

ANUARIO XIX

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES

ANUARIO XIX

AGUADA, Yasmín; AGUILERA MARTURANO, R. Augusto; ÁVILA PAZ, Rosa A.; BARBARÁ, Jorge A.; BARBARÁ, Jorge E.; BARBARÁ Martín D.; BARRAL, Rosario; BARRIOS, Verónica; BERTOSSI, Roberto F.; CALDERÓN Laura A.; CAMPANA Maximiliano; COPETTI, Agostina B.; CRESPO, Gonzalo; DEL CAMPO, Cristina; DELGADO Samanta J.; DI PIETRO, María C.; DOMÍNGUEZ, Marisa; ETCHICHURY, Horacio J.; FERREYRA Josefina; FERREYRA María E.; FORADORI, María L.; GARCÍA CHIPLE Edgardo; JEIFETZ, Laura M.; JUÁREZ CENTENO, Carlos; JULIÁ Marta S.; LEDESMA, María de los A.; LLAMOSAS Esteban F.; LLORENS María P.; LOZA SERRA, Rocío; MACÍAS, Fanny; MORENO, Patricia G.; PARMIGIANI Matías; PEDERNERA ALLENDE, Matías; PEREYRA, Joaquín; PEZZANO Luciano; ROSSI, José A.; SAAD Carla; SALA MERCADO, María V.; SALOMÓN, Laura; SÁNCHEZ, Lorena; SÁNCHEZ, Mariana; SEGURA, Camila; STICCA, María A.; TELLO ROLDÁN, María C.; TUNINETTI, Adrián; URIONDO, Amalia; VERCELLONE Adriana L.; VILLAFAÑE MOLINA, Eduardo; VILLALBA, María E.; YUNIS Yamila Carolina; ZAVATTI, Adriana

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 electrónico¹ 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.

¹ 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 cinvest@derecho.unc.edu.ar, 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



Universidad
Nacional
de Córdoba

C I J S

PRÓLOGO

CONSTRUIR EN TIEMPOS EXCEPCIONALES

A nadie escapa que 2020 fue un año excepcional y complejo, que la situación sanitaria obligó a cerrar los edificios universitarios, extremar los cuidados, y como consecuencia, modificar radicalmente hábitos de trabajo que tenían larga tradición entre nosotros. Año complicado en que la salud pública estuvo en el centro de las preocupaciones, a fines de marzo sentimos que todo cambiaba y tocaba a nuestra generación el destino desafortunado de padecer un mal sueño de desastre futurista. La investigación jurídica, como es natural, no estuvo exenta de las variaciones obligadas. Imposibilidad de acceder a nuestros escritorios; archivos y bibliotecas cerrados; dificultad para el trabajo de campo y la realización de entrevistas; suspensión de congresos presenciales; cancelación de reuniones para debatir proyectos. Todo ello nos obligó a convertir nuestra casa en oficina, reemplazar fuentes de investigación (cuando fue posible) y realizar un acelerado tránsito hacia la virtualidad, primero celebrada, luego expuesta a crítica a poco que descubrimos sus límites.

Podría ser este texto, entonces, un breve canto a la imposibilidad o un resignado resumen del enojo con el contexto pandémico. Sin embargo, no fue ese el modo en que enfrentamos los problemas como comunidad de investigadores, y por lo tanto, no puede ser el tono de este prólogo a nuestro Anuario. Porque nos adaptamos a la situación y aunque el contexto no ayudaba, hicimos. Hicimos mucho.

Durante 2020 los investigadores del CIJS continuaron con sus proyectos individuales o colectivos en forma remota, reconvirtiendo reuniones y reajustando plazos. Así ocurrió con los planes de investigación que tienen sede en la institución, que además se vieron acrecentados con dos nuevas radicaciones. Este trabajo intenso tuvo como resultado la realización de más de veinte seminarios en el año, en los que se trataron temas como

democracia y constitución; autonomía en clave feminista; derecho cooperativo; políticas públicas de energías renovables; nuevas perspectivas del derecho internacional privado; salud mental y derecho; amparo de salud; derecho municipal; y en colaboración con la Secretaría de Posgrado se organizó el seminario “Género, derecho y violencia”, que depende del Programa del CIJS sobre Género y Derecho.

En materia de publicaciones, antes del aislamiento obligatorio editamos en papel el Anuario XVII, correspondiente a 2018, que hasta ese momento sólo se encontraba en línea. A mediados de año se publicó también el Anuario XVIII, convocado en 2019, cuyos ejemplares ya han sido distribuidos entre los autores y puestos a disposición del público, además de encontrarse en la página web institucional.

También se convocaron y otorgaron nuevas becas de pregrado a estudiantes de la carrera de abogacía. A las nueve becas activas desde el año anterior se sumaron otras siete, con lo que en este momento contamos con dieciséis becarios investigando bajo la dirección de nuestros especialistas. Quiero brindar mi reconocimiento a quienes participaron del proceso de evaluación, y especialmente a los integrantes del Comité de Becas. Nuestro sistema de becas constituye una rueda fundamental para el programa de estímulo de vocaciones científicas y tiene un vínculo directo con el dictado de la asignatura opcional “Tutorías de Investigación”, que suele ser el paso previo a las postulaciones. Esta materia se dictó el año pasado por noveno año consecutivo dentro de las ofertas opcionales de la carrera, bajo la coordinación de la Inv. Patricia Alderete, y los cursantes ya han tomado contacto con sus tutores/as para preparar su proyecto de investigación final. Otras asignaturas opcionales ofrecidas desde el CIJS han sido “Feminismo jurídico”, cuya responsable es la Dra. Mariana Sánchez y “Aspectos de los derechos de las personas con discapacidad. Perspectiva del empleo”, bajo la responsabilidad de la Inv. Carla Saad.

En el mes de noviembre, manteniendo una de nuestras tradiciones más queridas, celebramos bajo modalidad virtual la jornada anual de presentación y discusión de proyectos. La “XXI Jornada sobre Experiencias en Investigación”, con 46 ponencias, algunas grupales, otras individuales, se desarrolló con el trabajo paralelo de tres comisiones (Derecho Público, Derecho Privado, Estudios Básicos), en distintas salas de Google Meet. Se trató, evidentemente, de una jornada especial por la forma de realización, pero también porque revela la voluntad de la comunidad de investigadores

de continuar trabajando y reflexionando bajo otras condiciones. Como coordinadores de comisiones actuaron, en Derecho Público, Marta Juliá, María Pilar Llorens y María Laura Foradori; en Derecho Privado, Carla Saad, Laura Calderón y Candela Villegas; y en Estudios Básicos, Alejandro Berrotarán, Marisa Fassi y Bruno Rusca.

También se mantuvo el ciclo institucional “Pensando desde el Centro”, que lleva 8 ediciones, con 5 reuniones en las que becarias y becarios de Conicet presentaron sus planes de trabajo. A fin de año, con una notable asistencia, se organizaron las “III Jornadas Interuniversitarias de Mediación”, bajo la dirección de nuestra Coordinadora de Extensión, Dra. Cristina Di Pietro.

En lo que concierne a la labor de la Unidad Ejecutora, a tres años de su puesta en marcha y con su organización institucional completa, ya son evidentes los beneficios de nuestra vinculación a Conicet, por la proyección de nuestras investigaciones y el apoyo presupuestario. En el último año, el plantel de la Unidad Ejecutora ha sumado 1 nuevo investigador de carrera, 4 becarias/os posdoctorales y 1 becaria doctoral. También ha concluido y ha sido aprobado por el Directorio de Conicet, el concurso para designar un personal de apoyo para desempeñarse en el CIJS, cargo que esperamos sea efectivamente puesto en planta durante 2021.

Un gran logro ha sido la obtención de nuestro primer subsidio institucional de Conicet, “Proyectos de Unidades Ejecutoras - PUE”, para el desarrollo de la investigación “Las políticas públicas para la prevención y erradicación de las violencias sexo-genéricas en la provincia de Córdoba”, cuyo responsable académico es el Dr. Juan M. Vaggione. El subsidio se otorga para llevar adelante proyectos transversales e institucionales sobre temáticas de relevancia e impacto social y local, e incluye 4 becas de investigación asociadas al plan general de trabajo.

Por otra parte, hemos publicado el libro “Problemas en torno a la desigualdad. Un enfoque poliédrico” (Esteban Llamosas – Guillermo Lariguet, editores), que refleja las presentaciones y discusiones del ciclo “Desigualdad y Derecho”, realizado durante 2019 con la participación de investigadores del CIJS, IDH e IIPSI. La obra se puede descargar gratuitamente desde nuestra página web y presenta aportes a la temática desde la Ética política, Filosofía del derecho, Psicología política, Sociología e Historia jurídica.

El Consejo Directivo de la Unidad Ejecutora ha sesionado virtualmente en 2020; el director y vicedirector hemos participado de las sesiones del Consejo del CCT Conicet Córdoba; y muchos investigadores hemos integrado distintas comisiones de trabajo o evaluación a nivel nacional y local.

Más allá de la labor realizada, una de las mejores noticias de 2020 ha sido la finalización de la obra de reparación del edificio de nuestra sede. Obra largamente anhelada por la comunidad de investigadores y personal de apoyo, el resultado ha superado largamente las previsiones iniciales, ya que no solamente se repararon los problemas que afectaban la seguridad de la fachada, sino que se concretó una refacción total del edificio, con arreglos estructurales que durarán años. Así, se realizó la reparación del techo, balaustradas y fachada, se restauraron vitrales, se colocó un nuevo tanque de agua, se cambió la ubicación de aires acondicionados, se arreglaron todas las humedades y se pintó completamente el interior del edificio. Una obra de tanta envergadura fue posible gracias al aporte de la Secretaría de Planeamiento de la Universidad Nacional de Córdoba, que licitó el trabajo estructural más importante; del Decanato de la Facultad de Derecho; y de la utilización de fondos propios de la Unidad Ejecutora. Esta gran obra, sumada al equipamiento de los últimos años, que incluye nuevos aires acondicionados, escritorios, notebooks, mayor potencia en la conectividad de Internet y un Smart TV para la sala de reuniones, nos brinda un excelente marco para el desarrollo de nuestras investigaciones.

El edificio de Caseros y Belgrano es nuestra casa, pero también es un símbolo de nuestra comunidad y lo hemos extrañado. No sólo es nuestro ámbito común de trabajo, reflexión y debate, sino el espacio compartido de nuestra amistad. Allí reforzamos el lazo con el otro, que los investigadores no debíamos perder nunca, para construir una ciencia humana y al servicio de los demás. Quiero saludar especialmente a aquellos colegas que en estos meses han atravesado situaciones personales o familiares de angustia. Siempre estaremos, como institución y comunidad científica, disponibles para auxiliar en lo que humanamente podamos.

El Anuario XIX, que estamos presentando, reúne 29 artículos de investigadores, profesores y becarios del CIJS, distribuidos en cinco secciones: derecho público—análisis de políticas públicas; derecho privado; derecho internacional—relaciones internacionales (que en este número ha cobrado autonomía por la buena cantidad de trabajos presentes); filo-

sofía-historia-ética-sociología; y becarios de pregrado. Su publicación, como la continuidad de la labor institucional en un contexto tan inusual, fue posible gracias al trabajo del personal no docente conformado por Eugenia Oviedo, Ángeles Borchí, Juan Carlos Moreno, Sandra Rojas y Joaquín Radicci. También deseo manifestar mi especial agradecimiento al Cr. José Caballero, coordinador del CCT Conicet Córdoba, por su constante apoyo al CIJS facilitando los procedimientos administrativos; y por supuesto, resaltar el compromiso constante de las coordinadoras académica y de extensión, Dras. María Alejandra Sticca y Cristina Di Pietro, y del vicedirector de la Unidad Ejecutora, Dr. Guillermo Lariguet, a quienes reservo el cierre de este prólogo.

Esteban F. Llamosas
Director
CIJS CONICET - UNC

ÍNDICE GENERAL

Reglamento del Anuario	9
Prólogo.....	13

SECCIÓN I

Derecho Público y Análisis de Políticas Públicas

Pandemia, Decretos de Necesidad y Urgencia y Constitución. A propósito de la DNU 260/2020 y 297/202 <i>Jorge Edmundo Barbará</i>	25
¿Cuántos derechos existen en la república argentina? <i>Martín Diego Barbará</i>	43
El paisaje como objeto de tutela en la normativa de base en Argentina <i>Cristina del Campo</i>	59
Tensión estructural entre el reconocimiento y la implementación de los derechos políticos indígenas. Reflexiones desde el escenario jujeño <i>Samanta Jimena Delgado</i>	83
El regreso de la libertad de contratar: una cautelar por despido discriminatorio ante la Corte Suprema <i>Horacio Etchichury</i>	97
El amparo ambiental en Córdoba: principales aspectos jurídicos como vía de acceso a la justicia <i>Marta Juliá, María Laura Foradori y otros</i>	115

La necesidad de crear un tribunal administrativo especializado
en derecho a la salud en la Provincia de Córdoba en cumplimiento
de la tutela administrativa y judicial efectiva
Patricia Giuliana Moreno 137

El uso del “balancing test” en litigios constitucionales
sobre derecho a la salud
Matías Pedernera Allende..... 161

Sección II **Derecho Privado**

El expediente electrónico judicial en el Poder Judicial de la Nación
Rosa Angélica Ávila Paz 187

Cuantificación del daño punitivo y teorías justificatorias de la pena.
Un análisis desde la práctica jurisprudencial cordobesa
Jorge Augusto Barbará ~ Josefina Ferreyra,..... 221

Doctrina y gestión cooperativa en pandemia (De la primera
revolución industrial a la era del coronavirus)
Roberto Fermín Bertossi 245

Autonomía de la voluntad de las personas con capacidad restringida
y su impacto en las relaciones laborales
Laura Alejandra Calderón..... 255

Decisión en los métodos de autocomposición: ¿racionalidad o
satisfacción?
María Cristina Di Pietro 271

SECCIÓN III
Derecho Internacional ~ Relaciones Internacionales

Nuevas oportunidades de la cooperación judicial internacional: exhorto electrónico y blockchain <i>Yasmín Aguada y Laura Martina Jeifetz</i>	301
Desafíos del derecho internacional privado ante el desarrollo de la inteligencia artificial <i>María Eugenia Ferreyra y Camila Segura</i>	315
La relación de consumo. Su trascendencia internacional. El legado del derecho romano <i>Edgardo García Chiple, Amalia Uriondo de Martinoli y otros</i>	325
La FIFA como actor internacional y sus acciones en materia de Derechos Humanos <i>Carlos Juárez Centeno y Adrián Tuninetti</i>	355
Ciberespacio y derecho internacional <i>María Pilar Llorens</i>	383
La responsabilidad de proteger en la comisión de derecho internacional: entre la prudencia y el sinsentido <i>Luciano Pezzano</i>	403
El modelo social y el seguimiento de la CDPD para Sudamérica – Avances y retrocesos <i>Carla Saad</i>	433
Tratados sucesivos sobre una misma materia –Soluciones brindadas por el artículo 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados <i>María Alejandra Sticca</i>	455
A 20 años de la Carta Democrática Interamericana <i>Yamila Carolina Yunis</i>	467

Sección IV
Filosofía ~ Historia ~ Ética ~ Sociología

Covid19 y el “nuevo orden mundial”: el rol de las teorías conspirativas durante la pandemia <i>Maximiliano Campana</i>	493
La constitución provisoria para la universidad de 1858: una relectura cordobesa del liberalismo constitucional <i>Esteban F. Llamosas</i>	507
Consentimiento y transformación moral. Una revisión del enfoque dominante <i>Matías Parmigiani</i>	527
Justicia y género. Los discursos jurídicos del femicidio <i>Mariana Sánchez Busso y otras</i>	557
Puertas giratorias en la administración pública. Análisis de recomendaciones internacionales sobre lucha contra la corrupción público-privada en Argentina <i>Adriana Vercellone y otros</i>	575

Sección V
Becarios De Pregrado

Los discursos conservadores y su repercusión sobre la vida, el aborto y la eutanasia en Argentina <i>Agostina Belén Copetti</i>	603
Usar la historia en el derecho: discursos jurídico-políticos en la Convención Constituyente de Córdoba de 1949 <i>Joaquín Pereyra</i>	609
ABSTRACTS	617

SECCIÓN I

**DERECHO PÚBLICO -
ANÁLISIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

**PANDEMIA, DECRETOS DE NECESIDAD
Y URGENCIA Y CONSTITUCIÓN.
A PROPÓSITO DE LOS DNU 260/2020 Y 297/2020 ***

*Jorge Edmundo Barbará***

Resumen: Los Decretos de Necesidad y Urgencia establecidos por el Poder Ejecutivo Nacional con motivo de la pandemia del coronavirus configuran un estado de excepción por *afuera* de la Constitución. Su legitimidad radica en la regla científica, en el temor a la muerte y en la conexión entre protección y obediencia.

Palabras clave: Decretos de Necesidad y Urgencia – pandemia - Constitución

I.- LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA NROS. 260/2020 Y 297/2020.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró, con fecha 11 de marzo de 2020, el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, afectando en ese momento a 110 países y llegando, en esos días, a nuestro país.

Por ese motivo se dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia 260 de fecha 12 de marzo de 2020, invocando el art. 99, inc. 3, de la Constitución Nacional y la ley N° 26122 en cuanto ésta regula el trámite de la intervención del Congreso Nacional de los DNU dictados por el Poder Ejecutivo de la Nación.

El fundamento crucial de dicho decreto consistió en que *“en la situación actual, resulta necesario la adopción de nuevas medidas oportunas,*

* Artículo recibido el 22/9/2020 ~ aprobado para su publicación el 10/12/2020.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor Titular de Derecho Político (1991-2018) y (actual) Profesor Estable del Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales y de la Maestría en Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, UNC. Otorgamiento del Título Honorífico de Profesor Catedrático por la Universidad Católica de Córdoba.

transparentes, consensuadas y basadas en la evidencia científica, que se sumen a las ya adoptadas desde el inicio de esta situación epidemiológica, a fin de mitigar su propagación y su impacto sanitario” (destacado del suscripto).

Asimismo se expresó que la situación epidemiológica “*exige que se adopten medidas rápidas, eficaces y urgentes*” por cuya razón resultaba imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes.

El art. 1 del Decreto invocó al art. 1 de la ley de emergencia N° 27541 y en cuyo marco entendió que era procedente su ampliación respecto de las medidas a adoptar con relación al coronavirus COVID-19.

En consecuencia, y entre otras disposiciones, el art. 7 de dicho Decreto dispuso el aislamiento obligatorio a una determinada categoría de personas, enumeradas por el Decreto, entre las que se encontraban quienes revestían “*la condición de casos sospechosos*” (sic), describiéndose cuáles eran los síntomas físicos que calificaban esa condición y los lugares considerados como “*zonas afectadas*” en las que habían transitado, sin perjuicio de considerar atrapados en el aislamiento obligatorio a otras personas tipificadas por esa norma.

El aislamiento consistía en que debían “*permanecer aisladas durante 14 días, plazo que podrá ser modificado por la autoridad de aplicación, según la evolución epidemiológica*” (sic, art. 7, inc.1).

Esta disposición dispuso, en caso de incumplimiento del aislamiento indicado y demás obligaciones establecidas en el art. 7, la obligación de “*los funcionarios o funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general*” de “*radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los arts. 205, 239 y concordantes del Código Penal*” (art. 7, inc. e), 2do. párrafo).¹

¹ Código Penal: *Título VII. Delitos contra la Seguridad Pública: Art.205: Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una pandemia.*

Título XI. Delitos contra la Administración Pública. Capítulo I. Atentado y resistencia contra la autoridad: art. 239: Será reprimido con prisión de quince días a un año el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél, o en virtud de una obligación legal.

El Decreto de Necesidad y Urgencia N°297 se dictó con fecha 19 de marzo de 2020.

Este decreto hace presente la ampliación de la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27541 que había dispuesto el decreto N° 260.

Dicho decreto N° 297 agrava las restricciones dispuestas por el decreto N° 260.

Fundamenta estas medidas en el informe de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de fecha 19 de marzo de 2020 refiriendo la propagación exponencial de casos del coronavirus COVID-19 a nivel global y afectando a más de 158 países de diferentes continentes, habiendo llegado a nuestra región y a nuestro país.

En su *Considerando* advierte “*que la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional, requiere de medidas inmediatas para hacer frente a esta emergencia*”.

Entre otros fundamentos agrega “*que nos encontramos ante una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes, y para ello es necesario tomar medidas oportunas, transparentes, consensuadas y basadas en las evidencias disponibles, a fin de mitigar su propagación y su impacto en el sistema sanitario*”, señalando respecto del campo de la policía de salubridad que “*... siendo su atinencia a todo lo que pueda llegar a afectar la vida y la salud de las personas....*”(destacado del suscripto).

Se sostiene asimismo “*que las medidas que se establecen en el presente decreto resultan las imprescindibles, razonables y proporcionadas con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrentamos*”.

En consecuencia, el decreto dispone, en sus respectivos arts. 1 y 2 el “*aislamiento social, preventivo y obligatorio*”.... “*para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria*”, las que “*deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas....Sólo podrán realizar desplazamientos*

mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos” (destacado del suscripto).²

Si bien la medida fue dispuesta desde el 20 al 31 de marzo inclusive del año 2020, se estableció que dicho plazo podía prorrogarse *“por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica”*.

El art. 4 estableció que *“cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” o de otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los arts. 205, 239 y concordantes del Código Penal”* agregando que *“El Ministerio de Seguridad deberá disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el presente decreto y procederá a su retención preventiva por el tiempo que resulte necesario, a fin de evitar el desplazamiento de los mismos, para salvaguarda de la salud pública y para evitar la propagación del virus”*.

II.-LA LEY N°27541, LOS DNU Y LOS ARTS. 76 Y 99, INC.3° DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

1.-La ley N° 27541 en cuanto marco de emergencia de los decretos

La pretensión de encauzar los decretos 260/20 y 297/20 en el marco de la ley 27541, que declara la emergencia pública en materia sanitaria, *“ampliándose”* dicha emergencia a través de esos mismos decretos, resulta claramente inviable y, por tanto, inconstitucional.

