponer de un tiempo razonable para responder de otro modo; y finalmente, e) los medios posibles de disenso deben ser razonables.<sup>19</sup>

Algunos de estos requisitos refieren a aspectos subjetivos de quien consiente, difíciles de presuponer -por ejemplo, *qué conocía o qué deseaba*-. Sin embargo, en algunas situaciones, son rasgos que el mismo contexto situacional puede exponer mediante una adecuada apreciación.

Así, los requisitos a), b) y c) sugieren que es de presumir la voluntad cuando la situación es apta para ser consentida de forma indirecta y, por encima de todo, dicha información es cierta y al alcance de cualquiera. Es decir, alguien debe conocer no sólo el posible efecto de su omisión o gesto, sino también que éstos son medios aceptables de manifestación de la voluntad. A modo de ejemplo: alguien visita una playa nudista en la que es obligatorio ingresar sin ropa. En la puerta le preguntan si está de acuerdo con dicha norma y le muestran el cartel que así lo exige, para luego ingresar en silencio al lugar. Esta persona puede prever el sentido en el que será interpretado su silencio: como una aceptación de la norma del lugar.

Por otro lado, de acuerdo con d) y e) las personas deben conocer y comprender que cuentan con medios y tiempo razonable para disentir,

---

<sup>18</sup> SIMMONS, A. J. “Denisons” and “Aliens”: Locke’s Problem of Political Consent. *Social theory and practice*, 24 (2), 161-182, 1998, pp. 168-170.

<sup>19</sup> MCGREGOR, ob. citada, 1996, p. 194. Cabe aclarar que McGregor evalúa el “silencio” como gesto válido de voluntad positiva, aunque sus condicionantes pueden extenderse a otras omisiones o gestos implícitos que pudieran tener similar efecto.

aun cuando esa información se divulga de modo informal. Asimismo, las personas conocen y prevén el momento a partir del cual ya no puede expresarse la voluntad. Para mostrar cómo funcionan estas exigencias, Simmons piensa en el siguiente ejemplo: se planea una reunión en una compañía, y quien lidera la propuesta anuncia que la misma se llevará a cabo al día siguiente en el horario X; seguidamente, pregunta a sus colegas si alguien tiene objeción que alegar. Simmons cree que, dado el contexto, los asistentes pueden prever que su silencio generará la presunción de aceptar el día y horario propuestos.<sup>20</sup>

Pero al argumento le falta aún una parte. Como existen situaciones en las que dicha conclusión puede ser injusta, Simmons agrega que los medios aceptados para disentir deben ser razonables y fácilmente ejecutables, y las consecuencias de disentir no ser perjudiciales o altamente costosas.<sup>21</sup> De ningún modo puede atribuirse significado al silencio de quien, bajo amenaza de muerte, es requerida a hacer algo. E igualmente, es oportuno valorar si existía entre las partes involucradas relación de poder, laboral, familiar, etc. que potencialmente pueda conminar una decisión.

Así, un juicio de razonabilidad e imparcialidad sobre el contexto y circunstancias de elección permiten evaluar y concluir sobre los estados mentales y voluntad de las personas. La lectura de un caso paradigmático puede servir para ilustrar cómo funcionan estos juicios en la práctica. Un caso de relevancia es el homicidio de Lucía Pérez. En una cuestionada decisión judicial, el Tribunal en lo Criminal N° 1 de Mar del Plata presumió -ante la ausencia de manifestaciones expresas e inexistencia de signos inequívocos- la voluntad de la víctima de tener una relación sexual, a partir de rasgos y antecedentes personales. A partir de ello se justificó absolver a los tres imputados por abuso y femicidio.<sup>22</sup>

Los argumentos de la sentencia giran en torno a dos ejes: por un lado, si la víctima podía efectivamente prestar consentimiento (pese

---

<sup>20</sup> SIMMONS, A. J. "Tacit consent and political obligation." *Philosophy & public affairs*, 274-291, 1976, p. 279.

<sup>21</sup> SIMMONS, Ob. citada, 1976, pp. 279-280.

<sup>22</sup> FARIAS, Matías Gabriel- MACIEL, Alejandro Alberto- OFFIDANI, Juan Pablo s/ tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por ser cometido en perjuicio de menores de edad- abuso sexual agravado por el consumo de estupefacientes seguido de muerte en concurso ideal con femicidio- encubrimiento a gravado por la gravedad del hecho precedente" 26/11/2018.

a sus 16 años y la edad del principal imputado -Fariás-, 23 años) y el vínculo comercial que los unía (proveedor de estupefacientes y consumidora); por otro lado, si efectivamente consintió la relación sexual que precedió a su muerte.<sup>23</sup>

Para evaluar lo primero el tribunal consideró como relevantes los rasgos de carácter de la víctima. En diferentes pasajes, manifiesta que la víctima no era una persona “sumisa”, por el contrario, revelaba un alto grado de “autodeterminación” para decidir con quién tener relaciones sexuales, además de destacar su experiencia y hábitos sexuales previos. Sobre la base de esto sugiere que Lucía podía decidir y comunicar con firmeza su decisión de tener una relación, y de ello presume que consintió el vínculo que desencadenó en su muerte. En sus palabras, si Lucía no lo deseaba podía negarse, *“ya que no es encontraba en una situación de vulnerabilidad que le impida consentir libremente”*.

La mención a la posible “vulnerabilidad” es también notable, ya que se concluye dicha situación del estatus económico y social de Lucía, más no de las circunstancias del caso o del encuentro con los acusados. Así, para el Tribunal, la ausencia de una situación de vulnerabilidad o subordinación se debe a que ella acudía a la escuela, vivía con una familia que la quería y tenía amistades. Sin embargo, el juzgador omite considerar la diferencia de edad con los imputados, que al momento del hecho la superaban en número o su posible adicción a las drogas, elementos que potencialmente pueden viciar una decisión.

Así, a la primera pregunta -si podía consentir una relación sexual-, el tribunal concluye de forma afirmativa. ¿Se encuentra debidamente fundada la conclusión?

Piénsese en la exigencia (a) antes enunciada, ¿tener una familia cariñosa implica conocer y prever que se consiente indirecta o tácitamente una futura relación sexual? ¿puede el “carácter fuerte” ser un signo de

---

<sup>23</sup> Cabe mencionar que, además del consentimiento, se discuten otros dos temas. Primero, la causa de la muerte, ya que unos la atribuyen a un “empalamiento” -circunstancia que denota evidente violencia física y sexual- mientras otros analizan diversas variables -muerte súbita, asfixia-, para el Tribunal finalmente concluir que se trató de una sobredosis. Segundo, se discute si el cuerpo de la víctima presentaba marcas de violencia, pues éstas suelen ser indicativas de abuso. Sobre este punto, el Tribunal concluyó que las lesiones son compatibles tanto con una relación forzada como con una relación consentida pero “brusca o impetuosa”.

aceptación a cualquier relación? Para concluirlo, el Tribunal pone su atención en características personales de Lucía y su vida privada, omitiendo analizar si se encontraba en estado de elegir y disponer libremente.

En torno a la segunda cuestión -si Lucía consintió la relación con Farías- el tribunal reproduce que acordaron un encuentro mediante mensajes de texto, y que dicho encuentro incluía “*tomar mates y facturas*”. ¿Sirve esto como manifestación de su voluntad de tener deseos de un encuentro sexual? O mejor dicho ¿explica cuál era la intención de Lucía al acudir a la casa de Farías?

Sobre el tema, el tribunal asume que no se vio forzada “*ni física, ni moralmente*” a concurrir a la vivienda de uno de los acusados y a partir de ello, deduce que la relación con los imputados fue consentida. Sin embargo, para llegar a dicha apreciación se consideran algunos antecedentes llamativos y se pasan por alto otros sumamente relevantes. Por ejemplo, se toma en cuenta que Lucía en el pasado se había negado a intimar con uno de ellos, por lo que la aceptación de una nueva invitación indica un cambio de opinión; o que su adicción a las drogas y la deuda con los proveedores, sugiere un posible intercambio sexual consentido a cambio de una quita de deuda. Asimismo, se omite considerar que los presentes al momento de su muerte eran tres (no sólo Farías, con quien se escribió mensajes) o las circunstancias violentas del hecho<sup>24</sup>. Es decir, acontecimientos que exceden a aquello que ella pudo prever y conocer al enviar un mensaje (b) o que ponen en duda su posibilidad de resistir (e). Si ignoraba o tenía una idea equivocada de lo que implicaba acudir a un encuentro, sin dudas puede cuestionarse que haya consentido una relación sexual al escribir un mensaje de texto.

Las conclusiones del Tribunal sugieren múltiples interrogantes: ¿es posible que alguien, al comprar drogas, consienta algo más? O ¿es posible prever que al comprar drogas también se consiente tener una relación sexual? Una deuda previa entre una persona y el vendedor, ¿admite concluir que han consentido tener una relación sexual y, sobretodo, *cualquier* relación sexual? -es decir, no sólo con el vendedor,

---

<sup>24</sup> Piénsese que son tres los imputados (todos presentes al momento de la muerte, aunque discutido que todos hayan abusado carnalmente de Lucía) y se trabajó sobre la posibilidad de “empalamiento” como causa de la muerte; datos discutidos por la pericia oficial, aunque también se afirmó que el cuerpo había sido “limpiado”.

sino también con sus amistades y de forma violenta-. De ningún otro vínculo comercial concluiríamos esto.

La decisión judicial analizada deja profundas dudas al pasar por alto los tres elementos esenciales que debían evidenciarse en las acciones y gestos de Lucía, discernimiento, intención y libertad. Pasa por alto, también la posibilidad de que éstos hayan estado viciados. El tribunal descartó dicha posibilidad, por ejemplo, sin considerar la intimidación que puede generar una relación desigual a causa de una deuda o la ignorancia de que en el tiempo compartido también estarían presentes más personas. Sin embargo, son muchas las conclusiones a las cuales arriba, todas ellas basadas en concepciones y prejuicios sobre la víctima, propias de un sistema que atribuye roles y rasgos determinados –y arbitrarios- a las mujeres.

Una segunda decisión judicial contribuye a ver este tipo de error argumentativo de forma mucho más evidente. Se trata de lo resuelto por tres juezas penales de Puerto Madryn en 2018. A instancias de un argumento esbozado por la defensa, se negó la existencia de un abuso sexual atento el peso de la víctima. Concretamente, se consideró que no es posible que haya existido abuso porque la víctima es una persona “gorda”.<sup>25</sup> De un dato sobre el físico de la víctima, el tribunal concluye que ésta pudo conocer, prever y desear algo, o si tuvo tiempo o medios razonables para disentir. Es decir, presume su tácita voluntad de aspectos sobre los que alguien no siempre tiene poder de decisión.

Aunque puede resultar absurdo, las apreciaciones sobre la apariencia de la víctima y el victimario suelen ser considerados por los jurados al decidir.<sup>26</sup> Pero, como se puso en evidencia, poco tienen que ver con el consentimiento y sus elementos constitutivos, ni mucho menos con una interpretación de la norma con perspectiva de género.

---

<sup>25</sup> Fallo no disponible en portales oficiales ni base de datos judiciales. La información se ha extraído de:

[https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2018/04/19/escandalo-en-chubut-un-acusado-de-abuso-sexual-fue-absuelto-porque-la-victima-era-obesa/?outputType=amp-type&\\_\\_twitter\\_impression=true](https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2018/04/19/escandalo-en-chubut-un-acusado-de-abuso-sexual-fue-absuelto-porque-la-victima-era-obesa/?outputType=amp-type&__twitter_impression=true)

<sup>26</sup> Se ha resaltado que los jurados populares suelen considerar que un hombre atractivo “no tiene aspecto de violador” o que mientras aumenta la belleza física de un hombre se percibe un mayor derecho a poseer una mujer (Goodman, Ob. citada, 2009, p. 83).

## CONSENTIMIENTO CONDICIONADO Y ARREPENTIMIENTO

En ocasiones, una manifestación de voluntad se encuentra atada a una condición. Por ejemplo, *“te daré el dinero para que compres los materiales -y no otra cosa-”*, *“asistiré a la fiesta, si no debo hablar con X”*, *“leeré el libro, si tengo tiempo libre”*. Son situaciones en las que los efectos disposicionales de la voluntad, y seguramente la existencia del entero acuerdo, dependen del cumplimiento de dicha condición. Así, no se condiciona sólo una relación o negocio futuro, sino la propia manifestación de voluntad. La condición forma parte esencial de los elementos necesarios para que el consentimiento sea válido, pues también constituye aquello que la persona preveía y tuvo intención de realizar. El resultado es que todo desenlace que incumple la condición establecida, se considera no consentido.

Es sencillo entender los límites que importan las condiciones cuando se piensa en cualquier otro intercambio consensuado entre personas. Quien autoriza a un vecino a ingresar a su casa para que lo ayude con una mudanza de muebles, de ningún modo le concede ingresar cualquier otro día por la ventana, o sentarse en su sillón a ver televisión. Cuando se trata de disponer de la propiedad privada, dichos límites se comprenden como si hubieran sido claramente verbalizados. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando se trata del dominio y autorización sobre el cuerpo ajeno. Ello es así en tanto pareciera que el cuerpo femenino se percibe como siempre disponible.

¿Cómo saber las condiciones bajo las cuales una persona acepta una invitación? ¿o inclusive las condiciones que impone a un encuentro sexual consentido?

Algunos creen que el consentimiento incluye una generalidad de futuras situaciones, que sólo se limita cuando la persona manifiesta abiertamente su negativa a una práctica. Así, dos personas que se conocen en un bar y acuerdan ir a un hotel, pueden suponer que autorizan cualquier situación posterior; mientras que el límite de dicha aceptación será un eventual y futuro “no” que cualquiera exprese.

Sin embargo, esto puede conducir a equívocos. Primero, porque nadie que acepta una invitación a un bar o un hotel lo hace incondicionalmente. Segundo, porque existe una infinidad de situaciones que, por intimidantes, inducen a las personas a no expresar sus condiciones, a modificarlas e inclusive a arrepentirse de aquello que inicialmente consintieron. De

hecho, se ha mostrado que no es necesaria la presencia de un arma y una amenaza para que exista coacción o violencia. Por el contrario, muchas mujeres revelan su reticencia a imponer condiciones o a expresar una negativa cuando se sienten amedrentadas mediante palabras, contacto físico, o que ha sido su culpa exponerse a una situación vergonzosa. Y así, eligen sucumbir evitando una posible situación violenta.<sup>27</sup> Es decir, aun cuando existe una clara intención de no realizar algo, perciben que son forzadas a consentirlo.

Esto revela que cualquier concepción “negativa” sobre la voluntad es demasiado amplia, pues implicaría que las personas siempre consienten una relación con cualquier extraño, a menos que se resistan o expresen abiertamente un “no”.<sup>28</sup>

La posición contraria exige una manifestación positiva de la voluntad como requisito ineludible para validar un encuentro sexual. Aunque es flexible al admitir que dicha manifestación pueda no ser verbal, sí requiere de una clara y no ambigua comunicación del consentimiento.<sup>29</sup> El problema de este argumento es que no importan las diferencias sustanciales entre varios casos de abuso que reconocen grados de reprochabilidad. Por ejemplo, Dougherty menciona que no puede ser igualmente cuestionado quien tiene relaciones sexuales con una persona que también lo desea aunque no ha sido clara al expresarlo (B desea tener un encuentro sexual con A pero es dubitativa al expresarlo; encontrándose en una situación de intimidad, A no le pregunta y la penetra), y quien asume que la pareja se negará a tener dicha relación entonces elude la pregunta (A no sabe si B desea tener relaciones pero, asumiendo que puede negarse, sin preguntarle la penetra).<sup>30</sup> Según esta concepción “afirmativa” del consentimiento, ambos casos serían igualmente reprochables.

En el medio, encontramos otras posiciones que exigen comportamientos a las personas involucradas, los cuales implican responsabilidades puntuales -por ejemplo, interesarse sobre los deseos de la otra persona, preocuparse por requerir el consentimiento, etc.-. Estos argumentos serán

---

<sup>27</sup> GOODMAN, Ob. citada, 2009, p. 82-83.

<sup>28</sup> GOODMAN, Ob. citada, 2009, p. 57.

<sup>29</sup> DOUGHERTY, T. “Affirmative Consent and Due Diligence”. *Philosophy & Public Affairs*, 46(1),90-112, 2018, p. 7.

<sup>30</sup> DOUGHERTY, Ob. citada, 2018, pp. 7-9.

profundizados al evaluar los casos de intoxicación pero, por el momento, vale la pena destacar la dificultad que todos encuentran al intentar elucidar el contenido del consentimiento no verbalizado y, especialmente, cuando se trata de la presunción e interpretación de condiciones. ¿Qué consiente quien acepta una invitación a cenar o a un hotel? ¿Qué condiciones impone si acepta tener relaciones sexuales?

El derecho internacional y la práctica judicial han dado importantes avances sobre este tema.<sup>31</sup> Entre otras conductas, por ejemplo, hoy se sanciona el “stealthing” (o la práctica de retirarse el preservativo durante la relación sexual sin consultar a la pareja), el “revenge porn” (o la filmación y divulgación de un encuentro sexual íntimo sin autorización) y el abuso dentro del matrimonio.

Un modo de justificar la posición de los tribunales sobre el tema, implica interpretar que algunas condiciones de la voluntad se hallan implícitas en la aceptación de determinadas situaciones, dada la alta valoración social de los bienes en juego y su importancia para el desarrollo humano. Así, es posible sancionar algunas prácticas sexuales, apelando a una adecuada interpretación sistemática de las normas y los bienes que éstas tutelan.<sup>32</sup>

En el caso del “stealthing”, dichos bienes son la salud y la integridad del propio cuerpo. La preocupación por la prevención de enfermedades de transmisión sexual y de embarazos no deseados es hoy tan difundida -de hecho, los Estados invierten grandes cantidades de dinero en campañas de concientización sobre el tema- que el uso de anticonceptivos se sobreentiende como una condición. Y no cualquier anticonceptivo, sino más bien el preservativo, ya que sirve a ambos fines -prevención de embarazos y enfermedades-. Así, el uso de preservativo puede reconocerse como una condición implícita al consentir un encuentro sexual. Aun cuando no se manifiesta de forma expresa, no caben dudas de cuál es el límite y alcance que esta condición importa; luego, es fácil identificar cualquier actividad que la incumple.

---

<sup>31</sup> Ver, por ejemplo: Comité CEDAW. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Argentina. CEDAW/C/ARG/CO/06, 16-08-2010.

<sup>32</sup> Otro problema persistente es la inexistencia de normas que sancione expresamente estas situaciones.



En ese sentido lo entienden nuestros jueces, por ejemplo, al sancionar a quien mantiene relaciones sexuales sin preservativo con una persona dormida -aun cuando esa misma mujer consintió la relación unas horas antes-<sup>33</sup>; o al penar a quien filtra o amenaza con la difusión de imágenes personales en redes sociales.<sup>34</sup> No se requiere de una manifestación expresa y abierta de estas condiciones, pues existen buenas razones para entender que siempre obran como condicionantes de la voluntad, y sólo ceden ante una expresión de voluntad contraria.

En la vereda contraria, la difusión de imágenes íntimas –“revenge porn”- no siempre es reprochada ya que, para algunos, aceptar la grabación de dichas imágenes implica asumir el riesgo de su posible difusión. De acuerdo con esto, cuando A consiente filmar un encuentro sexual con B, puede prever que B difundirá dicho video entre sus amistades; si no desea que eso suceda, no debió exponerse a la grabación.

El mejor modo de discutir este argumento implica asumir que B ha excedido aquello que A inicialmente consintió. Es decir, A aceptó la filmación, pero no su difusión. Sin embargo, lo interesante es que al elaborar esta conclusión, los operadores judiciales también suelen apoyarse sobre el valor de los bienes en juego. Así, la difusión de imágenes íntimas o la propia filmación no autorizada de un encuentro sexual son prácticas en las que *“el propio contenido de la imagen da a entender que su difusión afecta gravemente la privacidad de la víctima”*.<sup>35</sup> En definitiva, valores como la intimidad y la privacidad sirven para concluir sobre las condiciones tácitas y el contenido del consentimiento individual.

El último caso de interés refiere, no sólo al consentimiento condicionado, sino a la posibilidad de retirar el consentimiento válidamente dado. Aunque durante mucho tiempo la doctrina local negó que pueda existir abuso cuando existe vínculo matrimonial (aunque sí lesiones), desde hace algunos años el “débito conyugal” es ampliamente discutido. Primero, porque legitima prácticas abusivas y degradantes en la esfera de

---

<sup>33</sup> Ver: C.F.D./Procesamiento(PG), Cámara Nac. de Apelac. en lo Criminal y Correccional - Sala 6, CCC 29727/18/CA2.

<sup>34</sup> Ver Tribunal Oral N° 6, causa 4786, 2-12-15, “Ioselli, Emanuel Carlos”.

<sup>35</sup> PALAZZI Pablo A. “Difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn)”, *El Derecho. Diario de doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, miércoles 2 de marzo de 2016, ISSN 1666-8987, N° 13.906, AÑO LIV, ED 266, p. 7.

intimidad de una pareja. Segundo, porque implica la concesión, por parte del Estado, de derechos incuestionables sobre el cuerpo de las personas, mayoritariamente en perjuicio de la mujer.<sup>36</sup> La principal consecuencia de ambas críticas es que resulta ilegítima la existencia de un “deber” de intimar con otra persona, e inclusive la pretensión de obligar a la mujer a inseminarse artificialmente o usar un tipo u otro de anticonceptivo.

Así, apelando a valores como la disposición del propio cuerpo y la autodeterminación, se concluye que el consentimiento prestado admite condiciones implícitas o, mejor dicho, que nunca es incondicionado. No puede asumirse que una manifestación de voluntad –contraer matrimonio- importa autorizar cualquier cantidad de futuros actos que involucran la más amplia gama de atributos y decisiones. Inclusive si así alguien lo hiciere -es decir, renuncia a condiciones de la voluntad-, no existe figura legal alguna que niegue la posibilidad de arrepentirse; del mismo modo que comprometerse a un encuentro sexual no importa la obligación de llevarlo a cabo. Pensar que puede limitarse de esa forma la voluntad, especialmente cuando se trata de la disposición del propio cuerpo, es irrazonable.

### CONSENTIMIENTO “INTOXICADO”<sup>37</sup>

Probablemente el consentimiento sexual manifestado bajo los efectos de alcohol y/o estupefacientes constituye el escenario más difícil de resolver, por varias razones. Primero, porque el consumo de algunas sustancias disminuye los frenos inhibitorios, de manera que expone a las personas a situaciones o actividades que sobrias rara vez consentirían.<sup>38</sup> Segundo, porque su consumo en exceso reduce la capacidad de discernir y de ofrecer resistencia al punto, a veces, de anularla. Tercero y último, porque son numerosas las relaciones que se consienten de esa forma. Así, son casos en los que los gestos tácitos de la voluntad pueden ser malinterpretados, y las condiciones o el arrepentimiento pueden no ser evidentes para la

---

<sup>36</sup> Corte IDH, caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, 16/11/ 2009, serie C No. 205, párr. 400.

<sup>37</sup> Al igual que Goodman, se utiliza esta expresión para referir a todo consentimiento prestado bajo efectos de sustancias –alcohol, drogas, pastillas, etc.- que alteran el juicio.

<sup>38</sup> GOODMAN, *Ob. citada*, p. 76.

víctima hasta después de transcurrido el hecho (por ejemplo, A se despierta al lado de B y se da cuenta la noche anterior realizó algo que no deseaba).

Esta discusión siempre se ha planteado en términos de “responsabilidad”. Si es sabido que el consumo afecta la capacidad de consentir libremente, ¿sobre quién pesa la responsabilidad de asumir sus costos? ¿puede responsabilizarse a las víctimas por consumir y exponerse a situaciones de riesgo? ¿o debe negarse la posibilidad de consentir libremente cuando se consumen sustancias?

Lo primero -responsabilizar a las mujeres por el consumo y las situaciones de riesgo- se apoya sobre una clásica argumentación en torno a la responsabilidad y la voluntad: que somos responsables tanto de nuestras acciones como de nuestros vicios. Quien comete actos bajo los efectos del alcohol, puede acusar no tener posibilidad de elegir o discernir con claridad aquello que realiza. Sin embargo, existió un momento en el que sí pudo hacerlo, y esto sucedió cuando decidió consumir. Aristóteles lo ejemplifica con el ejemplo de una persona que arroja una piedra al aire: una vez arrojada, ya no puede controlar su curso; sin embargo, existió un momento en el que sí pudo decidir si arrojarla al aire o no.<sup>39</sup> Del mismo modo, quien elige consumir alcohol o estupefacientes no puede negar que ha controlado dicha decisión, aunque luego no controle lo que sucede bajo sus efectos.

Aunque el argumento es útil para reprochar a quienes cometen faltas encontrándose “intoxicados”, no es directamente extensible cuando se trata de sexualidad. Por un lado, porque la actividad que se cuestiona no involucra sólo a quien ha consumido, sino también a un tercero. Es decir, no se trata sólo de la decisión que alguien adopta, sino también de la acción voluntaria de otra persona sobre el cuerpo de ésta. En otras palabras, una mujer puede ser fácilmente reprochada por atropellar a alguien cuando conducía su auto borracha, pero el escenario es diferente si se pretende reprocharla por la actividad que un tercero (hombre) realizó sobre su cuerpo encontrándose ella borracha. Aunque pudo controlar el momento en que comenzó a consumir y ser responsable de sus efectos, de ningún modo puede prever y controlar lo que terceros realizarán sobre ella encontrándose intoxicada.

---

<sup>39</sup> ARISTÓTELES (2003). *Ética nicomaquea*. Buenos Aires, Losada S.A.

Por otro lado, cabe recordar todo lo anteriormente expresado en relación al consentimiento tácito y el condicionado: la aceptación de un trago no implica más que eso, así como el consumo de alcohol o estupefacientes de ningún modo indican que se autorizan posibles y futuras relaciones sexuales.

La segunda alternativa invalida todo consentimiento prestado bajo los efectos del alcohol o estupefacientes. Esto, además de prohibir cualquier relación sexual cuando las personas han consumido, pone sobre los hombres la responsabilidad especial de asumir las consecuencias de dichos encuentros, aun cuando la otra persona ha prestado consentimiento.<sup>40</sup> Es decir, como el consentimiento intoxicado es inválido, los hombres deben indagar el estado mental de su pareja evitando tener relaciones con personas incapaces de consentir.

Aunque es lógico interpelar a las personas a requerir el consentimiento o a preocuparse por el estado mental de la persona con quien tendrán un encuentro sexual, también es cierto que existen casos en los que dicha exigencia puede ser desmesurada, sino imposible de cumplir. Por ejemplo, Goodman señala que algunas mujeres pueden consumir alcohol y no mostrar síntomas evidentes; otras, pueden ver su capacidad de discernimiento distorsionada ante el menor consumo (un vaso, por ejemplo). A menos que sea el hombre quien le haya proveído aquello que la intoxicó -y si se agrega que los hombres también consumen alcohol y/o estupefacientes- la decisión última descansará sobre un análisis que distinga, no sólo el grado de intoxicación de cada quien sino también la respuesta usual de sus frenos inhibitorios ante el consumo. Por ello, se señala que es una posición que requiere de excesivas pruebas empíricas para ser certera.<sup>41</sup>

Para negar ambas tesis puede señalarse también cuán absurdo resulta que la responsabilidad de una persona por un abuso sexual aumente o disminuya de acuerdo al grado de alcohol o sustancias que ha consumido (es decir, A es culpable de abuso porque B había consumido un vaso de cerveza al tener relaciones, pero es menos responsable si consumió siete). En el caso de Lucía Pérez antes citado, el consumo de drogas y su adicción probada parecen ser indicios -para el Tribunal- de culpabilidad por lo sucedido. Sin embargo, las víctimas de abuso que consumen sustancias no

---

<sup>40</sup> GOODMAN, Ob. citada, p. 90, nota 111.

<sup>41</sup> GOODMAN, Ob. citada, p. 75.

pueden ser responsables por la existencia de predadores sexuales. No sólo porque importa negarles la posibilidad de disponer de su propio cuerpo, aun cuando hayan elegido intoxicarse, sino también porque implicaría quitar la culpabilidad real que existe sobre quienes abusan de los demás.

Una tesis más plausible exige a las personas requerir el consentimiento de la otra persona cuando su acción le afectará. Esta posición asume que: a) las personas tienen el deber de preocuparse por formular creencias ciertas acerca de cuáles acciones son permisibles; b) las personas deben especial preocupación cuando se trata de acciones que afectarán a terceros; de lo cual se sigue que, c) cuando una actividad requiere del consentimiento ajeno, es necesario indagar si la otra persona efectivamente tiene intención de involucrarse en ella.<sup>42</sup> Así, la responsabilidad recaerá sobre quien, teniendo el deber de requerir o indagar la voluntad de otra persona, no lo hace.

Es interesante pensar en este argumento cuando se trata de personas intoxicadas porque no invalida cualquier relación sexual, sino más bien refuerza la preocupación que las personas se deben mutuamente cuando sus acciones afectarán a otros. Asimismo, porque considera el contexto y costos de indagar en la voluntad ajena y su estado mental de acuerdo a las circunstancias; como se dijo, es sumamente difícil dilucidar la validez del consentimiento prestado bajo efectos de algunas sustancias y, por lo tanto, se traslada la discusión al problema de asumir la responsabilidad de tener relaciones en dicho estado.

Puede agregarse que dicha indagación debe ser tanto más minuciosa cuando una persona ha consumido e, inclusive, que la expresión afirmativa de voluntad deba ser más clara y directa a medida que aumenta el grado de consumo.<sup>43</sup> Así, A no sólo debe preocuparse por conocer la verdadera intención de B si planea un encuentro sexual con ella, sino también procurar que ésta expresión sea directa e indiscutiblemente positiva cuando se hallan intoxicados.

Y aun cuando pensamos en una situación en la que ambos (hombre y mujer) se encuentren intoxicados y con sus estados mentales afectados, el

---

<sup>42</sup> Esta tesis -“due diligence”- es defendida por DOUGHERTY, Ob. citada, 2018; DOUGHERTY, T “Yes means yes: Consent as communication”. *Philosophy & Public Affairs*, 2015, 43 (3), pp. 224-253.

<sup>43</sup> GOODMAN, Ob. citada, p. 97.

acto se percibe como desigual. Quizás ello se debe a que, entre otras cosas, a lo largo de la historia el cuerpo de la mujer ha tenido que mostrarse y estar disponible, lo cual permite apreciar dicha situación como una de posible dominación. Para ponerlo en evidencia, piénsese en el riesgo que perciben las mujeres al imaginarse en ese estado con un hombre intoxicado, temor que no sucede cuando al frente se encuentra una mujer.

## CONCLUSIONES

Nuestra realidad presenta la imperante y urgente necesidad de erradicar el abuso y cualquier tipo de práctica sexual intimidatoria o que atente contra la libertad sexual. También es cierto que nuestra sociedad en su totalidad y el servicio de justicia en particular, sigue inmerso en prejuicios de los cuales no pueden apartarse a la hora de analizar determinadas prácticas o encuentros sexuales. De esta manera, el abuso sexual denunciado por una mujer contra su esposo, por una prostituta contra su cliente o por una persona que ha consumido estupefacientes contra alguien que se aprovechó de esta situación presenta reticencia. La desigualdad en razón del género aún reinante permite que dichos casos se perciban como difíciles y que cualquier afirmación arbitraria pueda ser sostenida como premisa para negar la existencia de un abuso sexual.

El presente artículo intentó poner algo de luz en dichas situaciones. Para ello, tomamos como punto de partida y eje central de análisis la figura del consentimiento. Sostuvimos, desde el comienzo, que el consentimiento es fundamental y necesario a los fines de determinar el derecho que alguien tiene para actuar en el área o dominio de otra persona, y analizamos algunos casos que permiten concluir en la práctica sobre dichos elementos.

En el caso del consentimiento tácito, se concluyó que éste puede ser válidamente dado mediante gestos implícitos o el silencio, pero que ello requiere de un minucioso análisis de las circunstancias del contexto que pongan en evidencia el estado mental de la víctima. Este contexto debe ser considerado con prudencia, ya que la actividad sexual de una persona, sus rasgos de carácter o relaciones familiares no pueden ser tomados como antecedentes y menos si eso lleva a reafirmar prejuicios machistas.

En el supuesto del consentimiento condicionado se mostró que siempre existen condiciones cuando se consiente un encuentro sexual e, inclusive, que no es difícil para una persona adulta conocer dichas condiciones.

Finalmente, el análisis sobre el consentimiento intoxicado demuestra que es necesario preocuparse por el modo en que nuestras acciones interfieren y afectan bienes jurídicos ajenos, razón por la cual es imperante indagar en el estado mental de los demás cuando esto sucederá. Inclusive, negarse a hacer algo cuando las expresiones de voluntad son dubitativas, no directas o pudieran generar cualquier duda.

En todo ello, la perspectiva de género cumple un rol fundamental, pues expone las desigualdades y prejuicios que las mujeres y otras minorías hemos tenido que resistir históricamente, aunque aún este tipo de abordaje esté ausente en muchos juzgados.





# UNA NOTA DE LA PERSONA JURÍDICA: LA ACTIVIDAD INTENCIONAL COLECTIVA\*

*Ignacio Gómez Perdiguero\*\**

**Resumen:** Si se define a la persona jurídica como la reunión de ciertos individuos que actúan bajo ciertas condiciones fácticas y normativas, entonces, surge la pregunta ¿cómo el grupo de individuos actúa colectivamente? Es una pregunta que ha preocupado últimamente a muchos teóricos desde diferentes áreas. El objeto del trabajo es analizar conceptualmente qué significa una actividad intencional colectiva y qué relevancia tiene para explicar la actuación de la persona jurídica. Para ello, se partirá desde el modelo minimalista que intenta definir la acción colectiva. Si esto resulta plausible, entonces, parcialmente, se podría explicar la acción de la persona jurídica.

**Palabras clave:** persona jurídica ~ intención ~ acción ~ intención colectiva

## 1. INTRODUCCIÓN

Para abordar la acción intencional colectiva (AIC) de la persona jurídica (PJ), sugiero tres preguntas: ¿en qué medida los socios actúan individual y colectivamente en la PJ? ¿qué modelo podría explicarlo? ¿por qué aquél modelo capta mejor lo que se define como PJ?

Asumiré que la PJ es la reunión de ciertos individuos que actúan colectivamente, bajo ciertas condiciones fácticas y normativas.<sup>1</sup> Una primera pregunta que surge de acuerdo a la definición de la PJ que he adoptado

---

\* Artículo recibido el 3/07/2019 ~ Aprobado para su publicación el 23/09/2019.

\*\* Becario del CONICET. Doctorando en Derecho (UNC). E-mail: Ignacio.gomez.perdiguero@gmail.com.

<sup>1</sup> KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Arend y otros, ed. Colihue, Buenos Aires, 2011, p. 215. HART, H.L.A., “Definición y teoría en la ciencia jurídica”, en “*Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*”, trad. G. R. Carrió, Bs. As., 1962.

es la siguiente: ¿en qué medida podría actuar cada socio individual en la PJ? Esa pregunta será el objeto del apartado segundo (II).

Si la definición adoptada de la PJ implica que un grupo de individuos actúa colectivamente –AIC–, entonces, surge la otra cuestión: ¿qué modelo jurídico o filosófico podría explicar la AIC? En ese sentido, en el tercer apartado (III), mi objetivo es explicar<sup>2</sup> la acción colectiva de la PJ desde el modelo minimalista. ¿Por qué el modelo minimalista es importante para la discusión jurídica de la AIC de la PJ? Al menos, creo que la relevancia se debe porque precisa un concepto de la AIC desde el individualismo metodológico; es decir, se parte desde un conjunto de ciertos individuos que actúan tal cual es la definición jurídica de la PJ que se ha adoptado<sup>3</sup>. Por ejemplo, en el ámbito del derecho societario, la PJ significa la reunión de ciertos miembros individuales<sup>4</sup>. Aun así, la AIC del modelo minimalista no logra mostrar el contexto normativo en el que se encuentra la acción de la PJ. La PJ presupone el contexto normativo de un determinado derecho positivo. Por esa razón, la AIC del modelo minimalista podrá explicar parcialmente la acción de la PJ. Por consiguiente, si se asume que la PJ es la reunión de ciertos miembros individuales (II), entonces, se presentará la propuesta del modelo minimalista. En el tercer apartado, el análisis de la AIC será de acuerdo al autor Christopher Kutz<sup>5</sup> (III).

---

<sup>2</sup> Al utilizar la palabra “explicar”, me refiero a precisar un concepto que describa la mejor manera posible el fenómeno de la AIC. A diferencia de la actividad colectiva del modelo minimalista, véase: BRATMAN, Michael, *Shared Agency*, Oxford University Press, Oxford, 2014; GILBERT, Margaret, *Joint Commitment*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

<sup>3</sup> La PJ está conformada por socios –aquí denominados por simplicidad como individuos–, por ejemplo, véase el art. 36 de la ley 19550 reformada por la ley 26.994: “Los derechos y obligaciones de los socios empiezan desde la fecha fijada en el contrato de sociedad”.

<sup>4</sup> En el código civil y comercial de la nación, el art. 143 dice: “la persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros”. También se reconoce a los miembros individuales en el art. 158 cc, 159, 161, 163. También, en la ley 19.550, el art. 163: “el capital se representa por las acciones y los socios...”.

<sup>5</sup> KUTZ, Christopher, *Complicity. Ethics and Law for a Collective Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000; KUTZ, Christopher, “Acting Together”, *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. LXI, N°1, July 2000.

Por último, en el cuarto apartado, mostraré que Sánchez Brigido muestra un problema conceptual de la AIC de Kutz<sup>6</sup>. Así, el autor mejora el concepto de la AIC sin apartarse de la versión minimalista de Kutz. Dada la contribución de los dos autores, se precisará el concepto definitivo de la AIC. Todo ello será el objeto del apartado cuarto del trabajo (IV). En la conclusión, se afirmará que, si se define a la PJ como la reunión de ciertos individuos que actúan conjuntamente, entonces, el modelo minimalista podría explicar parcialmente la AIC de ella (V).

## II

### i) La persona jurídica como un grupo de individuos

He definido que la PJ es la reunión de ciertos individuos que actúan conjuntamente, bajo ciertas condiciones fácticas y normativas<sup>7</sup>. Según la definición adoptada de la PJ, en un contexto normativo, por ejemplo, la figura de la sociedad anónima, los individuos son denominados como socios que actúan conjuntamente. En un contexto fáctico, hay una reunión de individuos de carne y hueso que actúan conjuntamente<sup>8</sup>. El rasgo en común es el objeto principal de este trabajo que está presente tanto en el contexto normativo como el fáctico. Así, la PJ es un grupo de individuos que actúan conjuntamente al igual que el caso de unos músicos que actúan en una orquesta sinfónica. Como he advertido, la cuestión inicial es la siguiente: ¿en qué medida cada socio individual o cada músico de la orquesta puede actuar? Primero, supóngase que un socio tiene la intención individual de actuar en una sociedad anónima. A la vez, otro grupo de socios tiene la intención de actuar también en la misma sociedad anónima. Cada socio

---

<sup>6</sup> SANCHEZ BRIGIDO, Rodrigo, *Group, Rules and Legal Practice*, Springer, London, 2010, p. 84.

<sup>7</sup> Hay otras definiciones en la literatura acerca de la PJ. Por ejemplo, véase: LAMPE, Ernest, „Systemunrecht und Unrechtssysteme“, *ZStW*, 106, 1994, S. 683; TEUBNER, Gunther, „Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg“, *Law & Society Review*, Vol. 18, No. 2, 1984, S. 291-301; NEUHÄSER, Christian, „Unternehmen in der Umweltverantwortung moralische Akteure“, *in der Wirtschaft Ökologisches Wirtschaften*, 2011, S. 17-19.

<sup>8</sup> HART, H.L.A., “Definición y teoría en la ciencia jurídica”, p. 96: “Allí también se nos ha dicho por turno que el nombre de una persona jurídica... es en realidad sólo un nombre colectivo o una abreviatura para algunos hechos que, aunque complejos, no son más hechos referentes a personas de carne y hueso...”.

contribuye con el aporte económico para formar el patrimonio de la PJ. También se forma un directorio, un órgano de administración, etc. Ellos despliegan una serie de acciones que generan esa sociedad anónima. En resumen, cada socio de algún modo despliega una intención individual y a la vez una intención de actuar colectivamente -como una sociedad anónima-. Análogamente, en el segundo ejemplo, supóngase que un individuo tiene la intención individual de tocar el violín, otro individuo tiene la intención de tocar el violonchelo, otro el saxófono y otro dirige la orquesta. No hay duda que cada uno tiene una intención individual de hacer algo musical. A la vez, no hay duda que cada individuo tiene también la intención actuar como una orquesta, a saber, un estado de cosas colectivo<sup>9</sup>. Dado esos dos ejemplos en común que he presentado de manera general, la cuestión inicial es: ¿en qué medida cada socio o cada músico puede actuar individualmente? La respuesta aclarará una cuestión previa fundamental de la acción colectiva. Por esa razón, la respuesta acerca de qué se entiende por la intención individual (II –ii–), deberá ser coherente con la propuesta del modelo minimalista de la AIC (III).

## ii) la intención individual del socio de la PJ

De acuerdo a los dos ejemplos, cada socio y músico hacen inicialmente una acción humana individual. O cada socio y músico tienen la intención individual de hacer algo. El socio quiere individualmente actuar en una empresa y el músico quiere tocar un instrumento musical en una orquesta. En ambos casos, a la vez, ellos quieren actuar grupalmente en ese estado de cosas colectivo. En ese sentido, la acción humana individual interviene en un estado de cosas colectivo ¿qué se entiende por aquella acción humana individual del socio y el músico? Se podría decir inicialmente que aquella acción humana es intencional. A continuación, se seguirá una noción de la intención individual desde una determinada concepción de la acción humana<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> En ambos casos, se advertirá que no necesariamente cada socio o cada músico quiere en última instancia participar en el fin colectivo, aunque la acción individual contribuya de algún modo a ese fin colectivo. SANCHEZ BRIGIDO, Rodrigo, “Collective Intentional Activities and the Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 2 (Summer, 2009), p. 305-324, p. 309.

<sup>10</sup> GÓNZALEZ LAGIER, Daniel, *Las paradojas de la acción*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 155. Se utilizará indistintamente la palabra “intención” y la frase “acción

La acción humana puede ser dividida entre los aspectos externos e internos. El aspecto interno es un complejo epistémico-volitivo, es decir, un conjunto de creencias y deseos. El aspecto externo es una actividad muscular (que no necesariamente implica un movimiento corporal). El objeto es la acción humana intencional, es decir, lo que intentó hacer el socio y el músico previamente a la acción colectiva de la PJ o de la orquesta sinfónica. La cuestión acerca de qué quiso hacer el socio o el músico puede explicarse de acuerdo a sus deseos y creencias<sup>11</sup>. Brevemente, el deseo es cómo quiere el socio actuar individualmente en la PJ; mientras que, en cambio, la creencia del socio es acerca de qué es necesario como medio fin para actuar en la PJ. En el caso de la orquesta, el deseo del músico es tocar el violín en la orquesta; mientras que, en cambio, la creencia del músico es la información acerca de qué debe hacer como medio fin para tocar el violín en la orquesta. Por eso, un deseo individualizado y una creencia de medio a fin son necesarias para explicar la acción intencional del socio de la PJ o del músico de la orquesta. Ahora bien, ¿por qué el deseo y la creencia conjuntamente son necesarias para una acción intencional?

La acción humana no puede reducirse simplemente a decir que una persona ha deseado *X* (por ejemplo, no basta que el socio tenga el deseo de actuar como una sociedad anónima con otros socios para hacer negocios empresariales) y por ello ha actuado. Tampoco se podría afirmar que únicamente una persona ha creído que era posible actuar como una PJ (por ejemplo, el socio cree que podría juntarse con otros socios y de tal modo actuar como una empresa) y por ello ha ejecutado la acción. ¿por qué no basta el mero deseo del socio para formalizar una PJ? ¿por qué no basta una mera creencia individual del socio? En el primer caso, el deseo no es suficiente para explicar el movimiento corporal final del socio. Hay deseos que no necesariamente implican un movimiento corporal. Por ejemplo, el deseo de tomar un café al lado del castillo de Rochester en Inglaterra, pero me encuentro en Argentina. En el segundo caso, la creencia en sí misma no necesariamente puede explicar el motivo u el objetivo de la acción de un individuo. Por ejemplo, yo creo que, desde la estación Victoria, si voy

---

intencional". Para una precisión de la distinción y sus consecuencias, véase: MOYA, Carlos J., *The Philosophy of Action. An Introduction*, Polity Press, Cambridge, 1990, p. 132.

<sup>11</sup> DAVIDSON, Donald, *Essays on actions and events*, Oxford University Press, Oxford, 1980, p. 12 y ss.

por el tren al aeropuerto de Gatwick, entonces, podría llegar a mi vuelo a tiempo. En este caso, el objeto de mi intención es tomar el vuelo a tiempo; mientras que, en cambio, la creencia es acerca de la velocidad del tren hacia Gatwick, como medio-fin, que permita cumplir mi verdadera intención.

De este modo, el deseo individualizado y la creencia de medio-fin son fundamentales para formalizar la acción intencional. Hay un deseo individualizado y un conjunto de creencias de medio-fin para intentar hacer la acción *X*. Por ejemplo, en el caso de la orquesta sinfónica, yo tengo el deseo individualizado de tocar el violín y la creencia de que, si sigo tomando clases intensamente durante años, podría actuar en la orquesta del municipio de Rochester. La intencionalidad de *hacer algo* es lo que constituye el objeto de la intención de una acción, ella está compuesta de un deseo individualizado y la creencia de medio-fin de que es posible realizar la acción, por ejemplo, tocar conjuntamente con otras personas en una orquesta sinfónica. Nuevamente, la combinación de un deseo de hacer *X* y la creencia acerca de lo que la situación requiere para conseguir *X* constituye la razón para la acción<sup>12</sup>.

En el ejemplo de la PJ, la intención individual del socio es la única que logra explicar teleológicamente qué quiso hacer. Por ejemplo, el socio se quiso reunir con otras personas para formar la PJ, bajo la figura jurídica de la sociedad anónima. El socio desea actuar como parte de una sociedad anónima y cree que si se junta con otros socios como medio fin podrá actuar como una PJ. La intención definida de este modo muestra la verdadera finalidad del socio. Esto permite avanzar a la cuestión de la actividad colectiva de la PJ. Esto es, el socio quiere actuar conjuntamente con otros socios en la PJ. Esto se ha denominado como la cuestión de la actividad intencional colectiva (AIC). ¿Qué modelo podría explicar la actividad intencional colectiva de la PJ? La propuesta explicativa de la AIC es el modelo minimalista de acuerdo a dos autores: Kutz y Sánchez Brigido.

### III

#### **El modelo minimalista**

He afirmado que el modelo minimalista podría adecuarse a la definición de la PJ que he adoptado (I-II). En primer lugar, porque el modelo

---

<sup>12</sup> SMITH, Michael, *The moral problem*, Blackwell Publishing, Oxford, 1994.

minimalista conceptualiza la AIC desde una perspectiva individual. He advertido que cada socio tiene su propia actuación individual y, a la vez, ellos actúan colectivamente en la PJ. Esto no es extraño a la definición de la PJ ni al derecho societario en general<sup>13</sup>. En segundo lugar, el modelo es plausible por su simpleza y por su explicación de la AIC. Por último, si se define a la PJ como una reunión de individuos que actúan conjuntamente bajo ciertas condiciones fácticas y normativas, entonces, quizás, el modelo podría parcialmente explicar la AIC de la PJ.

### **i) introducción**

Kutz dice, al principio, que “mi relato de las acciones intencionales en general, y de las intenciones individuales en particular, es intencionalista y funcionalista en su forma, y esto de acuerdo con un gran cuerpo de la filosofía de la acción [...] Asumiré que la acción intencional es la acción (movimientos del cuerpo) que se explica tanto causal como teleológicamente por las metas de un agente, ya que esas metas están incrustadas en redes de intenciones, deseos y creencias instrumentales”<sup>14</sup>. Pareciera que Kutz presupone el concepto de la intención individual que, previamente, se ha desarrollado (II); es decir, Kutz presupone la explicación teleológica de la intención individual para explicar la acción humana del individuo. De ese modo, Kutz afirma que la acción intencional de un individuo explicada teleológicamente, explicaría qué sucede en contextos colectivos. En esos contextos colectivos, este aspecto de la acción intencional nos permitirá re-describir las contribuciones individuales en términos de una finalidad colectiva: “el músico, por ejemplo, no sólo está tocando la viola, sino que está interpretando -junto con los demás- una cierta sinfonía. La intención del músico de participar en un acto colectivo

---

<sup>13</sup> Véase la nota 1 y la nota 4.

<sup>14</sup> KUTZ, Christopher, *Complicity. Ethics and Law for a Collective Age*, p. 72. La traducción me pertenece. El texto original dice: “My account of intentional actions generally, and individual intentions in particular, is intentionalist and functionalist in form, and this in keeping with a large body of philosophy of action [...] I will assume intentional action is action (body movements) that is both causally and teleologically explained by an agent goals, as those goals are embedded in networks of intentions, desires, and instrumental beliefs”.

tocando la sinfonía, causa y racionaliza el toque de la viola y, por lo tanto, autoriza nuestra redefinición”<sup>15</sup>.

Kutz considera que existen muchos tipos de actividad intencional colectiva. Hay una complejidad gradual entre los diferentes tipos de actividad colectiva. Por ejemplo, no es lo mismo la actitud cooperativa, supongamos, en el viaje juntos a Chicago que la construcción de un rascacielos. O tampoco es lo mismo jugar al fútbol que empujar el coche en la nieve. Independientemente de esas variedades, Kutz piensa que su modelo identifica el elemento común en todos los tipos de actividad intencional colectiva (AIC).

## ii. la actividad intencional colectiva

El modelo minimalista dice que “hay un caso de actividad colectiva intencional si, y sólo si, los miembros de un grupo (un conjunto de individuos) están actuando con intenciones participativas superpuestas”<sup>16</sup>. Kutz dice que logra explicar la parte individual de la actividad colectiva. Hay dos componentes básicos: el rol individual y la finalidad colectiva. Por el rol individual, Kutz afirma que es el acto que un individuo realiza y que es visto por él como una contribución a un fin colectivo. Un fin colectivo es el objeto de una descripción que está constituida por diferentes actos individuales (como bailar un tango), o es el producto causal de diferentes actos individuales (como mover un objeto pesado)<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> KUTZ, Christopher, *Ibid*, p. 73. La traducción me pertenece. El texto original dice: “the musician, for example, is not just playing the viola, but is performing -along with the others- a certain symphony. The musician intention to participate in a collective act, playing the symphony, both causes and rationalizes the viola playing, and so licenses our redescription”.

<sup>16</sup> KUTZ, Christopher, *Ibid*, p. 89, 94 y 103. La traducción me pertenece. Su texto original: “there is an instance of an intentional collective activity if, and only if, members of a group (a set of individuals) are acting with overlapping participatory intentions”.

<sup>17</sup> KUTZ, Christopher, *Ibid*, p. 81-82. Sánchez Brígido dice acerca del modelo de Kutz: “Nótese que las intenciones participativas no son “intenciones de que hagamos algo” (o, de manera similar, “intenciones de que el grupo haga algo”). Esta última implica la idea de que los participantes apuntan al grupo que actúa, y esto implica una disposición a hacer lo que sea necesario, dentro de lo razonable, para lograrlo. Los conceptos participativos no implican necesariamente esa idea. No es necesariamente el caso que cada individuo tenga la intención de que el fin colectivo se logre en efecto, y por lo tanto que cada uno intente hacer lo que sea necesario para que así sea. Un agente que



Luego, Kutz agrega dos condiciones a la actividad intencional colectiva (AIC). La primera condición, Kutz dice que cuando los participantes muestran intenciones participativas, tienen una disposición favorable hacia el posible conocimiento de ello. Parece imposible, Kutz afirma, que un participante conciba su acto como una contribución a un fin colectivo, al tiempo que pretende que su contribución nunca llegue a conocerse.<sup>18</sup>

La segunda condición es que las intenciones de los participantes se *solapan* entre sí. Kutz afirma que eso sucede: “cuando el componente final de sus intenciones participativas se refiere a la misma actividad o resultado y cuando no hay una intersección vacía de los conjuntos de estado de cosas que satisfacen aquellos fines colectivos”<sup>19</sup>. Aun así, Kutz aclara que cuando las intenciones se solapan, es solo una cuestión gradual. En muchas ocasiones, hay diferentes concepciones de las personas individuales con respecto al acto grupal.

#### IV

##### i. La objeción de la circularidad desinformativa

El modelo minimalista de Kutz afirma que hay una AIC si, y sólo si, un conjunto de individuos actúa con la intención participativa solapada entre sí y, en consecuencia, esa intención participativa es una intención de tipo colectivo. Él afirma, enfáticamente, que el contenido de la intención participativa es *irreductiblemente colectivo*<sup>20</sup>. En este punto, la objeción de la circularidad es cómo diferenciar lo colectivo y el aporte individual. Más bien, parece que la intención individual define el fin colectivo, a la vez,

---

tiene la intención de hacer su parte puede actuar para lograr el fin colectivo, pero no es necesario”. La traducción me pertenece. SANCHEZ BRIGIDO, Rodrigo, “Collective Intentional Activities and the Law”, p. 309.

<sup>18</sup> KUTZ, Christopher, *Ibid*, p. 93. Kutz dice: “Si pretendo que mi contribución a algún fin colectivo sea secreta, por ejemplo, rellenar subrepticamente una urna para ayudar a un candidato, entonces lo natural es decir que no estoy haciendo mi parte en la elección del candidato, sino que estoy actuando como un canalla, tratando de que mi candidato sea elegido”. La traducción me pertenece.

<sup>19</sup> KUTZ, Christopher, *Ibid*, p. 94. La traducción me pertenece. El texto original dice: “... when the collective end component of their participatory intentions refers to the same activity or outcome and when there is a nonempty intersection of the sets of states of affairs satisfying those collective ends”.

<sup>20</sup> KUTZ, Christopher, *Ibid*, p. 67.

el fin colectivo define la intención individual. Así, Sanchez Brigido dice lo siguiente: “si la AIC debe ser comprendido en términos de intenciones de hacer una parte de un acto colectivo, no parece ser esclarecedor”<sup>21</sup>.

Kutz dice que, para evitar la circularidad, se necesita “buscar un análisis de la acción colectiva construido a partir de componentes que no presuponen por sí mismos el concepto de acción colectiva”<sup>22</sup>. Además, aclara que “lo que necesitamos, entonces, no es un análisis que trate de mostrar cómo se construye cada instancia de acción colectiva a partir de materiales no colectivos, sino más bien un relato genealógico que muestre de manera general cómo la capacidad de participar en la acción colectiva surge de capacidades explicables sin referencias a conceptos colectivos”<sup>23</sup>. Así, la propuesta que evita la circularidad es, según Kutz, por medio de un relato genealógico. También considera que la dificultad de la circularidad es más bien metodológica que sustancial.

Para mostrar la metodología genealógica, Kutz distingue entre la intención ejecutiva y la subsidiaria. Por una parte, la intención ejecutiva es una intención cuyo contenido es una actividad o resultado concebida como un todo; adicionalmente, tiene un rol importante para generar o dirigir otras intenciones en orden a un resultado. Por otra parte, una intención subsidiaria es una intención generada y racionalizada por una intención ejecutiva, cuyo contenido es el logro de una parte del resultado o la actividad. Así, por ejemplo:

cuando juego al ajedrez, mis intenciones subsidiarias pueden ser explicadas sin depender de la noción de intencionalidad conjunta, como la intención de mover mi reina en respuesta a la amenaza de su torre. Al aprender a jugar al ajedrez, primero concibo los elementos del juego en términos no [...] [colectivos]: el caballo se mueve de una manera u otra; es

---

<sup>21</sup> SANCHEZ BRIGIDO, Rodrigo, “Collective Intentional Activities and the Law”, p. 311.

<sup>22</sup> KUTZ, Christopher, *Ibid*, p. 86. La traducción me pertenece. El texto citado en su versión original: “...seek an analysis of collective action built out of components that do not themselves presuppose the concept of collective action”.