En efecto, la ley 27541 es una suerte de *“ley ómnibus”* en materia de emergencia. Ello así porque, en su artículo 1° dispone declarar *“la emer-*

² La vida y la integridad física de las personas no son derechos subjetivos *derivados* de la salud pública. Por el contrario, la vida y la integridad física constituyen un *prius* respecto de cualquier precepto jurídico positivo. El derecho a la salud pública es una creación del ordenamiento jurídico en una determinada etapa histórica de la evolución del derecho positivo. Precisamente la naturaleza preexistente de la vida, y de la subsistencia de la vida, en relación al ordenamiento jurídico, explica la peculiaridad del sistema jurídico de los decretos de necesidad y urgencia sobre la pandemia al margen y con prescindencia de la Constitución.

gencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social....”.

El art.2° de dicha ley establece las “*bases de delegación*” restrictivamente dispuestas por el Congreso de la Nación, atento la prohibición de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo conforme el art. 76 de la Constitución Nacional.

Dichas “bases de delegación”, en lo referido a la emergencia sanitaria, están establecidas en el art.2°, inc. f).

Pues bien, no sólo que no existe la más remota referencia a una pandemia como el coronavirus sino que el art.2, inc. f) es claramente contradictorio con la normativa motivada y establecida por esa pandemia, esto es, con los DNU ya referidos.

En efecto, el art.2°, inc. f) textualmente dispone:

*“Procurar el suministro de medicamentos esenciales para **tratamientos ambulatorios** a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad, el acceso a medicamentos a insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas **no trasmisibles**; atender el efectivo cumplimiento de la ley 27.491 de control de enfermedades prevenibles **por vacunación** y asegurar a los beneficiarios del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y del Sistema Nacional del Seguro de Salud, el acceso a las prestaciones médicas esenciales”* (sic, destacado del suscripto).

La sola lectura de los decretos tornan palmaria la contradicción existente entre esa disposición arriba transcrita y las disposiciones de dichos decretos.

En efecto. A poco que se advierta que el núcleo crucial de los decretos restringe la libertad ambulatoria particularmente de los adultos mayores y de quienes se encuentren en situación de alta vulnerabilidad; que la ley se refiere -en lo pertinente- a enfermedades no trasmisibles o prevenibles por vacunación y que respecto del coronavirus aún no se conoce vacunación eficaz alguna, extremo éste que en buena medida motiva la gravosa normativa de los decretos y que, en definitiva, **la materia delegada parte del supuesto de la vida en condiciones de normalidad de la supervivencia humana** –supervivencia que precisamente ataca el COVID19-, la ampliación de la emergencia con motivo del coronavirus deviene jurídicamente invalida, por pretender forzar, de manera inconstitucional, la ampliación de las “*bases de delegación*” previstas en la precitada ley.

Pero, además, las medidas severamente restrictivas de los derechos y garantías constitucionales tampoco fueron materia de delegación legislativa, menos cuando al momento de sancionarse la ley 27541 se ignoraba la existencia de una pandemia que el propio decreto 297/20 reconoce como una crisis sanitaria “*sin precedentes*”.

Por lo demás, tampoco las disposiciones del Título X de la ley 27541, referido a la Emergencia Sanitaria, son susceptibles de enmarcar, vía ampliación, la pandemia del coronavirus en aquella ley. Y ello no sólo porque la “*base de delegación*” es ajena a la materia de que tratan los DNU referidos al coronavirus sino también porque de aquellas disposiciones –arts.64 a 85 inclusive- no es posible inferir razonablemente esa misma materia.

El art. 76 CN resulta, pues, manifiestamente violado.

2.- El art. 99, inc. 3° en cuanto instrumento jurídico idóneo para el contenido de los decretos

Tampoco parece idóneo el art. 99, inc. 3° de la CN a los fines de disponer una suspensión tan profunda y extensa de los derechos y garantías constitucionales. Realmente resulta difícil suponer que el Constituyente haya facultado a los órganos constituidos prohibir a los habitantes, bajo amenaza penal, salir de su vivienda unos minutos para respirar aire fresco o para salir a trabajar para ganar el pan cotidiano para ellos y sus familias.

Y es que semejantes restricciones de los derechos y garantías más emblemáticas de nuestra Constitución Nacional concedidas por el Congreso al Poder Ejecutivo Nacional más bien se compadecería con el art. 29 de esa misma Constitución.³

Es por ello que no se va a encontrar en nuestra Constitución Nacional ninguna previsión susceptible de transformarse en un estado de excepción

³ El art. 29 CN dispone: *El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.*

con *facultades extraordinarias*, y *supremacías* tan amplias y severas como las que contiene el sistema jurídico de los decretos que, precisamente, ponen en manos del gobierno, *la vida* misma de la población, argentinos o no argentinos.

Esta norma, “*de fuente genuinamente argentina y en base a duras experiencias históricas... tiende a proteger el concepto republicano de la división de funciones, prohibiendo al Congreso y Legislaturas provinciales el otorgamiento de facultades extraordinarias y la suma del poder público, situaciones lesivas a los principios de libertad y dignidad humana*”, nos dice el recordado y respetado constitucionalista César Enrique Romero (1975:174).

Ahora veamos, sin ser exhaustivos, los derechos y garantías constitucionales suspendidos:

Art. 14: Trabajar y ejercer toda industria lícita

Navegar y comerciar

Entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino

Usar y disponer de su propiedad (art.17)

Profesar libremente su culto

Enseñar y aprender

Art. 20: Afecta los derechos civiles reconocidos a los extranjeros

Art. 28: Alteración de los principios, garantías y derechos reconocidos por la CN

Art. 43: apartado 4º: “Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aún durante la vigencia del estado de sitio”.

En la práctica judicial esta garantía constitucional, en general, no prospera. Se aplican los decretos.

Se trata, pues, de la suspensión de la vigencia de los derechos y garantías más emblemáticos de la Constitución Nacional, suspensión que si fuera inobservada y se pretendiera ejercer dichos derechos, se incurriría en delito penal con pena privativa de la libertad.

Por todo ello resulta jurídicamente imposible encontrar en el marco, o *dentro*, de la Constitución previsión alguna a partir de la cual se legitime el sistema jurídico contenido en los decretos.

Las críticas que se formulan a los decretos desde el escenario de la Constitución, con la serie de inconstitucionalidades y vicios que se les señalan, significa que su contrapartida, en cuanto decretos vigentes y obedecidos por el colectivo social y por los propios órganos de control –Poder Legislativo y Poder Judicial-, nacionales y provinciales, requiere reflexionar sobre dónde se encuentra su legitimación.

III.- LA LEGITIMIDAD DE LOS DECRETOS: RACIONALIDAD CIENTÍFICA Y CONSENSO DEL COLECTIVO SOCIAL. NECESSITAS LEGEM NON HABET...ET LEGEM FACIT.

Según he adelantado, resulta muy difícil, cuando no imposible, compatibilizar los decretos sobre la pandemia con la Constitución Nacional, no sólo por la vulneración de los derechos y garantías constitucionales más emblemáticos sino por la ausencia de los órganos de control –Poder Legislativo y Poder Judicial- y por la obediencia que a los decretos han observado dichos órganos.

Debe advertirse que cada vez que un Juez rechaza un amparo o un habeas corpus interpuesto con fundamento en la inconstitucionalidad de una restricción establecida por los decretos, y el control de razonabilidad que aplica es el del sistema jurídico de esos decretos y no el del art. 28 de la Constitución Nacional, dicho Magistrado está confirmando la existencia de un sistema jurídico cuya legitimidad es ajena a la de la Constitución .

Se trata, entonces, de reflexionar y entender qué es el estado de excepción

que se ha instalado en Argentina y, posiblemente, en el mundo, y qué riesgos existen en relación a la existencia misma del Estado Constitucional de Derecho.

Creo que, para ello, es necesario atender a qué tipo de racionalidad se adscriben los decretos y es necesario atender si dicha racionalidad es consensuada por el colectivo social que denominamos pueblo.

1.-La Racionalidad Científica.

Soy de la convicción que para conocer a qué tipo de racionalidad adscriben los decretos, debemos situarnos en la relación entre científicos y políticos, entre expertos y políticos.

Ciertamente que la racionalización de las decisiones políticas ha sido en todo tiempo un problema del cual se ha ocupado la teoría política, el cual cruza a Grecia y en la modernidad desde Saint Simon.

En esa relación entre científicos y políticos, y en cuanto a la racionalidad a la que adscriben, *hasta el presente*, los decretos 260, 297 y las normas consecuentes, encuentro pertinente acudir a Jürgen Habermas y su trabajo sobre “*Verwissenschaftlichte Politik in demokratischer Gesellschaft*” (“*Política científica en una sociedad democrática*”), en particular el estudio sobre ese trabajo de Klaus Lompe en su libro “*Wissenschaftliche Beratung der Politik*” (“*Asesoramiento científico de la Política*”).

En aquel trabajo, Habermas diferenció tres modelos, uno de los cuales admite una modalidad distintiva respecto del modelo “puro”.

Tales modelos son:

El modelo decisionista, el cual importa una estricta separación entre las funciones del experto y las del político. El político se sirve del conocimiento científico, pero, en última instancia, no se puede fundamentar la acción política de conformidad al conocimiento científico sino que, muy por el contrario se decide entre concurrentes órdenes de valores y creencias.

Este modelo admite una modalidad, el “modelo decisionista ampliado”, en el cual el político puede servirse de ayudas estratégicas de decisión, las cuales disminuyen el margen de decisión pero, dentro de ese margen disminuido, se cumple lo sostenido por el decisionismo. Existe, pues, un límite para la racionalización científica.

2.- El modelo tecnocrático: Aquí el político se convierte en órgano ejecutor de una inteligencia científica, inteligencia que desenvuelve, bajo concretas circunstancias, la imposición de fuentes de recursos disponibles y las estrategias y prescripciones de gobierno óptimos. En un Estado técnico, queda al político una actividad de decisión ficticia.

3.- El modelo pragmatístico: En este modelo se presenta, en lugar de una estricta separación entre las funciones del experto y las funciones del político, una relación recíproca crítica. Ni es el experto soberano frente a los políticos, ni tampoco mantiene el político un ámbito de reserva por

encima de los científicos y se decide sólo a través de un acto del querer. Se debe lograr una comunicación recíproca, es decir, debe desarrollarse una dialéctica entre lo que se puede y lo que se quiere, un esclarecimiento recíproco del saber técnico y de la conciencia práctica.

Pues bien, soy de la opinión que la racionalidad a la que adscriben los decretos es, hasta el presente, es la del modelo tecnocrático o científico, toda vez que es la comisión de expertos, particularmente epidemiólogos e infectólogos, quienes aconsejan al Presidente, las “*medidas necesarias*” para enfrentar al coronavirus, si bien no para aniquilar pero sí para prevenir, medidas que linealmente son aceptadas por el Presidente, quien asume la decisión de expresar la voluntad estatal a través de los respectivos decretos para evitar la propagación del virus en seres humanos.

La decisión política no se asume con fundamento en órdenes de valores y de creencias sino con fundamento en una inteligencia científica, la cual impone técnicas y estrategias de conformidad a los recursos científicamente disponibles.

Ciertamente que el presupuesto es el valor vida en sí mismo, no la libertad, la igualdad o la justicia, valores estos propios del texto constitucional.

El texto constitucional propone una “*vida buena*”, bajo el presupuesto de la existencia de la vida humana.

Para llegar a Grecia, a Roma o a la Revolución Francesa, primero el género humano tuvo que existir y subsistir.

El escenario actual es el de supervivencia, lo más amplia posible, de la existencia humana.

Resulta así que la objetividad jurídicamente protegida es la incolumidad física del ser humano, eso es, la vida misma.

La generalidad abstracta de los decretos tiene en miras el aseguramiento de la convivencia social a partir, paradójicamente, del aislamiento individual.

El aislamiento obligatorio, exigido bajo amenaza de coacción – decreto 260/20, art. 7, inc. e), 2º párrafo; decreto 297/20, art. 4º); arts. 205, 239 y cc. Código Penal – significa la atomización de la vida social a partir de la reducción extrema de la misma, para prevenir el contagio individual, es decir la *vida* individual, y, particularmente, la propagación a los demás, es decir, a la *vida* social y colectiva.

Precisamente esa finalidad de aseguramiento de la convivencia social bajo amenaza de coacción revela la naturaleza política de la decisión, si bien fundada en la “*evidencia científica*”.

Por lo demás, los propios decretos 260 y 297, expresan que las medidas que los mismos contienen se encuentran “*basadas en evidencia científica*”, según destacué en el primer punto del presente.

La racionalidad científica es la que fundamenta las normas sobre el presente estado de excepción.

2.-El consentimiento del colectivo social

Hobbes, después de sostener que en el estado de naturaleza existe una “*guerra de todos contra todos*” (1984:104) y que, en ese estado, “*existe continuo temor de muerte violenta*” (1984:103), señala que la primera de las pasiones que inclinan a los hombres a la paz “*son el temor a la muerte*” (1984:105) (*Leviatan, Parte I (Del Hombre), Capítulo XIII (De la Condición Natural del Género Humano, en lo que concierne a su Felicidad y Miseria)*).

Y, al referirse a la generación de un Estado sostiene: “*La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica.....*” (*Parte II (Del Estado), Cap. XVII (De las Causas, Generación y Definición de un Estado)*, (1984:137).

Temor a la muerte y necesidad del cuidado de su propia conservación, será aquello que motiva un pacto entre los hombres que instituya un Leviatan que los represente, sometiendo sus voluntades de cada uno a la voluntad del Estado, y sus juicios a sus juicios (Cap.XVII).

La delegación al Estado es de sus conductas y de su convicción íntima -juicio de lo justo e injusto- en cuanto puede generar conductas externas.

Nos quedaríamos a mitad de camino si afirmáramos que sólo el **miedo o temor** al coronavirus motiva el consenso de la población.

El otro medio camino es el “*cuidado de la propia conservación*”, es decir, la **protección** contra el virus.

La circunstancia que la regla científica receptada en los decretos dé resultados eficaces respecto de la pandemia, ello significa **protección** a la población.

Y esta protección reclama **obediencia**.

Aquí se muestra, de manera directa, la imprescindible **conexión entre protección y obediencia**.

Resulta aquí pertinente la cita a Carl Schmitt en cuanto afirma: “...*En realidad no hay ninguna relación de dominación o de subordinación, **ninguna legitimidad o legalidad racional**, que prescinda de la conexión entre protección y obediencia. El protego ergo obligo es el cogito ergo sum del Estado, y una doctrina del Estado que no sea sistemáticamente conciente de esta máxima quedará como un fragmento insuficiente...*” (1984:48).

A continuación de esta “*máxima*” Schmitt destaca que el objeto principal del Leviatan es el de “*volver a proponer ante los ojos de los hombres la “mutua relación existente entre protección y obediencia”*” (1984:49).

En efecto, esta conexión es el sentido del Leviatan: **Desde** la “*Introducción*” “...*ese gran Leviatan que llamamos república o Estado (en latín civitas) no es sino un hombre artificial, aunque de mayor estatura y robustez que el natural **para cuya protección y defensa fue instituido...***” (1984:3), **pasando por** la “*Misión del Representante Soberano*” Parte II, Cap. XXX) “...*la prosperidad de un pueblo regido por una asamblea aristocrática o democrática, no deriva de la aristocracia o de la democracia, sino de la obediencia y concordia de los súbditos; ni el pueblo prospera en una monarquía porque un hombre tenga el derecho de regirla, sino porque los demás obedecen. Si en cualquier género de Estado suprimís la obediencia (y, por consiguiente, la concordia del pueblo), no solamente dejará de florecer, sino que en poco tiempo quedará deshecho....*” (1984:278) **hasta** el último párrafo del “*Resumen o Conclusión*” “...*De este modo he llegado al fin de mi discurso sobre el gobierno civil y el eclesiástico....sin otro designio de poner en relieve **la mutua relación existente entre protección y obediencia...***” (1984:586).

La “*mutua relación existente entre protección y obediencia*” es la respuesta a la “*guerra de todos contra todos*”, es decir, la diferencia que media en un estado de naturaleza que lleva a la muerte violenta y un Leviatán o Estado que asegura la vida.

Norberto Bobbio, en su “*Hobbes*”, nos advierte que la finalidad de que el ser humano pacte para crear al Leviatán es para “*salvar lo más*

precioso que tiene, la vida”: “La “guerra de todos contra todos” es una expresión hiperbólica: dejada de lado la hipérbole, significa aquel Estado en el que un gran número de hombres, uno por uno o en grupo, **viven en el temor recíproco y permanente de una muerte violenta**, a falta de un poder común. La hipérbole sirve solamente para dar a entender que se trata de un estado intolerable, del que el hombre ha de salir pronto o tarde **si quiere salvar lo más precioso que tiene, la vida**” (1995:47, destacado del suscripto).

Por lo demás, acerca del carácter legitimador de la obediencia, Hermann Heller, en su “Teoría del Estado”, al momento de considerar “El poder del Estado como unidad de decisión política” nos dice: “Para que el gobernante disponga de poder social no basta con que motive las voluntades de otros hombres, sino que es preciso que pueda motivarlas para actividades socialmente eficaces que él determina. **“Su” poder social consiste en las actividades de los que le obedecen: obedientia facit imperantem...**” (1995:311, destacado del suscripto).

El temor a la muerte, la protección a la vida en cuanto materia excluyente de otros derechos y valores y la obediencia a esa protección otorgan al sistema jurídico de los decretos una legitimación propia, por *afuera* de la Constitución y, en general, contraria a los valores de libertad, igualdad y justicia que dan *vida* a la Constitución. En ésta la vida son las ideas, allá la vida es la existencia física de las personas.

Las referencias de los decretos a la Constitución son sólo color, apariencia, fachada, maquillaje, pero no sustancia.

IV.-LOS DECRETOS Y EL ESTADO DE EXCEPCIÓN: CARLSCHMITT Y GIORGIO AGAMBEN.

Carl Schmitt, en su “Teología Política”, inaugura el capítulo sobre “Definición de la Soberanía” afirmando que “*Soberano es quien decide sobre el estado de excepción*” (2009:13).

Esta definición tiene parecido con la decisión que establecen los decretos sobre la pandemia, aunque ello requiere de algunas consideraciones.

En efecto, Schmitt advierte que “... *No toda facultad extraordinaria ni una medida cualquiera de policía o un decreto de necesidad son ya, por sí, un estado excepcional. Hace falta que la facultad sea ilimitada en principio; se requiere la suspensión total del orden jurídico vigente.*”

Cuando esto ocurre, es evidente que mientras el Estado subsiste, el derecho pasa a segundo término....” (2009:17 destacado del suscripto).

Ahora bien, si los derechos y garantías constitucionales más emblemáticos han sido suspendidos, si los órganos de control del Estado de Derecho –Poder Legislativo y Poder Judicial- no cumplen su función de control a quien decide en el presente estado de excepción, si el sistema jurídico de los decretos tiene facultad para ejercer la coacción física para el caso de incumplimiento de la normativa de dichos decretos, si la pretensión de ejercer los derechos constitucionales como la libertad ambulatoria es castigado con pena privativa de la libertad, esto es, el ejercicio del sistema de libertades de la Constitución Nacional se ha convertido en un delito, si todo ello es así, *“es evidente que el Estado subsiste y que el derecho ha pasado a segundo término”*.

Es claro, entonces, que si bien no existe *“suspensión total del orden jurídico”* constitucional vigente, es evidente que, en relación al sistema jurídico de los decretos la Constitución *“ha pasado a segundo término”*.

No estamos lejos, entonces, de un desplazamiento institucional hacia un soberano schmittiano.

Confirma esta apreciación la afirmación de Carl Schmitt a propósito del art. 48 de la Constitución de Weimar. Dicho artículo confería al Presidente del Reich la facultad de declarar el estado de excepción con plenos poderes. Pues bien, aquí Schmitt sostiene que *“...si se pudiese ejercer sin control alguno (esos plenos poderes), equivaldría a haber otorgado la soberanía”* (2009:17, destacado del suscripto).

Esta última circunstancia es la que caracteriza al sistema jurídico de los decretos: la ausencia de control institucional.

La soberanía se habría desplazado, pues, desde el principio de soberanía del pueblo establecida por nuestra Constitución con la virtualidad de que de esa soberanía del pueblo nacen las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución -art.33 CN- hacia la soberanía de quien decide sobre el estado de excepción.

Giorgio Agamben inicia su “Estado de Excepción” manifestando que *“la contigüidad esencial entre estado de excepción y soberanía ha sido establecida por Carl Schmitt en su Teología Política (1922)”*. No obstante su definición sobre soberano es “aquel que decide sobre el estado de excepción”, advierte Agamben que *“falta hasta hoy en el derecho público una teoría sobre el estado de excepción”*, siendo considerado en

“una franja ambigua e incierta en la intersección entre lo jurídico y lo político” (2014:25).

Para Agamben las medidas excepcionales *“se encuentran en la paradójica situación de ser medidas jurídicas que no pueden ser comprendidas en el plano del derecho”*(2014:26).

Resulta particularmente relevante para la actual situación de excepción motivada por un enemigo –el virus- cuyo objetivo es cobrar la **vida misma** de los seres humanos, que en Agamben sitúe conceptualmente la excepción en relación con la **vida misma**.

En efecto, nos dice *“...si la excepción es el dispositivo original a través del cual el derecho se refiere a la vida y la incluye dentro de sí por medio de la propia suspensión, entonces una teoría del estado de excepción es **condición preliminar** para definir la relación que liga y al mismo tiempo abandona lo viviente en manos del derecho”*

*“Es esta **tierra de nadie** entre el derecho público y el hecho político, y **entre el orden jurídico y la vida**, aquello que la presente investigación se propone indagar”*(2014:26, destacado del suscripto).

Se trata, entonces, *“que lo que se pone en juego de comprender en la diferencia –o supuesta diferencia- **entre lo político y lo jurídico y entre el derecho y lo viviente”**.*

Pues bien, al finalizar su trabajo sobre “Estado de Excepción”, Agamben nos dice: *“lo que el arcanum imperii del poder contiene en su centro es el estado de excepción, pero éste es esencialmente **un espacio vacío, en el cual una acción humana sin relación con el derecho tiene frente a sí una norma sin relación con la vida**.....El aspecto normativo del derecho puede ser así impunemente obliterado y contradicho por una violencia gubernamental que, ignorando externamente el derecho internacional y produciendo internamente un estado de excepción permanente, pretende sin embargo estar aplicando el derecho”* (2014:157-158, destacado del suscripto).

La aporía entre la vigencia efectiva del estado de excepción y la vigencia formal de la Constitución resulta claramente expuesta, así como el espacio vacío puede transformarse en un agujero negro que devora a la Constitución.