<sup>23</sup> KUTZ, Christopher, *Ibid*, p. 86. La traducción me pertenece. El texto citado en su versión original: “what we need, then, is not an analysis that tries to show how each instance of collective action is built out of non-collective materials, but rather a genealogical account that shows generally how the capacity to engage in collective action emerges out of capacities explicable without references to collective concepts”.

mejor abrir con peones [...] A medida que aprendo a jugar, estos elementos constitutivos del ajedrez llegan a ser representados e interiorizados [en] “mi juego de ajedrez”, o, alternativamente, [como] “mi parte de nuestro juego de ajedrez juntos”. Con este proceso de apropiación, la actividad colectiva conjunta se convierte así en objeto de una intención ejecutiva, construida a partir de elementos no colectivos”<sup>24</sup>

Sánchez Brigido afirma que, primero, Kutz no es claro cuando afirma que la preocupación por la circularidad es más metodológica que sustancial. Segundo, no es plausible la estrategia genealógica. Afirma también que la distinción entre intención subsidiaria y ejecutiva de Kutz es plausible, sin embargo, Sánchez Brigido dice:

La intención de involucrarse en un acto colectivo puede ser una intención general (una intención ejecutiva) que puede ordenar y dar lugar, cuando se combina con medios para fines de razonamiento, a intenciones más específicas (o subsidiarias). Pero las intenciones ejecutivas de Kutz se caracterizan en términos colectivos, y el problema es cómo eliminar la preocupación de la circularidad desinformativa [...] **Está claro que la producción de un relato genealógico emplea el concepto de acción colectiva sin aclararlo. Sólo explica, si tiene éxito, de dónde viene. Pero no aclara el concepto en sí mismo**”<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> KUTZ, Christopher, *Ibid.*, p. 87 *in fine*-88. La traducción me pertenece. El texto original de Kutz dice: “when I play chess, my subsidiary intentions can be explicated without relying on the notion of joint intentionality, such as intending to move my queen in response to the threat of your rook. In learning to play chess, I first conceive of the elements of the game in non-joint terms: the knight moves so and so; it is best to open with pawns [...] As I learn to play, these constituent elements of chess come to be represented and internalized “my playing chess”, or, alternatively, “my doing my part of our playing chess together”. By such a bootstrapping process, the collective joint activity thus becomes the object of an agent’s executive intention, having been built out of non-collective elements”.

<sup>25</sup> SANCHEZ BRIGIDO, Rodrigo, *Ibid.*, p. 312 y 313. La traducción y el resaltado en negrita, me pertenece. El texto original de Sánchez Brigido dice: “The intention to get involved in a collective act may be an overarching intention (an executive intention) that may command and give rise, when coupled with means to ends reasoning, to more specific (or subsidiary) intentions. But Kutz executive intentions are characterized in collective terms, and the problem is how to remove the concern of uninformative circularity [...] It is clear that the output of a genealogical account employs the concept of collective action without clarifying it. It only explains, if successful, where it comes from. But it does not elucidate the concept itself...”.

Según se interpreta, por un lado, Sánchez Brigido intenta mostrar que la intención ejecutiva está definida en términos colectivos y, en efecto, no evita la circularidad. Con otras palabras, la intención ejecutiva es la que define el fin colectivo y el fin colectivo también explica la intención ejecutiva del individuo. Por otro lado, afirma que la estrategia genealógica sólo indica, si es plausible, desde donde viene el concepto de acción colectiva, pero no lo define en sí mismo. Sugiere el autor que no hay que abandonar la intención participativa. Sin embargo, se debe abandonar la estrategia genealógica y la irreductibilidad de lo colectivo. Veamos el argumento mediante un ejemplo que, alternativamente, propone Sánchez Brigido:

Supongamos que concibo una situación particular: que esta casa sea pintada. Concebiré ciertas acciones como parte de una relación instrumental con este estado de cosas [...] Dicho de otro modo, concibo un estado de cosas en el [...] [que] implica la realización de estas acciones. Suponga que decido realizar estas acciones yo mismo. Planteo de antemano lo que voy a hacer: el primer día pintaré adelante, el segundo detrás, etc. Es como dividir el trabajo entre mi interior. Algo similar podría suceder si, en lugar de decidir realizar estas acciones yo mismo, decido contratar a dos pintores para que lo pinten. Dividiré el trabajo entre ellos, y asignaré tareas a cada uno de ellos de manera que, si siguen mi plan, el estado de las cosas (que esta casa sea pintada) probablemente se hará realidad. No hay diferencias significativas cuando los agentes son ustedes y yo. Así como puedo dividir el trabajo entre mi interior, y entre los dos pintores, ustedes y yo podemos dividir el trabajo entre nosotros. Si hacemos esto, cada uno de nosotros vemos nuestras propias acciones, y las acciones del otro, como si estuvieran en pie, en una relación instrumental con el estado de cosas (que esta casa sea pintada). Así que, parafraseando a Kutz, podemos decir que algunos fines colectivos son sólo estado de cosas cuya realización se concibe como una acción de dos o más individuos<sup>26</sup>.

Así, siguiendo el ejemplo, la definición de estado de cosas (que la casa sea pintada) recoge algunos rasgos de una intención participativa.

Sólo se basa en la idea de los estados de cosas cuya realización se concibe como la realización de ciertos actos por parte de varios individuos, y en una idea con la que estamos muy familiarizados. Y con esta idea de fines colectivos podemos caracterizar al menos algunas intenciones parti-

---

<sup>26</sup> SANCHEZ BRIGIDO, Rodrigo, *Ibid.*, p. 313.

cipativas. Algunas de ellas pueden ser caracterizadas como intenciones de realizar ciertos actos que el agente concibe como, junto con las acciones de otros agentes, que producen un estado de cosas cuya realización implica que él haga ciertas cosas y que ellos hagan ciertas cosas. Creo que no se trata de una circularidad desinformativa<sup>27</sup>.

De este modo, Sánchez Brígido propone evitar la circularidad de la noción de lo colectivo, bajo el modelo minimalista reformulado.

## ii) el modelo minimalista reformulado

El modelo minimalista explica, según el autor Sánchez Brígido, la AIC. El modelo explica que hay una actividad intencional colectiva si, y sólo si, hay un conjunto de individuos (definidos extensional o intencionalmente) tales que:

1. Cada uno concibe un estado de cosas que implica o está constituido por la realización de ciertas acciones (y el despliegue de ciertas actitudes) por parte de todos los miembros del conjunto,
2. sus concepciones de este estado de cosas se superponen,
3. cada uno intenta realizar estas acciones (y muestra las actitudes relevantes), y cada uno concibe estas acciones (y actitudes) como relacionadas de la manera descrita con el estado de las cosas,
4. y cada uno ejecuta su intención, de manera que se obtenga el estado de cosas mencionado en (2)<sup>28</sup>.

Veamos el ejemplo que el autor propone. Para ilustrar el modelo, nuevamente, se piensa el ejemplo de pintores que los llamaremos Marcos y Juan, en la que ellos saben el plan de Esteban. Cada uno concibe un estado de cosas, es decir, que la casa debe ser pintada. El estado de cosas es, cuya ejecución se concibe, como la realización de ciertas acciones por parte de cada uno de ellos (Juan pintando la fachada de la casa, Marcos pintando el resto). Sus concepciones de la situación se solapan. Cada uno

---

<sup>27</sup> SANCHEZ BRIGIDO, Rodrigo, *Ibid.*, p. 313-314.

<sup>28</sup> SANCHEZ BRIGIDO, Rodrigo, *Ibid.*, p. 314. Agrega el autor, nuevamente, otra alternativa: “La condición (iii) puede ser de otra manera también: cada uno intenta realizar estas acciones, y concibe la realización de las mismas como su parte en la realización del estado de cosas. En otras palabras, cada uno intenta hacer su parte. Diré que, cuando un individuo cumple con la condición (i) - (ii), tiene una intención participativa que se superpone” SANCHEZ BRIGIDO, Rodrigo, *Ibid.*, p. 315.

tiene la intención de realizar las acciones pertinentes (Juan para pintar el frente, Marcos el resto). No es cierto que cada uno pretenda simplificar estas acciones. Cada uno de ellos considera que estas acciones tienen una relación contributiva con el estado de cosas. Esto no implica, sin embargo, que cada uno tenga como objetivo pintar la casa, es decir, que el estado de cosas lo consiga. Este es normalmente el caso, pero no necesariamente. Cada uno simplemente intenta hacer su parte, porque cada uno piensa que será recompensado si lo hace. Cada uno está llevando a cabo su intención. Así que es correcto decir que hay una actividad colectiva intencional: este conjunto de individuos pintará la casa conjuntamente. Y parece claro que no se trata de una circularidad desinformativa<sup>29</sup>.

Bajo ese ejemplo, Sánchez Brigido afirma que logra caracterizar el componente de finalidad colectiva de las intenciones participativas (el estado de cosas) en términos de su relación -instrumental o constitutiva- a algunas acciones individuales y estados mentales, y esto no implica que el fin no sea irreductiblemente colectivo.

Así, según el autor, el modelo minimalista es satisfactorio. También el modelo podría servir para explicar la AIC de la PJ. Observe los siguientes puntos a este respecto. El individuo es miembro de un grupo si, y sólo si, hay un conjunto de individuos (definidos intencionalmente o por extensión) que, en primer lugar, concibe un estado de cosas cuya realización implica o está constituida por una serie de acciones (o actitudes) por él y otros individuos. En segundo lugar, las acciones (y actitudes) de los miembros son vistas entre ellos mismos como objeto de relaciones que se conectan con el estado de cosas. En tercer lugar, la concepción del individuo y la de los otros miembros se superponen con el estado de cosas. En cuarto lugar, el individuo tiene la intención de llevar a cabo las acciones pertinentes que concibe como relacionadas de la manera descrita con el estado de cosas pertinente, y los otros individuos del conjunto también satisfacen estas condiciones. Quinto, el individuo ejecuta su intención y también lo hacen los otros individuos del conjunto, de tal manera, en efecto, se obtiene el estado de cosas configurado por sus concepciones superpuestas.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> SANCHEZ BRIGIDO, Rodrigo, *Ibid.*, p. 315.

<sup>30</sup> SANCHEZ BRIGIDO, RODRIGO, *Ibid.*, p. 316.

## V

**CONSIDERACIONES FINALES**

- a. El objeto es definir la AIC y explicar la acción colectiva de la PJ. Al comienzo, he definido la PJ como la reunión de ciertos individuos que actúan bajo ciertas condiciones fácticas y normativas. Dado que el socio tiene la intención individual de actuar, me he preguntado ¿cómo un socio individual actúa intencionalmente? Para esa pregunta, desde una cierta concepción, he definido la acción humana individual del socio (II).
- b. Luego, me he preguntado ¿cómo actúa el socio junto con otros socios de manera colectiva en la PJ? Para ello, he dicho que el modelo minimalista podría responder a esa pregunta. En primer lugar, la relevancia del modelo minimalista es porque explica la AIC desde el individualismo metodológico; esto no es extraño a la idea de un socio individual que quiere actuar, junto con otros socios, en una PJ. No es extraño porque se adecua con la definición de la PJ que he adoptado<sup>31</sup> y la norma jurídica societaria en general<sup>32</sup>. Así, desde el modelo minimalista, se podría explicar la AIC del socio junto con otros individuos en la PJ. Sin embargo, he advertido que el modelo explica parcialmente la AIC de la PJ, porque no da cuenta de un contexto normativo (III - IV).
- c. También, se ha afirmado que el modelo minimalista podría explicar la AIC de la PJ, por ejemplo, del siguiente modo: supóngase que yo soy el socio individual que desea actuar como PJ. Yo creo que podría hacerlo si me reúno con otros socios que tengan, al menos, una intención similar. En ese sentido, yo podría actuar para que genere un estado de cosas colectivo (como la PJ) si, y sólo si, se interconecta en una relación instrumental o constitutiva con la acción de los otros socios<sup>33</sup>. Para ello, la PJ requiere que

---

<sup>31</sup> Me refiero a la tradición positivista del derecho, por ejemplo, Hart y Kelsen.

<sup>32</sup> Véase la nota 4.

<sup>33</sup> Este casi siempre es el caso, pero no necesariamente yo quiero generar ese estado de cosas colectivo con mi acción individual como socio. Yo podría, por ejemplo, hacer la acción individual porque quiero un beneficio a cambio y no porque quiera generar ese

haya otras personas que tengan la misma intención participativa con respecto a ese estado de cosas colectivo. Cuando afirmo que queremos ese estado de cosas colectivo, me refiero a la intención participativa de un grupo de individuos en la que sus acciones se superponen. Únicamente podrían esas personas actuar como PJ si, y sólo si, concebimos a la PJ como un estado de cosas que necesariamente implica una serie de acciones y actitudes de mi persona y la de los otros individuos. Además, la PJ debe ser visto por todos los socios que intentan participar como un estado de cosas que interconecta una serie de relaciones instrumentales o constitutivas. Las relaciones son instrumentales o constitutivas porque yo tengo la intención individual de hacer una acción que contribuya a ese estado de cosas y a la vez otros tienen la intención individual para contribuir a ese fin colectivo. Así, mi concepción que tengo sobre ese estado de cosas (la PJ) se superpone con las concepciones de los otros socios.

Luego, definitivamente, yo tengo la intención de llevar a cabo las acciones pertinentes que sean necesarias y que concibo como relacionadas de la manera descrita con el estado de cosas y, adicionalmente, los otros socios del conjunto también satisfacen estas condiciones. Por último, yo llevo a cabo mi intención de firmar el contrato societario y hacer todas aquellas acciones que también sean necesarias para que actúe la PJ. Del mismo modo, también los otros individuos del conjunto hacen exactamente aquellas acciones necesarias y pertinentes; de tal manera, en efecto, se obtiene el estado de cosas colectivo (la sociedad anónima) configurado por las concepciones superpuestas de las acciones de los miembros individuales (IV).

---

estado de cosas colectivo, a saber, la PJ. SANCHEZ BRIGIDO, Rodrigo, "Collective Intentional Activities and the Law", p. 309.



# ANÁLISIS DE CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL TÉRMINO VIOLENCIA DE GÉNERO EN FALLOS JUDICIALES EN VILLA MERCEDES ¿CÓMO INTERPRETAN LOS JUECES EL FEMICIDIO?\*

*Daniel G. Gorra\*\* ~ Juan Manuel Saharrea\*\*\**

**Resumen:** El objetivo de esta investigación es examinar los criterios de aplicación del agravante por femicidio en fallos judiciales. Desde un abordaje pragmatista de la praxis legal y mediante el uso de la técnica de redes semánticas, se obtuvieron resultados en entrevistas a jueces quienes indicaron que “poder”, “desigualdad” y “sometimiento” son los términos que los magistrados principalmente asocian con el concepto ‘violencia de género’ cuya aplicación define el alcance del mencionado agravante. Nuestra tesis es que estas asociaciones definen objetivamente la aplicación legal de ‘violencia de género’ y por tanto los alcances del femicidio. Se fundamenta, sin embargo, la necesidad de fijar criterios más estrictos para ponderar entre la diversidad de normativas extrapenales.

**Palabras clave:** criterio – interpretación – valoración - violencia de género.

## 1. INTRODUCCIÓN

La inclusión desde 2011 del denominado femicidio en el código penal en nuestro país, constituye un gran avance para cumplir con ciertos ideales democráticos expresados en normativas internacionales,

---

\* Artículo recibido el 5/07/2019 ~ Aprobado para su publicación el 23/09/2019.  
En prensa.

\*\* Daniel Gorra (Universidad Nacional de San Luis). Dr. en Derecho por la Universidad Nacional de Cuyo. Profesor adjunto efectivo por concurso del Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional de San Luis.

\*\*\* Juan Saharrea (SeCyT-UNC/CONICET) Dr. en Filosofía por la Universidad Nacional de Córdoba. Becario Postdoctoral del CONICET. Ha sido JTP de Filosofía en el Prof. de Educación Especial en la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de San Luis.

referidas a la situación de desigualdad de género en el mundo y en la región tales como:

1. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Convención de Belem Do Para. Aprobada en Argentina por ley 24632. Año 1994.
2. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Asamblea General de las Naciones Unidas. Res 48/104 de 1993, a pedido de República Dominicana. Año 1993.
3. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), RES 34/180. Organización de las Naciones Unidas. Aprobada en Argentina por ley 23179. Año 1979.

Esta inclusión del femicidio en la Argentina se acopló a las tipificaciones ya concretadas en los sistemas jurídicos de países limítrofes y regionales.<sup>1</sup> Independientemente de esto, el hecho de que se haya agregado a nuestro ordenamiento jurídico constituye un signo de celebración para la salud democrática de nuestra comunidad. Un dato a mencionar es que para la concreción de esta tipificación en la Norma Positiva, ha sido crucial el activismo feminista que ha contribuido a que la sociedad tome conciencia del flagelo que constituye la violencia de género contra los derechos humanos de las mujeres. Asimismo los movimientos feministas han ‘presionado’ para colocar este tema en la agenda de los poderes legislativo y ejecutivo<sup>2</sup>.

Como toda norma nueva, el femicidio suscita muchas preguntas en relación a su instrumentación. Sin embargo, desde los estudios de género más de una vez se ha planteado su “viabilidad jurídica” como un problema<sup>3</sup> (MONARRES, 2004). En este sentido, creemos que la disparidad de criterios extrapenales para definir cuándo hay violencia de género, conforme al ordenamiento jurídico nacional, conlleva dudas en

---

<sup>1</sup> El femicidio, antes de su implementación local en el país, ya se había tipificado en Costa Rica, Guatemala, Colombia -sin emplear el término femicidio- Chile, El Salvador, Nicaragua y México. Perú, por su parte, tipificó la figura en el mismo año que Argentina.

<sup>2</sup> TOLEDO VASQUEZ, PATSILI; Femicidio/Feminicidio. Didot. 2014.

<sup>3</sup> MONARRES, JULIA, “Elementos de análisis del feminicidio sexual sistémico en Ciudad Juárez para su viabilidad jurídica”, *Femicidio, justicia y derecho*, Cámara de diputados de México. 2004. 197-212.

la aplicabilidad del agravante por femicidio. Si esta duda no se aborda de alguna manera, el mayor riesgo puede ser el de vaciar de sentido el uso legal de ‘violencia de género’ en tanto requisito para aplicar el femicidio dejando, por ejemplo, que todo crimen cometido hacia una mujer tipifique como tal.

Aunque la sociología reciente brinda elementos para explicar que la desigualdad de género es una cuestión estructural de nuestra comunidad actual<sup>4</sup>; y aun cuando, por otra parte, se pueda adherir plenamente a estas conclusiones, el derecho lidia, en este punto, con la particularidad de un caso y la subsunción lógicamente sólida de dicho caso en una figura específica. Si este acto de subsunción de un hecho particular mediante una norma no resulta claro, la legalidad del sistema se entorpece sin contar con la eficacia simbólica que el Derecho tiene.<sup>5</sup>

Muchas veces se demanda desde la opinión pública solidez a los jueces y juezas pero, en un presunto diálogo ficticio, la comunidad de jueces y juezas podría quejarse ante la sociedad por carecer de elementos para la especificación en la aplicación de una norma tan relevante como ésta. De no encontrar en los fallos argumentaciones precisas, el femicidio pierde relevancia y resulta un engranaje precioso girando en el vacío de la aplicación de conceptos.

## 2. CONCEPTO LEGAL DE FEMICIDIO

Aunque es evidente que ‘femicidio’ es un concepto político al igual que el de ‘violencia de género’, ambos desarrollados por los estudios de género (aunque en la actualidad se da un acuerdo generalizado de usar

---

<sup>4</sup> SEGATO, RITA, “Femigenocidio y feminicidio: una propuesta de tipificación”. *Revista Herramientas*. N° 49. 2012. S/n. Acceso web <https://biblat.unam.mx/es/revista/herramienta-buenos-aires/articulo/femigenocidio-y-feminicidio-una-propuesta-de-tipificacion>.

<sup>5</sup> Hablamos del impacto de las sentencias para la comunidad. Sayak Valencia, activista transfeminista de Tijuana, y con críticas profundas hacia el rol patriarcal del Estado, reconoce que aun siendo patriarcal si la estructura del Estado puede garantizar a las mujeres que no las maten por misoginia, ese rol podría ser defendido por toda feminista (en encuentro de Ontologización de las imágenes y Necroscopia, Museo de Antropología, UNC, 2 de Julio 2019, a cargo de Martin de Mauro y Emma Song).

‘violencia contra las mujeres’ en lugar de violencia de género<sup>6</sup>), su recepción en el Derecho produce un concepto legal<sup>7</sup>. Dicho concepto legal pretende castigar un delito penal particular. Según el artículo 80 inc. 11:

Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: [...] 11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.

Conforme al agravante 11, son dos las cuestiones que definen la particularidad del denominado femicidio: (i) que sea un hombre quien lo lleve a cabo contra una mujer y (ii) que medie un contexto de violencia de género *en ese hecho*. Ahora bien, el Código Penal argentino no especifica qué deba entenderse por ‘violencia de género’. Por lo que la aplicación de la figura de femicidio resulta un caso en donde los jueces deben apelar a criterios extra-jurídicos (no definidos explícitamente en el código) para aplicar la norma y fundamentarla. Pensando en el foro penal técnicamente se dice que el femicidio y ‘violencia de género’ son elementos extrapenales cuya aplicación depende de normativas extrapenales como leyes específicas -como la ley Nacional 26485 de Protección Integral de las Mujeres o convenciones de organismos reconocidos en la temática (i.e. las mencionadas en nuestra enumeración inicial).

En un caso semejante no es que los jueces no tengan más remedio que la arbitrariedad pero es claro que precisan *interpretar* la norma a partir de elementos extrapenales que, para el caso del femicidio, lejos están de ser uniformes o plenamente coherentes. Por ejemplo, en un fallo de referencia se juzga el hecho de un hombre que dio muerte violenta a una mujer e intentó matar a la hija; con la primera no tenía un vínculo de

---

<sup>6</sup> A partir de la recomendación de Convención de Belem Do Para.

<sup>7</sup> ANTONY, CARMEN. *Hacia una criminología feminista. Violencia, androcentrismo, justicia y derechos humanos*. Col. Criminología Crítica (Dirigida por R. Zaffaroni) Universidad Nacional de Avellaneda. 2017; MAFFIA, DIANA “Violencia de género. Emociones y violencias extremas en el tratamiento judicial”, *Pensar en Derecho*, Eudeba, 2017, 10-25; FEMENIAS, Maria Luisa. “Feminismos latinoamericanos. Una mirada crítica”. *La manzana de la discordia*, Vol. 6, No. 1: 53-59, 2011.

mucho tiempo y sólo encuentros sexuales casuales<sup>8</sup>. En el desarrollo de este juicio la confrontación de argumentos entre la Cámara y el Superior Tribunal de Justicia en torno de la aplicación o no de la figura de femicidio en grado de tentativa en un caso y efectiva en otro se explica, a fin de cuentas, sólo por las fuentes extrapenales seleccionadas<sup>9</sup>. En primer lugar, la Cámara identifica ‘violencia de género’ como un elemento normativo extrapenal y dado que “la regla no es clara”, sin mayores justificaciones, la interpreta a partir del art. 4 de la ley 26485 el cual toma como criterio la existencia de una “relación desigualdad de poder”, ausente en este caso. En la interpretación de la Cámara para que haya violencia de género, en términos de relaciones de poder, se requiere: a) ambiente específico de comisión; b) relación entre víctima y agresor; c) imposición de voluntad mediante sumisión, violencia, dominación y sometimiento; d) relación característica por ser asimétrica y desigual.

Conforme a este criterio los jueces describen los hechos, pero la relación, en este caso, de “informalidad y poco duradera”, “más que nada contactos por Facebook”, con “salidas nocturnas por lapsos interrumpidos” llegando a “dos o tres encuentros sexuales”, sumado “[al] ocultamiento de la relación a los amigos” entre el imputado y la víctima, no permitirían configurar el contexto de violencia y relación desigual de poder. Asimismo, como complemento de este cuadro la Cámara describe el comportamiento de la mujer: a) no era una mujer dócil; b) ejerció defensa de los derechos propios y de la víctima; c) recurrió a la justicia para reclamar paternidad y alimentos; d) no asumió el rol de mujer sumisa. A partir de esto infiere que las circunstancias impiden las condiciones para registra aquí la violencia de género. Para la Cámara la víctima no era objeto de desigualdad de poder por lo que, conforme a criterio, no encuentra en los hechos el contexto de violencia de género. En base a este diagnóstico, se abstiene de aplicar la figura en cuestión.

---

<sup>8</sup> Se trata de “Lizarralde, Gonzalo Martín p. s. a. homicidio calificado y homicidio calificado en grado de tentativa Recurso de Casación-” (SAC 2015401). Superior Tribunal de Córdoba.

<sup>9</sup> GORRA, DANIEL “Confrontación de argumentos en torno a la interpretación de “violencia de género””. *Revista de Derecho y criminología crítica*, N° 11, 2017, 43-53.

El Superior Tribunal de Justicia (STJ), por su parte, rechaza esta decisión y aplica finalmente la figura de femicidio. En su razonamiento antes que nada destaca la necesidad de prestar atención a la normativa extrapenal internacional -no sólo la nacional como prioriza la Cámara- y sostiene:

[...] la violencia a la que refieren estos instrumentos jurídicos internacionales, tiene como rasgo de identidad central el de configurar una manifestación de la discriminación por la desigualdad real entre varón y mujer, pues es ejercida contra la mujer “porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada” (Comité CEDAW, Recomendación General n° 19), “basada en su género” (Convención Belem do Pará, art. 1) (21). Esto lleva a sostener -en contra del argumento de la Cámara- “... que es irrelevante que el agresor integre o no una relación interpersonal con la víctima o sea un agente del Estado, que ocurra la violencia en el ámbito privado o público, en tanto se posiciona respecto de la mujer en un binomio superior/inferior, tratándola con violencia física, psicológica o sexual, entre otras, por su género...” (22).

Este es el núcleo de la argumentación que no especifica la naturaleza de la desigualdad. Si dicha desigualdad se establece por el solo hecho de haber ejercido violencia, en el momento puntual de la agresión, o por ser mujer la víctima, sería problemático: esto aplicaría para todo asesinato de un hombre a una mujer. Pero lo más notable en esta confrontación es que el STJ no le discute a la Cámara la interpretación sobre el criterio adoptado para entender ‘violencia de género’ sino que ofrece otra interpretación alternativa sin desarrollar una ponderación entre ambas y ofrecer así razones para privilegiar una sobre otra. Esto no hace más que reconocer, implícitamente, que las normativas difieren entre sí. Un breve registro por las normativas relevadas exhibe datos preocupantes para la praxis jurídica. Ninguna de las normativas brinda relevancia al concepto de ‘patriarcado’ y este según el trabajo de Rita Segato, tiene una conexión conceptual con el de violencia de género y por tanto influye en la definición de femicidio (SEGATO, 2012). Ninguna adopta el término ‘violencia de género’ e incluso la Convención de Belem Do Para lo cuestiona abiertamente. La ley 26485 asume más de un criterio para definir violencia de género sin que quede claro si deben concurrir o no para que haya violencia contra las mujeres.

Ahora bien aunque es evidente que apelar a una normativa extrapenal es una instancia necesaria para aplicar el agravante, si uno reconoce que se

da disparidad de criterios en esas normativas, esto no hace más que ‘ patear el problema ’ pues estos mismos elementos extrapenales *son* seleccionados por los jueces en función de *algún tipo* de valoración. Aun cuando no se logre ver explícitamente esa selección -como en el fallo referido- la toma de una normativa en lugar de otra no debe ser considerada azarosa.

Nuestra pesquisa, en tal sentido, se consagra especificar a qué conceptos los jueces penales de Villa Mercedes asocian la violencia de género, pues, creemos que esas asociaciones definen la ponderación y el uso de las normativas extrapenales. Por tal motivo la presente investigación pretende explicitar alguna de esas asociaciones en una muestra de jueces penales acotada a una ciudad. La elección de una muestra y la metodología de examinar ciertas asociaciones no es contingente. Consideramos que es fundamental partir de la praxis jurídica entendiendo por ésta la aplicación concreta de una norma en fallos judiciales. Es importante examinar qué es lo que efectivamente hacen los jueces en su práctica decisoria en la que necesariamente están obligados a definir en base a normativas diversas qué es la violencia de género, y en función de ella medir el alcance del agravante por femicidio.

### 3. Marco teórico: pragmatismo legal

Para examinar el problema de cómo aplicar el concepto de violencia de género en contextos de decisiones judiciales hemos tomado fallos de Villa Mercedes, la ciudad donde tiene asiento nuestro equipo de investigación. La accesibilidad a los fallos no es el único elemento para justificar esta opción sino también la accesibilidad a los jueces y juezas para ser entrevistados en relación a su modo de juzgar sobre femicidios. Este intercambio se posibilita a través de convenios entre nuestro grupo y las instituciones que nuclean a los magistrados como el Colegio de Abogados y el Poder Judicial. Cabe aclarar que nuestro grupo de investigación desde su creación en 2015 incluye en su metodología el análisis de casos judiciales considerados polémicos o difíciles y que la elección de esta vía se funda en una mirada peculiar sobre el derecho desde el denominado “pragmatismo legal”<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> HAACK, SUSAN “The Pragmatist Tradition: Lessons for Legal Theorists”, *Washington University Law Review*, N° 5, 95, 2018, 1049-82; HAACK, SUSAN “The growth of meaning and the limits of formalism: in science, in Law” , *Análisis Filosófico*, XXIX N° 1, 2009, 5-29; HAACK SUSAN, “On Legal Pragmatism: Where does The Path

Una mirada pragmatista se opone, dentro de los estudios del Derecho, a un análisis sobre la naturaleza del Derecho -sobre la naturaleza de sistema normativo o las características generales del orden jurídico- que sólo pueda derivativamente echar luz sobre casos concretos. Desde nuestra perspectiva la praxis permite situar y formular ciertas preguntas que hacen posible suscitar la reflexión por diversos aspectos generales del derecho. En un punto el pragmatismo y lo que podríamos denominar ‘filosofía del derecho clásica’ no constituyen dos estrategias teóricas contrarias sino que asumen *prioridades metodológicas* opuestas. Nuestro abordaje parte de la praxis para formular ciertos interrogantes en tanto que la filosofía del derecho clásica puede o no impactar en la praxis mediatamente. Sin embargo, el interés de esta última reside en brindar la mayor claridad posible sobre los conceptos fundamentales que giran en torno a la noción de Derecho. De acuerdo al teórico del derecho español Manuel Atienza: “El pragmatismo no sería pues, exactamente, un tipo de filosofía del Derecho, sino una actitud necesaria para construir una filosofía del Derecho con sentido, esto es, capaz de incidir (aunque no fuera en forma inmediata) en las prácticas jurídicas”<sup>11</sup>.

Este marco pragmatista define nuestro abordaje sobre el femicidio. Partimos por tanto de un problema concreto en la praxis, a saber la disparidad de elementos para especificar qué es ‘violencia de género’ en el código para aplicar el agravante por femicidio. Cabe señalar que, al abordar esta empresa, no estamos en principio señalando que el Código Penal esté incompleto o que precise de modificaciones. Nos interesa la aplicación del concepto de violencia de género en el contexto de fallos judiciales porque creemos que la tarea interpretativa de los jueces pone de relieve aspectos diversos que son objeto preferencial del análisis conceptual, en la vertiente particular que nosotros adoptamos. Asimismo, esos aspectos constituyen resortes centrales en la praxis jurídica sirviendo tanto para pensar la formación de los abogados como para evaluar el desempeño en la carrera jurídica.

---

of the Law Lead Us ?”, *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 50, 2005, 71-105; ATIENZA, MANUEL “Pragmatismo jurídico. La propuesta de Susan Haack”, *Estudios Filosóficos*, Vol. 67, 196. 2018, 467-489.

<sup>11</sup> ATIENZA, MANUEL, op. Cit, 2018, p. 470.



En definitiva, nuestra investigación asume que es necesario una descripción de la práctica jurídica desprovista de los prejuicios idealizantes acerca de la función del juez y el Derecho en una comunidad. Los jueces, tal como insiste Susan Haack siguiendo la herencia de Holmes, están insertos en una práctica concreta y son personas falibles condicionadas por aspectos idiosincrásicos<sup>12</sup>. El pragmatismo asume esta visión *práxica* del Derecho sin por ello renunciar a la posibilidad de hallar elementos objetivos para el análisis jurídico. Creemos que la reflexión en torno de la aplicación de criterios judiciales se posiciona en esta línea del pragmatismo legal con un interés en una epistemología jurídica centrada en las prácticas.

#### 4. MARCO TEÓRICO: ANÁLISIS CONCEPTUAL

Tanto la filosofía del derecho clásica como el pragmatismo legal son aplicaciones del *análisis conceptual* al Derecho por lo que cabe dar un pequeño paso atrás a los fines de ser precisos en torno de en qué consiste el análisis para exponer mínimamente nuestro marco teórico. En esta sección especificamos a) en qué consiste el análisis y b) por qué es apropiado para aclarar la falta de criterios en el femicidio.

El análisis conceptual, es una herramienta metodológica particularmente apropiada para obtener claridad y no sólo en la expresión o en el estilo sino en el contenido de los argumentos. Tiene como premisa fundamental garantizar la racionalidad de nuestros modos de comprender y de actuar sobre la realidad. En tanto logro fundamental de la filosofía del lenguaje esta ha sido su tarea desde sus inicios a principios del siglo XX; dicho propósito regulativo, con variantes, pervive desde entonces. El valor que resume esta idea es el de búsqueda de *claridad* entendiendo por ésta, en efecto, la especificación de criterios de uso en el lenguaje para poder definir la corrección y el comportamiento de las expresiones lingüísticas<sup>13</sup>. Si uno logra evitar ciertos vicios como la vaguedad y la ambigüedad o la textura abierta<sup>14</sup> y en líneas generales la falta de

---

<sup>12</sup> Ver, HAACK, SUSAN, op. Cit. 2018, 2005.

<sup>13</sup> GLOCK, HANS. ¿Qué es filosofía analítica? Técnos, 2012.

<sup>14</sup> La vaguedad es la imprecisión de los límites de un concepto cuyas aplicaciones, en la general de los casos, es perfectamente clara. La textura abierta es la cualidad constitutiva

argumentación en las opiniones, se logra una comprensión apropiada que repercute maximizando la calidad racional de la comunidad. Una comunidad racional no es una comunidad automatizada sino aquella que se maneja en base a argumentaciones y a criterios explícitos que orientan no sólo el pensamiento sino las acciones que son obligatorias o no que son condenables o no <sup>29</sup>.

Este ideal racionalista es compartido tanto por el análisis como por la praxis jurídica, lo cual explica, en buena medida, el parentesco entre la metodología del análisis conceptual y el afán de precisión en el estudio sobre el Derecho. Asimismo está demostrado el vínculo entre la atención a la práctica racional de justificar las opiniones y la calidad democrática<sup>15</sup>. Es importante señalar una salvedad: aunque la vaguedad y ambigüedad son características constitutivas de nuestro lenguaje corriente es igualmente cierto que en ciertos contextos es necesario *fijar* los criterios de uso de un concepto para la toma de decisiones prácticas. En especial, dominios en donde la fijación de criterios define prácticas que deciden sobre la vida de las personas en lo que respecta a la relación entre Estado e individuo. El contexto legal es uno. Esto explica el interés preeminente por muchos estudiosos del Derecho en argentina por esta metodología propia de la filosofía analítica o filosofía del lenguaje contemporánea<sup>16</sup>.

## 5. OBJETIVO E HIPÓTESIS

El recurso a elementos valorativos (éticos, políticos, etc.) que se introducen de manera tácita en la interpretación y razonamiento en fallos judiciales asume el estatuto de condición para la resolución de casos difíciles. Tales compromisos valorativos adoptados de manera tácita o implícita en la interpretación y argumentación jurídica, inciden y otor-

---

de cualquier concepto, por más precisamente definido que esté, de dejarnos la duda acerca de si efectivamente aplica o no. Un ejemplo: nace un chanco de cinco patas ¿podemos llamarlo chanco sin más? En un sentido si acompañado de la expresión de cinco patas y en otro sentido no ya que chanco sin más son aquellos de cuatro patas.

<sup>15</sup> GARGARELLA, ROBERTO. “Pensar sobre la democracia, discutir sobre los derechos”. *Nueva Sociedad* N° 267, 2017, pp. 100-113.

<sup>16</sup> ATIENZA, MANUEL, “Una nueva visita a la filosofía del Derecho en Argentina”. *Academia*, año 7, N° 14, 2009, 9-30.

gan sentido a las decisiones judiciales por parte de jueces y juezas. Sin embargo para el caso del femicidio su disparidad constituye un problema para su viabilidad legal requiriendo la fijación de criterios más estrictos para aplicar ‘violencia de género’.

## 6. METODOLOGÍA

En consonancia con el tema, el marco y la hipótesis planteados las actividades se llevaron a cabo a partir del relevamiento de casos judiciales sobre femicidio, considerados casos difíciles cuyos fallos fueron dictados por tribunales penales de Villa Mercedes. Posteriormente se llevó a cabo la selección, discusión, comparación, evaluación y análisis conceptual -en definitiva- de tesis y argumentos sobre un espectro bibliográfico especializado perteneciente al ámbito de la epistemología, filosofía del derecho, derecho penal y jurisprudencia de los tribunales penales de Villa Mercedes.

El método en primer lugar consistió en hacer explícitos, a modo de reconstrucción racional, los criterios empleados en la interpretación, razonamiento y posterior aplicación de elementos extrapenales asociados a la violencia de género o femicidio. En segundo lugar, se identificó y distinguió la naturaleza de aquellos elementos que, de modo tácito, y bajo la forma de principios o normas evaluativas, se introducen como elementos indispensables en la ponderación de un fallo o argumento jurídico. En tercer lugar, y considerando un próximo período de trabajo se analizó de qué manera la introducción de elementos valorativos contribuye o podría contribuir, según su naturaleza, a otorgar sentido, validez y fundamento a la interpretación y aplicación de normas jurídicas.

La técnica de recolección de datos abarcó tres registros: a) entrevistas abiertas no estructuradas; b) lectura de fallos y c) redes semánticas. Estas fueron formadas mediante la lectura de los fallos tratando de identificar el argumento con la categoría. Respecto de las entrevistas se elaboraron cuatro categorías: “jurídica”, “política”, “moral” y “histórico-socio-cultural”. Para el caso de los fallos se tomaron la totalidad de fallos sobre femicidios dictados en la ciudad. En cuanto a las redes semánticas se empleó la técnica de redes semánticas naturales la cual ofrece un medio empírico de acceso a la organización cognitiva del conocimiento, proporcionando datos referentes a la organización e in-

interpretación interna de los significantes. Esto permitió la obtención de diversas asociaciones relaciones con el concepto ‘violencia de género’.

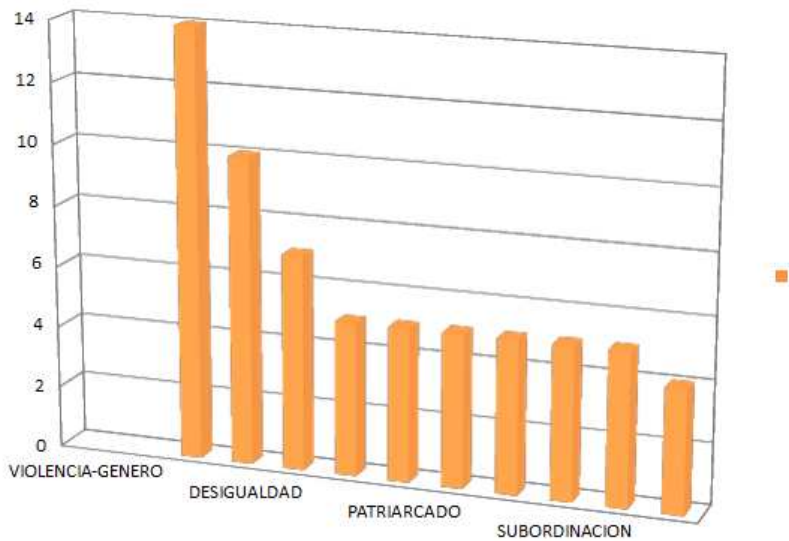
El aspecto procedimental más remarcable es que en las entrevistas se solicitó a los magistrados del Poder Judicial de San Luis -Segunda Circunscripción-, que mencionaran cinco palabras que ellos relacionaban o consideraban como definitorias del concepto de ‘violencia de género’. Luego se les requirió que las colocaran en una columna por orden de jerarquía de acuerdo a la importancia que ellos le asignaban, colocando el número (1) uno, a la palabra que más se acercaba o más definía el concepto, y (5) cinco a la palabra que más se alejaba. La elección debía incluir sólo aquellos conceptos que en la cultura específica tienen un contenido semántico distinto y son por tanto diferenciables y no sinónimos. Aunque el colectivo es relativamente homogéneo y comparten significados semejantes de conceptos relacionados con sus tareas.

Para el análisis de los resultados arrojados por las redes semánticas naturales se obtuvieron cuadro de los indicadores propuestos por Figueroa, González y Solís<sup>17</sup>:

- Riqueza semántica (valor J): número total de palabras que definieron el concepto de violencia de género y que fueron generadas por los participantes. Siendo un indicador de la riqueza o del cúmulo de significados que presenta el concepto.
- Peso semántico (Valor M): frecuencia de aparición de definidoras, multiplicada por la jerarquía asignada. El procedimiento de extracción de este valor fue el siguiente: se le asigna el valor de 5 a la palabra jerarquizada en primer lugar; a la palabra jerarquizada en segundo lugar, el valor de 4, y así sucesivamente, hasta llegar a la palabra jerarquizada en quinto, con valor 1. Posteriormente, para cada definidora los valores se multiplican por el número de participantes que le asignaron un lugar determinado. Las palabras con mayor peso semántico serían aquellas que mejor definen el concepto.

---

<sup>17</sup> FIGUEROA, J. G., GONZALEZ, E. y SOLIS, V. (1981). “Una aproximación al problema del significado: las redes semánticas”, en: *Revista Latinoamericana de Psicología*, 13 (3), 447-458.



- Conjunto SAM: conformado por las diez palabras definidoras con mayor Valor M, representando las palabras definidoras que conforman el núcleo central de la red. Constituye el centro del significado que presenta el concepto.
- Distancia Semántica (valor FMG): Indicador, en términos de porcentajes, de la distancia semántica que hay entre las diferentes palabras definidoras que conforman el conjunto SAM. Índice que permite hacer comparaciones.

## 7. RESULTADOS

1. Riqueza semántica (valor J): número total de palabras que definieron el concepto de violencia de género y que fueron generadas por los participantes. Siendo un indicador de la riqueza, del cúmulo de significados que presenta el concepto.
2. Peso semántico (Valor M): frecuencia de aparición de definidoras, multiplicada por la jerarquía asignada. El procedimiento de extracción de este valor fue el siguiente: se le asigna el valor de 10 a la palabra jerarquizada en primer lugar; a la palabra jerarquizada en segundo lugar, el valor de 9, y así sucesivamente, hasta llegar a la palabra jerarquizada en quinto, con valor 6. Posteriormente,

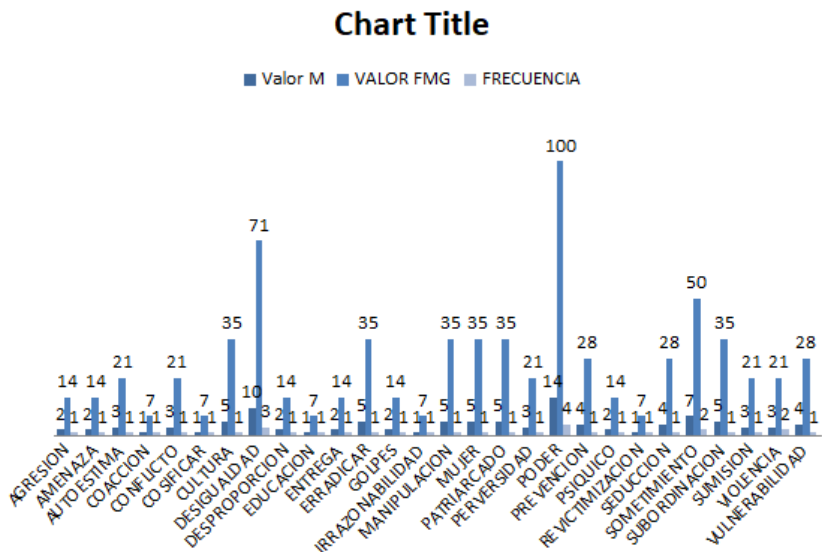
para cada definidora los valores se multiplican por el número de participantes que le asignaron un lugar determinado (del sexto al décimo). Las palabras con mayor peso semántico serían aquellas que mejor definen el concepto.

3. Conjunto SAM: conformado por las diez palabras definidoras con mayor Valor M, representando las palabras definidoras que conforman el núcleo central de la red. Constituye el centro del significado que presenta el concepto.
4. Distancia Semántica (valor FMG): Indicador, en términos de porcentajes, de la distancia semántica que hay entre las diferentes palabras definidoras que conforman el conjunto SAM. Índice que permite hacer comparaciones.

### Cuadro conjunto SAM

El conjunto SAM está constituido por las palabras que los magistrados relacionaron con el concepto a definir: ‘violencia de género’. La gráfica muestra el peso semántico que tiene cada palabra. El peso determina la cercanía del término con el concepto de definir.

De acuerdo a la gráfica el criterio que utilizarían los jueces para definir un caso de violencia de género estaría integrado por los términos **poder, desigualdad y sometimiento**.



El segundo cuadro informa:

Valor M: peso semántico (la cercanía con el concepto a definir: peso semántico)

Valor FMG: distancia semántica (la cercanía entre un término en relación a otro)

Frecuencia: cantidad de veces que se repitió una palabra entre todos los magistrados.

La lectura de la gráfica indica como los términos poder, desigualdad y sometimiento son los de mayor peso semántico. Asimismo, son las que con mayor frecuencia se repitieron.

## 8. CONCLUSIONES

El abordaje pragmatista permite una visión amplia del Derecho donde entran en consideración elementos extrajurídicos que pueden llegar a contribuir en la interpretación y argumentación, especialmente en aquellos casos de cierta complejidad. El ingreso de estos elementos valorativos no mengua la riqueza del análisis sino que todo lo contrario: considerar una visión del Derecho que deje de lado elementos valorativos como los que expresan estas decisiones no tendría aplicabilidad alguna y en términos estrictamente conceptuales resultaría criticable.

Cabe referir que para dar con un núcleo teórico que refleje aportes centrales del pragmatismo en tanto tradición de filosofía no circunscrita al Derecho sino hasta las últimas décadas, en primer término emprendimos un estudio de autores clásicos como Dewey y Peirce, los cuales fueron considerados por sus aportes a la filosofía del derecho y al lenguaje. Asimismo, las obras de Holmes, Haack, Posner y Atienza nos permitieron poner en evidencia las diferentes corrientes dentro del pragmatismo clásico y delimitar con cierta rigurosidad lo que debe entenderse por pragmatismo jurídico.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> El pragmatismo jurídico de Holmes, brinda criterios de interpretación de los conceptos que contienen las normas conforme el fin social de las mismas y que van variando conforme la época y cultura en que son aplicados. Holmes reconoce que los jueces al momento de resolver casos difíciles, realizan una tarea de interpretación y subsunción que no es ni sencilla ni mecánica sino que recurren a criterios extrajurídicos. Por otro lado evita el relativismo judicial, al argumentar que el juez debe desentrañar el sentido

Siguiendo estos delineamientos, metodológicamente nos focalizamos en las prácticas de los operadores jurídicos, en particular la actividad de los jueces. Los datos que permiten identificar criterios extrajurídicos —éticos, políticos, culturales, sociológicos— empleados por ellos no siempre son explícitos en su argumentación sin lugar a dudas constituyen guías para la toma de decisiones en especial cuando hay elementos normativos en juego como sucede con el concepto “violencia de género”. Creemos que la realización de las entrevistas nos permitió obtener datos, mediante asociaciones de conceptos, para certificar qué tipo de preconcepciones definen la decisión de los jueces para el caso estudiado.

Como dijimos los casos difíciles son aquellos donde el ordenamiento jurídico no ofrece una solución clara o resulta ser manifiestamente controvertida. La aplicación del tipo penal de femicidio ajusta en esta categoría porque al momento de identificar los elementos que constituyen un contexto de ‘violencia de género’ se enfrenta a disparidad de criterios expresados en diferentes normativas extrapenales.

En este sentido, consideramos que aún cuando nuestros datos ordenados en redes semánticas muestran que detrás de cada decisión judicial de femicidio operan ciertas valoraciones que garantizan la objetividad de dicha acción jurídica (como opuesta a una mera acción dogmática o azarosa) queda en evidencia la dificultad profesional de los jueces para determinar si un caso de homicidio con víctima mujer es femicidio o no. Entendemos que, de acuerdo a lo investigado, la disparidad de criterios es amplia, por lo que no hay un acuerdo sobre los criterios que deben tenerse en cuenta. Ante este diagnóstico una tarea urgente, que intentamos diagramar en lo que sigue, es ofrecer un marco de contención argumental que permita darle mayores directrices concretas a los jueces y juezas atendiendo a la realidad argentina y a las demandas concretas que aportan los estudios de género junto con las características intrínsecas del ordenamiento jurídico.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, (2018) “Pragmatismo jurídico. La propuesta de Susan Haack”, *Estudios Filosóficos*, Vol. 67 (196). 467-489.

---

del precepto jurídico acorde a un criterio que tenga en cuenta las “consecuencias” que dicha decisión tendrá en la realidad social en una determinada época y sociedad.



- ATIENZA, Manuel, (2009) "Una nueva visita a la filosofía del Derecho en Argentina". *Academia*, 7, N° 14 (7). 9-30.
- ANTONY, Carmen, (2017) *Hacia una criminología feminista. Violencia, androcentrismo, justicia y derechos humanos*. Col. Criminología Crítica (Dirigida por R. Zaffaroni) Universidad Nacional de Avellaneda.
- COLEMAN, Jules, (2001) *The Practice of Principle*, Oxford University Press.
- CORONA NAKAMURA, Luis & ROSALES RODRIGUEZ Marcelino (2005), "El derecho más allá del derecho" *Sufragio*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 143-154.
- DEWEY, John, (2008), *Teoría de la valoración. Un debate sobre la dicotomía de hechos y valores*. Biblioteca Nueva.
- DWORKIN, Ronald, (1986), *Law's Empire*, Cambridge, University Press.
- DWORKIN, Ronald, (2006), *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press.
- FAERNA GARCÍA BERMEJO, Ángel (1996) *Introducción a la teoría pragmática del conocimiento*, Siglo XXI.
- FEMENIAS, María Luisa. (2011), "Feminismos latinoamericanos. Una mirada crítica". *La manzana de la discordia*, Vol. 6, (1), pp. 53-59.
- FIGUEROA, J. G., GONZALEZ, E. y SOLIS, V. (1981). "Una aproximación al problema del significado: las redes semánticas", *Revista Latinoamericana de Psicología*, 13 (3), pp. 447-458.
- GORRA, Daniel. (2017) "Confrontación de argumentos en torno a la interpretación de "violencia de género"". *Revista de Derecho y criminología crítica*, N° 11, pp. 43-53.
- GARGARELLA, R. (2017) "Pensar sobre la democracia, discutir sobre los derechos", *Nueva Sociedad*, N° 267, 2017, 100-113.
- GREY, T.C. (2014), *Formalism and Pragmatism in American Law*, Brill.
- HAACK, Susan (2018) *The Pragmatist Tradition: Lessons for Legal Theorists*. *Washington University Law Review*, 95, (5), 1049-82.
- HAACK, Susan (2012). *On Legal Pragmatism: Where Does 'The Path of the Law' Lead Us?.* Pragmatism Today, University of Miami Legal Studies. 2012-23.
- HAACK, Susan (2009) "The growth of meaning and the limits of formalism: in science, in Law" *Análisis Filosófico*, XXIX N° 1, 5-29.
- HAACK S. (2011), "Pragmatism, Law, and Morality: The Lessons of Buck v. Bell", *European Journal of Pragmatism and American Philosophy*, III (2), 2011.
- MAFFIA, Diana. (2017) "Violencia de género. Emociones y violencias extremas en el tratamiento judicial", *Pensar en Derecho*, Eudeba, pp. 10-25
- PALENCIK, J. y otros (eds.) (2015) *Peter Hare, Pragmatism with Purpose: Selected Writings*, Fordham University Press.

- LARIGUET, Guillermo (2011), “Todo lo que Ud. quería saber sobre coherencia y no se atrevió a preguntarle a Amalia Amaya”, *Discusiones: La coherencia en el derecho*, 10, pp.87-137.
- LEKAN, Todd (2003), *Making Morality Pragmatist Reconstruction in Ethical Theory*, Vanderbilt University Press.
- MONARRES, Julia, (2004), “Elementos de análisis del feminicidio sexual sistémico en Ciudad Juárez para su viabilidad jurídica”, *Femicidio, justicia y derecho*, Cámara de diputados de México, pp. 197-212.
- PETER HARE, (2015) *Pragmatism with Purpose: Selected Writings*, Joseph Palencik, Douglas R. Anderson, and Steven A. Miller (eds.), Fordham University Press.
- PEREZ DE LA FUENTE, O. (2010), “¿Es necesaria la teoría para decidir casos judiciales? sobre la crítica del pragmatismo jurídico al derecho como integridad?”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 13, 2010, pp. 141-184.
- POSNER, Richard. (1996), “Pragmatic adjudication”, *Cardozo Law Review*, núm. 18, 1996-1997, pp. (1-20) 18.
- POSNER, Richard (1996), *Overcoming Law*, Harvard University Press.
- POUND, Richard (1938), “Fifty Years of Jurisprudence (IV)”, *Harvard Law Review*, Vol. LI (5) pp. 777-812.
- PUTNAM, Hilary (2004), *El desplome de la dicotomía hecho-valor*, Paidós, Buenos Aires.
- RORTY, Richard (1997), *¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo*, Fondo de Cultura Económica.
- RORTY, Richard (2000), *Pecado y verdad, (El pragmatismo) referencias hacia el pragmatismo de Peirce*, Barcelona.
- ROSALES RODRIGUEZ, A. (2007), “Ética y pragmatismo según Putnam”, *Διαίμων. Revista de Filosofía*, nº 40, 81-89.
- SAMAJA, Juan (2008), *Epistemología y Metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*, Buenos Aires, Eudeba.
- SEGATO, Rita (2012), “Femigenicidio y feminicidio: una propuesta de tipificación”. *Revista Herramientas*. N° 49. S/n. <https://biblat.unam.mx/es/revista/herramienta-buenos-aires/articulo/femigenicidio-y-feminicidio-una-propuesta-de-tipificacion>.
- SEN, Amartya. (2011) *La idea de la justicia*, Taurus.
- SOLAR CAYÓN, J. (2012), “Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 2, pp. 176-226.
- TOULMIN, S. (1958), *The Uses of Argument.*, Cambridge University Press.

# EL ESTATUS DE LA IGUALDAD EDUCATIVA EN EL LIBERALISMO RAWLSIANO. EXEGESIS CRITICA DE DOS PERSPECTIVAS CONTEMPORÁNEAS\*

*Ramiro Moyano\*\**

**Resumen:** A partir del presente artículo se pretende expresar algunas reflexiones filosóficas respecto de cuestiones educativas, específicamente las referidas a problemas de justicia en la distribución de bienes educativos en sociedades cooperativas. Para ello identificaremos cierto patrón de desarrollo de estas reflexiones en el campo filosófico, las cuales se vieron influenciadas e impartidas por los desarrollos más importantes de cada una de las épocas. Nadie puede negar que la *Theory of Justice* de John Rawls constituyó un punto de referencia para pensar el rol de las instituciones estatales, es por ello, que realizaremos una escueta reconstrucción y análisis de la teoría de la justicia ofrecida por el autor, concluyendo que su teoría de los bienes primarios es de *tipo general* y que aunque no ofrece un planteo acabado específicamente de los *bienes educativos*, a priori puede ser utilizada como marco teórico general para pensar un ideal de igualdad educativa. Seguidamente a partir de una revisión crítica de dos filósofos contemporáneos, inscriptos en la tradición liberal, que utilizan ese marco general rawlsiano abordaremos las posibles interpretaciones

---

\* Artículo recibido el 11/07/2019 ~ Aprobado para su publicación el 13/09/2019. Las ideas generales de este trabajo han sido desarrolladas durante la asignatura “Teoría Política y Diseño Institucional” dictada en la maestría en Derecho y Argumentación de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba por el profesor Dr. Fernando Lizarraga durante el año 2018. Así mismo, este trabajo ha sido posible gracias al financiamiento obtenido de Conicet, ya que forma parte de un proyecto de investigación largo aliento referido a sistemas educativos y teoría de la justicia, financiado a través de una beca interna doctoral. También quisiera agradecer a quienes de manera desinteresada han contribuido con este trabajo, ya sea a través de su lectura, sugerencias y/o críticas, en especial a Nadia Garayo, Lucas Misseri, Ignacio Gomes Perdiguero, Guillermo Lariguét, Santiago Truccone.