V. EL VALOR DE LA VIDA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE

La afirmación consistente en que la vida, y su existencia, constituyan un *prius* priorizándola respecto de cualquier precepto jurídico positivo, ha encontrado acogimiento explícito en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En efecto, se trata del “Caso Saguir y Dib” fallado el 6 de noviembre de 1980 con la firma de los integrantes de la Corte Dres. Pedro J. Frías y Elías P. Guastavino.

En dicho caso, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó, por mayoría, la sentencia de 1º Instancia que no hizo lugar a la solicitud formulada por los progenitores de la menor Claudia G. Saguir y Dib, en su representación, a fin de que se autorizara la ablación de uno de sus riñones para ser injertado en su hermano J. I. Contra esa decisión aquéllos dedujeron recurso extraordinario.

Fundamentaron su pedido en el padecimiento de una insuficiencia renal crónica de su hijo, que sólo sobrevive mediante un tratamiento artificial de hemodiálisis y que había sido transplantado en el año 1975 con un riñón de su madre, operación que sólo tuvo relativo éxito, toda vez que el riñón injertado sólo funcionó en un 11%. Asimismo, advirtieron que de los exámenes clínicos realizados en centros especializados, el único dador posible era su hermana C. G., quien tenía un estudio de compatibilidad de tipo “A”, es decir, histoidéntico. El peligro de muerte existía en el paciente a causa de la insuficiencia renal bilateral.

Se requiere autorización judicial en razón de que la donante tiene 17 años, faltando dos meses para que cumpliera 18 años.

El problema a resolver consiste en que para una ablación, el art. 13 de la ley 21.541 requiere para el o la donante la edad de 18 años.

La Corte resolvió contra la norma jurídica positiva, haciendo lugar al recurso extraordinario interpuesto.

Ubicó el fundamento en el escenario del derecho natural, no en el derecho positivo.

Es decir, en la *creencia* de un principio ético suprapositivo, en el caso, la existencia y subsistencia de la vida, pero no en un orden de conductas imperativo bajo amenaza de coacción física, propio de una norma positiva estatal.

La vía constitucional, necesaria para el acogimiento del recurso extraordinario en cuanto norma jerárquica conculcada, se acogió de manera indirecta, no directa, a través de principios, no de preceptos.

Y ello porque precisamente el principio vale como preexistente al precepto.

Y es por ello que el fallo, en lo sustancial, establece: “...*Es, pues, el derecho a la vida lo que está fundamentalmente en juego, primer derecho natural de la persona preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes (advértase que en la nota al art. 16 del Código Civil, que remite a los principios generales del derecho, el codificador expresa: “Conforme al art. 7° del Código de Austria”, y éste se refiere a “los principios del Derecho Natural”; vide igualmente el art. 515 y su nota)....*” (Fallos 302, pág.1284, destacado del suscripto).

VI.- CONCLUSIÓN

Es ciertamente loable pretender juzgar *este estado de excepción* establecido por los decretos de necesidad y urgencia a través de nuestra Constitución.

Pero ello supone una confusión conceptual en tanto *este estado de excepción* estaría previsto *dentro* de la Constitución y el mismo no habría cumplido con las reglas constitucionales que lo previeron y estaría violando los principios ideológicos en que se fundamentan aquellas reglas (libertad, igualdad, justicia, división de poderes).

Por el contrario, *este estado de excepción* se encuentra *afuera*, al margen, junto a la Constitución.

Su legitimidad radica en la regla científica, en el temor a la muerte, en el cuidado de la propia conservación de la vida misma y en la conexión entre protección y obediencia.

El Estado Constitucional de Derecho ha pasado a segundo término.

Ha quedado enhiesto el Estado a secas. Las puertas del infierno están abiertas.

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN Giorgio: Estado de excepción. Adriana Hidalgo editora S.A. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2014.
- BOBBIO Norberto: Thomas HOBBS. Fondo de Cultura Económica. Méjico. 1995.
- HABERMAS Jürgen: Verwissenschaftlichte Politik in demokratischer Gesellschaft. Manuskriptdruck der Studiengruppe für Systemforschung. Heidelberg. 1963.
- HELLER Hermann: Teoría del Estado. Fondo de Cultura Económica. Méjico. 1998.
- LOMPE Klaus: Wissenschaftliche Beratung der Politik. Otto Schwartz & Co. Göttingen. 1972.
- ROMERO César Enrique: Derecho Constitucional. Víctor P. de Zavalía. Buenos Aires. 1975.
- SCHMITT Carl: El concepto de lo político. Gandhi S.A. Folios Ediciones. Buenos Aires. 1984.
- _____ Teología Política. Editorial Trotta S.A. Madrid. 2009.
- _____ Teoría de la Constitución. Alianza Editorial S.A. Madrid. 2011.
- _____ Catolicismo y Forma Política. Areté Grupo Editor. Buenos Aires. 2009.

Documentación

- Constitución de la Nación Argentina. Edición de Jurisprudencia Argentina S.A. Ley 27541/19 <http://servicios.infoleg.gob.ar/>
- Decreto 260/20 <https://www.boletinoficial.gob.ar/>
- Decreto 297/20 <https://www.boletinoficial.gob.ar/>
- Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/20 <https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/>
- Die Verfassung des Deutschen Reiches (Weimarer Verfassung) vom 11. August 1919, en Die deutschen Verfassungen des 19. und 20. Jahrhunderts. Comp. H. Hildebrandt. Schöninghs Geschichtliche Quellen. 1970
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 302, pág. 1284.

¿CUÁNTOS DERECHOS EXISTEN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA?*

*Martín Diego Barbará***

Resumen: El presente artículo se propone mostrar que la declaración de la emergencia sanitaria dispuesta por el Decreto de Necesidad de Urgencia N° 260/20 ha supuesto la generación en la Argentina de virtualmente de un nuevo orden normativo con la consecuente afectación a las libertades individuales y al Estado de Derecho.

Palabras clave: emergencia sanitaria- Estado de Derecho

INTRODUCCIÓN

La anomalía derivada de la pandemia del coronavirus motivó en el año 2.020 la declaración de la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional por parte del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) y el dictado consecuente de una serie de medidas tendientes a hacerle frente y morigerar sus efectos en la sociedad.

En este trabajo, pretendemos clarificar si los efectos de la normativa de emergencia dictada por PEN afecta y en su caso, de qué modo, al Estado de Derecho.

Debemos, porque es importante, una aclaración previa: a los fines de la presente exposición vamos a obviar si el agravamiento de la crisis económica existente en la Argentina resulta de la epidemia en sí misma, esto es, del cambio en la conducta social derivada de la enfermedad por

* Artículo recibido el 21/9/2020 ~ aprobado para su publicación el 19/3/2021.

** Abogado (UCC) y Especialista en elaboración de normas jurídicas (UBA). Profesor de Derecho Político en la UNC y en la UCC. Miembro investigador del Programa de Cultura Jurídica Contemporánea radicado en el CIJS-Conicet.

las muertes, postraciones, etc. o si, por el contrario, es consecuencia de erróneas decisiones de la autoridad pública al momento de encarar la problemática sanitaria (por ejemplo, si el modelo sueco era más efectivo que el modelo argentino).

En este sentido, vamos a suponer la inevitabilidad de la crisis económica y social ante el brote de coronavirus y no discutiremos, por lo tanto, sobre la atribución de responsabilidad gubernamental alguna.

Hecha esta aclaración, analizaremos si el sistema normativo argentino tenía las herramientas para responder ante una situación de emergencia como la del brote del coronavirus o si, por el contrario, eran necesaria nuevas herramientas normativas para hacerle frente.

La tradicional distinción entre derecho público y derecho privado, resultará una herramienta útil para el análisis propuesto.

Nuestra conclusión será que la declaración de la emergencia ha irradiado sus efectos más allá de lo sanitario y ha supuesto la generación de virtualmente de un nuevo orden normativo con la consecuente afectación a las libertades individuales y al Estado de Derecho.

A) DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO. UTILIDAD DE LA CLASIFICACIÓN A LOS PRESENTES FINES

La distinción entre el ámbito de lo público y de lo privado es, quizás, uno de los elementos más distintivos de las prácticas institucionales y del pensamiento jurídico y político de Occidente a partir del siglo XVI.

Bobbio (1991:11) expresa que lo público y lo privado constituye una de las

“... ‘grandes dicotomías’ de las que una o más disciplinas –en este caso no solamente las disciplinas jurídicas sino también las sociales y en general las históricas-, se sirven tanto para delimitar, representar y ordenar su campo de investigación, como para permanecer en el ámbito de las ciencias sociales...”

No resulta factible, y quizás tampoco conveniente, efectuar una definición exhaustiva entre lo público y lo privado. En términos generales, debemos manifestar que lo público hace referencia a la comunidad en su conjunto, mientras que lo privado es lo relativo a cada persona en particular o a los grupos menores que se dan en el seno de la comunidad.

Sobre el particular, nos dice Bobbio (1991:13):

“La dicotomía clásica entre derecho privado y derecho público muestra la situación de un grupo social en el que se manifiesta ya la distinción entre lo que pertenece al grupo en cuanto tal, a la colectividad, y los que pertenece a los miembros, específicos, o más en general entre la sociedad global y grupos menores (como la familia) o también entre un poder central superior y los poderes periféricos inferiores que con respecto a él gozan de una autonomía relativa, cuando no dependen totalmente de él”.

Es importante destacar aquí que derecho público y derecho privado también se diferencian generalmente en su fuente. Mientras que en el derecho público la fuente es la ley, es decir, aquel mandato impuesto autoritativamente por el poder político caracterizada por su generalidad, en el derecho privado la fuente es el contrato¹, esto es, reglas de conductas que los propios particulares consensuan entre sí para regular sus relaciones.

La distinción entre el derecho público y el derecho privado remonta sus orígenes al derecho romano, en el que existía la distinción entre el derecho público y el derecho privado. Así, el Libro Primero, Título Primero, Parágrafo 4, de las Instituciones (“*Institutas*”) de Justiniano expresa:

“Dos son los aspectos de este estudio, el público y el privado. Derecho público es el que respecta al estado de la cosa romana; privado, el que pertenece a la utilidad de cada cual”.

La importancia de la distinción radica en que, para los romanos, existía un extendido ámbito de relacionamiento con personas que se encontraban más allá de la comunidad política de su pertenencia. Ese ámbito de rela-

¹ Como es sabido, la legislación civil reserva la expresión “contrato” para las relaciones entre particulares de naturaleza patrimonial (cfr. art. 957 Código Civil y Comercial). En el presente trabajo, haremos una aplicación más extensiva de dicho vocablo y la utilizaremos como sinónimo de acuerdo de voluntades entre dos o más personas. La razón de ello es que las medidas tomadas por las autoridades gubernamentales con motivo del covid-19 han ido más allá de las relaciones patrimoniales entre sujetos (ámbito al que, en general, se circunscribían las normativas de emergencia) y se han inmiscuido en otros ámbitos (libertad ambulatoria, salud, intimidad, etc.) de la vida de las personas, por lo que el concepto de “contrato” conforme la legislación civil no resulta suficiente a los fines de evidenciar la real envergadura del avance de lo público sobre lo privado.

cionamiento tenía un particular acento económico, ya que el derecho de las obligaciones y de la propiedad ocupaban un lugar preponderante en el dominio del *ius gentium*, es decir, del derecho común a todos los pueblos.

En las postrimerías del siglo XIX y a partir del siglo XX, las nuevas circunstancias económicas, políticas y sociales pusieron en crisis el modelo de Estado liberal mínimo y el predominio del modelo iusprivatista se fue diluyendo a medida que se imponía la idea de la subordinación del interés privado al interés público.

La idea de la primacía de lo público sobre lo privado tuvo, como es de suponer, su traducción normativa en la legislación de distintos Estados. En un primer momento, referido a los límites contractuales en materia laboral y al uso y goce de la propiedad. Luego, esta primacía se extendió a las relaciones de consumo y a la protección ambiental, entre otros aspectos de la vida de las personas, todos los cuales, por lo menos en la Argentina, fueron objeto incluso de reconocimiento constitucional. Hoy, el constitucionalismo posmoderno y el neo-constitucionalismo, bregan por respuestas basadas en la solidaridad ante la complejidad del mundo globalizado y los avances científico-tecnológicos.

Este avance de lo público sobre lo privado y la consecuente ampliación de la esfera de lo público bajo el fundamento de la solidaridad que debe primar entre los miembros de una comunidad, ha llevado a algunos a sostener que la distinción entre derecho público y derecho privado ha perdido su razón de ser en la realidad jurídica actual: tanto uno como otro reconocen su fuente en los principios contenidos en la Constitución y, como tales, son susceptibles de ser auscultados bajo su luz.

No se trata, pues, de resolver frente a dos derechos contrapuestos (uno, el individual; el otro, el público), sino que se debe alcanzar una armonización entre ambos a partir de una tarea argumentativa que tiene su raíz en los principios contenidos en la Constitución.

En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia a partir del 01 de agosto de 2015, expresa el ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Lorenzetti:

“La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y el derecho privado... (El Anteproyecto) innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”.

A nuestro juicio la distinción entre lo público y lo privado no se ha desvanecido, sino que la constitucionalización del derecho privado es una forma de afirmar la supremacía del derecho público sobre el privado.

Por tanto, utilizaremos tal distinción como ejes para seleccionar algunas cuestiones que consideramos relevantes en ambos ejes (público/privado), vertebrando en ellos los datos y comentarios conducentes a dar respuesta a la problemática generadora del presente trabajo: la vigencia del Estado de Derecho en el marco de la hiperactividad normativa del Poder Ejecutivo Nacional, contextualizada en la emergencia provocada por la pandemia del covid19.

B) LA EMERGENCIA EN EL DERECHO

Como su palabra lo indica, la palabra emergencia hace referencia a algo que emerge, que estaba escondido y que sale a la luz. Como estaba escondido, no se lo podía prever y, al emerger, causa sorpresa y obliga a actuar. Ahora bien, qué está escondido o no depende de los límites de nuestro modelo o esquema de conocimiento: para gran parte de los mortales, el petróleo es algo escondido pero no sucede ello con las empresas petroleras.

Como afirma Guibourg (2003:1062),

“... ninguna situación es ni puede ser una emergencia por sí misma, sino en comparación de los límites del modelo con el que se lo encara. Una enfermedad es una emergencia para el individuo que la sufre, pero es algo normal en el hospital donde se la trata”.

En el derecho, cuando se declara una emergencia se dictan una serie de normas tendientes a hacerle frente. Estimamos que lo primero que debemos hacer en tal caso es analizar si el sistema normativo había o no previsto antes la existencia del hecho que motivó esa declaración (entendemos por previsto el hecho, cuando se encontraba subsumido en una norma). Si ése es el caso, la declaración de la emergencia lleva a la derogación de la norma previa y al dictado de una nueva.

Dado que, como dice Heller (1988: 284), “...*los principios morales del derecho* (son los) *que constituyen la base de las normas jurídicas positivas*”, el dictado de la nueva norma supone una visión moral e ideológica

que difiere de la que existía previo a la emergencia. Se entiende que la norma anterior no era adecuada y se la sustituye por otra.

Ahora bien, una declaración de emergencia produce una gran incertidumbre en los actores que han diseñado sus cursos de acción de acuerdo a cierto sistema normativo, ya que no se aplican aquellas normas que existían al momento de decidir la conducta a seguir. Es por ello que frecuentemente se dice que las declaraciones de emergencia suelen atentar contra el “Estado de Derecho” (Rule of Law), que requiere de normas claras, irretroactivas y estables para su funcionamiento (Raz, 1979:211)².

Sobre el particular, afirma Vernengo (2003:1087-1088):

“Ahora bien, los procesos de derogación, a diferencia de los de promulgación, incrementan la incertidumbre con respecto a los contenidos de un ordenamiento jurídico. Así las facultades derogatorias concedidas al Poder Ejecutivo, invocando standars tan imprecisos como una emergencia económica, resultan en que la incertidumbre jurídica o, si se quiere, la seguridad que ofrece un sistema de derecho escrito en un estado de derecho, aumenta exponencialmente. De ahí que, frente a esta legislación derogatoria delegada, los juristas que pretenden adoptar una actitud objetiva –digamos, científica- no cuenten con recursos metódicos suficiente para pensar con categorías tradicionales el cambio acaecido en un derecho positivo, por cuyo motivo también el discurso de los juristas teóricos suele descender al plano puramente retórico, convirtiéndose en un dato más de una discusión política relativamente descentralizada. Esto es: el recurso a la emergencia, para derogar normas y producir otras por vía de delegación, hace del ordenamiento jurídico un dominio donde la módica racionalidad y objetividad que pretende el conocimiento científico del derecho quedan reducidos a una quimera”.

C) LA EMERGENCIA SANITARIA DECRETADA POR EL PEN CON MOTIVO DEL COVID 19.

El día 21 de diciembre de 2.019, el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 27.541 denominada “*Ley de la Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública*” por la cual se declaró

² La traducción nos pertenece.

“... la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, se delegan en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2º, hasta el 31 de diciembre de 2020.”

En lo que a la emergencia sanitaria concierne, las bases de la delegación contenidas en el art. 2, inc. f) y en los arts. 64 a 85, se refirieron a:

- lograr acceso y/o suministro de medicamentos esenciales para la prevención o el tratamiento de enfermedades para pacientes en situación de vulnerabilidad social;
- atender el efectivo cumplimiento de la ley nacional de vacunación;
- lograr el acceso de los jubilados nacionales a las prestaciones médicas esenciales del PAMI.

Ninguna mención existía, pues, a una situación de epidemia o pandemia.

Pero el día 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote de coronavirus como pandemia y, ante ello, el PEN dictó el Decreto de Necesidad de Urgencia N° 260/20 en virtud del cual dispuso la ampliación de la emergencia sanitaria en razón del COVID-19 por el plazo de un año (art. 1°).

Para ello, facultó al Ministerio de Salud para llevar adelante campañas de concientización y educación en la ciudadanía, a contratar profesionales y técnicos de la salud extranjeros que no tengan titulación nacional, a coordinar con las jurisdicciones subnacionales medidas de salud pública y restricciones a los viajeros, entre otras numerosas acciones también previstas (art. 2°).

D) CUESTIÓN ILUSTRATIVA EN EL EJE DE DERECHO PRIVADO: LA EMERGENCIA SANITARIA Y LAS RELACIONES LOCATIVAS

El día 29 de marzo de 2020, el PEN dictó el DNU N° 320/2020 por el cual dispuso, en el marco de la emergencia sanitaria, lo siguiente:

1- la **suspensión** hasta el día 30 de septiembre de 2020 de la ejecución de sentencias judiciales de desalojo de inmueble derivado de la falta de

pago del canon locativo, aún cuando existiere ya orden de lanzamiento (art. 2°);

2- la **prórroga** hasta el 30 de septiembre de 2.020 de todo contrato de locación que haya vencido a partir del 20 de marzo de 2.020 y hasta el 30 de septiembre del mismo año (art. 3°);

3- el **congelamiento** hasta el 30 de septiembre del 2.020 de los precios de los alquileres al valor del mes de marzo de 2.020. La diferencia existente entre el precio devengado según contrato y el percibido según lo dispuesto por el DNU será pagado entre tres y seis cuotas mensuales, iguales y consecutivas, sin interés alguno, a partir del mes de octubre de 2.020 (art. 4°).

Queda exceptuado del congelamiento el precio del alquiler cuando *“la parte locadora dependa del canon convenido en el contrato de locación para cubrir sus necesidades básicas o las de su grupo familiar primario y conviviente, debiéndose acreditar debidamente tales extremos”*.

4- la **prórroga de la exigibilidad** de deudas por falta de pago, vencidas en el período comprendido entre la entrada en vigencia del DNU (29/03/2.020) y el 30 de septiembre de 2.020; se le otorga al locatario la potestad de saldar dichas deudas a partir del mes de octubre de 2.020, bajo la modalidad de tres a seis cuotas iguales, mensuales y consecutivas y sólo generarán intereses compensatorios equivalentes a la tasa que paga el Banco Nación por depósitos a plazo fijo a 30 días.

5- la **mediación obligatoria** para los conflictos que pudieren suscitarse por la aplicación del DNU.

Conforme puede leerse en los Considerandos del DNU N° 320/2.020, su dictado busca proteger el derecho a la vivienda reconocido por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, que previsiblemente se verá afectado como consecuencia de la crisis económica y social derivada del aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el PEN en el Decreto N° 297/2.020.

Transcribimos a continuación algunos extractos de los considerandos de aquel decreto:

“Que nos encontramos ante una emergencia sanitaria que obliga al gobierno a adoptar medidas y decisiones con el objetivo de velar por la salud pública, pero, también, para paliar los efectos de las medidas restrictivas dispuestas, que afectarán el consumo, la producción, la prestación de servicios y la actividad comercial, entre otros muchos

efectos. Esta situación exige extremar esfuerzos para enfrentar no solo la emergencia sanitaria, sino también la problemática económica y social. En efecto, el Estado debe hacerse presente para que los y las habitantes de nuestro país puedan desarrollar sus vidas sin verse privados de derechos elementales, como el derecho a la salud, pero sin descuidar otros, como el derecho a la vivienda.

Que la emergencia antes aludida, con sus consecuencias económicas, torna de muy difícil cumplimiento, para una importante cantidad de locatarios y locatarias, hacer frente a sus obligaciones en los términos estipulados en los contratos, redactados para una situación muy distinta a la actual...

Que, ante estas situaciones, muchos locatarios y locatarias, en el marco de esta coyuntura, pueden incurrir en incumplimientos contractuales, y ello, a su vez, puede desembocar, finalmente, en el desalojo de la vivienda en la cual residen. Ello agravaría aún más la compleja situación que atraviesan y las condiciones sociales imperantes”.

Conforme los considerandos transcritos, el DNU pretende proteger con especial énfasis el derecho a la vivienda. Ahora bien, no se compadece ello con su art. 9° que dispone cuáles son los contratos de locación alcanzados:

- “1. De inmuebles destinados a vivienda única urbana o rural.*
- 2. De habitaciones destinadas a vivienda familiar o personal en pensiones, hoteles u otros alojamientos similares.*
- 3. De inmuebles destinados a actividades culturales o comunitarias.*
- 4. De inmuebles rurales destinados a pequeñas producciones familiares y pequeñas producciones agropecuarias.*
- 5. De inmuebles alquilados por personas adheridas al régimen de Monotributo, destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria.*
- 6. De inmuebles alquilados por profesionales autónomos para el ejercicio de su profesión.*
- 7. De inmuebles alquilados por Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MiPyMES) conforme lo dispuesto en la Ley N° 24.467 y modificatorias, destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria.*

8. De inmuebles alquilados por Cooperativas de Trabajo o Empresas Recuperadas inscriptas en el INSTITUTO NACIONAL DE ASOCIATIVISMO Y ECONOMÍA SOCIAL (INAES).”

D.1) La emergencia en el Código Civil y Comercial en las relaciones locativas: el caso fortuito y la fuerza mayor.

El DNU antes referido hace referencia a dos hipótesis distintas:

- una, referida al caso en que existe sentencia de desalojo e, inclusive, orden de desalojo;
- otra, vinculada a una relación locativa existente al momento de que se encuentra “viva”, distinguiendo entre prórroga del plazo de vencimiento, congelamiento del precio y prórroga en el pago de los alquileres.

El DNU nada dice de los alquileres adeudados previo al aislamiento social preventivo y obligatorio, ni a los procesos judiciales de desalojo y de ejecución de alquileres que se encuentren en curso de tramitación.

Veamos si tales situaciones podían considerarse previstas en el Código Civil y Comercial y, en su caso, cuáles son las soluciones aplicables.

El art. 1730 CCC prevé la figura del caso fortuito y de la fuerza mayor en los siguientes términos:

“Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario.

Este Código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos.”

La primera pregunta que surge, pues, es si podemos considerar el brote de coronavirus como una hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor.

En este sentido, entendemos que la respuesta es afirmativa tanto por elementales razones lógicas (si el brote de coronavirus es una emergencia y, como tal, no pudo ser previsto, ergo el brote del virus es un caso fortuito o de fuerza mayor) y por razones jurídicas, toda vez que la tradición jurídica ha considerado el caso de las epidemias o peste como una de las típicas hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor. Vélez Sársfield, en la

nota al art. 514 de Código Civil que se refería al caso fortuito o fuerza mayor, explícitamente cita el Digesto y el caso de las pestes.

La segunda pregunta es cómo el CCC resolvería las situaciones contenidas en el DNU, que es a lo que nos referiremos a continuación:

- **caso de las sentencias de desalojo:** si bien el art. 1730 exime de responsabilidad al deudor ante el caso fortuito, el art. 1733, inc. c), ordena que ello no sucede para el caso de que el deudor estuviera en mora.

En consecuencia, si la sentencia de desalojo por falta de pago supone una situación de mora, conforme el modelo o esquema del CCC, no corresponde la suspensión de su ejecución y/o de la orden de lanzamiento.

- **relaciones locativas “vivas”:** debe distinguirse si el locatario puede o no hacer uso del inmueble objeto de la locación.

En el primer supuesto (**puede usar del inmueble**), al no existir frustración en el uso y goce de la cosa como consecuencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio, el locatario puede recurrir al instituto de la imprevisión y solicitar, tanto judicial como extrajudicialmente, por vía de acción o de excepción, la resolución del contrato o una adecuación a las nuevas circunstancias de las prestaciones a su cargo (art. 1091 CCC). Tal situación se presenta en general en los inmuebles locados con destino a vivienda.

En el segundo supuesto (**no puede usar el inmueble**), al existir frustración temporal en el uso y goce del inmueble objeto de la locación mientras dura el aislamiento social, preventivo y obligatorio, entendemos que la parte afectada puede pedir la resolución del contrato por frustración de la finalidad (cfr. arts. 1090 y 1203 CCC), cesación del pago del precio mientras dure el aislamiento (cfr. art. 1203 CCC) o recurrir al instituto de la imprevisión (art. 1091).

Como puede deducirse de lo expresado, el CCC tenía soluciones previstas para los casos a los que hace referencia el DNU y, sin embargo, se prefirió el dictado de nuevas herramientas que modificaron el ordenamiento jurídico, esto es, crearon una nueva legalidad.

Y queda planteada además una inquietud: si se trata de una ley de orden público, ¿puede ser invocada a su favor por el locador?

E) CUESTIÓN ILUSTRATIVA EN EL EJE DEL DERECHO PÚBLICO: EL PROCEDIMIENTO DE SANCIÓN DE LA LEY DE EMERGENCIA

Como referimos con anterioridad, el derecho público es el ámbito de la comunidad. El DNU N° 297/2020 que estableció el aislamiento social, preventivo y obligatorio es el ámbito, pues, de lo público, pues afecta todos los ciudadanos por igual en pos de un beneficio que se estima comunitario.

El art. 76 de la Constitución Nacional es claro cuando prescribe que, para una declaración de emergencia, la herramienta a utilizar para la restricción de derechos comunitarios es la ley, lo que no ha sido respetado, pretendiéndose a través de una suerte de legitimación paralela basada en el asesoramiento científico y acuerdos copulares a nivel ejecutivo, engendrar una nueva legalidad.

Sin embargo, es en el procedimiento previo a la sanción de la ley donde se garantiza una deliberación y una discusión tendientes a obtener el consentimiento necesario para la legitimidad de toda obligación política. Es la discusión la que permitirá poner a la luz las razones que habilitan a declarar la emergencia y cuál son los medios más idóneos para conjurarla.

Bernard Manin, en su obra *Los Principios del Gobierno Representativo*, entiende que uno de los principios del gobierno representativo es la toma de decisiones a partir de un proceso de discusión en razón de que, por la igualdad ínsita de las personas, nadie puede imponer su voluntad a otra sin que haya existido consentimiento previo.

Expresa el citado autor:

“Los fundadores del gobierno representativo situaban la igualdad de voluntades en la raíz de sus concepciones políticas: ninguna superioridad intrínseca otorga de terminados individuos el derecho a imponer su voluntad sobre los demás. Por lo tanto, en una asamblea en la que se ha de lograr la convergencia de voluntades pese a la diversidad de posiciones de partida, ni los más poderosos, ni los más competentes, ni los más ricos tienen derecho a imponer su voluntad; todos los participantes han de tratar de ganarse el consentimiento de los demás mediante el debate y la persuasión” (pág. 229)

En consecuencia, el DNU supone el medio más autoritativo para imponer una restricción de derechos. También, a nuestro juicio, el medio más imperfecto porque, al no escucharse las voces discordantes propias del juego parlamentario, no se pueden evaluar otros cursos de acción.

Tal carácter autoritativo del DNU se visualiza de manera clara en el DNU N° 408/2020 que prorroga el aislamiento del N° 297/2020 en cuanto en sus considerandos expresa:

“Que, antes de decidir esta medida, el Presidente de la Nación y el Ministro de Salud de la Nación mantuvieron una reunión con destacados expertos en epidemiología y recibieron precisas recomendaciones acerca de la conveniencia y necesidad, a los fines de proteger la salud pública, de prorrogar el “Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio” hasta el día 10 de mayo del corriente año, inclusive.

Que, asimismo, los gobernadores, las gobernadoras y el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires manifestaron su acompañamiento a las medidas dispuestas para mitigar la propagación del Virus SARS-CoV-2, y realizaron consideraciones sobre las realidades locales, las cuales se tienen en cuenta en la presente medida.”

Esta problemática sanitaria de contornos tan complejos e inéditos, importa para el pensamiento jurídico-político verdaderos desafíos para su encuadre e interpretación, lo que ha generado posturas diversas en los autores.

Así, por caso, en la misma línea del presente artículo, Barbará, J E (2020:444-445), afirma:

“Según he adelantado, resulta muy difícil, cuando no imposible, compatibilizar los decretos sobre la pandemia con la Constitución Nacional, no sólo por la vulneración de los derechos y garantías constitucionales más emblemáticos sino por la ausencia de los órganos de control –Poder Legislativo y Poder Judicial- y por la obediencia que a los decretos han observado dichos órganos.

Debe advertirse que cada vez que un Juez rechaza un amparo o un habeas corpus interpuesto con fundamento en la inconstitucionalidad de una restricción establecida por los decretos, y el control de razonabilidad que aplica es el del sistema jurídico de esos decretos y no el del art. 28 de la Constitución Nacional, dicho Magistrado está confirmando la existencia de un sistema jurídico cuya legitimidad es ajena a la de la Constitución.

Se trata, entonces, de reflexionar y entender qué es el estado de excepción que se ha instalado en Argentina y, posiblemente, en el mundo, y qué

riegos existen en relación a la existencia misma del Estado Constitucional de Derecho”

Por el contrario, Riberi (2020:221-222) entiende que:

“El abuso de la actividad legislativa excepcional del PEN, en primer lugar, tuvo lugar mientras el Congreso de la Nación se encontraba paralizado y los tribunales federales y provinciales tenían sus actividades mayormente suspendidas. En ese contexto, sin embargo, el citado el DNU 297/20 -que estableció un Aislamiento Social Preventivo Obligatorio (ASPO)-, desde mi punto de vista, supera un examen de constitucionalidad. La cuestión, de todos modos, no es sencilla.⁷⁹ Y no lo es porque dicho DNU que tenía un alcance temporal limitado hasta el 31/03/20, ha tenido sucesivas prórrogas.

Y, porque dichas prórrogas han sido decididas por el PEN en soledad; sin mencionar que un concierto de legislación de emergencia complementaria también se ha sumado sin deliberación ni acuerdo parlamentario alguno. Lamentablemente, la parálisis del Congreso y la poca actividad de los Jueces hacen que este expansivo cuadro normativo de emergencia se encuentre bajo sospecha.”

Conclusión

Creemos haber mostrado de modo suficiente que el sistema jurídico argentino tenía las herramientas suficientes para responder ante una situación de emergencia como la del brote del coronavirus, de modo tal que la declaración de la emergencia ha irradiado sus efectos más allá de lo sanitario y ha supuesto la generación de virtualmente un orden normativo paralelo, con la consecuente afectación a las libertades individuales y al Estado de Derecho.

La dura experiencia de nuestra historia argentina sobre el débil respeto a la institucionalidad, que desestructura la vida social pues le saquea el orden y la previsibilidad necesarios para el desarrollo individual y colectivo, se manifiesta en los casos presentados en la doble vertiente del Derecho Privado y del Derecho Público.

Esto nos trae a la memoria estas vívidas palabras de Esteban Echeverría, en su obra *El Matadero* (1993:125):

“Pero no es extraño, supuesto que el diablo con la carne suele meterse en el cuerpo y que la Iglesia tiene el poder de conjurarlo: el caso es reducir al hombre a una máquina cuyo móvil principal no sea su voluntad sino la de la Iglesia y el gobierno. Quizá llegue el día en que sea prohibido respirar aire libre, pasearse y hasta conversar con un amigo, sin permiso de autoridad competente. Así era, poco más o menos, en los felices tiempos de nuestros beatos abuelos que por desgracia vino a turbar la revolución de Mayo.”

BIBLIOGRAFÍA

- BARBARÁ, Jorge Edmundo: *Pandemia. Decretos de Necesidad y Urgencia y Constitución*, en *El Derecho Argentino frente a la Pandemia y Post-Pandemia Covid-19 – Tomo III* (Director: Guillermo Eduardo Barrera Buteler), *Advocatus*, Córdoba, 2020, pp. 437-452.
- BOBBIO, Norberto: *Estado, Gobierno y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México, 2016.
- ECHVERRÍA, Esteban: *La Cautiva. El Matadero*. Editorial Losada SA, Buenos Aires, 1993.
- GUIBOURG, Ricardo A: *Norma, Coyuntura y Emergencia*, en *Revista Jurídica Argentina La Ley 2003-E*, La Ley, Buenos Aires, 2003, pp. 1061-1065.
- HELLER, Hermann: *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- MANIN, Bernard: *Los Principios del Gobierno Representativo*. Alianza Editorial, 1998.
- RAZ, Joseph, *The Rule of Law and Its Virtues* en J. Raz, *The Authority of Law*. Clarendon Press, Oxford, 1979, pp. 211-229
- RIBERI, Pablo César, *Desequilibrio de Poderes durante la Emergencia – Cuando el Centro está Afuera de la Figura-*, en *El Derecho Argentino frente a la Pandemia y Post-Pandemia Covid-19 – Tomo II* (Director: Guillermo Eduardo Barrera Buteler), *Advocatus*, Córdoba, 2020, pp. 193-241.
- SALVAT, Raymundo M, *Tratado de Derecho Civil Argentino - Obligaciones en General, Tomo I*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952.
- VERNENGO, Roberto J.: *Notas sobre el Recurso a la Emergencia como Procedimiento Derogatorio*, en *Revista Jurídica Argentina La Ley 2003-E*, La Ley, Buenos Aires, 2003, pp. 1084-1088.

EL PAISAJE COMO OBJETO DE TUTELA EN LA NORMATIVA DE BASE EN ARGENTINA*

*Cristina del Campo***

Resumen: En la República Argentina no existe -a nivel de normativa de base- “paisaje” como objeto de tutela específico, lo que lo posiciona en un permanente campo de conflicto de intereses entre un tipo de desarrollo -no sustentable- y los derechos de incidencia colectiva. Uno de los desafíos que afronta el derecho, es la tutela del paisaje desde su normativa de base. El presente trabajo tiene por objetivo partir del concepto de paisaje y presentar las distintas posibilidades de encuadre jurídico como objeto de tutela en el ordenamiento jurídico argentino a partir de la normativa de base y las opciones según se trate del componente que lo defina o de la línea de tutela en la que se enmarque.

Palabras Clave: paisaje. Patrimonio natural. Patrimonio cultural. Recurso natural

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los desafíos que desde el derecho puede presentarse en relación a “lo ambiental” es la tutela del *paisaje*. Todos y cada uno tiene en su mente “el paisaje” que lo acompaña, ya sea por ser el del lugar de crianza, donde se fue feliz o simplemente el lugar que nos agrada (y nos suelen cautivar muchos paisajes). Y cada uno de esos paisajes, por lo general, se identifica por su vegetación, por un curso o cuerpo de agua que lo atraviesa o conforma; por su topografía específica; por contener notas culturales; etc. Esa característica específica es lo que define a ese paisaje por lo general, aunque no en todos los casos es así. Y entonces ciertos lugares están más privilegiados que otros en cuanto a su tutela ya que son

* Artículo recibido el 1/12/2020 ~ aprobado para su publicación el 7/12/2020.

** María Cristina del Campo: Doctor en Derecho y Cs. Ss. (UNC); Profesor Titular IUA-UNDEF. E-mail: cdelcampo@iua.edu.ar

áreas naturales o culturales protegidas; o un área específica de bosques; o detentan una tutela en particular por el curso o cuerpo de agua del que se trate; o por ser un ámbito de conservación privado –entre otros-.

El problema por lo general se suscita cuando alguno de los componentes de ese paisaje no protegido específicamente (ya sea por una categoría de tutela de las ciudades) es impactado y con ello todo el resto de componentes interconectados en la figura de “paisaje”.

En la Argentina paisaje no es objeto de tutela específico a nivel de normativa de base¹; no está tipificado ni se incorpora en las leyes de presupuestos mínimos ambientales; si bien tímidamente el nuevo Código Civil y Comercial lo menciona (y solo eso). Así los paisajes se encuentran -por lo general- susceptibles de ser impactados al ser base del conflicto de intereses entre un tipo de desarrollo -no sustentable- y la defensa de derechos de incidencia colectiva. Al no aparecer específicamente en los niveles de regulación de base, (no es una temática que siempre sea de fácil encuadre); no resulta del todo claro en todos los casos especificar qué es lo que se tutela detrás del concepto de paisaje; ya que puede considerárselo –como ya se mencionara- incluido en una multiplicidad de bloques normativos; quedando notoriamente desprotegido junto con los derechos que penden de su integridad al momento de conjugarse derechos de desarrollo.

El presente trabajo tiene por objetivo partir del concepto de paisaje y ensayar las distintas posibilidades de calificación y encuadre jurídico a partir de la normativa que lo incluye como objeto de tutela. Para lo cual partiremos de considerar paisaje como un espacio que por sus características específicas reúne determinados elementos esenciales para ser objeto de tutela; partiéndose de un inicial encuadre de base –al modo de hipótesis- sustentado en *la cláusula ambiental constitucional* para ir desde allí ensayando las diferentes fórmulas que lo incluyan o subsumirlas a las mismas por inferencia lógica. Se parte de considerar *paisaje* como:

- Bien ambiental (como parte del derecho al ambiente) colectivo
- Recurso natural: como Patrimonio Turístico/deportivo
- Patrimonio natural: como Paisaje Natural
- Patrimonio Cultural: como Paisaje Cultural

¹ Se entiende a los fines de este artículo como normativa de base a aquella compuesta por la Constitución Nacional; los Códigos de fondo y las Leyes de Presupuestos Mínimos Ambientales

Conforme sea la categoría de tutela en la que revista (o conjunto de ellas) haremos una aproximación a *paisaje* como concepto incluido en el ordenamiento jurídico de referencia o como objeto específico de tutela.

¿Qué se entiende por Paisaje?

No existe una definición unánime sobre lo que se entiende por paisaje; el término *paisaje* proviene del latín *pagus* (país) y del sustantivo latino *pagus* o *pagensis* “campo” “tierra” “aldea”. Para la Convención Europea del Paisaje² es entendido como cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos (art.1)”); para Martín Mateo³ paisaje natural es “un conjunto estable de componentes naturales socialmente percibidos como relevante y jurídicamente tutelado”; para Prieur “el paisaje es la ilustración perfecta de la unión en torno de un patrimonio a la vez natural y cultural. De allí que la noción de patrimonio común aparezca como transambiental, es decir, como aplicable a casi todos los elementos del medio ambiente, sean naturales y culturales”⁴. Conforme a Morel Echevarría; “*El paisaje es un interés jurídico colectivo integrado por el más amplio del medio ambiente y como tal advierte el deber prioritario de protección por parte del Estado pudiendo suponer la limitación de otros derechos e intereses privados!*”⁵. Paisaje como compo-

² Convenio Europeo del Paisaje (Florencia, 2000) <http://www.upv.es/contenidos/CAMUNISO/info/U0670786.pdf>

³ MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*. Trivium. Tomo III. Madrid, 1997, pp. 505 y ss.

⁴ PRIEUR, Michel “La noción de patrimonio común”. JA 1998 IV-1014. Citado por LORENZETTI, Ricardo. *Teoría del Derecho Ambiental*. La Ley. Buenos Aires 2008 pp. 14, pp.13

⁵ Algunos autores como Morel lo identifican a partir de agrupar los componentes esenciales del paisaje, los cuales son; el elemento subjetivo; el elemento objetivo; elemento normativo y el elemento finalista; el elemento subjetivo, refiere a las cosas o bienes del dominio público cuya titularidad le corresponde al pueblo, las que se pueden usar y gozar directamente, siendo la autoridad constituida quien lo administra; el elemento objetivo, implica lo incluido en el dominio público; que será aquello que tenga la aptitud necesaria, o reúna las correspondientes características, para cumplir las finalidades que motivan la institución dominial (pública o privada, aunque en este caso publica); el cual como bien puede integrar esta clasificación. El elemento normativo, es el que determina

nente esencial de “lo ambiental” es objeto de tratamiento en el *Laudato Si*”⁶, asentando en el mismo parte de su contenido (e incluso haciendo referencia a la contraposición paisaje/basura) si bien no se agota en esta mera mención el vasto desarrollo del concepto.⁷

Es de aclarar que no nos referiremos al paisaje objeto de tutela de regulaciones de parques, áreas naturales o a la regulación que los coloca a cierto resguardo mediante categorías restrictivas del uso y goce colectivo; como así tampoco aquellas regulaciones internacionales que adopta la Argentina y que se caractericen por un sistema de listados, por ejemplo.

En nuestro caso partiremos de considerar en una primera acepción a “paisaje” como *bien colectivo* que involucra derechos de incidencia colectiva; como *recurso natural* del que depende una actividad económica como la turística -entre otras- y como parte del *patrimonio natural y cultural* del país. Para ello se considerará lo establecido en la regulación de base; esto es en la Constitución Nacional, Códigos de Fondo y leyes de Presupuestos mínimos ambientales.

2. PAISAJE EN LOS POSIBLES ENCUADRES COMO BIEN JURÍDICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE BASE

Es en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) en el que se determina la naturaleza jurídica de las cosas, y a partir de lo cual se pueden enmarcar componentes ambientales como por ejemplo un lago, un río, etc. como bien; como objeto material e inmaterial susceptible de tener apreciación económica. No siendo el caso de paisaje ya que como se señalara no es objeto de calificación como bien de dominio público;

que su existencia depende de la voluntad del legislador, sin ley no hay bien de naturaleza dominial y el elemento finalista, esto es la utilidad pública. MOREL ECHEVARRÍA J., *El Derecho al disfrute del Paisaje: Alcance, límites y técnicas para su protección en el Ordenamiento Argentino*. Programa de Doctorado en Derecho Ambiental. Tesis Doctoral. Universidad de Alicante Facultad de Derecho. Alicante, 2015. pp.453 y ss.

⁶ V. Carta *Encíclica Laudato Si* del Santo Padre Francisco *El Cuidado de La Casa Común* (151)

⁷ Sobre el tema V. MÍNGUEZ, S., ÁLVAREZ F., “El concepto de paisaje y sus elementos constituyentes: requisitos para la adecuada gestión del recurso y adaptación de los instrumentos legales en España”, *Cuadernos de Geografía- Revista Colombiana de Geografía* | Vol. 24, n.º 1, ene.-jun. del 2015 | 2256-5442 BOGOTÁ, pp. 29-42

ni de regulación específica y solo se lo menciona en el mismo una vez en un contexto de derechos de incidencia colectiva.

Paisaje -en el resto de la normativa de base- como objeto de derecho puede considerarse que se integra por componentes básicos como *naturaleza y cultura*; es naturaleza puesta en valor, es cultura puesta en valor; es lo que es de todos en uso y goce; indivisible en tal sentido. Siendo en la Constitución Nacional donde se tutela específicamente al patrimonio natural y al patrimonio cultural y se ordena un uso racional de los recursos naturales; además de reconocerse los derechos de incidencia colectiva, pudiéndose considerar que paisaje integra estas figuras. En tal orden de ideas comenzaremos tratando las bases de paisaje en los posibles encuadres referidos.

2.1. Paisaje como Bien ambiental (como parte del derecho al ambiente) colectivo- Como derecho de incidencia colectiva

La *Constitución Nacional Argentina* (CN) reconoce en la *cláusula ambiental* (art. 41) el derecho a un ambiente, sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, y la obligación de las *autoridades de proveer 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.*

El paisaje como aspecto integrante del derecho al ambiente parte de la satisfacción de necesidades colectivas; es ambiente de disfrute colectivo. Si bien la base (mas allá de la segmentación territorial objeto de distintos tipos de dominios) es de ser un *bien* y en tal sentido es parte del patrimonio natural y cultural en titularidad de todos.