\*\* Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba, Becario doctoral de Conicet con lugar de trabajo en: Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales-Conicet-Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Correo electrónico: ramiro Moyano@conicet.gov.ar; moyanoramiro277@gmail.com

-e implicancias aparejadas con ellas- del ideal de igualdad de oportunidades educativas mostrando las complejidades e insuficiencia de cada una de ellas. Por último, realizaremos algunas observaciones críticas y propuestas respecto de lo imperativo más que necesario que se torna el intento por realizar reflexiones desde la filosofía política respecto de las cuestiones educativas.

**Palabras clave:** liberalismo político ~ igualdad ~ igualdad educacional ~ Teoría de la Justicia ~ sistemas educativos.

## INTRODUCCIÓN

En los últimos treinta años las reflexiones desde la filosofía política y particularmente en términos de justicia distributiva, han sido recurrentes en el campo educativo. La diferenciación del tratamiento de estas problemáticas de la de otros bienes (a distribuir) se intenta -habitualmente- justificar ya sea por el lugar central que se le da a la educación en las sociedades modernas y las innumerables oportunidades que esta brinda; o por el escaso acceso a oportunidades educativas de calidad que deben afrontar un gran número de estudiantes; o por el papel fundamental que desempeña el Estado en la provisión de los bienes educativos.

Las preguntas dentro de la filosofía política respecto de cómo deberíamos, en una buena sociedad, compartir las cargas y beneficios teniendo en cuenta esquemas de vida cooperativos son algunas de las más desafiantes y fascinantes a las que nos enfrentamos. Aunque en este tipo de sociedades existen muchas cuestiones sobre las que acordamos, otras siguen siendo muy controvertidas y debatidas, por ejemplo, cómo debemos educar a nuestros hijos como sociedad.

La idea de que las oportunidades educativas para los educandos, sobre todo con respecto a los niños, deben ser iguales es ampliamente aceptada. Esto al menos por dos motivos. El primero es la gran influencia que tiene la educación en las oportunidades de vida futuras del educando. Piénsese por ejemplo en términos de oportunidades para ingresar al mercado laboral y las implicancias que puede tener el nivel educativo alcanzado para la realización de ciertas tareas, o para el acceso a diversos puestos de trabajo, como así también a diferentes remuneraciones, etc. El segundo motivo por el que la igualdad es un criterio ampliamente aceptado es que acordamos en que las oportunidades de los educandos no deben ser fijadas en base a criterios moralmente arbitrarios, por ejemplo, raza, religión, género, proveniencia social, etc.

Ahora bien, lo que se encuentra en constante y profundo debate son las implicancias del ideal de igualdad educacional. El debate sobre igualdad educacional tradicionalmente se distingue de los debates sobre la noción general de igualdad<sup>1</sup>.

Los problemas referidos a la distribución de bienes educativos no solo tienen una arista teórica, sino que, por el contrario, la incidencia práctica de los mismos es de suma relevancia. Como ejemplo de ello puede mencionarse que las escuelas secundarias argentinas desde hace al menos dos décadas viven momentos de profundos cambios, caracterizados algunas veces como procesos de “crisis” y otras como de “transformación”.<sup>2</sup> Éstas parecen ser hoy permeables a muchas dinámicas que las atraviesan y las conmueven, y lo que emerge es un escenario diverso y desigual, en el cual la propuesta de enseñanza se empobrece y debilita, sobre todo en las escuelas secundarias públicas que recepta a los sectores más pobres.<sup>3</sup>

El 14 de diciembre del 2006, fue sancionada la Ley de Educación Nacional N° 26.206, con el objeto de regular el ejercicio del derecho de enseñar y aprender consagrado por el artículo 14 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella, a partir de la cual los cambios se intensificaron. Son muchas las dinámicas que pueden identificarse como fuerzas motoras de este cambio, pero sin duda uno de los elementos más significativos ha sido el de la obligatoriedad del

---

<sup>1</sup> Un primer acercamiento del ideal de igualdad general es aquella que a grandes rasgos intenta asegurarles a los individuos aproximadamente iguales cantidades de recursos disponibles para el curso de sus vidas, y que establece que las desigualdades de esos recursos se encontrarán justificadas solamente cuando reflejen el esfuerzo particular de sus beneficiarios. Parece ser el caso, de que en sí mismo el ideal de igualdad educativa (respecto a cómo deberían ser igualmente educadas las personas o qué tengan iguales oportunidades educativas) no tendría consecuencias directas con respecto a cuantos bienes se les retribuirán en el futuro al completar su educación. Ahora bien, la cuestión adquiere relevancia respecto de las perspectivas futuras de los individuos al pensar en cómo ellos podrían estar preparados para enfrentarse a las desigualdades materiales existentes en la mayoría de las sociedades contemporáneas cuando ellos culminen su formación.

<sup>2</sup> EMILIO TENTI FANFANI (Ed.), Educación media para todos: los desafíos de la democratización del acceso (Bs. As.: Fundación Osde, 2003; AXEL RIVAS, ALEJANDRO VERA & PABLO BEZEM, Radiografía de la educación argentina. (Bs. As.: Cippec, 2010).

<sup>3</sup> INÉS DUSSEL, Los desafíos de la obligatoriedad de la escuela secundaria: Políticas, instituciones y didácticas en un escenario complejo, en “*La educación argentina hoy. La urgencia del largo plazo*”, comp. JUAN CARLOS TEDESCO (Argentina: Siglo Veintiuno: Argentina, 2015), 314-317.

nivel, decretada por la nueva Ley. Cabe agregar, que este nuevo marco legal convirtió la inclusión educativa en un imperativo, a partir del cual se trata de construir una escuela para todos y ya no solo para las elites.

En este trabajo intentaremos, en primer lugar, mostrar que es posible pensar en un cierto patrón de desarrollo de las reflexiones filosóficas respecto a las cuestiones educativas influenciados e impartidos por los desarrollos más importantes que se dieron en cada época. Luego realizaremos un escueto análisis de la teoría de la justicia ofrecida por J. Rawls como el representante paradigmático del liberalismo igualitario, llegando a la conclusión de que al ser esta una teoría general de los bienes primarios no lograría ofrecer una respuesta acabada respecto de la pregunta por la distribución de los bienes específicamente educativos, pero que, sin embargo, puede ser utilizada como un marco de referencia general para llevar adelante ese tipo de desarrollos. Seguidamente abordaremos a través de una revisión crítica las propuestas de interpretación del ideal de igualdad de oportunidades educativas llevadas adelante por dos autores contemporáneos, James Tooley y Harry Brighouse. Ambos autores se encuentran inscriptos en la tradición liberal, y pretenden utilizar, en algún sentido, ese marco para hacer un recorrido argumentativo respecto al ideal de igualdad de oportunidades educativas y de sus implicancias, arribando a conclusiones bastante divergente. Esta revisión argumentativa, además, se torna relevante porque son dos autores no suficientemente conocidos en habla hispana ya que sus principales obras<sup>4</sup> no se encuentran traducidas al español, dificultando su acceso y difusión. Por último, realizaremos algunas observaciones críticas y propuestas frente a los derroteros por los que transitan, actualmente, las reflexiones desde la filosofía política respecto de las cuestiones educativas.

## LAS REFLEXIONES FILOSÓFICAS RESPECTO DE LA EDUCACIÓN

La filosofía de la educación, como sucede con otras disciplinas de la filosofía, se ha visto influida e impulsada por los desarrollos alcanzados en otras áreas del pensamiento filosófico. Casi todos los grandes sistemas

---

<sup>4</sup> Por ejemplo: *School choice and social justice* (2003); *On education* (2006) de HARRY BRIGHOUSE, y *Educational Research: A critique: A survey of published educational research* (1998); *Reclaiming education* (2005) de JAMES TOOLEY.

filosóficos han incluido conclusiones sobre la educación. Estas conclusiones han sido extraídas o bien por el propio filósofo que elaboró el sistema o por sus seguidores. En ambos supuestos, las reflexiones filosóficas sobre la educación han ido a la zaga de, y han sido impulsadas por, las áreas de pensamiento filosófico más activas en cada época.

Las primeras reflexiones sobre la educación incorporadas por Platón en *La República* son un ejemplo de ese patrón de desarrollo de la disciplina. Durante el denominado período antropológico de la filosofía griega, en el que se encuadra el pensamiento platónico, los principales desarrollos filosóficos se dieron en las investigaciones metafísicas y acerca de la esencia humana.

El antes referido patrón de desarrollo según el cual las elaboraciones filosóficas sobre la educación han sido un corolario de asunciones metafísicas o antropológicas, se mantuvo hasta mediados del siglo XX. El giro de la filosofía hacia cuestiones metodológicas y conceptuales – representado por la denominada escuela analítica de Cambridge – cambió dramáticamente el modo de abordar el problema de la educación desde un punto de vista filosófico. El trabajo de C. D. Hardie *Truth and Fallacy in Educational Theory* es un ejemplo paradigmático de esta tendencia.<sup>5</sup>

Una crítica común a la Escuela Analítica de Filosofía de la Educación y su focalización en el análisis del discurso fue que se había ocupado de “detalles”, dejando de lado los grandes temas que habían preocupado históricamente a la disciplina. No obstante, respecto a su esterilidad no era la única crítica que se dirigía a este modo de hacer filosofía. Una crítica mucho más importante cuestionaba sus credenciales metodológicas, acusándola de ser excesivamente conservadora, cristalizando los valores que predominaban en una determinada sociedad en un momento específico. El ataque no sólo señalaba que el análisis del discurso no era la herramienta idónea para resolver los problemas relevantes, sino que adicionalmente afirmaba que se estaba analizando el discurso particular de un grupo social privilegiado.

Ahora bien, el hastío por este modo de hacer filosofía produjo una vuelta a las cuestiones sustantivas. Específicamente, los últimos treinta

---

<sup>5</sup> Algunos de los representantes de la denominada “Escuela analítica de Filosofía de la Educación” fueron D. J. O’CONNOR (1957), ISRAEL SHEFFLER (1960), P. HIRST Y R. PETERS, R. (1970).

años del siglo XX fueron testigos de un resurgimiento de la Filosofía Política. Por décadas, esta disciplina había estado capturada por el análisis del lenguaje, desdeñando y dejando a un lado cuestiones sustantivas; además, metodológicamente se había llegado a un virtual empate entre dos corrientes en pugna: el utilitarismo y el intuicionismo. La publicación de *A Theory of Justice* de John Rawls en 1971, vino a trastocar esa situación existente. Por un lado, el análisis del discurso como método predominante fue reemplazado por el equilibrio reflexivo. Por el otro, la concepción de justicia que se defendía parecía conjugar las ventajas metodológicas del utilitarismo con el atractivo moral de las conclusiones que defendían las posiciones intuicionistas.

El éxito de la obra no consistió tanto en el grado de aceptación que obtuvo, sino en el nivel de discusión que produjo. La discusión sobre cuestiones políticas sustantivas volvió a ganar el centro de la escena y pronto aparecieron visiones antagónicas que disputaban tanto sus presupuestos como sus conclusiones. Como ejemplo del antagonismo que suscitó entre otras concepciones alternativas de justicia, las más influyentes fueron las libertarias, representadas por Robert Nozick, las comunitaristas, defendidas por Alasdair MacIntyre y Michael Sandel, el perfeccionismo de la libertad de Joseph Raz y el liberalismo comprensivo no perfeccionista de Ronald Dworkin.

El patrón de desarrollo de las reflexiones sobre educación volvió a repetirse. Como una derivación de éste, la discusión en materia de educación se focalizó en el rol de las instituciones estatales. Una serie de problemas políticos vinculados con la educación pasaron así a ser objetos centrales. Algunos ejemplos<sup>6</sup> son: ¿Todos los educandos deben tener acceso a bienes educativos de la misma calidad? ¿A todos los educandos se les debe brindar la misma cantidad de bienes educativos? ¿Qué significa que se le brinde la misma cantidad o calidad de bien educativo a cada educando? ¿La estructura de las instituciones educativas debe ser jerárquica? ¿Debe permitirse que los padres tengan injerencia en la educación de sus hijos? etc.

Por lo tanto, así como las ideas sobre educación habían respondido a las reflexiones metafísicas y antropológicas, primero, y a un giro meto-

---

<sup>6</sup> Simplemente para ejemplificar algunas de las preguntas centrales, sin que por ello se piense que éstas tienen algún grado mayor de relevancia que otras que no han sido colocadas aquí.



dológico centrado en el análisis del discurso, después, pasaron ahora a ser un corolario de las concepciones de justicia social en pugna.

## **RAWLS Y SU TEORÍA DE LA JUSTICIA**

El Liberalismo Igualitario, propiciado por la teoría de la justicia ofrecida por J. Rawls, constituye una tradición de la filosofía política cuya premisa fundamental es que las personas poseen igual valor moral y, por ende, deben ser tratadas con igual respeto y consideración.<sup>7</sup> Esto, a su vez, requiere que las instituciones públicas garanticen la protección de la libertad individual y una distribución igualitaria no sólo de las libertades, sino también de las oportunidades y recursos económicos. Estos aspectos configuran lo que Rawls categorizará con la expresión “bienes primarios”. El autor los define en los siguientes términos:

Estos bienes son las diversas condiciones sociales y los medios de uso universal que son por lo general necesarios para que los ciudadanos puedan desarrollarse adecuadamente y ejercer plenamente sus dos facultades morales, y para que puedan promover sus concepciones específicas del bien (...) son cosas que necesitan y requieren las personas vistas desde la óptica de la concepción política de las personas, esto es, como ciudadanos que son miembros plenamente cooperativos de la sociedad y no meramente como seres humanos al margen de cualquier concepción normativa.<sup>8</sup>

La teoría rawlsiana de los bienes puede ser traducida en las siguientes exigencias normativas: en primer lugar, las libertades se deben repartir de manera igualitaria entre todos los ciudadanos, sin que pueda justificarse alguna pérdida de libertad para gozar de algún otro bien social primario. En segundo lugar, debe garantizarse un reparto equitativo de las oportunidades entre todos los ciudadanos. Finalmente, los recursos materiales

---

<sup>7</sup> WILL KYMLICKA, *Contemporary political philosophy: An introduction*. (Oxford: Oxford University Press, 2002).

<sup>8</sup> JOHN RAWLS, *La justicia como equidad: una reformulación*, (Barcelona: Paidós, 2002), 90.

se deben distribuir de manera igualitaria a menos que una distribución desigual beneficie a quien menos recibe.<sup>9</sup>

El segundo principio o exigencia normativa se refiere al reparto equitativo de las oportunidades entre todos los ciudadanos, el cual, fue pasible de innumerables interpretaciones. De hecho, el propio autor dedica un apartado específico para desarrollar las comprensiones pasibles de la igualdad, para luego optar como interpretación justificada la llamada igualdad democrática.<sup>10</sup> Esta es una combinación de la justa igualdad de oportunidades y el principio de la diferencia. Ésta igualdad democrática trata a todos igual como personas morales y evita que las contingencias sociales y naturales influyeran en la distribución social de cargas y beneficios.<sup>11</sup>

Si bien el autor a lo largo de su prolífica obra se interpeló respecto de innumerables problemas institucionales, ha sido particularmente escueto en cuanto al tratamiento de la institución educativa. Las pocas cosas que dice Rawls en su obra sobre educación se relacionan con el principio de la igualdad de oportunidades (*en Teoría de la Justicia*) utilizando a la educación como un ejemplo de aplicación del principio de la diferencia. Según Rawls, una política educativa justa no tendría por objeto igualar completamente las diversas desventajas posibles de los ciudadanos, sino mejorar "...la expectativa a largo plazo de los menos favorecidos"<sup>12</sup>; con el rol de la familia como institución básica de la sociedad (*en Justice as Fairness a Restatement*)<sup>13</sup>, o con el problema de la educación ciudadana y cómo debe tratar el Estado a grupos religiosos como los Amish que se

---

<sup>9</sup> JOHN RAWLS, *A Theory of Justice: Revised edition*, (Cambridge: Harvard University Press, 1999).

<sup>10</sup> Véase: JOHN RAWLS, *A Theory of Justice: Revised edition*, (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999), 57-73

<sup>11</sup> JOHN RAWLS, *A Theory of Justice: Revised edition*, (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999), 65.

<sup>12</sup> "...the long-term expectation of the least favored." JOHN RAWLS, *A Theory of Justice: Revised edition*, (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999), 87. (Trad. Prop)

<sup>13</sup> Por ejemplo, respecto a la discusión que Rawls da sobre las diferentes exigencias del liberalismo político y del comprensivo. Véase: JOHN RAWLS, *La justicia como equidad: una reformulación*, (Barcelona: Paidós, 2002), 205-210

niegan a mandar a sus hijos a la escuela secundaria a partir de cierta edad (en *Liberalismo Político*<sup>14</sup>).

En definitiva, el autor ofreció una teoría *general* de los bienes primarios, como corazón de su teoría de la justicia, pero no una teoría *detallada* de los bienes educativos. Por tanto, sería posible afirmar que su teoría de la justicia no brindaría una teoría específica respecto de los bienes educativos, y más concretamente, que haga reflexiones expresas respecto de cómo ellos deben ser distribuidos en términos de justicia. Sin embargo, sería plausible, *a priori*, utilizar sus desarrollos generales y propuestas como un marco general para pensar estas cuestiones educativas. Ello es lo que, tal como se verá en las próximas dos secciones, intentan hacer dos autores contemporáneos dentro de la misma tradición liberal, pero arribando a conclusiones diferentes.

### **Brighouse y el Ideal de igualdad educativa**

Harry Brighouse<sup>15</sup> al cuestionarse por las diversas conexiones entre el ideal de la igualdad de oportunidades –general- y el ideal de la igualdad educativa –específico- ofrece lo que, para él, serían tres interpretaciones posibles<sup>16</sup> de ideal de igualdad específico en la educación y ciertos problemas que tendría cada una de ellas. El autor cree que las dos primeras interpretaciones que ofrecerá son erróneas y que, la tercera, aunque no sería equivocada, igualmente es insuficiente desde la perspectiva filosófica liberal igualitaria.

La primera forma de interpretar la igualdad educacional, de acuerdo al autor, sería en términos de igualdad de recursos siendo éstos direccionados de forma individual hacia cada uno de los educandos, lo cual podría denominarse como un igualitarismo de los recursos individualista. Ello implica que exactamente los mismos recursos sean dirigidos para cada uno de los sujetos en edad escolar. El problema es que uno podría decir

---

<sup>14</sup> JOHN RAWLS, *Political Liberalism*. Expanded Edition, (New York: Columbia University Press, 1993), 199-200.

<sup>15</sup> HARRY BRIGHOUSE, *School choice and social justice*, (USA: Oxford University Press, 2003), 112-140.

<sup>16</sup> Las tres interpretaciones varían en función de cual sea la moneda/*currency* que se tenga en mente, esto es, por ejemplo: oportunidades, necesidades, etc.

que esta interpretación del ideal es un “piso mínimo” de una adecuada distribución, ya que, si pensamos en los educandos con alguna necesidad específica (por ejemplo, por padecer ceguera), rápidamente nos parecería contra-intuitivo asumir esta postura de corte formalista.

Podría darse el caso que a partir de utilizar un argumento con la estructura anterior le sean negados los recursos necesarios para su aprendizaje, ejemplo de estos recursos son libros impresos en sistema braille, ya que sería necesario asumir un costo mayor que se encontraría injustificado.

Para el autor, la segunda manera de interpretar al ideal de igualdad educacional, sería hacerlo en términos de resultados, esto es, que los recursos deberían ser gastados de manera tal que todos los niños obtengan los mismos resultados educativos. Esta forma de pensar la igualdad educacional es pasible de innumerables críticas, ya que rápidamente se podría objetar que los resultados son formas de medidas bastante pobres respecto a la cantidad de educación que fue brindada. Esto último, debido a que los individuos a lo largo del proceso educativo efectúan distintas elecciones con respecto a lo que se les provee, decisiones que pueden ser mejores o peores, y aun sosteniendo que se les ha brindado a todos una igual educación –igualdad de *inputs* educativos<sup>17</sup>- sería posible que se produzcan desigualdades de resultados con ella –desigualdad de *outputs*<sup>18</sup> educativos-<sup>19</sup>.

Tampoco esta interpretación parecería dar respuestas viables a aquellos educandos con ciertas discapacidades o necesidades especiales de aprendizaje. Es posible que, por más recursos educativos que se direccionen, ellos jamás alcanzarán los resultados obtenidos por otros educandos con ciertas capacidades naturales de las que ellos carecen. Por tanto, el argumento parece ser ostensiblemente difícil de sostener.

La tercera forma de interpretarlo y, a los fines de este trabajo la que más nos interesa, es aquella que apela al segundo principio de la

---

<sup>17</sup> Léase, igualdad de calidad y cantidad de bienes educativos recibidos por el educando.

<sup>18</sup> Léase, desigualdad de resultados educativos respecto a la calidad y cantidad de los bienes adquiridos por el educando.

<sup>19</sup> Además de cuestionar por conceptualmente diferentes a los *Inputs* y *outputs* educativos; también, se podría interrogarse respecto de la responsabilidad que tienen los niños por las elecciones que van realizando durante el proceso educativo con los bienes que le son brindados, o, por el caso pensar si esas preferencias respecto a ciertas elecciones son de tipo adaptativas o no.

justicia ofrecido por Rawls en su teoría de la justicia: el de la justa igualdad de oportunidades.

Para Rawls la justa igualdad de oportunidades se obtendría cuando: (...) suponiendo que exista una distribución de las ventajas naturales, aquellos que tienen el mismo nivel de talento y capacidad, y la misma voluntad de utilizarlos, deberían tener las mismas perspectivas de éxito independientemente de su lugar inicial en el sistema social. En todos los sectores de la sociedad debe haber aproximadamente las mismas perspectivas de cultura y logros para todos aquellos que tengan la misma motivación y estén dotados de los mismos recursos. Las expectativas de los que tienen las mismas capacidades y aspiraciones no deben verse afectadas por su clase social<sup>20</sup>.

Brighouse haciendo una analogía con el argumento ofrecido por Rawls respecto de la justa igualdad de oportunidades ofrece la siguiente interpretación en términos educativos “Los niños con el mismo nivel de capacidad natural y el mismo nivel de voluntad de aprender deberían tener las mismas perspectivas de éxito educativo, independientemente de su lugar inicial en el sistema social”.<sup>21</sup>

Ahora bien, ¿Qué ventaja con respecto a las interpretaciones anteriores tendría esta última? De acuerdo al autor la ventaja principal sería que esta manera de concebir al ideal de igualdad en la educación lograría dar cuenta de una de las mayores preocupaciones que comparten la mayoría de los teóricos que se encuentran pensando cuestiones de justicia en la educación y que es la siguiente: que el acceso a una mejor educación —en términos de recursos— no se encuentre relacionado simplemente al hecho

---

<sup>20</sup> (...) assuming that there is a distribution of natural assets, those who are at the same level of talent and ability, and have the same willingness to use them, should have the same prospects of success regardless of their initial place in the social system. In all sectors of society there should be roughly equal prospects of culture and achievement for everyone similarly motivated and endowed. The expectations of those with the same abilities and aspirations should not be affected by their social class. JOHN RAWLS, *A Theory of Justice: Revised edition*, (Cambridge: Harvard University Press, 1999), 63. (Trad. Prop.)

<sup>21</sup> Children with the same level of natural ability and the same level of willingness to learn should have the same prospects for educational attainment regardless of their initial place in the social system. HARRY BRIGHOUSE, *School choice and social justice*, (USA: Oxford University Press, 2003), 128. (Trad. Prop.)

de que los educandos han sido favorecidos –por la lotería natural- de haber nacido en familias que cuentan con niveles elevados de recursos materiales o que ese acceso no esté condicionado al hecho de vivir en comunidades con mejores condiciones económicas.

En suma, la intuición que está en juego en esa preocupación, sería que el nivel de recursos educativos al que acceda el educando debe ser independiente de las circunstancias sociales en las que le ha tocado nacer, circunstancias por cierto que no ha elegido.

Frente al cuestionamiento de si la comprensión del ideal de igualdad educativa en estos términos tiene gran potencial explicativo, el autor responde de forma rotundamente negativa, ya que, seguiría presentando ciertas aspectos relevantes que no abarca o que deja descubiertos y por tanto presenta aún ciertas debilidades “(...) parece un principio demasiado débil para captar la idea de la igualdad en la educación, porque nada dice respecto a la relación entre las perspectivas de éxito de los niños con diferentes niveles de talento”<sup>22</sup>.

Al no decir nada respecto a las desigualdades de perspectivas de los niños con distintos niveles de talentos naturales, entonces, sería posible pensar en un esquema en el cual se direccionen todos, o la mayoría, de los recursos hacia el gasto en educación de un grupo selecto de niños con elevados niveles de talentos o habilidades y con elevada propensión o predisposición a aprender y/o usar de esos talentos, dejando al resto de los niños con menos talentos, o con menos voluntad para usarlos, con menores recursos, o peor aún sin ningún recurso disponible, lo cual intuitivamente nos parecería que entraría en completo choque con el ideal de igualdad de oportunidades general.

### **JAMES TOOLEY Y UNA OBJECCIÓN LA IGUALDAD EDUCATIVA A PARTIR DEL PROPIO RAWLS.**

Una cuarta posibilidad de interpretar al ideal de igualdad de oportunidades educativas en términos de justicia distributiva podría ser la ofrecida

---

<sup>22</sup> “(...) seems too weak a principle to capture the idea of educational equality, because it fails to comment on the relationship between the prospects for attainment of children with different levels of talent”. HARRY BRIGHOUSE, *School choice and social justice*, (USA: Oxford University Press, 2003), 128. (Trad. Prop.)

por James Tooley a partir de la objeción de tipo “suficientarista”<sup>23</sup>, quién parece interpretarlo como “un mínimo adecuado” de educación para todos.

El autor sostiene que en realidad la reiterada preocupación desplegada por los igualitarios respecto de la igualdad de oportunidades en términos educativos no sería del todo genuina, ya que, lo único que les preocupa realmente es que todos los educandos tengan solamente un mínimo de educación adecuado<sup>24</sup>.

Cabría entonces preguntarse cómo es que Tooley justifica su reinterpretación de la igualdad de oportunidades educacionales como solo un mínimo adecuado de educación para todos. Este lo hace a partir de debatir e interrogarse respecto de las tesis centrales de los trabajos de dos de los filósofos igualitarios más importantes<sup>25</sup>, para intentar luego mostrar que en el centro de sus argumentos no se encontraría la igualdad sino sólo una preocupación por la adecuación o satisfacción respecto de algún bien en particular.

Tooley hace una reinterpretación del principio de justa igualdad de oportunidades rawlsiano siendo fuertemente modificado por el principio de la diferencia, el cual señala que las desigualdades sociales o económicas serán aceptables en tanto y en cuanto beneficien a los menos aventajados.

De acuerdo al autor la manera en que Rawls percibiría el “problema de la influencia de la familia”<sup>26</sup>, funciona como una muestra de cómo el principio de la igualdad de oportunidades se encuentra aminorado e influido por otros principios dentro mismo de la teoría de la justicia que ofrece.

Y que por lo tanto, si “(...) nosotros tomamos su noción de justa igualdad de oportunidades, siendo modificada de distintas formas por el principio de la diferencia, de compensación y el de fraternidad, nos conduciría hacia la necesidad de una educación para todos (...)”<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Del tipo “débil” sostenido por Paula Casal en su trabajo: Paula Casal, “Why sufficiency is not enough”, en *Ethics*, vol. 117, no 2 (2007), 296-326.

<sup>24</sup> JAMES TOOLEY, *Disestablishing the school*, (Aldershot: Avebury, 1995), en particular el segundo capítulo de la obra.

<sup>25</sup> Léase: John Rawls y Ronald Dworkin

<sup>26</sup> JAMES TOOLEY, *Disestablishing the school*, (Aldershot: Avebury, 1995), 22. (Trad. Prop.)

<sup>27</sup> “(...) we have the notion that fair equality of opportunity, modified in distinct ways by the difference principle, the principles of redress and of fraternity, leads to the need

Además de lo dicho anteriormente, el autor va a sostener que el principio de la diferencia, incluso, no encontraría una justificación dentro del propio esquema de la justicia que Rawls ofrece. Afirmando que las consideraciones brindadas por éste en favor del principio de la diferencia en realidad apoyarían a un principio bastante más débil, el que cual plantearía que todos los individuos deberían tener un “adecuado o suficiente” nivel de recursos.<sup>28</sup>

Ahora bien, la cuestión aquí con el argumento que brinda Tooley en contra del principio de la diferencia es que éste es poco relevante respecto al punto al que pretende llegar, que es el de la igualdad educacional, porque en el esquema ofrecido por Rawls, al contrario de lo que sostiene el mismo Tooley, el principio de la diferencia se encuentra limitado por el principio de la justa igualdad de oportunidades, en vez de funcionar como un límite al mismo.