Asimismo, paisaje aparece mencionado expresamente en el *Código Civil y Comercial de la Nación* (CCC) como limitante al accionar de derechos individuales. Al reconocerse en su articulado (art. 14 CCC) derechos individuales y derechos de incidencia colectiva. En tal sentido especifica que *la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.* Titulando una sección como “Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva” en los que se establecen los citados *límites* al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes de incidencia colectiva; debiendo los primeros ser ejercidos de manera “compatible”

con los derechos de incidencia colectiva; y: “Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.” (art. 240 CCC).

La incorporación de “paisaje” en el CCC es separar la figura de lo que lo puede integrar como ser la fauna, flora, agua, etc. incorporándose expresamente a nivel de CCC *paisaje*; lo que importó su identificación como objeto de tutela específico.

Es en el mismo CCC donde se limita el ejercicio del derecho en forma abusiva, sea cual fuere la titularidad.

La CN reconoce el *derecho al desarrollo sustentable*; el cual junto con el derecho al ambiente sano y equilibrado aportan además un principio sobre la función social de los derechos individuales, los cuales deben ser ejercidos en forma compatible con los derechos de incidencia colectiva; aclarándose que no se debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad, incorporando expresamente el paradigma de la sustentabilidad a partir de lo cual *paisaje* (sea cual fuere el dominio) en sus diversas posibilidades de calificación, debe enmarcarse en objetivos de sustentabilidad. Es de resaltar que es una regulación civil la que señala principios base en la relación derechos individuales y derechos colectivos, confirmándose ello mediante el art. 241 CCC cuando establece que “Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”.

La normativa de *Presupuestos Mínimos Ambientales (PMA)*⁸ -de jerarquía similar a la de los códigos de fondo- establece una serie de principios que deben integrarse en todas las decisiones y actividades de carácter ambiental; entre ellos el *Principio de Prevención* que se define estableciendo que...” *las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir*”; el Principio de equidad intergeneracional que establece que *los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del*

⁸ La norma base de Presupuestos mínimos ambientales es la Ley General del Ambiente N° 25675

ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras; y el Principio de responsabilidad por el cual *el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan*; -entre otros- que van a conformar las bases a observar en una política y un tipo de gestión en general que involucra paisaje en todos los niveles de gestión y tutela.

Paisaje como bien colectivo que integra el derecho al ambiente sano y equilibrado surge de los elementos: *naturaleza y cultura*; el derecho al paisaje compone no solo el *derecho al ambiente* sino además el *derecho al desarrollo sustentable* constitucional y las autoridades (el Estado) deben proveer a la protección de este derecho constitucional.

2.2. Paisaje como Patrimonio Natural

Para Bustillo, el ambiente natural detenta notas características, entre las cuales se encuentra el paisaje, el cual por motivos política nacional es preciso conservar y en donde el aprovechamiento económico debe reducirse a su máxima expresión.⁹

La protección del patrimonio natural en la Argentina está expresamente incorporada en el artículo 41 CN. Paisaje integra el ambiente; es recurso natural pero particularmente es patrimonio natural; en tal consideración -para esclarecer el contenido del concepto- puntualizaremos las características de esta tutela de paisaje enmarcado como patrimonio natural. Para ello, será necesario especificar qué entendemos por patrimonio natural¹⁰; iniciando con la definición de la RAE¹¹ de «patrimonio» (Del lat. *Patrimonium*) que en su primera acción es la “Hacienda que alguien ha heredado de sus ascendientes”. Desde una concepción amplia

⁹ BUSTILLO, Exequiel. *Huellas de un largo quehacer*. Depalma, Buenos Aires 1972. pp. 68 y ss.

¹⁰ En este punto se sigue lo analizado en: DEL CAMPO, C.; “Reflexiones sobre la Regulación del Agua como Patrimonio Natural”, en *Cuadernos de Derecho Ambiental III*, IDARN. Academia Nacional de Derecho. 2010. En <http://www.acadarc.org.ar/ediciones/cuaderno-de-ambiente-ii>

¹¹ RAE. <https://dle.rae.es/?id=SBOxisN>

de ambiente (constitucional) patrimonio natural integra el patrimonio ambiental¹², el cual según Brañes, “procede de la voz latina *patrimonium* y ésta de *patrem monet*, que en el derecho romano designaba los bienes del padre y que se transmite de generación en generación, que por lo mismo deben conservarse para que puedan transmitirse. (...) implica tres ideas básicas; i. que el medio ambiente es desde el punto de vista jurídico un bien, aunque compuesto de una universalidad de cosas; ii. que este bien, independientemente de la propiedad singular que pueda constituirse sobre algunas de las cosas que lo componen es un bien colectivo, que pertenece a todos, de donde deriva el derecho de toda persona a un medio ambiente apropiado y el reconocimiento del derecho de cualquiera para reclamar su tutela judicial; iii. se trata de un bien que esta fuera del comercio humano y que debe conservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras¹³”.

Por otra parte, si repasamos lo que algunos juristas entienden por patrimonio natural; -entre otros- algunos lo incluyen como recurso natural “*El daño ecológico es el que recae sobre bienes del patrimonio natural, es decir, sobre recursos naturales, el que afecta al agua, al suelo, la flora, la fauna y al aire*”¹⁴; para otros “*el patrimonio natural está compuesto por la totalidad de los recursos naturales e integrado por las riquezas nacionales en el marco de los distintos ecosistemas individualizados, abarcando tanto las reservas y parques nacionales como provinciales*”¹⁵.

El patrimonio natural se constituye por el conjunto de bienes que integran el patrimonio del Estado, que en el caso del paisaje exponen un significado determinado por su propia comunidad que lo ha venido

¹² Meier precisa un Concepto de patrimonio ambiental. V- MEIER, Henrique. “El Mar como Bien Jurídico-Ambiental y el Concepto de Patrimonio Ambiental Apuntes para una Reflexión” -Ponencia presentada en el I Encuentro Internacional de Estudios Marítimos. Universidad Metropolitana, 5 y 6 de junio de 2008. Caracas.2008.

¹³ BRAÑES, R., *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*, CFE, México, 2000. pp.186 y 187.

¹⁴ CAFFERATTA, N. “La Responsabilidad por Daño Ambiental”, PNUMA; pp. 87-92. p.87. En <http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/10%20Cafferatta%20Resp%20por%20dano%20amb.pdf>.

¹⁵ CHIESA; M. “Agua y Desarrollo Sustentable” Repercusiones del Paradigma del Desarrollo Sustentable en la Legislación Hídrica de la provincia de Santa Fe Col. abogados de Rosario, nov., 2009.

conservando en miras a su significación compartida. Entre sus notas caracterizantes pueden mencionarse que es vulnerable al accionar antrópico; la interdependencia entre los componentes y de los procesos ambientales; no apropiable como tal; naturalidad y normalidad; de las que dependen funciones ambientales que permiten –entre otras- el *desarrollo sustentable* y el *derecho al ambiente sano y equilibrado*; e integra el territorio siendo precisamente sobre éste que el Estado ejerce los derechos asociados a la soberanía.

Nuestros constituyentes al incorporar el patrimonio natural lo hicieron partiendo de considerar distintas interpretaciones del término; así en las Crónicas de las Sesiones de la Convención Constituyente de 1994¹⁶ se percibe paisaje en tres acepciones: como paisaje, restos fósiles, aerolitos, meteoritos y demás cuerpos celestes (acepción 1); otra cercana a la de UNESCO como la suma de diversidad cultural más la diversidad biológica (acepción 2); en su función de uso y goce de los seres humanos, generaciones presentes y futuras (acepción 3); como entorno natural (acepción 5) y como obligación de Estado de proveer a su protección (acepción 4)¹⁷.

Por otra parte -a nivel de Código de fondo- en el *Código de Minería* al patrimonio natural y cultural se los incluye en lo referente a “De la protección ambiental para la actividad” (art. 246) donde se lee “La protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural, que pueda ser afectado por la actividad minera, se regirán por las disposiciones de esta Sección”.

No se agota aquí la aparición del término en la regulación interna, que lo incluye según sea el objeto de la misma¹⁸.

¹⁶ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 13ª Reunión -3ª Sesión Ordinaria (Cont.) 20 de julio de 1994

¹⁷ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994, p. 1789 lectura del texto final (art 41) acordado.

¹⁸ No se agota aquí esta simple mención de regulación de base; a nivel nacional existen numerosas leyes (convenios, leyes nacionales, etc.) que tratan sobre lo que podría incluirse –según se adopte concepciones amplias o restringidas) como patrimonio natural, (y como patrimonio cultural) con diferente contenido (Ley 21836 “Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural”; Ley 24375 Aprobación del Convenio sobre la Diversidad Biológica; Ley 23919 . Convenio relativo a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas; Ley 23455 Aprueba la convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles y su anexo; Ley 22351- Ley

Asimismo, se han presentado una serie de *Proyectos legislativos* sobre patrimonio natural¹⁹; incluso se instaura a nivel nacional el *Día del Patrimonio Natural y Cultural Argentino* (8 de octubre de cada año) mediante Decreto Nacional N° 2033/90; no siendo ajena la temática en su valor e importancia al legislador.

No aparece como unívoco el contenido jurídico del concepto de patrimonio natural constitucional, siendo el término patrimonio natural empleado indistintamente para hacer referencia a *Monumento; Paisaje; Área natural delimitada; Recurso natural; alguno o algunos de los componentes ambientales específicos* e incluso *todo el ambiente*. Constitucionalmente puede afirmarse que patrimonio natural es una de las categorías de tutela del ambiente en la que expresamente se eleva el grado de responsabilidad de las autoridades a preservarlo, junto a la misma responsabilidad que tenemos todos con las generaciones futuras; específicamente puede considerarse que en la CN (art 41) se adopta la concepción de patrimonio natural con diferentes contenidos que van desde concepciones restringidas a concepciones amplias²⁰.

de parques y reservas nacionales y monumentos naturales; Ley 25568; Ley 19943 Convención Bienes Culturales; Ley 25743 Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico, Preservación, Protección y Tutela Patrimonio Cultural; la Convención sobre Patrimonio Mundial y Reserva de la Biosfera, etc.).

¹⁹ Se han presentado proyectos de ley en la materia ej.: Expte N° 139/14-PL-CD-Proyecto De Ley en revisión Concintizando a la Población Sobre La Importancia de la Preservación del Patrimonio Natural y Cultural, Material E Inmaterial Y El Respeto Por La Diversidad Cultural En Todo El Territorio Nacional. (ARTÍCULO 1°. - Declárase en todo el Territorio del País al Recurso Natural del Agua como Patrimonio Natural y Recurso Estratégico Nacional. HCSN Proyecto presentado por Norberto Massoni. Senado nacional. Expte n° (S-0308/08). Proyecto de Ley Preservación del Patrimonio Cultural y Natural. Los presupuestos mínimos de protección. 3869-D-02.

²⁰ En tal sentido la "1. (concepción restringida de patrimonio natural) A poco andar en las recomendaciones y convenciones internacionales (particularmente década del 70) patrimonio natural es entendido como un espacio, (formación, área, etc.) determinado de tutela, como un ámbito específico con características excepcionales o particulares. Incluso una instancia básica es la que considera a los lugares de interés natural en la categoría de patrimonio; área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada, a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación (ej. Convenio UNESCO 72) o regulaciones de parques naturales, áreas naturales, reservas, bosques y paisaje (bellezas naturales) en general; 2. (concepción intermedia de patrimonio natural) En la cual se entiende un contenido más amplio que el anterior y es coincidente con los bienes colectivos (ej. El que aparece incluido en la normativa

2.3. Paisaje como Patrimonio Cultural

Paisaje considerado como integrante del patrimonio cultural está amparado constitucionalmente mediante el art. 41 CN y en el art. 75 CN, por el cual se faculta al Congreso de la Nación, a “*dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales...*”, y a “*...legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen... el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por ésta Constitución y por los tratados internacionales...*”.

En la *Convención UNESCO* se define (art.1) como Patrimonio Cultural inmaterial ...” *los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas – junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios Culturales que le son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio Cultural. Este patrimonio Cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la Naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad Cultural y la creatividad humana*”.²¹ Y entre ellos especifica

relativa a aire y agua o de prevención de actividades que degraden el suelo, el aire y el agua). (...); 3(concepción amplia de patrimonio natural) En esta concepción se incorporan todos los bienes ambientales, partiendo de considerar que en la CN como ambiente se incluye biodiversidad, recursos naturales, patrimonio natural y patrimonio cultural –entre otros-) Diferentes serán las consecuencias jurídicas de adoptarse una u otra de las concepciones”. Del Campo, C., “Reflexiones sobre la Regulación del Agua como Patrimonio Natural”, en *Cuadernos de Derecho Ambiental III*, IDARN, Academia Nacional de Derecho. 2010. En <http://www.acaderc.org.ar/ediciones/cuaderno-de-ambiente-ii>

²¹ Lo clasifica en: Documentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas o grupo de elementos que tengan un *valor universal* desde el punto de vista de la historia el arte o la ciencia; Los conjuntos: grupos de construcciones aisladas, o reunidas, cuya arquitectura, unidad o integración en el *paisaje* les da *valor universal* desde el punto de vista de la historia el arte o la ciencia y Los lugares: obras del hombre u *obras conjuntas del hombre y la Naturaleza*, así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan *valor universal excepcional* desde el punto de vista histórico, estético, etnológico y antropológico.

que incluye *Los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la Naturaleza, así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico y antropológico*. En tal línea el paisaje desde ciertos enfoques es un bien Cultural: *-historia; -arte; -ciencia*.

Asimismo existen una serie de leyes –entre otras- vinculadas al patrimonio cultural²² en las que específicamente se integra la concepción de patrimonio cultural; -más allá de encontrarse cada bien entre los listados de amparo específico de cada norma- en las que le son de aplicación los aspectos generales de esta ley; en particular para descifrar el contenido de “patrimonio cultural”. Así mediante la Ley 25743 del *Patrimonio Cultural de la Nación* (art. 2) se lee que ese Patrimonio Cultural Inmaterial se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes: a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del Patrimonio Cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales.

En tal sentido, la *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, define al Patrimonio Cultural inmaterial especificando que este “se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.”²³

La construcción del concepto y contenido de *patrimonio cultural* puede observarse además en lo que la doctrina especializada refiere al

²² V. -por ej.-Ley 25197 crea un Registro Único de Bienes Culturales, define el Patrimonio Cultural argentino, (Art.2). La ley Nacional 25068 establece el “Premio a la Protección Ambiental y Preservación del Patrimonio Natural a residentes en la Argentina que se hubieran distinguido en la defensa del Patrimonio Cultural; Ley 25743 sobre Patrimonio Arqueológico y Paleontológico que los incluye en el Patrimonio Cultural de la Nación; Ley 26118 aprueba la *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, UNESCO, París 2003; define dentro de la categoría jurídica de Patrimonio Cultural la sub-categoría Patrimonio Cultural Inmaterial.

²³ Ley 26.118. Aprueba la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, que fuera adoptada por la Trigésima Segunda Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura - UNESCO. Sancionada: Julio 5 de 2006.

respecto. Así para Capparelli la constitución de los paisajes, obedece a distintos procesos que van desde el resultado de cosmovisiones particulares acerca del ambiente, a ser el producto de prácticas humanas pasando por considerarlos sistemas ecológico-culturales sometidos a continuos cambios.²⁴ Para Zendri²⁵ el patrimonio cultural es el nexo entre lo natural y valores simbólicos y culturales (es paisaje); los paisajes culturales son la confluencia entre prácticas humana; su tradición y su percepción del lugar. Conforme a esta autora el patrimonio cultural tiene naturaleza propia pues “*patrimonio cultural*” es una noción amplia que alude a bienes materiales e inmateriales (intangibles) asociados a la tradición cultural de una comunidad o un sitio y por tanto incluye: a) bienes inmuebles: edificios y viviendas de especial interés, agrupamientos urbanos destacados por su valor (artístico, arqueológico, paisajístico, etc.); b) bienes muebles: obras de arte, libros, documentos, archivos etc.; y c) bienes intangibles: tradición oral, música, artes escénicas, ritos, costumbres, sistema de valores y derechos. En tal sentido expresa que son siempre de “disfrute compartido”.

Se han venido elaborando una serie de Proyectos de Ley²⁶ que incluyen el concepto de patrimonio cultural y lo tratan desde diferentes

²⁴ Según este autor “La constitución de los paisajes, obedece a distintos procesos. En primer lugar, puede decirse que son el resultado de cosmovisiones particulares acerca del ambiente, con significados y valores simbólicos que trascienden lo meramente utilitario para convertirse en espacios vitales y multipropósito de alimentación, recreación, búsqueda de recursos para la subsistencia, para desarrollar actividades religiosas o funerarias, entre tantas otras (Brodt, 2001; Berkes & Turner, 2006.). En segundo lugar, los paisajes culturales son producto de prácticas humanas (tradicionales o no) que varían con los valores y la percepción temporal y espacial de cada grupo cultural. (...). Finalmente, se considera que los paisajes son sistemas ecológico-culturales que están íntimamente acoplados, y por ende no son estáticos, ya que están sometidos a continuos cambios (Ladio, 2011)” CAPPARELLI A. *et al.*, “Paisajes culturales de Argentina: Pasado y presente desde las perspectivas etnobotánica y paleoetnobotánica” en *Revista de la Asociación Argentina de Ecología de Paisajes* 2(2): 67-79 Volumen Especial IIIJAEP: “*Hacia la sustentabilidad ecológica en un planeta que cambia rápidamente*” Diciembre 2011. pp. 69 y ss.

²⁵ *Cfr.* ZENDRI, L, “La protección del patrimonio cultural de Argentina. de la legislación patrimonial a la consagración de un nuevo derecho”. *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2017. N° 16 (*Temas relativos al desarrollo regional y local*). Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP. pp.40- 55. pp 42 y ss.

²⁶ Por ej. HCSN; Expte 2479/17; PL-S.PEREYRA: Proyecto de ley que Declara Paisaje Cultural Nacional a la Comarca Andino Patagónica, Región que comprende los Territorios de las Provincias de Río Negro, del Neuquén y del Chubut; Expte 590/19. Senado

perspectivas. Podría seguirse citando doctrina y normativa en atención al contenido del concepto de patrimonio cultural, el cual no es unívoco y cada norma específica encuadrará lo que queda bajo su amparo (en consideración a paisaje como patrimonio cultural requerirá una norma concreta que lo declare como tal si bien insistimos, la regulación de tutela específica le es de aplicación en su parte genérica).

2.4. Paisaje como Recurso Natural

El *Domino Originario* de los recursos naturales (art. 124 CN) pertenece a las provincias; el vínculo de tutela entre el Dominio Público y el Paisaje se enmarca en los presupuestos mínimos ambientales. Para Marienhoff el dominio público consiste *”en una masa o conjunto de bienes, que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pertenecen a la comunidad política pueblo, hallándose destinados al uso público – directo o indirecto- de los habitantes*²⁷.

Conforme al artículo 235 del CCC, los bienes pueden corresponder al dominio público o privado. Aquí hacemos referencia a los bienes de dominio público, destinados al uso y goce de los ciudadanos; si bien parte de los componentes que integran paisaje pueden pertenecer al dominio público o privado. En el texto de la norma de fondo (CCC) se refiere a...” bienes públicos del Estado” y habla de personas que sólo tienen uso y goce, pero más adelante dice que “Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales”. Al contenerse paisaje por bienes públicos (y privados) e incluirse en general en alguno de los recursos de dominio originario de las provincias es utilizado en una multiplicidad de actividades como la turística, deportiva, etc. pero además compete con otras que desde otros usos y aprovechamientos confluyen en

de la Nación. Proyecto de Ley. Pereyra: Proyecto de Ley que Declara Paisaje Cultural Nacional a la Comarca Andino Patagónica, Región que Comprende los Territorios de las Provincias de Río Negro, del Neuquén y del Chubut. V. en <http://www.senado.gov.ar/parlamentario>

²⁷ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo V: Dominio Público. Cuarta Edición actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1998, pp. 169 y ss.

conflictos de intereses donde la tutela de uno cae en el interés del otro; aun considerando, desde la perspectiva del paisaje como recurso natural que “las autoridades” específicamente deban proveer a la “utilización racional de los recursos naturales” asignando en cabeza de éstas el deber de proveer a la protección de estos derechos/deberes, paisaje termina mayoritariamente no siendo objeto de consideración en su entidad tutelada frente a cierto tipo de accionar.

La titularidad del Estado no lo es a título privado sino público; según Marienhoff alegar que el Estado y no el pueblo es el sujeto del dominio de las cosas públicas, equivale a sostener que el Estado es dueño de sí mismo, dado que los elementos del Estado son justamente pueblo, territorio, *imperium*.²⁸ Lo que el Estado detenta es su administración en vistas a los objetivos constitucionales, de interés público y bien común.

El dominio sobre los recursos naturales –en un país federal como la Argentina- es provincial (art. 124 CN) lo cual implica la responsabilidad en la gestión de los mismos en torno a la Cláusula Ambiental constitucional. Recordemos por otra parte que el Congreso de la Nación se reserva la facultad de legislar sobre presupuestos mínimos ambientales (Art. 41 CN) y en materia de recursos naturales resaltamos que prevé la obligación específica en cabeza de las *Autoridades* de proteger al ambiente y proveer al uso racional de los recursos naturales (art. 41 CN) y proteger el patrimonio natural y cultural; en cuyo marco normativo se encuentra *paisaje* sin necesidad –en todos los casos- de habilitar un irracional uso de recursos que propenda a un desarrollo insustentable del país; donde el recurso paisaje suele ser despreciado en miras al desarrollo de una actividad en detrimento de otras o lo que es más grave en detrimento del patrimonio y la sustentabilidad en los usos de esa provincia.

2.4.1. *Recurso natural: como Patrimonio Turístico*

El turismo es una actividad económica dependiente en la mayoría de los casos del “paisaje” que se ofrece. Paisaje como eje productivo es en la actualidad motor de la economía de muchos países, que caracterizan incluso una cultura y condicionan una determinada sociedad en su desarrollo.

²⁸ *Ibidem*

La actividad turística se funda en parte en la preexistencia del *paisaje*; los usuarios y consumidores del paisaje están amparados constitucionalmente y por las leyes específicas al respecto. El Patrimonio Turístico es objeto del derecho de los consumidores del paisaje. Como recurso está sujeto al uso racional y en especial tutela en función de integrar el objetivo meta constitucional del “desarrollo sustentable”. La *Promoción de la Actividad Turística* es objeto de regulación; un turismo que generalmente se basa en paisaje; en los valores culturales que lo han mantenido y preservado con prácticas específicas que en general han tenido una concepción de conservación de “su paisaje” es la oferta que se realiza –en muchos casos- de belleza, pero además de los valores de identidad que representa. Como Patrimonio Cultural excede la concepción desde el consumo o los usuarios (el mercado); si bien ambas se complementan. Paisaje integra en general el patrimonio de cada la provincia; la oferta de paisaje es oferta turística; el impacto al paisaje -como bien susceptible de generar ingresos para la misma- va acompañado del impacto en el recurso, en el patrimonio concreto de la provincia e incide directamente en aquellos que se encuentran en el lugar, que habitan el paisaje; no pudiendo dejarse de lado a sus históricos habitantes que lo integran y usufructúan del mismo.

Otra Normativa de tutela involucrada en paisaje y su incidencia en la materia

En lo referente en particular a los *instrumentos de gestión ambiental* a nivel de PMA, es la misma Ley General la que regula la *Evaluación de Impacto Ambiental (EIA)* y el *Ordenamiento territorial (OT)* entre los instrumentos preventivos como requisito previo al desarrollo de cualquier actividad degradante o susceptible de degradar el ambiente. Los PMA establecen la obligatoriedad de realizar una EIA en territorio argentino en caso de actividades que sean susceptibles de degradar el ambiente y el OT se establece para asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales. En tal sentido establece como política de Estado la de *Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas* (art.2 inc a, ley 25675).

En cuanto a la regulación de base sobre *Daño ambiental*, esta involucra *paisaje* como especial objeto de tutela como patrimonio cultural y como patrimonio natural constitucional, que se completa en el derecho al ambiente e involucra intereses de incidencia colectiva. El daño ambiental genera prioritariamente la obligación de recomponer, lo que implica su operatividad, siendo el único daño que se regula a nivel constitucional; y -conforme a la ley 25675- es: “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”; su autor es considerado objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. Resaltándose al respecto que son las provincias las que desarrollan la principal normativa de regulación sobre actividades que se ejecuten en su territorio y aquellas funciones de tutela -que involucran paisaje- (áreas naturales protegidas, fuego, residuos, bosques, aguas, etc) siendo las primordiales responsables en su gestión. El daño ambiental es dependiente por lo general de autorizaciones habilitaciones, permisos o de la falta del ejercicio de policía en la materia. Por otra parte las provincias detentan la facultad de complementar estos PMA; pudiendo ser más exigentes, pero *no más permisivos* (art. 3 ley 25675) encontrándose posicionadas -y demás jurisdicciones según sea el caso- como las principales autoridades con el deber de velar por los derechos de incidencia colectiva. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que viene aplicando esta regulación desde los emblemáticos casos como el del Riachuelo, -entre otros-²⁹

²⁹ Por ej. V. “Mendoza, Beatriz S. c/ Estado Nacional y otros”. CSJN 30/08/2006. “En el daño ambiental y en la tutela del bien colectivo ambiente, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro ya que según se alega en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación”; Fallo CSJN: Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Provincia de Santa Cruz y Otro s/ Amparo ambiental del 21/12/2016. Un caso emblemático sobre Paisaje está basado en el hecho acaecido en 1992 en la ciudad de Tandil y originó los autos caratulados “Municipalidad de Tandil c/ T.A. La Estrella S.A. y otro sobre Daños y Perjuicios”, reclamando por los daños causados por un ómnibus a “Las Nereidas”; que es un grupo escultórico de mármol de carrara de más de 100 años muy valorado por la población. La comunidad de Tandil sintió afectado su patrimonio cultural al ser este arrancado por un ómnibus de la demandada; Fallo caso “Sociedad de Fomento Cariló c/ Municipalidad de Pinamar” Sup. Corte Bs. As.- La Plata, mayo 29 de 2002. En el mismo se lee: “”En esas condiciones, los riesgos de una alteración irreversible del paisaje (peligro el paisaje protegido de la localidad de Parque Cariló). Otra causa emblemática

Podría mencionarse una diversidad de normas de distintos niveles que involucran paisaje; especialmente a nivel provincial siendo éstas las titulares del dominio originario de sus recursos naturales, regulan específicamente en la materia (si bien por no ser regulación de base no la trataremos aquí).

El accionar sobre el ambiente (paisaje en este caso) importa observar otras normas de PMA derivadas de la ley general que regulan aspectos sectoriales de lo ambiental; entre otras podemos citar la *Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de Bosques Nativos*³⁰ que establece los PMA de protección de los bosques nativos, y de los servicios ambientales que éstos brindan a la sociedad; que regula una ordenación de los bosques con la metodología de colores que van desde las zonas peligrosas (roja) que requieren una mayor protección ambiental, al amarillo y verde las de menor restricción; considerándose a esta regulación como de específica tutela del paisaje ya que conlleva al ordenamiento territorial de bosques nativos en cada provincia y la utilización del instrumento preventivo de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) para cualquier accionar susceptible de impactarlos.

En esta ley de PMA se considera por *Servicios Ambientales a los beneficios tangibles e intangibles, generados por los ecosistemas del bosque nativos (...). Entre otros, los principales servicios ambientales que los bosques nativos brindan a la sociedad son: - Regulación hídrica; - Conservación de la biodiversidad; - Conservación del suelo y de calidad del agua; - Fijación de emisiones de gases con efecto invernadero; - Contribución a la diversificación y belleza del paisaje; - Defensa de la identidad cultura.* Asimismo, en su Anexo “Criterios de sustentabilidad ambiental para el ordenamiento territorial de los bosques nativos” donde se agrega como, un factor importante la complementariedad de las unidades de paisaje.

en la materia que nos ocupa es la denominada casa Millán) “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/ otras demandas c/ la aut. administrativa” “tendiente a obtener la preservación del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad.

³⁰ Ley 26331 (art1) “La presente ley establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos, y de los servicios ambientales que éstos brindan a la sociedad. Asimismo, establece un régimen de fomento y criterios para la distribución de fondos por los servicios ambientales que brindan los bosques nativos.

La ley de PMA sobre glaciares y ambiente periglacial³¹ si bien no menciona expresamente paisaje, señala entre las actividades prohibidas (art. 6) en los glaciares aquellas que puedan afectar su condición natural o las funciones propias y las que impliquen su destrucción o traslado o interfieran en su avance.

Otra normativa que encuadra en los requisitos para ser considerada una norma de PMA en la materia, (conf. al art. 6 de la ley 25675)³² ya que regula una tutela uniforme -en lo referido a la actividad- del ambiente es la regulación relacionada (una de las tantas susceptibles de impactar el paisaje) con la actividad de transporte de energía eléctrica que se rige por el “*Manual de Gestión Ambiental del Sistema de Transporte Eléctrico del Transporte de Alta Tensión*”³³; en el mismo se ocupa especialmente del paisaje; definiendo por *Impacto visual* como toda...”modificación neta de los recursos paisajísticos originada por la interposición de objetos, estructuras o por la apertura de fajas necesarias para el tendido de líneas de transmisión”. Conforme a esta regulación (previa a la ley 25675) para que la Autoridad de Aplicación pueda otorgar la pre-factibilidad del proyecto; en forma previa se debe aprobar el informe que contenga el sistema natural y social (actual EIA). En tal sentido en el citado Manual se destaca la importancia de evaluar los ambientes naturales sobre los que se asentara la obra...” *ya sea por corresponder a áreas protegidas o para asegurar la menor afectación al paisaje*” mandando a reconocer previamente la estructura social y económica del lugar de emplazamiento e identificar los” posibles *daños a áreas productivas, a zonas de yacimientos arqueológicos o de interés histórico, paisajístico y turístico y a otros usos del espacio*” ...

³¹ Ley 26.639 Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial.

³² Ley 25675. ARTICULO 6. Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable.

³³ Res. Conjunta. BORA N° 27480 25/09/1992. *Resolución conjunta de la Secretaría de Energía de la Nación y del Ente Nacional Regulador de la Electricidad* N° 15/92

Es relevante señalar los proyectos presentados en el Congreso de la Nación sobre PMA *humedales* que han venido obteniendo media sanción y que incorporan *paisaje* en su tratamiento.

Asimismo en lo específico a *PMA sobre Paisaje* se han presentado distintos proyectos como por ej. –entre otros- el proyecto de ley sobre *Presupuestos Mínimos para la Planificación, Protección, Preservación, Conservación, Restauración, Gestión, Ordenamiento y Creación de Paisajes*³⁴. En la actualidad se encuentra presentado un proyecto³⁵ (que aun cuenta con estado parlamentario) que establecería “*los presupuestos mínimos para la planificación, protección, preservación, conservación, restauración, gestión, ordenamiento y creación de paisajes, a fin de preservar sus valores naturales, patrimoniales, culturales, sociales, históricos y económicos, en un marco de desarrollo sostenible, impulsando la plena integración del paisaje en el planeamiento y en el desarrollo de las políticas de ordenamiento territorial, así como en las demás políticas que incidan en el mismo de forma directa o indirecta*” (art 1 del proyecto). En la cual se incorporan una serie de definiciones específicas³⁶

³⁴ V.-entre otros-: Proyecto de ley Exp.: 1952-D-2019: Presupuestos Mínimos para la Planificación, Protección, Preservación, Conservación, Restauración, Gestión, Ordenamiento y Creación de Paisajes; Expediente 0578-D-2017: Conservación de los ecosistemas naturales, la protección y preservación del paisaje natural y los bienes que integran el patrimonio cultural del territorio de la Nación. <https://www.diputados.gov.ar/proyectos>

³⁵ HCDN. Expediente 1952-D-2019. Presupuestos Mínimos para la Planificación, Protección, Preservación, Conservación, Restauración, Gestión, Ordenamiento y Creación de Paisajes. 23/04/2019

³⁶ *Ibidem*. Art. 3: A los efectos de la presente ley se entiende por: a) Unidad de Paisaje: son unidades territoriales de gestión socio-ambiental-económica y financiera tal como lo percibe la población, que permiten adoptar políticas de paisaje más eficientes e idóneas, tomando el conjunto de elementos reconocibles que contribuyen a hacer un paisaje diferente de otro. b) Percepción del paisaje: apreciación por parte de un individuo o de la sociedad de los valores de un paisaje, así como su estado de conservación. c) Gestión de paisaje: actuaciones dirigidas a guiar las transformaciones inducidas por sus procesos ambientales, sociales y económicos. d) Catálogos de Paisaje: (...)e) Directrices de paisaje: son las determinaciones que, basadas en los catálogos, incorporan a la normativa propuestas de calidad paisajística, para impactar en los ordenamientos territoriales. f) Cartas de Paisaje: (...). g) Indicadores de paisaje: elementos cuantitativos y cualitativos que permiten conocer y seguir la evolución y el estado de los paisajes, la satisfacción de la población con su paisaje, así como la efectividad de las iniciativas públicas y privadas de su conservación y mejora. h) Objetivos de calidad del paisaje:

y entre sus objetivos señala –entre otros-: “a) *Asegurar la valoración, protección, gestión del paisaje en el uso y ordenamiento del territorio;* b) *Promover una gestión integral del paisaje;* c) *Desarrollar políticas de paisajes sustentables y sostenibles;* d) *Incentivar conductas adecuadas y responsables respecto del paisaje;* e) *Establecer medidas e instrumentos para la regulación, administración y control de los distintos paisajes;* h) *Promover la inclusión de Unidades de Paisaje en los ordenamientos territoriales ;* i) *Propiciar la elaboración de indicadores de paisaje*”.³⁷

Estas muestras son parte de lo que evidencia que la temática es objeto de interés por el legislador a fin de resguardar los paisajes de la Argentina a nivel de PMA ya que las regulaciones provinciales se vienen asentado en desarrollo y recurso natural más que en diseñar una estructura ingenieril sobre la tutela del mismo; lo cual evidencia la necesidad de contar con normas claras que a este nivel lo resguarden.

3. ALGUNAS CONCLUSIONES DE INICIO

“Paisaje” es un concepto que integra -en su mayor parte- aspectos subjetivos que involucran disímiles intereses; como punto de partida en la construcción de un concepto (enmarcado en nuestra regulación de base) pueden señalarse dos aspectos principales:

- Un aspecto estará vinculado a lo subjetivo, en la *concepción colectiva de “paisaje”* o en la *valoración individual* de paisaje. Lo que para cada entidad es considerado y valorado como paisaje (construcción social) lo enmarca en derecho de incidencia colectiva; en patrimonio natural; en patrimonio cultural o en recurso natural, -según sea el caso-.
- El otro aspecto relevante es el *conjunto de factores* que lo conforman como tal; esto es “el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos”³⁸; si bien en muchos casos

Implementación por parte de la administración pública de las aspiraciones que posee la sociedad, expresadas en las directrices incorporadas en los planes y/o normativas de ordenamiento territorial i) Estudio de Impacto e integración Paisajística: (...)

³⁷ Se agrega a modo de ejemplo de un proyecto sin valorización analítica sobre su contenido.

³⁸ Convención Europea del Paisaje. Ob. cit

un componente o factor ambiental suele ser el coadyuvante de un tipo de paisaje específico, que suele terminar reafirmandose en la identidad cultural o natural del lugar.

Por otra parte, como resultado de considerar paisaje comprendido en distintas figuras tales como:

- “paisaje” como bien colectivo (que involucra derechos de incidencia colectiva);
- “paisaje” como recurso natural (recurso turístico -entre otros-);
- “paisaje como parte del patrimonio natural;
- “paisaje como patrimonio cultural.

Ciertas *notas* que lo individualizan y distinguen se reafirman como resultado del ensayo de reducir *paisaje* a diferentes instituciones jurídicas; de lo cual puede resaltarse que:

- Paisaje carece hasta el momento de una definición normativa de base;
- Es intrincado reducir paisaje hasta llevarlo a una simplificación institucional;
- Paisaje es un objeto de tutela no resumible, no unívoco, sino que es la resultante de varias instituciones;
- Paisaje se subsume en una diversidad de categorías de tutela;
- Si estas categorías fueran dimensiones, a paisaje le correspondería una cuádruple dimensión;
- Es encuadrable como derecho social, constitucional, ambiental y que requiere de una visión dual de derecho/obligación (como son los derechos ambientales) y del deber de las autoridades;
- Paisaje no es un tipo jurídico sino el reflejo de otros ya que requiere de las relaciones lógicas y necesarias con, o de varios institutos jurídicos³⁹.

³⁹ Inferencia *Cfr.* a ESTEVEZ, quien explica que si tomamos una institución jurídica cualquier y probamos reducirla a otras instituciones jurídicas y resulta posible subsumirla en ella por completo, se inferiría lógicamente ese instituto no tiene autonomía jurídica verdadera no precisa de una regulación jurídica independiente y difícilmente se la pueda catalogar como una forma pura de institución jurídica; ya que simple inferencias lógicas se inserta o está comprendida en gran parte del ordenamiento jurídico en vigor de base. ESTEVEZ, J., “Sobre el concepto de naturaleza jurídica”, *Anuario de filosofía del derecho*, N° 4, 1956, págs. 159-182 pp 173 y ss.

En síntesis puede resaltarse que *paisaje* si bien no se encuentra definido⁴⁰ como objeto específico, concreta o sintéticamente en una norma de tutela precisa; el conjunto de regulaciones que lo incorporan (mención como entidad) comprenden algunas de sus notas caracterizantes; por lo cual puede afirmarse que *paisaje* se encuentra incluido en el ordenamiento jurídico de referencia aunque no como objeto principal, requiriéndose de la lógica jurídica para la aplicación de dicha regulación en su tutela.

Paisaje es parte de los derechos de incidencia colectiva; aunque ambiente no sea paisaje ni paisaje ambiente en nuestra regulación.

Como **Reflexiones de cierre** puede decirse que *paisaje*, como integrante del bien jurídico protegido que lo involucra, se encuentra siempre al filo entre los derechos al desarrollo y los derechos ambientales. La Constitución Nacional reconoce el *derecho al desarrollo* y al *desarrollo sustentable*; pero no el *derecho del desarrollo*; ya que no podría reconocer derechos contradictorios (esto es paisaje o desarrollo). El *derecho al desarrollo* debe desplegarse en términos de sustentabilidad en los usos y aprovechamientos, sin impactar el derecho de las generaciones futuras; lo cual es especificado a nivel constitucional y de CCC (art. 41 CN; art. 240 y cc CCC). El Estado tiene la obligación de “proveer lo conducente al desarrollo humano”, propiciar el crecimiento “armónico” de la Nación y el progreso económico “con justicia social” (75 inc. 19 CN) pero este desarrollo debe ser *sostenible*; la sostenibilidad es esencial para desarrollar actividades turísticas, de trabajar, ejercer industria lícita y en general a través de las relaciones de consumo. El desarrollo debe cumplir con las consignas de ser “sustentable”.

El paisaje como tal, es susceptible de ser contaminado, degradado, alterado; ser objeto de un uso irracional y de un accionar dañoso. Las provincias en sus jurisdicciones detentan la mayor parte del *paisaje*, tienen

⁴⁰ La dificultad para encontrar una definición genérica aceptada por todas las disciplinas y que permita una aproximación uniforme al estudio del paisaje (Frugone 2009; Higuera 2009; Maderuelo 2008; Mata Olmo 2006; Otero et ál. 2007; Rizo García y San Eugenio 2009) ha sido una de las principales causantes de que determinados autores planteen una definición en términos de exclusión, fijando únicamente los límites del concepto y huyendo de una mayor concreción (Martínez Pisón y Sanz Herráiz 2000). V, en ZUBELZU MÍNGUEZ, S., *et al.*; “El concepto de paisaje y sus elementos constituyentes: requisitos para la adecuada gestión del recurso y adaptación de los instrumentos legales en España”; *Cuadernos de Geografía | Revista Colombiana de Geografía* | Vol. 24, n.º 1, ene.-jun. del 2015 · 2256-5442 | BOGOTÁ, COLOMBIA | pp. 29-42. p 30

el dominio del recurso natural y no necesariamente en sus “autorizaciones” “habilitaciones” etc. evalúan las implicancias que un falso y fugaz desarrollo conlleva generalmente en termino de perdidas innecesarias del patrimonio natural y cultural de cada provincia. La obligación constitucional de las *autoridades* el proveer un uso racional y en vistas a un desarrollo sustentable y el de velar por los derechos ambientales importa tomar todos los recaudos preventivos y no negligentes para no afectarlo.

El paisaje como objeto del derecho de uso, tiene una función social de disfrute colectivo que no viene siendo resguardada. Integrar al Ordenamiento Territorial al Paisaje, probablemente lleve el mismo mecanismo que en el caso de las leyes de bosques, glaciares y ley de tierras. Sin un cambio en la modalidad real de afrontar las responsabilidades de los gestores públicos por la alteración relevante del paisaje; una ley más sobre PMA en materia de paisaje no podrá tutelarlos.

TENSION ESTRUCTURAL ENTRE EL RECONOCIMIENTO Y LA IMPLEMENTACION DE LOS DERECHOS POLITICOS INDIGENAS * REFLEXIONES DESDE EL ESCENARIO JUJEÑO.

*Samanta Jimena Delgado ***

Resumen: Este trabajo tiene como objetivo evidenciar la tensión estructural entre el reconocimiento de los derechos políticos de los Pueblos Indígenas, en particular la consulta libre, previa e informada con la finalidad de llegar a un acuerdo o consentimiento en asuntos susceptibles de afectarlos, y su implementación en un orden estatal moderno colonial y neoliberal como es el argentino.

Para ello iniciare con una descripción del indigenismo como solución al “problema moderno y su racismo” para luego adentrarme a los derechos indígenas que lo ponen en tensión. Por último, analizare el aparato jurídico jujeño, provincia conocida como “Tacita de Plata” y como “Capital de la Pachamama y Energía Viva”.

Palabras clave: derechos políticos indígenas – colonialidad – indigenismo – Jujuy.

INTRODUCCIÓN

La construcción y consolidación del Estado Nacional Argentino se basó en la negación e inexistencia de la otredad indígena. Esta base

* Artículo recibido el 21/8/2020 ~ aprobado para su publicación el 7/12/2020.
El presente trabajo es un resumen de los principales resultados obtenidos en el proyecto de investigación titulado “Derecho a la Consulta de las Comunidades Indígenas ¿Continuidad de la Colonialidad o a una puerta hacia la interculturalidad? 2018-2019 CIJS, dirigido por la Dra. Sabrina Villegas Guzmán a quien agradezco su guía y apoyo.

** Ex becaria de pregrado del CIJS. Abogada (UNC). Actualmente se desempeña como abogada litigante en la ciudad de San Salvador de Jujuy, Provincia de Jujuy. Correo electrónico: samiidel@gmail.com. -

instituyente y constituyente, y por lo tanto muchas veces presente en el sentido común actual, fue el resultado directo de la implementación de políticas que tuvieron, de uno y otro modo, la finalidad de resolver la “cuestión indígena”.

Esta cuestión se puede resumir en el *problema original de los estados naciones* americanos, surgidos de la reconfiguración del poder mundial del Siglo XIX y herederos de la colonialidad del poder¹, en relación a qué hacer con los múltiples Pueblos Indígenas que habían resistido al proceso de genocidio y dominación de la Conquista, ibérica en nuestro caso, y que habitaban por fuera y dentro de los límites territoriales controlados por los nacientes estados. En este análisis es fundamental destacar que los Pueblos Indígenas, ostentadores de la marca colonial racial², eran considerados significativamente contrarios al proyecto nacional, es decir a los ideales modernos del saber ilustrado de la época y de la pretendida homogeneidad *estado nación-blanca*, bases importadas desde los países occidentales, y presupuesto básico para el progreso.

En este sentido Cruz (2019), un filósofo indianista, estudia a la “cuestión indígena” como el “problema nacional moderno y su racismo” (p. 2), cuyas políticas desplegadas desde el estado tuvieron y tienen como solución y horizonte la blanquización de la población para llevar adelante el proyecto nacional. Dicho autor destaca que existen dos mecanismos para ejecutar tal cometido, a saber: **a) el racismo étnico (violento) que exige blancura de la piel y b) el racismo identitario cultural (tolerancia hacia lo no-blanco) que exige blanqueamiento (mestizaje) cultural**³.