De alguna manera Tooley piensa que su argumento en contra del principio de la diferencia contiene la fuerza suficiente para derrotar al principio de justa igualdad de oportunidades, ya que lo interpreta a partir de que el principio de la diferencia le otorgaría una cierta forma a la justa igualdad de oportunidades rawlsiana. Por tanto, si nosotros –de acuerdo a esta interpretación- introducimos un “pequeño” cambio, incorporando un principio de “satisfacción” en vez del principio de la diferencia dentro del esquema de Rawls, entonces éste le otorgaría ahora de cierta forma a la justa igualdad de oportunidades, llevándonos hacia la necesidad de sólo un mínimo adecuado de educación.

¿En qué errores parecería estar cayendo Tooley? El primer error en el que incurre es en el de no tener en cuenta una cuestión importante, la prioridad lexicográfica<sup>29</sup> que el propio Rawls establece para su esquema de

---

for an education for all(...)” James Tooley, *Disestablishing the school*, (Aldershot: Avebury, 1995), 25. (Trad. Prop.)

<sup>28</sup> JAMES TOOLEY, *Disestablishing the school*, (Aldershot: Avebury, 1995), 28-30.

<sup>29</sup> Se da una prioridad de principios: el principio A tiene prioridad lexicográfica sobre el principio B, si ninguna medida que viole al principio A es permisible para servir al principio B, pero no viceversa. (Véase: JOHN RAWLS, *A Theory of Justice: Revised edition*, (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999), 40-45). Igualmente, vale aclarar que, cuando Rawls enuncia el segundo principio de la justicia en T.J lo hace de manera invertida lo cual podría llegar a confundir al lector si no se presta adecuada atención.



principios. De acuerdo con Rawls, la condición b)<sup>30</sup> del segundo principio de la justicia es prioritaria a la a)<sup>31</sup> y en este sentido, las desigualdades de oportunidades no pueden ser justificadas por su tendencia a incrementar el porcentaje de beneficios para los menos aventajados.

El segundo error que comete, es el de no observar con debido cuidado que cuando el propio Rawls hace referencia a que cada una de sus exigencias normativas o principios de justicia deben ser interpretadas en el marco de su teoría en conjunto, su objetivo pareciera estar centrado en mitigar las aparentes debilidades que podrían achacarse a los principios si éstos actuasen por sí solos, como es el caso de la justa igualdad de oportunidades. Por el contrario, Tooley afirmaba al interpretar en su conjunto el principio y otras aseveraciones dentro de la teoría lo que se lograba como resultado era un principio mucho más débil que el que se suponía a priori.

Entonces, ¿a dónde ubicaría, lo anteriormente señalado, a la propuesta de Tooley de una mínima educación adecuada? El autor insistirá en que por ejemplo de su propuesta se va a seguir, respecto al financiamiento por parte del Estado de las escuelas, que solo los educandos de familias extremadamente pobres gozarían de tener una educación financiada por este, y que la cobertura será de ese mínimo adecuado. Y que por encima de ese mínimo no debería ser necesario introducir ningún arreglo institucional para intentar aislar las oportunidades educativas de las circunstancias familiares.<sup>32</sup>

Pero de nuevo, si observamos que la justa igualdad de oportunidades es la noción central y prioritaria al principio de la diferencia, o a algún principio que fuere factible de intercambio con éste, Rawls seguirá postulando que las perspectivas futuras de vida sean lo más insensibles posible a las circunstancias familiares, incluso si se abandonara el principio de la diferencia. Una única excepción que parece aceptar Rawls para la justa igualdad de oportunidades sería el caso de que las desigualdades en “esas” oportunidades les brinden mayores oportunidades de las que no gozarían los más desaventajados si esas desigualdades no fueren permitidas.

---

<sup>30</sup> Que los recursos materiales se deben distribuir de manera igualitaria a menos que una distribución desigual beneficie a quien menos recibe

<sup>31</sup> Esto es que se debe garantizarse un reparto equitativo de las oportunidades entre todos los ciudadanos. Finalmente,

<sup>32</sup> JAMES TOOLEY, *Disestablishing the school*, (Aldershot: Avebury, 1995),34-36.

Respecto la tensión entre las oportunidades educacionales y las circunstancias familiares sería, entiendo, extremadamente difícil probar que ciertas desigualdades educacionales beneficiarían “educacionalmente” a los menos aventajados y por tanto las mismas se encontrarían justificadas.

Además, aún con posibilidad de probar lo anterior, y que esas desigualdades educacionales que gozan algunos y otros no, benefician educacionalmente a los que no las gozan, parecería que, las desigualdades involucradas en tales casos probablemente terminarían socavando uno de los bienes primarios sociales –sino el mayor- que es el “auto-respeto” de aquellos en posiciones desaventajados.

Dentro del esquema completo de Rawls parece la preocupación por la igualdad de oportunidades educacionales podría ser reivindicado en vez de rechazado como pretende Tooley.

## REFLEXIONES FINALES

En suma, cómo la justa igualdad de oportunidades debería ser interpretada fue- y probablemente lo siga siendo- ampliamente debatido, sobre todo reparando en las consecuencias implicadas que apareja esa interpretación. En concreto, la justa igualdad de oportunidades en materia educativa no escapa a ello. Sin embargo, algunas son más satisfactorias que otras.

A nuestro entender, el propio Rawls ofrece una condición necesaria pero no suficiente, a partir de la cual comenzar a recorrer el camino que apoyaría desde una justa igualdad de oportunidades hacia un ideal de igualdad educacional, el cual probablemente requeriría, como mínimo, que el nivel de recursos educacionales gastados en la escuela de los educandos pueda ser aislado de la proveniencia social de estos, bloqueando los distintos tipos de condicionamientos sociales. Esto debido a que, si pensamos a la educación con grado de incidencia importante, en el sentido de ser crucial, por ejemplo, para la adquisición de ciertos empleos y posiciones competitivas, las desigualdades educacionales basadas en las circunstancias familiares violarían usualmente la justa igualdad de oportunidades.

Sería posible señalar que la proliferación de trabajos ubicados en una zona de intersección entre la filosofía política y la filosofía de la educación, ha producido lo que podría llegar a denominarse como una filosofía política de la educación. El carácter bastante híbrido de ésta producción académica y probablemente su abundancia ha hecho que no siempre estén

claro los diferentes problemas que están en discusión y la manera en que adoptar una posición acerca de uno de ellos implica comprometerse con ciertas posiciones correlativas en los restantes.

Adicionalmente, la poca claridad ha producido que sea difícil determinar qué posiciones son las más acordes con el compromiso básico de tratar a los individuos con igual respeto y consideración.

Por último, el hecho de que no haya podido establecerse con certeza cuáles son las interrelaciones que existen entre los diferentes problemas, y cuáles son las respuestas más apropiadas a ellos, dado nuestros compromisos valorativos compartidos, ha producido un problema práctico, dando lugar a que el diseño de los sistemas educativos sea campo fértil para soluciones parciales, que se desentienden de las implicancias que tienen en otros asuntos o directamente para disputas partidarias<sup>33</sup>.

Por lo tanto, entendemos que no cabe duda que por las urgencias de la temática educativa las reflexiones filosóficas más que necesarias se vuelven imperativas.

## BIBLIOGRAFÍA

- BRIGHOUSE, HARRY. *School choice and social justice*. USA: Oxford University Press, 2003.
- CASAL, PAULA. "Why sufficiency is not enough". *Ethics*, no 2, vol. 117, (2007): 296-326.
- DUSSEL, INÉS. "Los desafíos de la obligatoriedad de la escuela secundaria: Políticas, instituciones y didácticas en un escenario complejo". En *La educación argentina hoy. La urgencia del largo plazo*, compilado por Juan Carlos Tedesco, 279-319. Argentina: Siglo Veintiuno: Argentina, 2015.
- FANFANI, EMILIO TENTI. (Ed.). *Educación media para todos: los desafíos de la democratización del acceso*. Buenos Aires: Fundación Osde, 2003.
- FILMUS, DANIEL. *Estado, Sociedad y Educación en la Argentina de fin de siglo. Proceso y desafíos*. Bs. As: Troquel, 1996.
- GUTMANN, AMY. *Democratic Education: Revised edition*. Princeton: University Press, 1999.

---

<sup>33</sup> Disputas que en nuestro país probablemente estuvieron más vinculadas con la búsqueda de acumulación y/o mantención de poder que con la educación en sí misma.

- KYMLICKA, WILL. *Contemporary political philosophy: An introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- RAWLS, JOHN. *Political Liberalism*. Expanded Edition. New York: Columbia University Press, 1993.
- RAWLS, JOHN. *A Theory of Justice: Revised edition*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.
- RAWLS, JOHN. *La justicia como equidad: una reformulación*. Barcelona: Paidós, 2002.
- RIVAS, AXEL., VERA, A., & BEZEM, P. *Radiografía de la educación argentina*. Bs. As.: Cippec, 2010.
- TOOLEY, JAMES. *Disestablishing the school*. Aldershot: Avebury, 1995.

# CONSIDERACIONES SOBRE EL CASTIGO PENAL A CARREROS POR ACTOS DE MALTRATO ANIMAL\*

*Alejandro Berrotarán ~ Nadia Garayo ~ Matías Ezequiel Molina ~  
Carla Peretti ~ Hugo Omar Seleme\*\**

**Resumen:** El objetivo del presente trabajo es abordar las razones que justifican el rechazo a la coacción punitiva estatal dirigida a carreros por actos de maltrato animal. Para alcanzarlo, en primer lugar, se reconstruyen las dos posturas existentes en relación a considerar o no a los animales como sujetos de derecho mostrando qué consecuencias se siguen de cada una de ellas. En segundo lugar, se muestra que, cualquiera sea la postura asumida, no se encuentra justificado el castigo coercitivo estatal a los carreros por actos de maltrato animal.

**Palabras clave:** legitimidad como autoría ~ derechos sociales ~ animales ~ derechos ~ coacción estatal.

## 1. PLANTEO DEL PROBLEMA

En los últimos años las calles de la ciudad de Córdoba se han transformado en el escenario de un conflicto que ha ido creciendo en intensidad entre quienes utilizan vehículos de tracción a sangre para realizar

---

\* Artículo recibido el 31/05/2019 ~ Aprobado para su publicación el 6/11/2019.

Alejandro Berrotarán. Abogado (UNC). Maestrando en Derecho y Argumentación Jurídica. Becario Doctoral CONICET. E-mail: alejandroberrotaran@conicet.gov.ar

Nadia Garayo. Abogada (UNC). Maestranda en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC). E-mail: nadiagarayo@gmail.com

Matías Molina. Abogado (UNC). Maestrando en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC). E-mail: matiasmolinae@gmail.com

Carla Peretti. Abogada (UNC). Maestranda en Sociología (UNC). E-mail: carlap1598@gmail.com

Hugo Omar Seleme. Abogado (UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Investigador Independiente de CONICET. E-mail: hugoseleme@gmail.com

sus tareas - los carreros - y los grupos que defienden los derechos de los animales. La diferente composición social de ambos colectivos no ha hecho más que sumar un nuevo ingrediente potencialmente conflictivo a un tema de por sí complejo. El conflicto, como todo problema político que no es resuelto por los mecanismos idóneos de acción colectiva, se ha trasladado de las calles a los tribunales donde diversos carreros han sido perseguidos penalmente.

A semejanza de otras situaciones una lógica inexorable parece reproducirse: cuando el poder ejecutivo y legislativo no actúan generando las políticas públicas necesarias para modificar las circunstancias que han generado un conflicto, el conflicto escala hasta el poder judicial. Esta lógica no se encuentra libre de riesgos. En primer lugar, porque el poder judicial administra y justifica el ejercicio de la coacción estatal en el caso concreto y no es claro que imponer castigos sea la herramienta idónea para resolver conflictos que tienen raíces sociales. En segundo lugar, porque el poder judicial no se encuentra preparado para enfrentar problemas estructurales que requieren políticas públicas y acciones colectivas que sólo pueden ser diseñadas de forma idónea por las otras ramas del gobierno.

En este contexto, un caso judicial cobró especial relevancia por las peculiares características de los involucrados. En el mes de marzo de 2015, un carrero estaba dirigiendo su carro tirado por un caballo por el centro de la ciudad de Córdoba. Mientras se movilizaba azuzando a su caballo para dirigirlo, fue denunciado por una persona que presenciaba la escena e inmediatamente fue aprehendido por un agente policial. El carrero fue imputado como supuesto autor de una infracción a la Ley 14.346 de Protección a los Animales contra malos tratos y actos de crueldad. Según la imputación, la infracción se habría configurado por el maltrato que implica azuzar a un animal y por el estado físico en el que éste se encontraba. La prisión es la sanción establecida como pena para este tipo de infracción.

En la causa penal iniciada contra el carrero la Clínica Jurídica del Programa de Ética y Teoría Política radicado en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba presentó un *amicus curiae*. Este artículo es una reelaboración de uno de los argumentos allí esgrimidos. El objetivo del trabajo es llamar la atención sobre cierta peculiaridad que presentan los casos en donde los carreros son imputados, o incluso penados, por conductas atentatorias contra la integridad de los animales. Específicamente, interesa mostrar

cómo en estos casos están presentes ciertos elementos que ponen en duda la legitimidad del ejercicio de la coacción por parte del Estado.

Para alcanzar este objetivo, se reconstruirán brevemente dos posturas doctrinarias y jurisprudenciales en torno a si los animales deben ser considerados como sujetos de derecho en nuestra legislación. Primero, será presentada la posición que no reconoce a éstos la titularidad de derechos y que establece que ellos son sólo objeto de protección por parte de deberes cuyo sujeto pasivo son las personas. A continuación, se evaluarán las circunstancias en las que el Estado está legitimado para imponer sobre las personas el cumplimiento coercitivo de estos deberes. En segundo lugar, será presentada la perspectiva contraria según la cual los animales son titulares de derechos. Desde esta mirada se realizará una ponderación entre los derechos del animal y los derechos de las personas involucradas en el caso para determinar si el ejercicio de la coacción estatal sobre el carrero se encuentra justificada. La conclusión que se sigue del análisis es que tanto si los animales son considerados meros objetos de deberes o sujetos de derechos, el ejercicio de la coacción estatal sobre individuos humanos está justificado sólo cuando el propio Estado les ha garantizado ciertos derechos mínimos.

## 2. LOS ANIMALES COMO SUJETOS DE DERECHO

Como mencionamos, existen dos posturas en torno a considerar a los animales como sujetos de derecho: una, que niega que los animales puedan ser titulares de derecho alguno; otra lo afirma. En este sentido, Kemelmajer de Carlucci sostiene: “Las dudas respecto a cómo deben ser los vínculos entre animales y humanos también se hacen visibles en el Derecho; en realidad, la cuestión es un mero reflejo de las relaciones normalmente ambivalentes entre Ciencia y Derecho”<sup>1</sup>.

En relación a la postura que niega derechos a los animales, Kemelmajer de Carlucci dice que “en el derecho civil tradicional (...) los animales nunca fueron sujetos de derecho. Por el contrario, fueron objeto del derecho desde que los códigos decimonónicos ubicaron los animales entre

---

<sup>1</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA. *La categoría jurídica “sujeto/objeto” y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios*. Revista Jurídica, 13. 2015. Pág. 12.

las cosas, bajo la denominación de semovientes, o sea, cosas que tienen la aptitud de moverse por sí mismas. La categorización de los animales como cosas tiene larga data y efectos jurídicos significativos; así, por ej., los animales de caza, los peces de los mares, ríos y lagos son apropiables por la persona humana (...)"<sup>2</sup>. En este sentido se posiciona nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación que considera a los animales como cosas muebles en el artículo 1.947 (al clasificar las cosas muebles que son y que no son susceptibles de apropiación).

Con respecto a la segunda postura, se evidencia un progresivo reconocimiento, en diferentes legislaciones, de los animales como sujetos de derecho<sup>3</sup>. Así, la Declaración Universal de los Derechos de los Animales estipula que "(l)os animales son seres vivos sensibles que tienen unos derechos que la especie humana tiene que respetar, cosa que constituye uno de los fundamentos de la coexistencia de las especies del mundo". En ese sentido, Nussbaum<sup>4</sup> comenta que la mayoría de las razas equinas - junto con perros, gatos, animales de granja y aves - se encuentran dentro de las especies de animales cuyo desarrollo óptimo esperado no es factible si vive en libertad en la naturaleza, ya que han evolucionado a lo largo del tiempo en simbiosis con el hombre. La autora señala: "La alternativa sensata desde el punto de vista moral es tratarlos como compañeros que precisan una tutela prudente, pero que están dotados de derechos propios aunque los ejerzan a través de esa tutela"<sup>5</sup>. De manera concordante, Salt sostiene que los autores enmarcados en esta postura afirman que reconocer a los animales como sujetos de derecho implica engrandecer a la sociedad y al ser humano<sup>6</sup>. Esta postura ha sido receptada en nuestro país, vía jurisprudencial. Así el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispuso "...el interés jurídicamente protegido por la ley no es la propiedad de una persona humana o jurídica sino los animales en sí mismo, quienes son titulares de la tutela

---

<sup>2</sup> *Ibidem*. Pág. 13.

<sup>3</sup> GARCIA SOLÉ, MARC. *El delito de maltrato a los animales. El maltrato legislativo a su protección*. Revista de Bioética y Derecho, 2015. Universitat de Barcelona, Barcelon.

<sup>4</sup> NUSSBAUM, MARTHA. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Estado y Sociedad núm. 145. Editorial Paidós Ibérica. Barcelona. 2007

<sup>5</sup> *Ibidem*. Pág. 368.

<sup>6</sup> SALT, HENRY. *Los derechos de los animales*. Los libros de la Catarata. Madrid. 1999



que establece frente a ciertas conductas humanas”<sup>7</sup>. En el mismo fallo se cita la decisión de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal que en “Orangutana Sandra s/ Recurso de Casación s/ hábeas corpus” sostuvo que “a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derecho, pues los sujetos no humanos son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente...”.

### 3. DOS PUNTOS DE PARTIDA PARA LA MISMA CONCLUSIÓN

Como es obvio la división entre las posiciones que confieren calidad de sujetos de derecho a los animales y las que no lo hacen no es coincidente con quienes creen que los animales deben ser protegidos por el sistema jurídico y quienes creen lo contrario. Ambas posiciones consideran que los animales deben gozar de algún tipo de protección, lo que cambia es cuál es su fundamento: en el primer caso la protección se funda en derechos propios de los animales, en el segundo, en cambio, en deberes de los seres humanos<sup>8</sup>. En los casos donde el Estado intenta imponer coercitivamente el respeto de esos derechos o la satisfacción de deberes debe analizarse si las condiciones que vuelven legítimo el ejercicio de la coacción se encuentran satisfechas.

Nuestra legislación ha adoptado de manera expresa la posición según la cual los animales no son sujetos de derecho sino meros objetos de deberes de protección. La Ley 14.346, protege a los animales de manera indirecta, a través de la imposición de sanciones para el ser humano que incurra en malos tratos hacia ellos. Esto implica imponer deberes –de abstención y protección – a los seres humanos sin conferir, por ello, derechos a los animales.

Frente a esto debemos evaluar cuándo un Estado puede justificadamente exigir de manera coercitiva el cumplimiento de los deberes

<sup>7</sup> “Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros vs. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ Amparo”. Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 4rto. del 21/10/15

<sup>8</sup> En este sentido, Garcia Solé considera que el bien jurídico protegido en el delito de maltrato son el conjunto de obligaciones que tiene el hombre para con los animales. Ver GARCIA SOLÉ, MARC. *El delito de maltrato a los animales. El maltrato legislativo a su protección*. Revista de Bioética y Derecho, 2015. Universitat de Barcelona, Barcelona. Pág. 38.

impuestos por las leyes. De acuerdo con Seleme<sup>9</sup>, la coacción estatal genera una amenaza sobre individuos que aspiran a dirigir su vida de acuerdo con sus propias consideraciones. Para individuos que aspiran a ser autores de su propia existencia, como es el caso de los seres humanos, la coacción amenaza con volverlos meros objetos de las decisiones ajenas. El ejercicio de la coacción se encuentra justificado cuando esta amenaza ha sido contenida. Tal cosa sucede cuando los individuos son los autores del esquema institucional que se les aplica de manera coercitiva. Sólo en este caso el ejercicio de la coacción es legítimo y no pone en riesgo su calidad de agentes morales.

En este sentido, Seleme<sup>10</sup> considera que para que el ejercicio de la coerción estatal esté justificada sus destinatarios deben estar colocados por las instituciones estatales en el rol de autores del esquema institucional. La autoría se vincula a aquello que hacen las instituciones respecto a quienes se aplican. Si un esquema institucional satisface los intereses que los individuos poseen en tanto autores, entonces los transforma en tales. Puesto que las instituciones se aplican coercitivamente a ciudadanos individualmente considerados, son sus intereses los moralmente relevantes. El principal interés de autoría es el de participar en las instituciones colectivas. La voluntad de un individuo no participa en un esquema institucional cuando se dan tres circunstancias: el acceso a los roles públicos le está vedado, el proceso de toma de decisiones colectivas no es sensible a sus opiniones o intereses, y el contenido de las decisiones colectivas no es aceptable. Para ser legítimo, por tanto, un esquema institucional debe conceder a los ciudadanos “los derechos y libertades políticas que les permiten acceder a los roles públicos y hacer escuchar sus opiniones –tales como el derecho político a elegir a sus representantes y a ser elegidos, a peticionar a las autoridades, a expresar sus opiniones, etc.”<sup>11</sup> y les debe garantizar “los derechos civiles y sociales que hacen posible que el esquema institucional sea aceptado y no sólo obedecido”<sup>12</sup>. De forma tal que “(s)i estos dere-

---

<sup>9</sup> SELEME, HUGO OMAR. ¿Qué debemos creer de nuestros conciudadanos? *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. 2015. Pp. 83-102.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*. Pág. 91

<sup>12</sup> *Ibidem*. Pág. 91

chos no son satisfechos, los ciudadanos no son tratados como autores y el esquema institucional es ilegítimo”<sup>13</sup>.

Con esta idea de legitimidad en mente es posible preguntarse qué le está permitido hacer al Estado argentino con una persona que ha incumplido con su deber de abstención. ¿Puede exigirle coercitivamente el cumplimiento de este deber e imponer castigo ante su transgresión? Es imposible responder a esta pregunta sin analizar de modo previo si el Estado ha ubicado al ciudadano involucrado en el rol de autor, esto es si le ha garantizado los derechos políticos, civiles y sociales antes enunciados. Si estos derechos no han sido garantizados el ejercicio de la coacción estatal no es legítimo y vulnera el carácter de agente moral que poseen las personas humanas. Coaccionar a un individuo en estas circunstancias implica tratarlo como un mero objeto de decisiones ajenas instrumentadas a través de un sistema jurídico que no es propio, del cual no es autor.

Algunos de los derechos vinculados con la autoría han sido incluidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al que Argentina ha adherido y que forma parte de nuestro plexo normativo con jerarquía constitucional. Este Pacto en su artículo 3 señala que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”. El reconocimiento de estos derechos sociales no solo está presente en dicha norma sino que se extiende en diversos artículos de la Constitución Nacional, como por ejemplo en los artículos 14 y 14 bis de nuestra Carta Magna.

De acuerdo a la idea de legitimación como autoría abordada, para analizar la legitimidad del Estado para imponer el cumplimiento de deberes por parte de los ciudadanos habría que preguntarse si el Estado ha asegurado sus derechos civiles, políticos y sociales. En este sentido, es necesario analizar si al carrero que se pretende imputar se le ha garantizado su derecho a la educación, su derecho a participar en la vida cultural y su derecho al trabajo, entre otros derechos de índole social. En la mayoría de los casos, al evaluar las circunstancias socio-económicas de las personas que desarrollan el trabajo de carreros, se arriba a la clara conclusión de que tal garantía no ha sido satisfecha.

---

<sup>13</sup> SELEME, HUGO OMAR. *La legitimidad como autoría*. Revista Brasileira de Filosofia. 2010. Pág. 93.

De esta manera, teniendo en cuenta la realidad de vulnerabilidad socio-económica que presentan las personas que trabajan como carreros, podemos afirmar que la coacción estatal frente a este tipo de casos está injustificada, ya que el Estado no ha satisfecho el umbral mínimo de derechos de estas personas y, por ende, no los ha considerado autores del esquema institucional que pretende aplicarles de modo coercitivo.

El problema de los carreros en Córdoba es esencialmente uno de índole social, emergente de situaciones previas de exclusión y vulneración de derechos individuales. Estos ciudadanos ya son tratados por las instituciones públicas como meros objetos. Intentar ejercitar sobre ellos el tipo de coacción más extremo representado en el castigo y la pena no hace más que agravar el problema de un Estado ausente que sólo hace su aparición para ejercitar la violencia. Paradójicamente, las mismas condiciones que harían que el ejercicio de la coacción estuviese justificado en el caso de los carreros – satisfacción de derechos políticos, civiles y sociales – son las que harían que la actividad de subirse a un carro tirado por un animal para ganarse el sustento no tuviese lugar.

La situación no luce diferente si uno adopta la segunda postura doctrinaria, que considera a los animales como sujetos de derecho<sup>14</sup>. Desde esta perspectiva los casos de carreros imputados por delitos de maltrato animal presentan un conflicto entre el derecho a la integridad física del caballo y el derecho de la persona a trabajar. En este sentido Gargarella<sup>15</sup> señala que cuando se produce esta situación “nos encontramos frente a dos derechos reclamando por el mismo espacio, peleando por el mismo lugar y que solo uno de ellos se puede preservar (...) Nos encontramos en

---

<sup>14</sup> Adoptar esta posición trae aparejados algunos problemas de legitimidad que hemos decidido dejar de lado en el texto. Si los animales son sujetos de derecho es posible sostener que deberían ser tratados como autores por el esquema institucional que se les impone coercitivamente. Los derechos asociados con la autoría deberían trasladarse a ellos y no sólo los vinculados con la protección de la integridad física. Deberían entonces gozar de derechos políticos, civiles y sociales. Para quienes esta conclusión parece implausible, el argumento funciona como una reducción al absurdo de la premisa de la que se parte, esto es, que los animales son sujetos de derecho. En el texto hemos evitado adoptar alguna posición sobre este punto y hemos dado por sentado que adoptar la posición de que los animales son sujetos de derecho no genera problemas de legitimidad política.

<sup>15</sup> GARGARELLA, ROBERTO. *Carta Abierta sobre la intolerancia – Apuntes sobre derecho y protesta*. Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2006. Pág. 21.

una situación en donde algo importante y que valoramos se va a perder, y lo que tenemos que lograr es que ésta pérdida afecte lo menos posible aquello que más valoramos”.

En estas situaciones, suponiendo que las condiciones para ejercitar la coacción de manera legítima están satisfechas, lo que necesitamos establecer es cuál es el reclamo de mayor valor que debe ser protegido por el Estado. Siguiendo a Alexy, estos derechos en conflicto pueden ser considerados como principios opuestos. Así, este autor nos señala que los principios son mandatos de optimización y en cuanto tales *“pueden cumplirse en diferentes grados y (...) la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas sino también de las jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan (...) esencialmente por principios opuestos”*<sup>16</sup>.

Para la resolución de este conflicto, es decir para ver qué es aquello que más valoramos, debemos ver qué derecho tiene mayor jerarquía. De esta manera, es preciso realizar una ponderación de derechos que nos permita determinar qué derecho debe ser protegido utilizando la coacción estatal y cuál debe ser dejado de lado. Para realizar esta tarea es preciso analizar el rango que presentan las normas en donde se reconocen estos derechos.

El derecho al trabajo, es un derecho humano básico de los individuos. Este derecho se haya reconocido en la Constitución Nacional, entre otros, en los artículos 14 bis y 75 inc. 22. Con respecto a este último artículo, Argentina ha ratificado una serie de tratados internacionales con jerarquía constitucional que protegen este derecho, entre los que se encuentran: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.

Con respecto al derecho a la integridad física del animal, existen dos posturas doctrinarias divergentes. Una postura considera que dicho derecho tiene carácter constitucional derivado de una interpretación extensa del art. 41 de la Constitución Nacional<sup>17</sup>. Domínguez (2018) sintetiza esta idea y

<sup>16</sup> ALEXY, ROBERT. *La construcción de los derechos fundamentales*. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires. 2012. Pág. 20.