¹ La colonialidad del poder es el sistema de dominación universal, fundante de la modernidad occidental y de Europa, producido por la Conquista de América. Este acontecimiento inventó y se sirvió de la categoría raza como nuevo patrón de organización del poder que, articulado con el naciente sistema capitalista, constituyó y legitimó las relaciones de dominación en América para luego expandirse al mundo (Quijano 2000a, 2000b).

² Segato considera a la raza” como un trazo, como huella en el cuerpo del paso de una historia otrificadora que construyó “raza” para constituir “Europa” como idea epistémica, económica, tecnológica y jurídico-moral que distribuye valor y significado en nuestro mundo” (2015, p. 261) funcionando así como “mecanismo histórico de expurgo, desecho y eyección como contrapartida indispensable para la construcción de la pureza o blancura del dominador” (ibid., p. 258).

³ La negrita me pertenece.

De esta manera, se puede englobar dentro del *indigenismo* a las políticas direccionadas desde los mecanismos anteriormente mencionados.

En términos generales se entiende al indigenismo como una categoría teórica política capaz de analizar un conjunto heterogéneo de discursos, acciones, políticas y estéticas gestadas por diferentes saberes y agentes que en su conjunto produjeron, en diversos lugares y tiempos, diferentes discursos y sentidos de lo indígena, sin participación de estos (Díaz Polanco 2009; Lenton 2009). El indigenismo también puede ser analizado como un dispositivo (García Fanlo 2011) y por tal, tiene capacidad de producir concepciones hacia “lo otro” y al mismo tiempo de performar las propias subjetividades.

Indigenismo Jurídico y Derechos (políticos) de los Pueblos indígenas.

Si bien son diversos los enfoques abocados al estudio del indigenismo, en este trabajo cobra centralidad el indigenismo jurídico condensado en disposiciones normativas, políticas y discursos estatales utilizados para administrar lo indígena y resolver el problema de su introducción al proyecto nacional moderno.

En Argentina, el indigenismo históricamente se manifestó en mecanismos superpuestos que van desde el negacionismo⁴ hasta la conversión⁵, asimilación o integración de los Pueblos Indígenas a la Nación Argentina. En síntesis, los diferentes mecanismos indigenistas en conjunto con las matrices económicas del lugar en que fueron aplicadas confluyeron, en diferentes niveles, a los procesos de despojo territorial, fragmentación política y expropiación de la identidad indígena.

Ya en las últimas décadas y debido a la emergencia (Bartolomé 2003) y protagonismo que fueron tomando los Pueblos Indígenas y sus demandas, en el escenario doméstico e internacional se fueron reconociendo paulatinamente sus derechos (Frites 2011). Argentina hizo eco de tal proceso

⁴ Es paradigmático el genocidio estatal producido por las campañas “al Desierto” y al “Desierto Verde” (Región del Gran Chaco) en la segunda mitad del S. XIX y principios del S. XX.

⁵ A efecto ilustrativo, la primera referencia constitucional indigenista expresa “Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”. (art. 65 inc. 17 Constitución Nacional 1853-1860).

en la consagración constitucional de la reforma de 1994 en el art 75 inc. 17, aunque con déficit metodológico⁶, y el inc. 22⁷.

Este conjunto de derechos de alta complejidad y diversidad van desde el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, el respeto por su identidad cultural y el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y la entrega de otras tierras aptas, gestión de sus recursos naturales, reconocimiento de personerías jurídicas. Cobra relevancia aquí la obligación estatal de garantizar la participación y **realizar consultas libres, previas e informadas de buena fe, de acuerdo a las circunstancias y a través de las instituciones representativas indígenas, con la finalidad para llegar a un acuerdo o consentimiento**⁸ en los asuntos o medidas susceptibles de afectarlos (art. 6 y 15, Convenio 169) y el respeto y garantía por la libre determinación, autonomía o autogobierno en los asuntos internos de los Pueblos Indígenas (art 3 y 4 de la Declaración ONU), entre otros.

Este bloque jurídico, dinámico y progresivo, y fundamentalmente político⁹ pone en tensión la razón indigenista ya que formalmente significa

⁶ Ver crítica de Ramírez (2011)

⁷ Entre los Tratados y Convenios Internacionales suscriptos por la Argentina, se encuentra el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos indígenas y Tribales (desde ahora Convenio 169), aprobado por ley N° 24.071 en 1992, con vigencia desde el 2001 y de carácter supralegal (art 75. Inc. 22, 1er p). Por otro lado, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos indígenas con voto afirmativo de Argentina en la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York 2007, es cuestionado porque estrictamente no constituye un instrumento internacional vinculante. En este último punto, recomiendo leer Pagliari (2013) y Clavero (2012), doctrina que interpreta la fuerza vinculante de las Declaraciones de la ONU.

⁸ La negrita me pertenece.

⁹ En este trabajo sostengo la posición de Anaya (2005) y Clavero (2010) referido al alcance del principio de libre o autodeterminación indígena y en particular a la interpretación de Clavero (ibid.) en relación a la interpretación del derecho a la consulta libre previa e informada y a la distinción, que dirime con lucidez, del consentimiento indígena como un derecho-finalidad de un proceso de consulta y como un derecho-requisito. El punto central anuda en que el derecho de veto o no consentimiento de una medida está dada por el factor de riesgo, es decir que el proyecto, ley o medida sometida a proceso de consulta impacte de forma significativa la supervivencia de un Pueblo Indígena como tal. Esa fue la doctrina sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Pueblo Saramaka Vs. Surinam 2006.

una verdadera reparación histórica del estado argentino para con los Pueblos Indígenas. La “cuestión indígena” o “el problema nacional moderno y su racismo” quedaría saldada mediante la abertura hacia el pluralismo jurídico y la interculturalidad decantando un proceso de descolonización del estado y democratización del poder.

Escenario jujeño

En los últimos años la matriz económica de Jujuy se acentuó en la producción de carbonato de litio y en la obtención de energías renovables mediante el uso de la energía solar. Estos ambiciosos emprendimientos¹⁰ son explotados por empresas, de capital multinacional en su mayoría, apoyados bajo la licencia discursiva del desarrollo sustentable (Antonelli y Svampa 2010), la responsabilidad social empresarial y la necesidad mundial de transición energética. A la par se continua con la extracción de minerales pesados¹¹, en algunos casos con explotación a cielo abierto, utilizando grandes cantidades de agua en una región seca como el norte jujeño, ocasionando severos perjuicios ambientales¹².

Por otro lado, se instituyó la Secretaría de Pueblos indígenas¹³ (Decreto N° 79/15) con el objetivo de implementar políticas interculturales para el Buen Vivir, garantizar el respeto por el derecho de los pueblos

¹⁰ A modo de ejemplo, se encuentra en ejecución el proyecto de extracción de Litio en los Salares de Cauchari- Olaroz (Susques) y existe la pretensión de exploración de este mineral en la Cuenca de las Salinas Grandes y Lagunas de Guayatayoc (Cochinoca), ambos se encuentran ubicados dentro del Triángulo del Litio formado por los países de Bolivia, Chile y Argentina. A su vez se instalaron parques solares en Cauchari.

¹¹ Actualmente se explota metales pesados en Mina el Aguilar (Humahuaca), en Chinchillas (Rinconada) y Mina Pirquitas (Rinconada), estas a modalidad cielo abierto. Además, existen pedidos de concesión para la fase exploratoria en diversas localidades de la Región Quebrada y Puna según consta en el mapa de Catastro Minero consultado en la página de la Secretaría Provincial de Minería e Hidrocarburos. Acceso web 21/08/20 http://www.minerijujuy.gob.ar/site/jam_catastro.php.

¹² Muestra de ello son las investigaciones preliminares N° 119/07 Mina La Pulpera P.S.A. Inf. Ley 24051 y 116/07 “Minera Aguilar s/ presunta contaminación”, entre otras, realizadas por el Sr. Fiscal Federal Antonio Gómez de la Unidad Fiscal para la Investigación de Delitos contra el Medio Ambiente (UFIMA).

¹³ Ver Duran et. al. (2019) donde realizamos un análisis institucional a la Secretaría de Pueblos indígenas de Jujuy.

indígenas y la convivencia armónica con la Pachamama, fomentar el emprendedurismo indígena y el empoderamiento de la mujer. En este sentido, se declaró oficialmente a Jujuy como capital de la Pachamama y la provincia se posicionó como referente turístico a nivel internacional y nacional.

En este contexto algunas Comunidades indígenas de las regiones de Puna y Quebrada muestran una fuerte oposición y resistencia a las políticas implementadas debido a que la matriz económica provincial se sostiene, por un lado, en la riqueza y diversidad de su cultura y por el otro lado se asienta sobre sus territorios sin ser debidamente consultados afectando sus derechos indígenas y ambientales. El malestar escaló cuando se sancionó la ley provincial N° 5.915/16 de constitución de servidumbres administrativas para el desarrollo de energía renovable sobre inmuebles de propiedad comunitaria y cuando la promesa del actual gobernador de reconocer legalmente el protocolo de consulta y consentimiento indígena “Kachi Yupi- Huellas de Sal” (2015) creado por 33 Comunidades de la Cuenca de Salinas Grandes y Lagunas de Guayatayoc fue incumplida. Estas acciones sumadas a que la consulta indígena no era cumplida debidamente o no era eficaz, pusieron en estado de alerta a las Comunidades que se resistían y, aun se resisten, al avance neoextractivista.

Es en esta trama donde realice la investigación¹⁴, en procura de inquirir sobre la implementación de los derechos indígenas, sobre todo del derecho a la consulta libre previa e informada con fines de llegar a un acuerdo o consentimiento. De dicha búsqueda pude obtener algunos de los siguientes resultados:

i) Entramado Jurídico -Comunidades Legales

La provincia de Jujuy cuenta actualmente con alrededor de 350 Comunidades indígenas con personerías jurídicas, las cuales se reconocen como pertenecientes a los Pueblos o naciones Kolla, Omaguaca, Gua-

¹⁴ Para dicha investigación utilice una metodología de índole cualitativa, privilegiando la entrevista en profundidad y la observación participante. Además, me serví del análisis documental y legal. Recomiendo la lectura del informe final para su cabal comprensión.

raní, Tilian, Quechua, Atacama, Ocloya, Toba, Fiscara y Toara¹⁵. De las entrevistas realizadas se da cuenta de la objeción constante que supone el proceso de institucionalización mediante las personerías jurídicas. Aunque el reconocimiento constitucional de la preexistencia estatal hacia los Pueblos indígenas tenga efecto declarativo, la personería jurídica es requerida generalmente para tener legitimación procesal en juicios y para continuar con la obtención del título de propiedad comunitaria indígena dentro de límites demarcados. En este último punto, cabe destacar que los títulos otorgados son superficiarios, en contra de las concepciones de territorio que tienen los Pueblos indígenas.

En resumen, dichas críticas radican en los efectos negativos que transforman cultural y políticamente las relaciones sociales comunitarias puesto que se obliga a las Comunidades a adoptar estatutos uniformes, aprobados por el estado; elegir a representantes (Comuneros/as o Presidentes/as) perdiendo poder a la Asamblea Comunitaria y las decisiones por consenso. También se pudo dar cuenta que existen Comunidades, que tras peleas internas debido a la oposición o no de proyectos, se dividieron y formaron otras Comunidades con sus respectivas personerías jurídicas. Con todo esto, el efusivo reconocimiento legal mediante personerías jurídicas propicia a la atomización política y territorial en contra de una organización y resistencia indígena conjunta, ya que esta herramienta colabora a que el estado y las empresas traten y pacten concesiones con unas comunidades y con otras no, a pesar de que sean colindantes, y que un proyecto sea susceptible de afectar integralmente a todas.

-Punto nodal. Reducción de los derechos políticos indígenas a través del polémico Decreto 5772/10: “Reunión Informativa/Consultiva y Participación no es Consulta Indígena”.

Un eje transversal en el aparato jurídico de la Provincia de Jujuy en relación a la participación y consulta indígena en proyectos mineros susceptibles de afectarlos gira en torno al Decreto N° 5772/2010, originado

¹⁵ Datos de la Secretaria de Pueblos Indígenas <http://spi.jujuy.gob.ar/comunidades/#1466698300310-b16fa34a-41d5> Acceso Web: 21/08/20. A la vez, de las entrevistas surge el dato del Pueblo Casabindo, no relevada por los datos oficiales del gobierno, asimilando a estas identidades bajo el Pueblo Kolla o Atacama o como mera Comunidad.

tras una condena judicial¹⁶ y a la vez reglamentario de la Ley provincial General de Medio Ambiente N° 5063. La disposición ejecutiva regula el procedimiento administrativo de gestión ambiental para la solicitud y concesión de cateo, exploración y explotación de minerales que yacen en el subsuelo de los titulares superficiarios afectados sean individuales o comunitarios indígenas. A su vez, la autoridad de aplicación es la Secretaria de Minería y Recursos Energéticos de la Provincia.

Dentro de este procedimiento, se prevé los criterios de presentación, evaluación y factibilidad ambiental de los informes de impacto ambiental (desde ahora I.I.A.) para cada etapa minera. En ese camino obliga a los interesados para que, posterior a la *elaboración* técnico minera-ambiental del informe de impacto, pero previo a la *presentación* ante el área respectiva, realicen una instancia de “participación ciudadana” que deberá acreditarse con la mera notificación y realización de una “reunión informativa” de los superficiarios afectados (art. 15 in fine). Una vez ingresado, y luego de la vista por el Ministerio de Ambiente, se deberá entregar el I.I.A a las Comunidades Indígenas afectadas para que, en una “reunión consultiva” (art. 23, 3er. párr.), estas manifiesten sus apreciaciones. Finalmente, el último paso antes de la Aprobación final o no del I.I.A. por la Secretaria de Minería, es la reunión en la Unidad de Gestión Ambiental Minera Provincial (U.G.A.M.P.) en donde se congregan tanto el Representante de la Comunidad Indígena afectada como otros actores claves, entre ellos un delegado de “empresarios mineros”, “Centro de Geólogos”, “autoridades municipales de la zona del proyecto minero”, representante de la Universidad Nacional de Jujuy y de la actual Secretaria de Pueblos Indígenas, entre otros (art. 9). Todos ellos en pie de igualdad a los fines de asesorar, aconsejar y dictaminar técnicamente, aunque de forma no vinculante, la aprobación, rechazo o ampliación de los I.I.A. presentados (art. 23).

En síntesis y en conjunto con el análisis legal y la observación participante en una Asamblea Indígena en la Puna Jujeña, concluyo que esta normativa y su aplicación viola gravemente el derecho a la consulta y consentimiento indígena según los estándares mínimos internacionales por a) asimilarla a instancias de participación ciudadana b) por iniciar el procedimiento informativo luego de elaborar el informe de impacto

¹⁶ Tribunal Contencioso Administrativo de Jujuy, Expte. N ° B-105.437/03 caratulado “Andrada de Quispe, Rosalía Ladiez y otros c/ Estado Provincial s/ Acción de Amparo”

ambiental c) por obligar a los interesados (en el caso de la asamblea que participé, Compañía el Aguilar) a realizar tales reuniones en el territorio y sin presencia de una autoridad estatal y d) porque en la U.G.A.M.P la Comunidad Indígena es un asistente más. Estas dos últimas instancias son celebradas mediando una gran disparidad económica, técnica y simbólica entre el sector privado, público y las Comunidades indígenas en un contexto generalmente de tensión. En fin, la consulta indígena en la actividad minera se convierte en una instancia meramente participativa donde los principales afectados realizan observaciones y aclaraciones, no vinculantes, a un proyecto susceptible de afectarlos.

Por último, cabe destacar que las consultas indígenas deben respetarse aun cuando sea para la etapa de exploración o prospección¹⁷, debido a que son derechos eminentemente políticos y son expresión directa del principio de autodeterminación. En consecuencia, no deben ser implementadas cuando exista un riesgo ambiental en la etapa de explotación.

-Creación de Juzgados Ambientales y la judicialización de consultas indígenas: El continuo camino a la asimilación.

Uno de los puntos centrales de la reforma judicial impuesta por la ley provincial N° 5.899/2015 es la creación de los Juzgados y Fiscalías Ambientales, primeras en el país. Luego se sanciona la ley N° 6.106 de procedimiento ambiental regulando mediante esta los procedimientos colectivos ambientales. El Juzgado especializado entro en funcionamiento en 2019 y cuenta con dos sentencias originadas en demandas¹⁸ promovidas por Comunidades Indígenas en miras de proteger su territorio mediante acciones de amparo, por la lesión de sus derechos indígenas y ambientales, en proyectos de infraestructura o materia forestal que los afectaba. En este punto es importante destacar que la mayoría de los conflictos judiciales por la consulta indígena radican complementariamente en el peligro ambiental

¹⁷ Ver Dictamen del Ministerio Público de la Nación (2013) en donde analiza el decreto 5772/10 como violatorio al derecho de consulta, libre previa e informada según los estándares internacionales.

¹⁸ Expediente N° C-56529/15 caratulado: “Amparo: Comunidad Aborigen Las Capillas – Pueblo Ocloya c/ Cía. Minera Piuquenes S.A., Argentina Maderas Y Derivados S.R.L. y Ottonello Enrique Carlos” (origen: Tribunal Contencioso Administrativo) y Expte. C-136881/19 caratulado: “Amparo genérico: Comunidad Indígena Angosto El Perchel C/ Telecom Argentina S.A. y Estado Provincial” (origen: Juzgado Ambiental).

que acarrea los proyectos inconsultos. Entonces indefectiblemente por el objeto, también ambiental, el Juzgado Ambiental es competente para para conocer dichas causas.

Continuando con la exposición, las sentencias dictadas por este novedoso Juzgado solo obligan a las demandadas (Empresas y Estado Provincial) la realización de nuevas instancias de participación o asegurar la participación a futuro, a través de la adopción de mecanismos apropiados y según las circunstancias, en términos de derecho ambiental estrictamente. Estas sentencias, en sus resuelvo, no hacen mención alguna a la pretensión original de consulta indígena, libre previa e informada.

Luego es otro problema dilucidar quién tiene la carga de probar, dentro de los límites del proceso, el impacto significativo que puede tener un megaproyecto de desarrollo para que el consentimiento-requisito tenga poder de veto indígena. Creo que tal cuestión configura un límite en contra de los Pueblos indígenas ya que los procesos, aun estos ambientales, no juzgan con criterios históricos, antropológicos o desde la concepción de territorio que tienen los Pueblos.

REFLEXIONES FINALES

Del análisis de los puntos expuestos, se evidencia el problema estructural que significa la implementación de los derechos políticos indígenas en un orden estatal moderno colonial y neoliberal y particularmente sobre un territorio políticamente fragmentado y económicamente dependiente de la actividad minera transnacional como es el caso jujeño.

En primer lugar, se afirma la performatividad del dispositivo jurídico analizado que, a pesar de procurar formalmente por la autodeterminación, autonomía y la politicidad indígena continúa normalizando y así controlando, bajo lentes instituidos por la colonialidad, las formas de organización y territorialización promoviendo de este modo su atomización política y asimilación jurídica. Esta condición se agrava cuando se introduce el reclamo por la consulta indígena dentro de un proceso administrativo-judicial, puesto que lejos de considerar sus agravios desde criterios indígenas, antropológicos, históricos, sociales los reduce considerablemente a criterios de afectación ambiental. Ciertamente tal circunstancia configura un desafío en el ámbito de la justicia, pero mientras tanto se continúa

violando los derechos políticos de los Pueblos indígenas y su acceso a la justicia, en contexto muy conflictivos.

Por otro lado, las únicas posibilidades de habilitación y reconocimiento de la “otredad indígena” se dan en un marco de pluralismo cultural, promovidos por concepciones folclóricas y esencializantes de su identidad, dentro de un matriz capitalista neoliberal. En este orden de ideas, Cruz sostiene que:

“el indigenismo integracionista se rearticuló bajo una perspectiva multicultural e intercultural y al hacerlo dejó de referirse al indigenismo e incluso lo criticó. Habría entonces un indigenismo multicultural (ya no monocultural) que hace elogio de la diversidad cultural indígena pero siempre que se incluya al mercado capitalista globalizado. Su meta ya no es ciudadanizar al indio, sino empresarlo “desarrollo con identidad” (...) El indigenismo multicultural habilita la diversidad étnica, siempre que sea funcional al mercado capitalista y rechaza con violencia cualquier proceso de afirmación de una diversidad político-territorial (no solo cultural) dentro de los territorios ocupados por el estado nacional” (2018, p. 176, 177)

Así pues, el dispositivo jurídico intercultural en Jujuy sigue reproduciendo la razón indigenista, aunque ya no bajo el mecanismo de racismo étnico violento (blanquización de la piel) si no mediante el racismo identitario cultural (tolerancia o blanquización político-cultural) menos visible pero igual de violento. A esto se lo llama neoindigenismos.

A su vez, los mecanismos neoindigenistas encontrados para solucionar la “cuestión indígena” o el “problema moderno y su racismo”, o en otras palabras para mantener y reproducir el orden y estructura colonial del estado y el sistema jurídico, son altamente tensionados desde la lucha indígena. En el informe final me refiero a ello, no obstante, en honor a la brevedad sintetizo que las interpelaciones que algunas Comunidades Indígenas hacen al derecho indígena pone en evidencia el carácter inestable y transformador del derecho (Santos Sousa 2009). Puesto que, en contra del efecto performador y normalizador del dispositivo jurídico indigenista se pueden encontrar que, a través de la recuperación de la memoria, revalorización de las prácticas y economías comunitarias, la resistencia y reterritorialización, los usos legales estratégicos y la asunción de una identidad india, en clave política, el derecho indigenista se puede transformar en una herramienta con capacidad de tensionar sus propias formas

jurídicas (Villegas Guzmán, 2017) y de esa forma, se pueden ensayar otras aberturas y horizontes políticos comunitarios posibles.

Por último, si es que existe alguna deuda o reparación para con los Pueblos Indígenas, la misma no se debe ser encaminada hacia reformismos constitucionales o emergencias legales. La cuestión es más que profunda, y los propios Pueblos indígenas lo reclaman desde siempre: los mecanismos legales, jurisdiccionales, reparatorios y las valoraciones de conflictos territoriales debe ser considerados desde un paradigma de justicia histórica (Borgogno y Rekers 2019) y respetando el principio de autodeterminación indígena.