<sup>17</sup> Artículo 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las

sostiene que “(c)uando el artículo [41, CN] establece la preservación de la diversidad biológica, se hace referencia a la protección de la vida natural en su conjunto, se entiende que los componentes de la diversidad biológica son todas las formas de vida que hay en la Tierra, incluidos ecosistemas, animales, plantas, hongos, microorganismos y diversidad genética” y luego continua: “(p)roteger y preservar la biodiversidad biológica no es otra cosa que proteger y preservar con mandato constitucional a los preservación de la diversidad biológica importaría un mandato constitucional de protección a los animales, ya sean humanos y no humanos”.

Es preciso destacar que en el caso abordado no está en juego la diversidad biológica. La protección de la diversidad biológica implica tomar medidas para salvaguardar la variedad genética de las especies y de los ecosistemas contra su posible extinción. Siguiendo a Rosatti<sup>18</sup>, el bien jurídico protegido en el artículo es el equilibrio ambiental, y en el caso planteado no se encuentra en juego la desaparición de una especie que pueda socavar este equilibrio.

A su vez, consideramos que la interpretación extensiva mencionada es forzada y que de éste artículo no se deriva que la integridad física de los animales tenga jerarquía constitucional. Siguiendo la interpretación de Orihuela<sup>19</sup>, creemos que el artículo 41 contempla un derecho humano de tercera generación: el derecho a gozar de un medio ambiente sano protegido a través del amparo colectivo. Así, cuando el encabezado de este

---

necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

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

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

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

<sup>18</sup> ROSATTI, HORACIO. *La tutela del medio ambiente en la constitución nacional argentina*. ‘Revista de Daños’, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008-3. Pág. 7 y ss.

<sup>19</sup> ORIHUELA, ANDREA. *Constitucion Nacional Comentada*. Editorial Estudio. Buenos Aires. 2008. Pág.83-93.

artículo establece “Todos los habitantes poseen...” está explícitamente reconociendo un derecho humano y no un derecho de los animales.

Otro sector de la doctrina, establece que el derecho a la integridad física del animal se fundamenta en la interpretación ofrecida por diversas posturas doctrinales a la Ley 14.346. Dentro de esta postura se encuentra Zaffaroni quien establece que “el bien jurídico en el delito de maltrato a los animales, no es otro que el derecho del propio animal a no ser objeto de crueldad humana, para lo cual es menester reconocerle el carácter de sujeto de derechos”<sup>20</sup>. En el mismo sentido, Despouy y Rinaldoni resaltan que “(n)o es sólo el sentimiento humanitario de las personas hacia los animales y la preservación de la diversidad biológica los que pueden verse afectados por los actos de maltrato y de crueldad enumerados en la ley, sino principalmente el derecho del propio animal a la conservación de su integridad tanto física como psíquica”<sup>21</sup>.

A la hora de ponderar estos derechos podemos visualizar que, de acuerdo a la jerarquía establecida en el orden jurídico argentino y el principio de supremacía constitucional (art. 31 de la Constitución Nacional), las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por el país con jerarquía constitucional gozan de preeminencia sobre las leyes sancionadas por el Congreso de la Nación. Por ende, ante el conflicto entre un derecho constitucional y uno que carece de dicho rango, el Estado debe proteger al primero y abandonar la protección del segundo.

#### 4. CONCLUSIONES

El status del que deben gozar los animales es un asunto complejo y altamente controvertido. Humanistas y antiespecistas llevan adelante un debate intrincado y sofisticado que todavía no ha llegado a su fin. Como sucede habitualmente el debate jurídico no se encuentra aislado de este debate moral. Sin embargo, y afortunadamente, dentro del marco de nuestro sistema jurídico sea cual sea la posición que se adopte dentro de este debate más general es posible sacar conclusiones convergentes

<sup>20</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. *La Pachamama y el Humano*. Ediciones Colihue. Buenos Aires. 2012. Pág. 54.

<sup>21</sup> DESPOUY SANTORO, PEDRO; RINALDONI, MARÍA CELESTE. *Protección penal a los animales. Análisis de la ley 14.346*. Lerner Editora. Córdoba, Argentina. 2013. Pág. 38.

sobre el problema concreto de si está justificado el ejercicio de la coacción penal en el caso de los carreros.

Si partimos de la postura que no reconoce derechos a los animales, y asumimos que el ejercicio legítimo de la coacción exige que el Estado garantice los derechos civiles, políticos o sociales de quienes pretende castigar, la situación de vulnerabilidad social de los carreros determina que no sea legítimo que el Estado ejercite sobre ellos la coacción para hacerles cumplir sus deberes de abstención y protección. En caso de que se considere a los animales como sujeto de derechos, de la ponderación entre el derecho del carrero a trabajar y el derecho a la integridad física del caballo, surge que debe protegerse el derecho humano de carácter constitucional.

Este segundo camino fue adoptado por uno de los vocales de la Cámara de Acusaciones donde fue presentado el *amicus curiae* del cual este trabajo se desprende. El voto del vocal en cuestión señala que “aun si partiéramos de una posición que asume a dicho animal como sujeto de derecho, entran en juego otros derechos y garantías protegidos por nuestra Constitución que, al final, conducirían a un mismo resultado”<sup>22</sup>.

Lamentablemente, sea cual sea el resultado del pleito particular objeto del *amicus*, el problema social, del cual los carreros son un emergente, seguirá en pie. Sólo políticas públicas activas podrán lograr que los animales y los seres humanos que habitan en Córdoba lleven vidas dignas.

---

<sup>22</sup> “Toledo, Diego Federico p.ss.aa. Infracción Ley 14.346”. Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba. Expte. “T”-08/17, SACM n° 2444166. 2017. Pág. 6.



SECCIÓN IV

---

**BECARIOS DE PREGRADO**



# **REFORMA A LA LEY DE MIGRACIONES: ¿LUCHA CONTRA EL CRIMEN INTERNACIONAL ORGANIZADO O LEGITIMACIÓN PARA EXPULSAR MIGRANTES?**

*Diego A. Cevallos Ammiraglia\**

**Resumen:** El trabajo presenta los resultados de una investigación titulada de igual manera en el marco de una beca de pregrado otorgada por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.

El texto tiene como objeto las consecuencias de la aplicación del Procedimiento de expulsión presente en el Decreto N° 70/17, vinculadas a la vulneración de los derechos de las personas migrantes. Desde una perspectiva socio-jurídica, se realizó un estudio de caso, acompañado por un análisis normativo y un conjunto de entrevistas.

Se señalan múltiples instancias de violaciones de derechos en el procedimiento de expulsión.

Se concluye que hay una construcción de la figura del migrante como un sujeto riesgoso y por ende, expulsable.

**Palabras clave:** Migración, Decreto N° 70/17, expulsión, derechos humanos.

## **INTRODUCCIÓN**

El trabajo presenta los resultados de una investigación titulada de igual manera en el marco de una beca de pregrado otorgada por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.

En el mes de enero del año 2017, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N°70/17 (en adelante DNU) que

---

\* Estudiante avanzado de Abogacía (UNC). Becario de pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. [diego\\_cevallos@hotmail.com](mailto:diego_cevallos@hotmail.com)

reformó la Ley de Migraciones N° 25.871.<sup>1</sup> Con la entrada en vigor del decreto, se abrió la posibilidad de reflexionar sobre la compatibilidad de la norma con los derechos humanos y los derechos de las personas migrantes.

Entre los considerandos del DNU, se sostiene que se “regula el orden migratorio” para combatir el crimen internacional organizado, y además, por la existencia de fenómenos como el turismo y la globalización. Además, asevera que lo hace respetando los derechos humanos y los derechos de las personas extranjeras. En esa tónica, en este artículo tenemos por objeto poner de relieve algunos de los efectos que la normativa tiene sobre la vida de los migrantes.

### ALGUNOS EFECTOS DEL DECRETO N° 70/17

Es prudente comenzar poniendo de manifiesto el refuerzo en la normativa y en sus efectos lo que Sayad (2010) denomina como *pensamiento de Estado*. Éste, es una cosmovisión política del mundo que distingue a las personas según el criterio de la nacionalidad. Además, se aprecia una intensificación de la *expulsabilidad* (Sayad, 2010) como indicador del pensamiento de Estado. La expulsabilidad es fragilidad, que consiste en la posibilidad de ser expulsado en tanto el migrante está sometido a una presencia precaria en el Estado de arribo.

Tras realizar un estudio de caso, sumado a un análisis normativo del DNU y a diversas entrevistas, encontramos que se ha habilitado la posibilidad veraz de menoscabar derechos a las personas extranjeras, como es el caso de Pablo<sup>2</sup>. Él, es un migrante de nacionalidad peruana, que fue expulsado del territorio nacional, violentando una gama de derechos procesales y sustanciales del cual fuera investido por el texto constitucional argentino.

Pablo, había cometido un delito en Perú, había sido condenado y había cumplimentado su condena en su país. El inicio del procedimiento de expulsión, provocó el surgimiento de incertidumbre para él y además significó estar en el centro de las tensiones entre el respeto por su centro

---

<sup>1</sup> Sancionada el 17/12/2003, promulgada de hecho el 20/01/2004 y publicada en el BO 21/01/2004.

<sup>2</sup> Éste, es un nombre ficticio, que utilizamos también en el informe del proyecto de investigación.

de vida situado en Argentina y la gestión administrativa-punitiva de su vida. El DNU afirma que la incertidumbre está anclada a la duración extensa de los procesos de deportación<sup>3</sup>, aunque de nuestro análisis, se desprende que la perplejidad es fruto de la fragilidad de su presencia en el territorio nacional. Además, si bien el procedimiento de expulsión de Pablo avanzaba, no se concretizó hasta unos días después del dictado del DNU. Un cambio formal que produjo un menoscabo real.

Asimismo, en el proceso de expulsión, se hallan diversas irregularidades. Los exiguos plazos procesales, sumado a la desinformación en la cual estuvo sumida su abogada defensora y la imposibilidad de comunicación entre ésta y Pablo, formaron un entramado de actos procesales que dañaron la dignidad y el derecho a migrar como derecho humano que es.

La expulsión es una medida que termina con el centro de vida y con el conjunto de proyectos y sueños de los migrantes (Mezzadra, 2005). La expulsión es mucho más que una medida jurídica que sustrae a los migrantes del Estado de arribo y los lleva al Estado de origen, en tanto, el migrante, ante todo, es una persona. En consecuencia, los virajes rotundos biográficos de los migrantes tras ser sometido a esta medida radical de punitivismo, también son consecuencias que deben tenerse en cuenta al reflexionar sobre los dispositivos legales.

En otro plano, se debe considerar el conjunto de aspectos simbólicos que produce y reproduce el decreto en crisis. Como señala Begala (2017), el DNU, como toda norma jurídica configura realidad. En ese sentido, el DNU construye la figura del migrante como un sujeto factible de discriminación (Begala, 2017) y de ser desechado. El agravante es, la acriticidad de algunos sectores del campo jurídico (Bourdieu y Teubner, 2000) que muestran adhesión a las normas jurídicas por el sólo hecho de ser ley.

## CONSIDERACIONES FINALES

El trabajo de investigación y este artículo, proponen puntos de reflexión de la literalidad del DNU y sus efectos.

---

<sup>3</sup> Considerandos del DNU: (...) Que la aplicación de las normas vigentes conduce al desarrollo de procedimientos administrativos y actuaciones judiciales de muy prolongada extensión (...) Esta circunstancia suscita incertidumbre al migrante respecto de su situación (...).

En este caso en particular, el DNU construye y aporta a la estigmatización de los migrantes, construyendo un enemigo que es susceptible de ser expulsado del territorio nacional. Si atendemos a ello, hay vulneraciones de naturaleza procesal y otras de carácter sustancial. No sólo hay daños a garantías constitucionales y derechos procesales, sino también una afectación irreversible al derecho a migrar. Al parecer, es sólo una enunciación políticamente correcta el artículo 4 de la Ley de Migraciones N° 25.871, que consagra el derecho a migrar como derecho humano, en tanto, éste parece ser el origen de la multiplicidad de obstáculos normativos en el ejercicio de los derechos.

Detrás de la norma, encontramos la concepción, que se cree a sí misma legítima, que diferencia a partir de la nacionalidad entre extranjeros y nacionales, otorgando derechos de manera desigual.

La arquitectura legal que da cuerpo a la política migratoria va a contramano del derecho a migrar. Así, consideramos que la política migratoria debe asentarse en que la presencia del migrante debe estar inscrita en su calidad de persona, y nada más que eso. Si está anclada a la nacionalidad, a la regularidad, u a otro factor, siempre habrá algún tipo de desigualdad en el reconocimiento y por ende, en el ejercicio de los derechos.

En efecto, la restricción de derechos, sumado al procedimiento de expulsión, anuncian un retroceso cabal en materia de derechos humanos.

En síntesis, el trabajo intenta echar luz allí donde la irreflexividad lleva a reforzar la presencia del Pensamiento de Estado (Sayad, 2010), lógica discriminadora que se cuela en lo profundo de los cuerpos, en la manera hecha cuerpo (Bourdieu y Teubner, 2000), en lo social que se hace *carne*. El develar una posible matriz que opera detrás del DNU, es nuestro aporte a un conjunto de prácticas de resistencia y crítica posibles para cambiar el rumbo de esta política migratoria y para balancear tanta desigualdad. En esa clave, no queda más que estar activos para realizar aportes a la intransigencia, convencidos de que las fronteras de la justicia son ampliables.

## BIBLIOGRAFÍA

- BEGALA, S. (2017). Reforma a la ley de migraciones: ¿un eufemismo para legitimar la construcción (otra vez) de sujetos peligrosos e indeseables? en Rivas

Liliana (coordinadora), *Derechos Humanos y Sistema Penal, migrantes, refugiados y apátridas*. Corrientes: Contexto. Pp. 211-214.

BOURDIEU, P. y TEUBNER, G. (2000). *La fuerza del derecho*. Bogotá: Uniandes.

MEZZADRA, S. (2005). *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*. España: Traficantes de Sueños.

SAYAD, A. (2010). *La doble ausencia. De las ilusiones del emigrado a los padecimientos de inmigrado*. Barcelona: Anthropos.





# AMPLIACIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL EN EL ESTADO ARGENTINO. EL CASO DE LAS ACCIONES DE CLASE

*Luis Eugenio Fasoli\**

**Resumen:** El presente trabajo tiene como objetivo estudiar las transformaciones que se están operando en la función Judicial, en el marco de la división republicana de poderes. Para ello se tomó el caso de las Acciones de clase, en las que se hace evidente una superposición en las funciones de estos poderes, procurando a través de las mismas tener una aproximación a la relación del órgano judicial con respecto a los otros poderes constituidos, y determinar si en algún sentido implican una ampliación de sus facultades jurídicas.

**Palabras clave:** Acciones de clase – división de poderes – inconstitucionalidad – función judicial

## INTRODUCCIÓN Y PLANTEO DEL PROBLEMA:

La doctrina de la división de poderes tiene un lugar central en la teoría política y de las instituciones. Se atribuye a Montesquieu su perfeccionamiento y consolidación, quien en su elaboración conceptual del *espíritu de las leyes*, señaló la clásica trilogía de poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Su teoría, con una fuerte impronta antimonárquica, exigía que “el poder controlara al poder”, pregonando que el resguardo de la libertad requería que las funciones fueran ejercidas por órganos diferentes, limitándose los ocupantes de las ramas del poder a ejercer sus atribuciones sin inmiscuirse en la de los otros. Se propuso un modelo en el que el accionar de los poderes del Estado es armónico y coordinado pues, aunque cada

---

\* Abogado, “egresado sobresaliente” e integrante del cuadro de honor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Ex-becario de pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (2015-2016). [le\\_fasoli@hotmail.com](mailto:le_fasoli@hotmail.com)

uno de ellos tiene atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí.

La teoría clásica encarga al Poder Legislativo, como órgano democrático casi por antonomasia, el sancionar leyes que rijan las conductas de los ciudadanos, acorde a preceptos constitucionales (que dicho sea de paso se establecen por un procedimiento similar al legislativo, donde una asamblea constituyente colegiada delibera). El Poder Judicial debe aplicarlas a casos concretos, si se suscitaran conflictos. De este modo, los magistrados son caracterizados como una suerte de guardianes de la Constitución, de paladines de la defensa de los derechos constitucionales, aunque circunscripto esto a casos particulares, traídos a la jurisdicción de los tribunales por las partes involucradas, y aplicando normativa general brindada con anterioridad por los legisladores.

En lo que respecta a nuestro país, el principio republicano de división de poderes es plasmado en la Constitución Nacional. Este núcleo jurídico, con carácter de ley suprema, no sólo instituye derechos y garantías de diversas generaciones, sino que también realiza la repartición de atribuciones entre los distintos órganos que componen el Estado, que si bien normalmente tienen funciones independientes, en ocasiones entran en conflicto. Esta superposición está prevista por el sistema republicano mediante diversos mecanismos, como por ejemplo el juicio político y las declaraciones de inconstitucionalidad, entre otros.

Sin embargo, más allá de estos controles directos contemplados expresamente por la Carta Magna, es de particular interés en el análisis de la interrelación entre el Poder Legislativo y Judicial, una figura relativamente innovadora: las acciones de clase. Las mismas, originarias del Derecho anglosajón, constituyen demandas presentadas ante el Poder Judicial, en las que se aduce que una causa común quebranta uno o varios derechos detentados conjuntamente por un grupo de sujetos, por lo que al ser resueltas sus consecuencias se aplican a todos estos individuos que pertenezcan a ese grupo, hayan o no sido parte en el proceso.

Este tipo de derechos tutelados, han sido reconocidos en el Art. 43 de nuestra constitución, pero no reglamentados por el Congreso de la Nación. Si bien estas acciones no representan técnicamente una forma de control, indudablemente constituyen casos de superposición de atribuciones, en tanto y en cuanto el Poder Judicial genera sentencias que, expandiendo la noción clásica de exclusividad de entendimiento inter-partes para cues-

tiones judiciales, propagan sus efectos a otros sujetos, pasando a tener un carácter *erga-omnes*. Así, en un sistema de control difuso como el nuestro, todos los magistrados judiciales no sólo cuentan con la atribución de dejar sin efecto las disposiciones de otros órganos en cada caso particular mediante declaraciones de inconstitucionalidad, sino que, bajo determinadas circunstancias, a través de las acciones de clase pueden ampliar los alcances de sus resoluciones.

Estas acciones fueron adquiriendo relevancia en nuestro país, fundamentalmente luego del precedente “Halabi c/ Poder Ejecutivo Nacional<sup>1</sup>”, en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación imprimió el carácter de *erga-omnes* a un caso que cumplía con las condiciones arriba descriptas, y estableció un procedimiento a reclamos similares por vía pretoriana, entendiendo que el Congreso de la Nación se encontraba en “mora legislativa” e instando a que aprobara una ley que regulara la cuestión.

Por tanto, la presente investigación tuvo como problema establecer si la innovación institucional de los fallos de clase representa una ampliación de las facultades del Poder Judicial, evaluando si en estos se evidencia un cambio sobre el principio clásico de división de poderes.

## RESULTADOS Y SU ANÁLISIS:

Se buscó una respuesta aproximativa al problema antes planteado, a través del análisis de distintos casos resueltos por distintos tribunales de nuestro país, en el período entre 2009 y 2014<sup>2</sup>. De un universo inicial de 52 casos en que la demandante solicitó se diera a su pretensión trámite de acción de clase, se seleccionaron 25. Luego de ficharlos y procesar los datos, se tuvieron en cuenta principalmente tres criterios: 1. Si el que el tribunal efectivamente dio el trámite de acción de clase, tal como el demandante pretendía en la acción intentada. 2. ¿En cuántas ocasiones

---

<sup>1</sup> “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, resuelto el 24/02/2019 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

<sup>2</sup> Para quienes estén interesados en la lista completa de fallos, criterios de selección y exclusión, así como también las fichas pormenorizadas, los mismos se encuentran disponibles en el texto completo del informe final de la beca de pregrado del autor, radicada en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.

fue demandado el Estado y cuántas los particulares, y a quién se le dio la razón en cada una de las situaciones? 3. ¿Se solicitó la inconstitucionalidad de alguna norma o acto jurídico emanada del Estado? y ¿cuál fue el resultado de tal pedido?

Así, es importante recalcar que un 56,50% de los casos fue admitido como acción de clase. Por tanto, un 43,50% de las situaciones llevadas ante los estrados judiciales no cumplieron con los requisitos para ser consideradas tales. Esto indica que los jueces tienen criterios semi-restrictivos a la hora de hacer lugar a este tipo de peticiones, las cuales aparentemente no son tomadas a la ligera.

El Estado fue demandado en un 30,50% de los reclamos, y el resto corresponde contra particulares. Cuando las demandas fueron planteadas contra una empresa privada, en un 44% de los casos se le dio la razón al grupo o clase reclamante. Sin embargo, cuando las acciones fueron promovidas contra el Estado, la tasa de éxito en la reclamación se redujo al 28%. Así las cosas, pareciera ser que los jueces son más reticentes a fallar contra el Estado que contra los particulares, lo cual indirectamente demostraría cierta voluntad de no interferir en sus decisiones, y menos aún revocarlas.

Se solicitaron declaraciones de inconstitucionalidad en aproximadamente un cuarto de las presentaciones realizadas. Las mismas no proliferaron contra los otros poderes del Estado, sólo se consiguió tal declaración en una sola oportunidad, contra un ente autárquico.

La inconstitucionalidad (que es una herramienta que muestra de manera patente las potestades interventoras del Poder Judicial sobre los otros) combinada con el efecto *erga omnes* propio de las acciones de clase, podría implicar una sensiblemente ampliación de las facultades para dejar sin efecto una decisión tomada por el Congreso o el Ejecutivo, en la que los magistrados podrían actuar como una suerte de legislador negativo, que a su libre arbitrio estarían en condiciones de nulificar de manera genérica lo instaurado por los poderes políticos. Sin embargo, sólo en un 26% de los casos analizados se han solicitado declaraciones de inconstitucionalidad. Este dato parece indicar que no es común que se requiera en este tipo de acciones tales consecuencias de inaplicabilidad de la ley, por los que no es frecuente que los jueces hagan uso de esta herramienta.

En igual sentido, tal como ya se enunció, en las oportunidades en que se requirió tal declaración, nunca proliferó contra los poderes del

Estado, sino sólo en una ocasión contra un ente autárquico. Esto muestra que además de ser pocos los pedidos de inconstitucionalidad, los mismos no suelen tener éxito contra el Estado, y menos aún contra los otros poderes. Esto demuestra que si bien técnicamente los pretores cuentan con tales prerrogativas, no se dan tantas ocasiones en las que se les solicite que hagan uso de ellas, y, más aún, que cuando se les requiere tienen tendencia a no utilizarla.

### **CONCLUSIÓN Y ACLARACIÓN FINAL:**

A modo de conclusión, se puede afirmar que en la actualidad existe en nuestro país una relativa ruptura de la concepción clásica republicana de división de poderes. El enfoque planteado en este trabajo permite vislumbrar que la relación entre los poderes del Estado no se plantea tan armoniosa como se pretendería, haciéndose evidentes tensiones entre los mismos.

En efecto, los jueces han ampliado sus facultades, representando las acciones de clase una herramienta que, por dar carácter universal a sus veredictos, potencian sus atribuciones al momento de imponer sus decisiones más allá de los límites que tenían demarcados antes de su existencia.

Sin embargo, los magistrados suelen utilizar estas prerrogativas para hacer lugar a sus interpretaciones de Derecho con mayor frecuencia frente a particulares que frente al Estado y sin combinar el mecanismo de la declaración de inconstitucionalidad con los efectos *erga omnes* propios de las acciones de clase, por lo que en principio no tienen la costumbre de intervenir en las decisiones tomadas por los poderes políticos. En general, y al menos en un nivel discursivo, se muestran cautelosos y respetuosos de los otros órganos. De todos modos, esto no implica que en un futuro, si así lo deseasen, no podrían hacer uso de esta herramienta procesal para expandir aún más sus atribuciones.

En este punto, es imprescindible aclarar que las conclusiones aquí obtenidas, no son definitivas ni absolutamente unívocas, ya que se basan en material de estudio que en ocasiones es contradictorio, vago y ambiguo, por lo que está sujeto a distintas perspectivas que podrían dar lugar a interpretaciones diferentes.

Por último, no debe dejarse de lado que en la presente investigación sólo se han considerado los aspectos explicitados. De este modo,

si bien se puede afirmar que las facultades del poder Judicial se han ampliado respecto a la que poseía antes de la existencia de las acciones de clase, es necesario aclarar que aquí no se han contemplado posibles aumentos en otros sentidos que podrían haber experimentado los poderes Legislativo y Ejecutivo en detrimento del Judicial. En otras palabras, para poder llevar a cabo una afirmación que a nivel macro sostenga un mayor dominio o hegemonía de las atribuciones para decidir por parte de los magistrados, sería necesario tener en cuenta otras variables en las cuales los otros poderes constituidos bien podrían haber avanzado también sobre el Judicial.

## LEYES DE CUPO FEMENINO EN EL RÉGIMEN FEDERAL ARGENTINO

*Franco Valdez\**

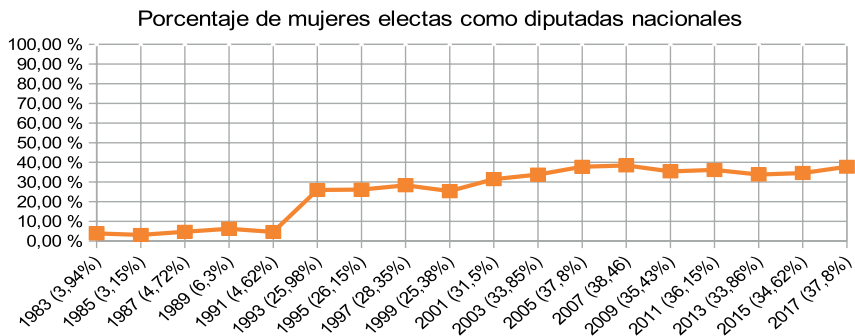
**Resumen:** El siguiente escrito es un resumen de la investigación del mismo título desarrollada entre junio del 2017 y diciembre del 2018. Se analiza de qué manera han afectado estas leyes la composición de los cuerpos legislativos nacionales, de la provincia de Córdoba y de la ciudad de Córdoba. No se pretende reducir el aumento de la participación femenina a la existencia o no de leyes de cupo. Existen muchos otros factores sociales, culturales, económicos, etc. que en estos últimos 35 años la han afectado. En esta investigación sólo analizamos uno de ellos, tal vez el más importante.

**Palabras clave:** Acciones positivas, cupo femenino Abstract:

En el caso de la **Cámara de Diputados de la Nación** la primera ley de cupo sancionada en nuestro país (y en el mundo) fue la ley 24.012 de 1991, que rigió a partir de las elecciones de 1993. Esta ley exigía que todas las listas de candidatos a diputados contasen con un 30% de mujeres y en condiciones de resultar electas, lo que impedía que éstas fueran colocadas exclusivamente al final o entre los suplentes. Un análisis comparativo de la composición de a Cámara demuestra el crecimiento inicial y el estancamiento posterior de la participación femenina.

---

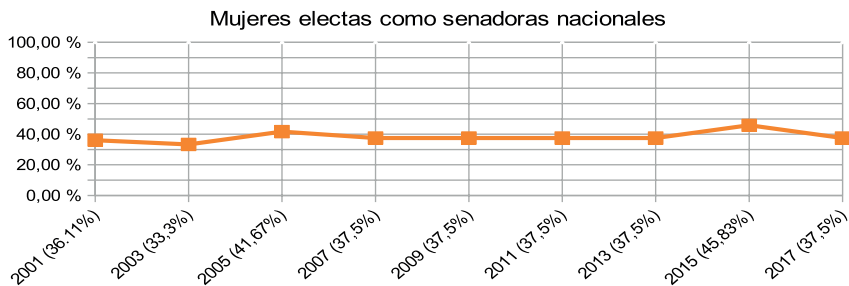
\* Becario de pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.



En el caso de la **Cámara de Senadores**, hasta la reforma de 1994 los senadores eran electos para un periodo de 9 años y por las legislaturas locales, que libremente podían decidir entre hombres y mujeres. Recién en el año 2001 se dieron las primeras elecciones generales de senadores.

La ley de cupo de 1991 también repercutió en la conformación de esta Cámara, pero de una manera diferente. La razón de esto es el sistema electoral utilizado: se reparten 2 cargos para el partido o alianza más votado y 1 para la primera minoría. Dado que todas las listas postulan a dos candidatos, la ley de cupo sólo exige la presencia de un hombre y una mujer, sin importar el orden.

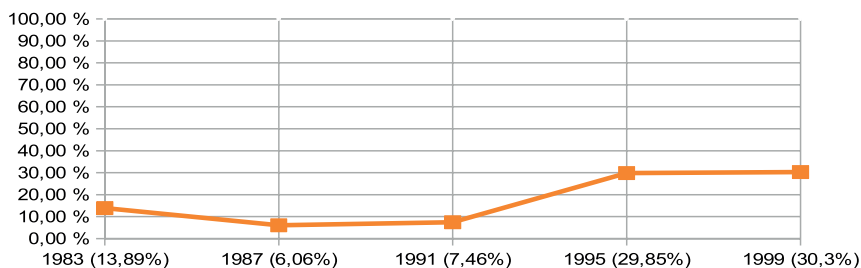
En este caso notaremos que la representación se estanca entre el 35% y el 40% por elección, excepcionalmente superando este techo en las elecciones del año 2015. Esto sucede porque casi todas las listas que concurren a las elecciones se encuentran encabezadas por hombres, por lo que casi todos los distritos son representados por 2 hombres y 1 mujer.



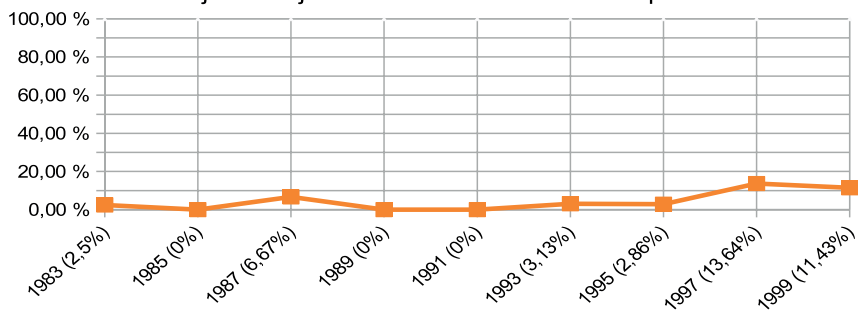


El caso de la **provincia de Córdoba** nos presenta otras complejidades, fundadas principalmente en las variaciones que ha tenido el poder legislativo a raíz de las reformas constitucionales de 1987 y 2001. Entre 1983 y 2001 rigió un sistema bicameral: diputados electos por toda la provincia como distrito único y senadores electos por los departamentos, en una cantidad variable según su población. A partir de las elecciones de 1995 la provincia se adhirió a la ley 24.012, repercutiendo en cada cámara de manera diferente y replicando los efectos del orden nacional.

Porcentaje de mujeres electas como diputadas provinciales



Porcentaje de mujeres electas como senadoras provinciales

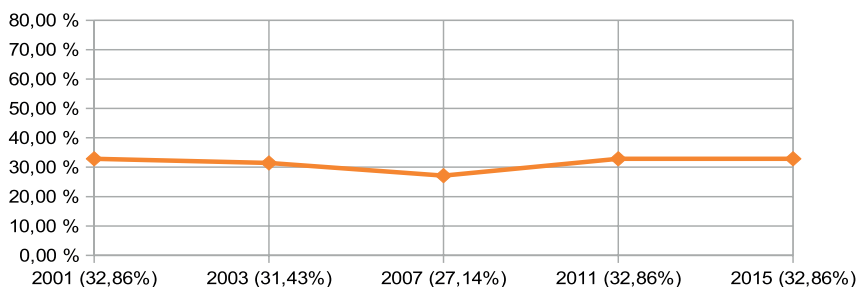


A partir de la reforma constitucional del año 2001 y de la sanción de la ley de participación equitativa (N.º 8901), la conformación del Poder Legislativo cordobés se vio profundamente modificada. Se estableció un sistema unicameral con 70 legisladores, 44 de ellos electos utilizando a la provincia como distrito único y 26 electos a razón de uno por departamento.

Por otra parte, la sanción de la ley de participación equitativa significó una alteración sustancial a la manera en que se conformaban las listas de candidatos: la alternación obligatoria según el sexo de los candidatos

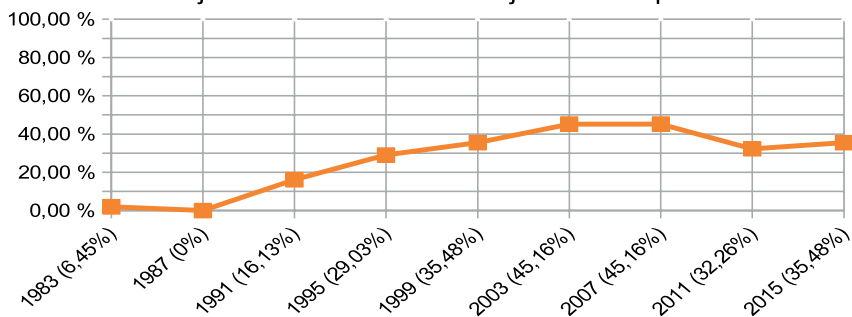
permitió un crecimiento en el porcentaje de mujeres electas. Ahora bien, no debe creerse que esto significó la paridad absoluta, ya que los legisladores departamentales fueron casi siempre hombres, menguando así la representación femenina en la Legislatura que a duras penas ha sido capaz de perforar el techo del 30%.

Porcentaje de mujeres electas como legisladoras provinciales



El **Concejo Deliberante** de la Ciudad de Córdoba se compone de 36 miembros, electos utilizando la ciudad como distrito único. La mitad de las bancas se otorgan al partido ganador de la elección para intendente y el resto se reparte proporcionalmente según el sistema D'hont entre los demás. Mediante ordenanza municipal se adhirió al régimen de la ley nacional 24.012, por lo que desde las elecciones de 1995 tiene vigencia el cupo femenino del 30%. Este sistema permitió incrementar la participación femenina en el Concejo, pero tal representación aparece hoy estancada.

Mujeres electas como concejalas municipales



A partir del análisis de la proporción de mujeres electas es posible extraer algunas **conclusiones**. Para comenzar, creemos que es importante destacar los avances que estas normas han logrado. La sanción de la ley 24.012 y las correspondientes adhesiones a nivel provincial y municipal permitieron una abrupta incorporación de mujeres a estas esferas de la vida política, provocando un crecimiento muy significativo y entre dos elecciones inmediatas, crecimiento que de ninguna otra forma se podría haber logrado. Otro aspecto de central importancia es el efecto que tuvieron estos cupos en los años siguientes: lejos de operar como un techo para la participación femenina, como muchas veces señalan sus detractores, permitió que siguiesen creciendo los porcentajes de participación. Cada vez fue más común la aparición de las mujeres en las primeras líneas de los debates políticos, como interlocutoras válidas para nuevos y postergados reclamos. Muestra de ello es que en las elecciones para diputados nacionales del año 2001, en medio de la crisis social que tendría su trágico desenlace a fines de ese año, el porcentaje de mujeres electas para esa honorable cámara superó por primera vez en la historia el 30%.

Ahora bien, siguiendo este razonamiento podría cuestionarse el reciente incremento del cupo (del 30% al 50%) que marcó la sanción de la ley 27.412. Si el devenir previsible de los tiempos iba a hacer que cada vez más mujeres se incorporasen a estas cámaras, ¿por qué incrementar su participación mediante una nueva ley? La respuesta es sencilla: el crecimiento, si bien era sostenido, también era muy lento. Para las mujeres (y para toda la sociedad) era muy dificultoso romper el techo de cristal, al punto tal que en el orden nacional y municipal nunca pudieron sobrepasar la proporción del 39%. La compleja realidad actual necesita de una participación igualitaria de las mujeres en los poderes legislativos, ya que una infinidad de temas las tienen como principales protagonistas: aborto, femicidios, brecha laboral, acoso sexual, etc.

Es importante destacar que este tipo de leyes, como todas, no son ajenas a defectos. Más allá de haber cumplido correctamente su función primordial, es posible deslizar algunas críticas. A la novedosa ley nacional 27.412 se le puede criticar el haber optado por un régimen de paridad demasiado riguroso: exigir alternancia del primer al último miembro de la lista puede ser una traba innecesaria al armado de las listas, máxime en esta época de grandes alianzas electorales. El sistema adoptado por la legislación cordobesa de alternancia de a pares podría haber sido una solución satisfactoria a estos problemas.

Otro problema que comparten tanto la legislación nacional como la normativa provincial es el escaso éxito que tienen cuando se elige un número reducido de representantes. En el caso de los senadores (tres por distrito), cada partido o alianza puede aspirar como mucho a dos bancas. Tanto la vieja ley de cupo como la actual garantizan la presencia de una mujer entre esos dos candidatos. En la enorme mayoría de los casos las listas son encabezadas por hombres, por lo que cada distrito termina enviando al Senado dos hombres y una mujer. Si bien los porcentajes de mujeres electas para el Senado de la Nación en comicios del 2001 a la fecha han sido similares e incluso mejores a los porcentajes de la Cámara de Diputados, la nueva normativa no incorpora nada novedoso en este aspecto. Es de esperarse que se repitan las mismas proporciones, generándose así una gran disparidad entre ambos recintos.

La misma situación se da en nuestra Legislatura, ya que la enorme mayoría de los candidatos a legisladores departamentales son hombres, por lo que, en la práctica, se diluye la “participación equitativa” pregonada por la legislación provincial. Si analizamos los porcentajes de mujeres electas veremos que la participación femenina jamás supero el 33% de electas, es decir, menos que en la Cámara de Diputados de la Nación en donde el cupo era sólo del 30%.

¿Cómo sería posible solucionar estos problemas? Tal vez recurriendo a medidas complementarias. Podría darse el caso de que a aquellos partidos/alianzas que en una elección hayan llevado a un candidato a legislador departamental/primer senador de un determinado sexo se les exija llevar uno del sexo opuesto en la elección siguiente. Si se desea evitar que mediante la creación de nuevas alianzas se frustre de manera premeditada esta normativa, se podría incluso exigir que si el legislador departamental saliente es de un sexo, todos los candidatos a sucederlo sean del otro (algo impracticable en el caso de los senadores). Desde ya que no descartamos la polémica que podrían generar este tipo de medidas.

Para finalizar, debemos recordar que este tipo de normas de acción positiva son performativas. Exigen un seguimiento constante a los fines de evitar crear nuevas formas de discriminación injusta. Es preciso seguir monitoreando la composición de nuestros poderes legislativos para que puedan ser lo más permeables posible a los reclamos que la sociedad les plantea: he allí el centro de su utilidad y su legitimidad, con miras a aumentar la calidad institucional y, sobre todo, la calidad de vida de todos los ciudadanos.

## ABSTRACTS

**LUCRECIA ABOSLAIMAN**

PUBLIC VALUE AS A PRINCIPLE OF A NEW PUBLIC MANAGEMENT

**Abstract:** The topic that we will approach in an approximate way is that of public value. It is proposed to change the traditional approach of public management oriented towards effective action according to the political objectives of governments and from a perspective focused exclusively on public administration.

Among all the perspectives from which the aforementioned subject can be studied, one of them focuses on knowing how much the concept of public value affects planning and if planning becomes a social and common good construction.

**Keywords:** Public Value ~ Accountability ~ Democracy.

**JORGE EDMUNDO BARBARÁ**

THE REPRESENTATION: TWO OPPOSING IDEAS

**Abstract:** Political representation has been considered an instrument of freedom, but also of slavery. Carl Schmitt and Hans Kelsen's opposing views on political representation allow us to have a wider perspective on the *problem of representation*, thus paving the way for a different scenario in which the idea of democracy finds its proper place.

**Keywords:** democracy ~ problem of representation.

**ENRIQUE R. BUTELER**

CRIMINAL ACTION: PRESCRIPTION AND PUBLIC ETHICS LAW. BASIS FOR THE GROUNDS FOR SUSPENSION FOR CRIMES BY PUBLIC OFFICIALS.(ART. 67 2ND PARAGRAPH CP)

**Abstract:** The calculation of the term of limitation is suspended in crimes committed by public officials while they remain in their office (art. 67 2nd paragraph CP). The rule, which has been in force since 1964, poses problems in finding a foundation that justifies the scope assigned to it. These difficulties were deepened by the changes to the formula introduced by public ethics law No. 25,188 in 1999. We will try to demonstrate how this link between said law and this cause for suspension, allows us to find its true foundation and overcome those problems of interpretation.

**Keywords:** criminal action ~ extinction ~ prescription ~ suspension ~ public ethics law ~ civil servant.

### MARÍA JULIETA CENA

CONSTITUTIONAL TENSIONS OF THE OBJECTION OF CONSCIENCE IN CASES OF SEXUAL AND NON-REPRODUCTIVE HEALTH

**Abstract:** Through systematization by keyword search, on the identification of conscientious objection in jurisprudence of the Supreme Court, I intend to establish criteria in the construction of the figure as a legal tool that allows the abstention to fulfill legal obligations. That is to say obligations arising from the exercise and recognition of various rights that visualize tensions and particularities that conscientious objection can keep when it is exercised in the field of sexual and non-reproductive health rights.

**Keywords:** conscientious objection ~ sexual and non-reproductive health ~ national constitution ~ human rights.

### MARÍA CRISTINA DEL CAMPO

STRATEGIC ENVIRONMENTAL ASSESSMENT -CHARACTERIZING NOTES-

**Abstract:** The Strategic Environmental Assessment (SEA) as environmental management instrument aims to ensure the integration of environmental issues in order to get policies, plans and programs. This document presents some results of the UNDEF research project whose objective was focused on *designing an EAE methodology adapted to our institutional legal system*. The instrument is presented in this framework and the results provided by the systematization of the different

models are exhibited, together with the common characterizing notes of the SEA, which allow us to establish the foundations of it regardless the adopted model.

**Keywords:** strategic environmental assessment ~ models ~ environmental management.

### **HORACIO JAVIER ETCHICHURY**

WORLD BANK, SOCIAL SECURITY AND ARGENTINIAN LAW: THE WORLD DEVELOPMENT REPORT 2019

**Abstract:** In its *World Development Report 2019: The changing nature of work*, the World Bank promotes a new social security system, based in three main components –a guaranteed social minimum, social insurance and labor market regulation–, in order to address current problems spurred by technological developments. This article reviews this proposal in light of Argentina’s constitutional right to social security, to identify probable contradictions that may arise between the Bank’s policy recommendations and Argentina’s human rights commitments.

**Keywords:** World Bank ~ social security ~ constitutional law.

### **MARTA JULIÁ**

THE USE OF RENEWABLE ENERGIES: ELEMENTS ON THE CONSTRUCTION OF ENERGY AND ENVIRONMENTAL POLICIES

**Abstract:** Our research analyzes the main debates and environmental disputes in Argentina, selecting for the analysis the promotion of the use of renewable energies, the impact that it produces in normative matters and in the construction of environmental policies. In this research we observe the government management that formulates, modifies and executes environmental policies. In the construction of policies that promote renewable energies, new debates and disputes begin to emerge in the political, legal and institutional fields, with the intervention of different actors, which allows us to identify and analyze their main manifestations

**Keywords:** environmental policy ~ environmental law ~ renewable energies.

**MARÍA PILAR LLORENS**

“VICTORY GIVES NO RIGHTS”: INTERNATIONAL DOCTRINE

**Abstract:** “Victory gives no rights” is a formula which forms the Argentine legal tradition and which explains the country’s position towards the consequences of the use of force in international law. Scholars have considered it as an international doctrine, the Varela doctrine, but without further explanations. That is why this paper aims to examine if the formulation has the requisites to be considered as an international doctrine.

**Keywords:** victory gives no rights ~ international doctrine ~ Varela doctrine ~ war.

**MYRIAM CONSUELO PARMIGIANI**

PROPERTY AND IDEOLOGY IN CONSTITUTIONAL KEY CONSIDERATIONS FROM THE CONSTITUTION OF WEIMAR

**Abstract:** How to regulate the right of property has been a central matter of concern for the Weimar Constitution (1919), the precedent of the so-called social constitutionalism. Taking notes from that right as well as from the remarkable State Law scholars who were politically committed by those times, the present paper exhibits the ideological differences in the aforementioned Constitution and analyzes the different conceptions in play of what a constitution was supposed to be. The conclusions derived from those reflections are meant to be of current interest.

**Keywords:** property rights ~ ideology ~ the Social Rule of Law ~ the concept of constitution.

**LUCÍA HIPATÍA PARODI**

IMPAIRING THE JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: REVIEW OF THE BILATERAL IMPUNITY AGREEMENTS TWENTY ONE YEARS AFTER THE SIGNING OF THE ROME STATUTE.

**Abstract:** The creation of an independent, permanent and impartial International Criminal Court has been one of the great achievements of the international system. However, from its origins the International Criminal Court has had to face States that threaten to decisively diminish its autonomy and integral functioning.



This paper analyzes the policies carried out by the United States to impair the jurisdiction of the International Criminal Court and describes current situation of bilateral agreements of impunity (ABI) or agreements of Article 98. These bilateral treaties intended exclusively to stop cooperation of States with the International Criminal Court and to immunise United States nationals from the Court's jurisdiction.

**Keywords:** Rome Statute of the International Criminal Court ~ jurisdiction ~ bilateral impunity agreements.

### MARÍA ISABEL URQUIZA

THE SUPREME COURT AND INDIGENOUS PEOPLES (2013-2018)

**Abstract:** Among the minority groups that sought access to justice, are the indigenous peoples, fundamentally protected by the National Constitution and the Human Rights Treaties with constitutional status. However, this protection is not enough. As can be seen, the judicial role of indigenous peoples has increased in recent years. However, very few of these came to the Supreme Court. What type of claims sought the response of the Supreme Court? Did they find the answer they expected? What was the role of the Court? Were there sentences with symbolic value? Have sentences changed for the different conformation of the High Court since 2016? In addition, if they changed, in what sense was that change?

From the multidimensional legal model and in particular, from a socio-linguistic perspective compatible with this conception, I will try to show the panorama of the years 2013-2018, regarding the responses of the Court to the indigenous peoples.

**Keywords:** indigenous peoples ~ Supreme Court ~ multidimensional legal model.

### MARIA CRISTINA DI PIETRO

THE EVIDENTIARY STRATEGY: THE TEST IN THE MEDIATION -PROCESS OF SELF-DETERMINATION- AND IN TRIAL -HETERO-POSITIVE PROCESS-

**Abstract:** The evidence in mediation provides conviction regarding the level and quantity of resources of the parties, to evaluate possibilities in trial. They are resources of power that decide in favor of the law, stren-

gthen the interest of the position, influencing the cost-benefit calculation of the opponent. The resource-test calculation allows approximations that facilitate a close decision to satisfy the result. The tests-parameter in mediation, generate filters of acceptability of the options, basis of the negotiated decision. By the principle-duty of confidentiality, they will be valid in judgment depending on the consensus of the parties; not the principle of maximum performance that does not exceed the specific confidentiality

**Keywords:** self-constructive and hetero compositive methods ~ test ~ cost-benefit calculation.

**ALFREDO EUBE MADUSSI ~ MILAGROS VELASCO**

THE GESTATION BY SUBSTITUTION IN THE ARGENTINE LEGAL SYSTEM: INTERPRETATION IN VALUES OF ITS REGULATION

**Abstract:** The gestation by substitution as a technique of assisted human reproduction has raised new unknowns in the legal field. In this article we analyze the position of the Argentine legal system in relation to gestation by substitution in order to determine if it is allowed and, where appropriate, in what cases and with what scope. In order to do so, the solutions offered by both Argentine domestic private law and private international law are examined.

**Keywords:** gestation by substitution ~ surrogate motherhood ~ legal regulation.

**MARÍA EUGENIA FERREYRA**

EXCLUSIVE APPLICATION OF LAW 27.449

**Abstract:** This paper presents aspects of the scope of Article 1 of Law 27.449, the first Argentinean law that regulates international commercial arbitration, enacted in mid-2018 and which proposes the exclusive application of the Argentinean international commercial arbitration law.

**Keywords:** law 27.449 ~ international commercial arbitration ~ autarquic qualification ~ commerciality ~ internationality ~ arbitrability ~ international public policy ~ public order ~ exclusive jurisdiction.

**CARLOS EDUARDO ECHEGARAY DE MAUSSION ~ FABIÁN EDUARDO FARAONI ~ NORA LLOVERAS ~ GRACIELA MELANIA MORENO UGARTE ~ VALERIA DURÁN ~ JULIA ROSSI ~ JUAN PABLO RÍOS ~ DANIEL ARNAUDO**

COLLATION IN THE NATION CIVIL AND COMERCIAL CODE, THE EQUALITY BETWEEN THE LEGITIMARIANS HEIRS AND ITS CURRENT DISCUSSION

**Abstract:** Collation involves the reception of a legal standard in Argentine hereditary right: the law pretends equality between the legitimarians, that they receive the same among themselves, generating a horizon of equality between them (ascendants, descendants and spouse).

The Civil and Comercial Code only legitimates the descendants and the spouse, skipping the ascendants, this brings up situations that induce to break the principle of equality of the legitimate heirs, which is precisely the reason whereby proceeds the collation action.

**Keywords:** collation action ~ equality of legitimaries ~ civil and commercial code of the nation.

**OLGA ETELVINA ORLANDI, GABRIEL EUGENIO TAVIP, SEBASTIÁN MONJO, ANDREA KOWALENKO, MARÍA BELÉN MIGNON, SUSANA VERPLAETSE, MARÍA ALEJANDRA MORA**

FINANCIAL COMPENSATION: DIVERSES CONSEQUENCES IN MARRIAGE, THE FACTO UNIONS AND IN CASE OF DEATH

**Abstract:** In front of matrimonial and “the facto unions” crisis, arise the “financial compensation” possibility. Its purpose is to reestablish the balance equity that could be broken during the common life, because of the roles that each one had. We can appreciate divers consequences between the normatives of marriage and the facto unions, and also several unregulated effects, that opens several questions: cessation, changes, and what happens when de members of de union dies.

**Keywords:** financial compensation ~ marriage ~ “de facto marital union” ~ death.

**ERCILIA IRENE ADÉN**

INTERNATIONAL DEMOCRATIC LEGITIMACY. AN ANALYSIS OF THE PROPOSAL OF THOMAS CHRISTIANO.

**Abstract:** This paper aims to analyze the particularities of political legitimacy in the global order and why some authors consider that there is a democratic crisis at that level. Once presented, the statist model to solve the problems of legitimacy in the global order proposed by Thomas Christiano will be analyzed.

**Keywords:** international legitimacy ~ democracy ~ Thomas Christiano.

### FIDEL AZARIAN

OPPRESSION AND / OR EXPLOITATION? CONTRIBUTIONS OF FEMINISM TO THE MARXIST CONCEPTION OF WORK

**Abstract:** In this paper, we are interested in recovering some current reflections on the possible articulations between marxism and feminism. We use the generic term “marxist feminism” to include historical trends of “materialist feminism” in the strict sense -founded by Christine Delphy- and the “feminist workerism” -that emerges from Mariarosa Della Costa and Alisa Del Re’s initial considerations-, as well as the current versions of anti-capitalist or anti-neoliberal feminism, that finds in Silvia Federici, Cinzia Arruzza and Nancy Fraser, between others, its main referents. We take the theoretical and political tools of the feminist movement to clarify some central concepts of the Marxist theory, as well as the “production-reproduction” dualism, form the amplified conception of “labor” that expose the marxist feminisms.

**Keywords:** marxist feminisms ~ labor ~ production ~ reproduction.

### MARÍA INÈS BERGOGLIO

CHALLENGES AND OPPORTUNITIES OF LATIN AMERICAN SOCIO-LEGAL RESEARCH

**Abstract:** The article describes the slow takeoff of Latin American socio-legal research, highlighting the obstacles met, and the main topics that have been developed. Additionally, it analyzes the challenges to overcome towards consolidating the discipline in the region, such as deepening the theoretical reflection and improving its articulation with current fieldwork. There is a need to carry out research more focused on

global discussions and more attentive to the current worrying issues that our societies are experiencing.

Opportunities for comparative studies are noted. The importance of moving towards regional integration is underlined, while at the same time, building a research community opened as well to the global debates of the discipline.

**Keywords:** Latin American sociology ~ obstacles in research ~ development opportunities.

#### **NADIA K. GARAYO ~ADRIANA L. VERCELLONE**

“NO” MEANS “NO”. SOME CASES TO DISCUSS ABOUT CONSENT AND SEXUALITY

**Abstract:** This article assesses the conditions for valid consent, especially when it comes to the disposition of one’s own body. First, it highlights the importance of the will as an antecedent of any interpersonal exchange. Then, it analyzes some cases that questions our basic intuitions about consent, such as repentance or manifestations under the effects of alcohol. Conclusions are not ultimate principles on the matter, but remarks on some unreasonable arguments that are usually considered when discussing about consent and sexuality.

**Keywords:** consent ~ sexuality ~ abuse ~ gender.

#### **IGNACIO GÓMEZ PERDIGUERO**

A NOTE OF THE LEGAL PERSON: THE INTENTIONAL COLLECTIVE ACTIVITY

**Abstract:** The group of individuals from a symphony orchestra or a legal entity have a common characteristic. They exercise, in our opinion, an intentional collective activity. The object of the work is to analyse conceptually what is meant by an intentional collective activity and that is not, in a circular way, a sum of the individual intentions of the group. Firstly, Kutz’s proposal fails to prevent circularity. Secondly, an alternative model will be able to explain collective intentional activity without being defined from the sum of individual intentions. If this is plausible, the collective intention of the legal person can be explained.

**Keywords:** legal person ~ intention ~ action ~ collective intention.

**DANIEL G. GORRA ~ JUAN MANUEL SAHARREA**

ANALYSIS OF THE APPLICATION OF CRITERIA ABOUT THE TERM GENDER BASED-VIOLENCE IN JUDICIAL DECISIONS OF COURTS IN VILLA MERCEDES ¿HOW DO THE JUDGES INTERPRET THE FEMICIDE?

**Abstract:** The aim of this paper is to analyze the application of criteria about the term femicide in court decisions. Through a pragmatic approach of the legal praxis and through the use of the semantic network and interviews to judges, our investigation concluded that the words “power”, “inequality” and “submission” are the terms that magistrates mainly associate with the concept of ‘gender violence’ whose application defines the meaning of the aforementioned aggravating circumstance. Our thesis is that these associations between terms define objectively the application of the “violence based-gender” and therefore the meaning of femicide. However, it is necessary to set more strict criteria to evaluate the diversity of extralegal criminal norms.

**Keywords:** criteria ~ interpretation ~ valuation ~ gender based-violence.

**RAMIRO MOYANO**

THE STATUS OF EDUCATIONAL EQUALITY IN RAWLSIAN LIBERALISM. CRITICAL EXEGESIS OF TWO CONTEMPORARY PERSPECTIVES

**Abstract:** This article expresses philosophical reflections on educational issues, specifically those related to problems of justice in the distribution of educational goods in cooperative societies. In this paper we will identify a pattern of development of these reflections in the philosophical field, which were influenced and imparted by the most important developments of each of the periods. Nobody would deny that John Rawls’ Theory of Justice constituted a point of reference to think about the role of state institutions, which is why we will carry out a brief reconstruction of the analysis and the theory of justice offered by the author, concluding that his theory of primary goods is of a general type and that although it does not offer a specific finished proposal of educational goods, a priori it can be used as a general theoretical framework to think about an ideal of educational equality. Next, from a critical review of two contemporary philosophers, inscribed in the liberal tradition, who use this general rawlsian framework, we will approach the possible interpretations -and

implications coupled with them- of the ideal of equality of educational opportunities showing the complexities and insufficiency of each one of them. Finally, we will make some critical observations and proposals on how important it is to reflect from the political philosophy regarding educational issues.

**Keywords:** political liberalism ~ equality ~ educational equality ~ theory of justice ~ education systems.

**ALEJANDRO BERROTARÁN ~ NADIA GARAYO ~ MATÍAS EZEQUIEL MOLINA ~ CARLA PERETTI ~ HUGO OMAR SELEME**

CONSIDERATIONS ABOUT THE CRIMINAL PUNISHMENT OF “CARREROS” FOR ACTS OF ANIMAL MALTREATMENT

**Abstract:** The objective of this paper is to address the reasons that justify a rejection of the state’s punitive coercion of *carreros* (collectors of cardboard, recyclable materials and construction debris who lug them to the city via horse-drawn carts) for acts of animal maltreatment. To achieve this, in first place, the two existing positions on whether or not to consider animals as subjects of law are reconstructed showing what consequences follow from each one of them. Secondly, it is shown that, whatever the position is assumed, the state’s punitive coercion of *carreros* is not justified.

**Keywords:** legitimacy as authorship ~ social rights ~ animals ~ rights ~ state coercion.





Se terminó de imprimir en  
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,  
en el mes de mayo de 2020