BIBLIOGRAFÍA

- ANAYA, James (2005) “Los pueblos indígenas en el derecho internacional” 2da ed, ed. Trotta, Madrid.
- ANTONELLI, Mirta; SVAMPA, Maristella (2010) “Minería transnacional, narrativas del desarrollo y resistencias sociales” 2da. Edición, Buenos Aires, Biblios.
- BARTOLOME, Miguel Alberto (2003) “Los pobladores del “Desierto” genocidio, etnocidio y etnogénesis en la Argentina”. Cuadernos de Antropología Social N° 17, pp. 162-189, 2003 FFyL - UBA - ISSN: 0327-3776.
- BORGOGNO, S. D. T., & REKERS, R. A. F. (2019). Pueblos indígenas, injusticias históricas y presentes: entrevista a Timothy Waligore. *Prometeica - Revista De Filosofía y Ciencias*, (18), 83-85. Disponible en: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/prometeica/article/view/1705>
- CLAVERO, Bartolomé (2010) “Consulta y Consentimiento previo libre e informado a la luz del derecho internacional de los derechos Humanos”. Disponible en: http://www.opsur.org.ar/blog/wpcontent/uploads/2010/09/sobre_consentimiento_previo_libre_e_informado_-_dr_bartolome_clavero.pdf
- _____ (2012) “Principios contra garantías: empresas transnacionales y pueblos indígenas en el orden internacional de los derechos humanos tras 2001”. Disponible en: http://www.elcorreo.eu.org/IMG/pdf/Empresas_transnacionales_y_pueblos_indigenas.pdf
- CRUZ, Gustavo (2018) “La crítica al indigenismo desde el indianismo de Fausto Reinaga” en Cuadernos Americanos 165, México.
- _____ (2019) “Interrogantes sobre el indigenismo político y estético en argentina”. XIII Jornadas Regionales de Investigación en Humanidades y Ciencias Sociales, San Salvador de Jujuy.

- DÍAZ POLANCO, H. (2009). El indigenismo: de la integración a la autonomía. En Enrique Dussel; Eduardo Mendieta y Carmen Bohorquez (Eds.), *El Pensamiento Filosófico Latinoamericano del Caribe y "Latino"* (1300 2000) (pp. 647-658). México: Siglo XXI
- DURÁN, V. V.; Avalo, A. V.; DELGADO, S. J.; CARRILLO, C. L. (2019). "Indigenismos e institucionalidad indígena contemporánea en Jujuy". *Administración Pública y Sociedad (APyS)*, (8), 135-159. Disponible en: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/APyS/article/view/26335>
- FRITES, Eulogio (2011) "El derecho de los pueblos indígenas", PNUD, Buenos Aires.
- GARCÍA FANLO, Luis (2011) "¿Qué es un dispositivo?: Foucault, Deleuze, Agamben" en *A Parte Rei* 74 Marzo 2011, *Revista de Filosofía*. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/220006624_Que_es_un_dispositivo_Foucault_Deleuze_Agamben
- LENTON, Diana (2009) "Política Indigenista argentina: una construcción inconclusa" en *Anuario Antropológico*, ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro.
- QUIJANO, Aníbal (2000a) "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina" en Lander, Edgardo (comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Clasco, Buenos Aires.
- _____ (2000b) "Colonialidad del Poder y Clasificación Social" en *Journal of world-systems research*, VI, 2, summer/fall. Disponible en: <http://www.ram-wan.net/restrepo/poscolonial/9.2.colonialidad%20del%20poder%20y%20clasificacion%20social-quijano.pdf>
- RAMIREZ, Silvina (2011) "Derecho de los pueblos originarios: matriz liberal de la constitución y protección de los derechos de los pueblos originarios" en *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria* comp. por Roberto Gargarella, 1era. ed., Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires.
- SANTOS SOUSA, Boaventura (2009) "Sociología Jurídica Crítica: para un nuevo sentido común en el derecho" 1er. Edición- Madrid, Ed. Trotta.
- SEGATO, Rita (2015) "La crítica de la Colonialidad en ocho ensayos y una antropología por la demanda" 1a ed., Prometeo Libros, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- VILLEGAS GUZMAN, Sabrina (2017) "El derecho como instrumento de lucha y espacio de conflicto: la experiencia del Movimiento Campesino de Córdoba (Argentina)" en *Rev. Direito Práx.* vol.8 no.1 Rio de Janeiro Jan./Mar. 2017. Disponible en: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S2179-89662017000100413

Fuentes Normativa e Institucional

Decreto Provincial N° 5.772/2010. Disponible en: http://www.mineriajujuy.gov.ar/site/legislacion_minera.php

Ley Provincial 5.915 “Servidumbres administrativas de electroducto y régimen especial de constitución de servidumbres administrativas para el desarrollo de proyectos de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables sobre inmuebles de propiedad comunitaria” https://www.legislaturajuju.gov.ar/img/sesiones/ftp/s_2634/Ley_5915_33-PE-16.pdf

Dictamen del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia (2013) “S.C. A. 759, L. XLVII, S.C. A. 776, L. XLVII: “Andrada de Quispe, Rosalía y otros c/ Estado Provincial Jujuy s/ Amparo”-Tribunal Contencioso Administrativo de la Provincia de Jujuy”. Disponible en: <https://www.fiscales.gov.ar/wp-content/uploads/2013/09/A.759-47-Andrada-de-Quispe-Rosario1.pdf>

Kachi Yupi “Huellas de Sal” (2015) Procedimiento de Consulta y Consentimiento previo, libre e informado para las Comunidades indígenas de la Cuenca de Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc. Disponible en: <https://farn.org.ar/kachi-yupi-huellas-de-la-sal/>

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso del “Pueblo Saramaka vs. Surinam” Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

EL REGRESO DE LA LIBERTAD DE CONTRATAR: UNA CAUTELAR POR DESPIDO DISCRIMINATORIO ANTE LA CORTE SUPREMA *

*Horacio Javier Etchichury***

Resumen: En junio de 2020, la Corte Suprema argentina revirtió –por mayoría– una medida cautelar otorgada a un empleado que impugnó su despido como discriminatorio por razones gremiales. La Corte consideró que la cautelar –consistente en la reinstalación del trabajador– podía afectar la libertad de contratar del empleador y sus facultades organizativas y disciplinarias en el ámbito laboral. Este artículo analiza los argumentos de la mayoría a la luz del principio constitucional protectorio del trabajo, además de conectar esta decisión con una serie de fallos que presentan lecturas restrictivas o regresivas de derechos sociales, contenidas en el historial reciente de la Corte.

Palabras clave: Despido discriminatorio – Medida cautelar – Corte Suprema –

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizamos el fallo “Laurenzo” (2020)¹, emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de despido discriminatorio. El alto tribunal ordena a la Suprema Corte bonaerense revisar una medida cautelar consistente en la reinstalación de un trabajador que impugna su despido como discriminatorio.

* Artículo recibido el 15/9/2020 ~ aprobado para su publicación el 15/3/2021.

** 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

¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Laurenzo, Juan Manuel c/ Unión Platense S.R.L. s/amparo”. *Fallos*, 343:341. 04 de junio de 2020.

Despedido con causa (según el art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo) de su trabajo como chofer de la empresa Unión Platense SRL, Juan Manuel Lorenzo interpone un amparo. Sostiene que el cese obedece a motivos discriminatorios de carácter gremial, ya que él integra la comisión organizativa de la seccional La Plata del sindicato Unión de Conductores de la República Argentina. Reclama la nulidad del despido, su reincorporación y los salarios caídos. Además, solicita como medida cautelar la reinstalación en el puesto, la que es concedida.

La empresa recurre esa decisión ante la Suprema Corte de Justicia bonaerense, que rechaza el planteo porque no se trata de una sentencia definitiva. Finalmente, Unión Platense SRL llega en 2017 en queja ante la Corte Suprema. El 4 de junio de 2020, el máximo tribunal –por un voto mayoritario suscripto por los ministros Rosenkrantz, Highton y Lorenzetti– revierte el fallo de la instancia provincial –con costas– y lo reenvía para que se dicte uno nuevo según las pautas que establece. La disidencia –integrada por los ministros Maqueda y Rosatti– se pronuncia por desestimar el recurso, ya que no se dirige contra una sentencia definitiva.

El fallo fija criterios para analizar la admisibilidad de una medida cautelar de reinstalación ante un despido supuestamente fundado en discriminación por razones gremiales. Es posible, además, inscribir la decisión en una sucesión de fallos que –como exponemos más adelante– adoptan lecturas regresivas y restrictivas de los derechos sociales. Cabe señalar también que es una decisión publicada mientras rigen normas prohibitivas de despidos sin causa, dictadas en virtud de la pandemia.

2. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO ANTE LA CORTE SUPREMA

El principio constitucional de igualdad siguió una lógica expansiva. Inicialmente configurado como igualdad formal o ante la ley (artículo 16 de la Constitución Nacional)², la reforma de 1994 la amplió para incluir la “igualdad real de oportunidades y de trato” y las “acciones positivas” a favor de ciertos grupos postergados (artículos 37 y 75 inc. 23), como así también la “igualdad real de oportunidades y de posibilidades sin

² SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 754.

discriminación alguna” en materia educativa (artículo 75 inc. 19)³. La “igualdad *de facto*” entre hombres y mujeres, por otra parte, es un objetivo incluido en el art. 4 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, uno de los tratados con jerarquía constitucional. También cabe recordar que a partir del fallo de la Corte Suprema en “Kot” (1958) y de la redacción adoptada en 1994 para el art. 43 en la Constitución, los derechos son oponibles también a personas particulares⁴.

Como parte del desarrollo de este principio constitucional, en los primeros años de la restauración democrática el Congreso sancionó la ley 23.592 (o Ley Antidiscriminatoria)⁵. En su primer artículo, la norma encuadra los actos discriminatorios. Quien se vea afectado por uno de ellos en el ejercicio igualitario de derechos, puede exigir el cese de tal acto y la reparación del daño infligido, tanto moral como material⁶. Entre los motivos discriminatorios prohibidos, la ley incluye la opinión gremial.

Este marco protectorio de la igualdad comenzó a emplearse para analizar despidos que –más allá de tener una causa alegada, o carecer de ella– podían considerarse discriminatorios, es decir, originados en alguno de los elementos o características prohibidas por las normas. Si el motivo era la opinión o la actividad gremial, también podía aplicarse el art. 47 de la ley 23.551 (o Ley de Asociaciones Sindicales), que protege a representantes sindicales en el ejercicio de sus funciones.

En general, la pregunta central en esta materia consistía en determinar cuál era el remedio adecuado en estos casos: ¿bastaba la indemnización, como para cualquier despido sin causa? ¿O correspondía una reparación

³ ROSSETTI, ANDRÉS, “La igualdad en el sistema constitucional argentino”, en ANDRÉS ROSSETTI y MAGDALENA ÁLVAREZ (coord.), *Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos*, Advocatus, Córdoba, 2010, pp. 15-34.

⁴ ÁLVAREZ, MAGDALENA INÉS, “El principio de igualdad y la prohibición de discriminar. Proyección sobre las relaciones privadas”, en SILVINA RIBOTTA y ANDRÉS ROSSETTI (editores), *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 222-223.

⁵ QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, BENEDETTI, MIGUEL ÁNGEL y CENICACELAYA, MARÍA DE LOS ÁNGELES, *Derecho Constitucional Argentino*, 2da. edición, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 407.

⁶ GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 193-195.

integral, que incluyera –por ejemplo– el retorno al puesto de trabajo? Por otra parte, si el cese obedecía a cuestiones gremiales, también debía ponderarse el efecto de las medidas adoptadas en la relación social general entre el capital y el trabajo. Preciso es recordar, además, que el artículo 14 *bis* de la Constitución garantiza “protección contra el despido arbitrario”. Según explicó el constituyente Carlos Bravo en la Convención reformadora de 1957, los despidos “originados por caprichos o motivos fútiles [...] pueden hundir al trabajador y a su familia en la miseria y la desesperación, deben ser evitados”; y agregó que “la estabilidad importa, con la seguridad del trabajo al asalariado, un factor de tranquilidad y seguridad social”⁷. Esta postura se refuerza, a partir de 1994, con la jerarquía constitucional otorgada al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo artículo 6 consagra el “derecho a trabajar”, que “comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”. El mismo artículo obliga a los Estados a tomar “medidas adecuadas” para garantizarlo, incluyendo “programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir (...) la ocupación plena y productiva”, esto es, la situación en que toda persona tenga un trabajo con salario adecuado⁸. De modo que la igualdad real debe analizarse en relación a los derechos a no ser discriminado y a trabajar.

Finalmente, en “Álvarez” (2010)⁹ la Corte Suprema –por mayoría– estableció la inadmisibilidad del despido por razones discriminatorias. De ocurrir, la reparación consiste en reincorporar a la persona cesada. La prohibición de discriminar pertenece –según el voto mayoritario– al *ius cogens*, esto es, al conjunto de normas imperativas del derecho internacional; se refleja en la ley 23.592 (o Ley Antidiscriminatoria) y exige incluso –de acuerdo a citas de la OC 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– medidas positivas.

⁷ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente – Año 1957*, tomo II, Imprenta del Congreso, Buenos Aires, 1958, pp. 1225-1226.

⁸ HARVEY, PHILIP, “Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 33, 2002, pág. 405.

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S. A. s/ acción de amparo”. *Fallos*, 333:2306. 07 de diciembre de 2010.

La mayoría en aquel fallo –integrada por los ministros Fayt, Maqueda, Petracchi y Zaffaroni– ordenó reinstalar un grupo de empleados despedidos de una empresa privada por intentar la formación de un sindicato que los representara. El ámbito laboral, destacó la Corte, no está exento de la prohibición de discriminar: la relación de empleo involucra al trabajo que –en tanto actividad humana– pone en juego la dignidad de la persona.

La minoría, en cambio, entendió –con las firmas de Argibay, Highton y Lorenzetti– que cuando se trata de actos discriminatorios que extinguen la relación laboral, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminar entran en conflicto con la libertad de contratar. Corresponde armonizar todos estos derechos, por lo que propone un remedio diferente: permitir el despido, imponiendo una indemnización agravada, como la prevista para el caso de la mujer embarazada¹⁰.

Un año más tarde, la Corte –en un voto único firmado por quienes integraron la mayoría en “Álvarez” (2010)– estableció en “Pellicori” (2011)¹¹ criterios para la distribución de la carga de la prueba en casos donde se analiza un acto de discriminación. Quien afirme ser víctima de tal acto, solo debe acreditar hechos que, *prima facie*, permitan inducir la existencia de la conducta discriminatoria. Luego, la parte demandada podrá eximirse de responsabilidad si muestra que existieron motivos “objetivos y razonables” para la decisión impugnada, ajenos a la discriminación¹².

En síntesis, a partir de estos fallos, despedir a alguien por su actividad gremial configura un acto discriminatorio, cuya reparación consiste en reinstalar a la persona en su puesto. La libertad de contratar –que incluye la

¹⁰ Se ha señalado que la equiparación no resulta correcta, ya que el despido de una trabajadora embarazada puede obedecer a razones económicas, mientras que el despido discriminatorio abarca otra amplia gama de causales irracionales, frente a las cuales no basta con encarecer el costo del acto discriminatorio; véase ZAYAT, DEMIÁN, “El principio de igualdad. Razonabilidad, categorías sospechosas, trato desigual e impacto desproporcionado”, 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, pp. 924-925.

¹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”. *Fallos*, 334:1387. 15 de noviembre de 2011.

¹² El análisis de ambos fallos, en ÁLVAREZ, MAGDALENA INÉS, *ob. cit.* Los posibles efectos de la sentencia en el mercado laboral son uno de los puntos de interés en GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “El principio de igualdad y la aplicación de la Ley contra la Discriminación en las relaciones de empleo privado. Los casos ‘Álvarez’ y ‘Pellejero’”, *JA* 2011-I-174.

facultad de poner fin al convenio— no justifica conductas discriminatorias. No se reconoce libertad para discriminar.

3. UNA LECTURA REGRESIVA SOBRE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL DESPIDO

En “Varela” (2018)¹³, la Corte —con su integración renovada en 2016— volvió a tratar un caso de despido discriminatorio. Aparentemente, confirmó la línea iniciada en 2010; sin embargo, una lectura más atenta muestra algunos elementos nuevos que podemos calificar de regresivos en relación al derecho a no sufrir discriminación por motivos gremiales.

Calificamos como “regresiva” aquella interpretación que implica “un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido”¹⁴. Es decir, disminuye el alcance previamente reconocido a un derecho, reduciendo el conjunto de supuestos de hecho abarcados por esa norma.

Repasemos esta decisión emitida por la Corte en 2018. Un trabajador de Catamarca, con más de 10 años de antigüedad en su puesto, exigió —mediante notas presentadas al Ministerio de Trabajo y a su gremio— la elección de delegados sindicales en el supermercado donde prestaba servicios. La empresa lo suspendió por impuntualidades; el actor rechazó la sanción por considerarla una represalia contra su actividad gremial. Cuatro días después la empresa lo despidió invocando conducta agravante. El empleado, a través de un amparo, solicitó la nulidad del despido en virtud del art. 47 de la ley 23.551. Tras un fallo desfavorable del máximo tribunal provincial, el caso llegó en queja ante la Corte Suprema.

El voto firmado por los ministros Highton, Maqueda y Rosenkrantz en “Varela” (2018) reconoce la dificultad para conseguir pruebas fehacientes de un motivo discriminatorio: por ello es suficiente acreditar “de modo verosímil” que existió. Se trata, en este caso, de las gestiones sindicales del trabajador: es necesario entonces demostrar que tal actividad se halla

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical”. *Fallos*, 341:1106. 04 de septiembre de 2018.

¹⁴ Véase 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, pág. 6.

incluida en la ley 23.551 y es ejercida “de modo regular”; o bien que configura una “opinión gremial” tal como se la prevé en la ley 23.592.

Luego, los tres ministros explican qué puede hacer la patronal para rechazar el reclamo por discriminación. Debe demostrar –afirman– que el despido se debió a “cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere”, siempre que no sea discriminatorio (cons. 9).

Comparemos los criterios fijados en “Pellicori” (2011) y en “Varela” (2018) desde el punto de vista de la parte empleadora. Para desvirtuar la intención discriminatoria acreditada como “verosímil”, debe aportarse un motivo “objetivo y razonable” (según el fallo de 2011) o bien “cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere” (de acuerdo al voto de los tres ministros en 2018). La primera alternativa abarca menos motivos aceptables que los habilitados por la segunda. En otras palabras, la fórmula de 2018 amplía la libertad de despedir para la patronal, y –correlativamente– reduce la protección contra la discriminación¹⁵. Según la decisión de 2018, “cualquier otro motivo” (no necesita ser “objetivo” ni “razonable”) habilita el despido, salvo que sea discriminatorio.

Esta posición regresiva se suma a una línea de casos que adoptan lecturas de carácter restrictivo (no necesariamente regresivo) sobre ciertos derechos sociales. Esto significa que, sin dejar de reconocer la existencia –e incluso la exigibilidad judicial– de tales derechos, la Corte niega la titularidad en ciertos casos planteados ante ella. Por ejemplo, en “P., A.” (2015)¹⁶, resolvió que solo quienes no tienen cobertura de salud ni medios económicos para pagar el tratamiento tienen derecho a exigir al Estado prestaciones de salud, incluso en situaciones de discapacidad. En “Orellano” (2016)¹⁷, la Corte indicó que únicamente los sindicatos inscriptos tienen derecho a la huelga, lo que excluye a lo que el tribunal definió como “grupos informales de trabajadores”. Luego de reconocer de modo amplio

¹⁵ Véase SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, “La Corte y el cambio: lecciones para discriminar”, 24 de septiembre de 2018, disponible en: <http://trabajoderechohumano.blogspot.com/2018/09/el-cambio-y-la-corte-lecciones-para.html>

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “P., A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ amparo”. *Fallos*, 338:488. 16 de junio de 2015.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S. A. s/ juicio sumarísimo” *Fallos*, 339:760. 07 de junio de 2016.

la estabilidad propia en el empleo público en “Madorrán” (2007)¹⁸, negó ese derecho en “Ramos” (2010)¹⁹ al personal bajo contratos temporales, incluso renovados sucesivamente; también quedó excluida la planta de Sociedades del Estado en “Luque” (2015)²⁰. La decisión en “Sindicato Policial” (2017)²¹ negó a quienes integran las fuerzas de seguridad el derecho a sindicalizarse; la misma posición marcó respecto al personal penitenciario el fallo dictado en “Rearte” (2020)²².

4. LA PROTECCIÓN CAUTELAR: UN NUEVO FALLO DE LA CORTE SUPREMA

En ese marco, la decisión en “Laurenzo” marca límites a la protección judicial anticipada contra el despido discriminatorio. En particular, define hasta qué punto puede tutelarse a través de una medida cautelar. Así como “Varela” (2018) limitó el alcance de la protección desde el punto de vista sustantivo, “Laurenzo” (2020) acota la posibilidad de conceder una tutela judicial anticipada y efectiva, como exige el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dotada de jerarquía constitucional.

Como se sabe, el otorgamiento de una medida cautelar exige analizar dos condiciones: (a) la verosimilitud del derecho alegado y (b) el peligro que genera la demora en resolver²³. El primer requisito no necesita debate y prueba completa, ya que ello estaría anticipando el fondo de la cuestión. La segunda condición, por su parte, alude al riesgo de que la

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación”. *Fallos*, 330:1989. 03 de mayo de 2007.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ramos, José Luis c/ Estado Nacional s/ indemnización por despido”. *Fallos*, 333:311. 06 de abril de 2010.

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Luque, Rolando Baltazar c/ Sociedad del Estado Casa de Moneda s/ despido”. *Fallos*, 338:1104. 27 de octubre de 2015.

²¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales”. *Fallos*, 340:437. 11 de abril de 2017.

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rearte, Adriana Sandra y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ amparo – recurso de apelación”. *Fallos*, 343:767. 13 de agosto de 2020.

²³ CASSAGNE, EZEQUIEL, “Las medidas cautelares contra la Administración” en Juan Carlos Cassagne (director), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, tomo 2, Buenos Aires, La Ley, 2007.

sentencia definitiva resulte ineficaz, debido a que el derecho en juego haya perecido en el tiempo transcurrido hasta su dictado²⁴. La presencia de ambos requisitos justifica la medida que –antes de que se dicte una decisión final– introduce cambios o bien impide que se produzcan en la situación existente al comienzo del litigio.

La concesión de una medida cautelar no puede recurrirse, ya que no se trata de una decisión definitiva. Sin embargo, la Corte admite –excepcionalmente– tales recursos si la medida puede causar un daño de difícil o imposible reparación posterior.

En “Laurenzo” (2020), el trabajador despedido obtuvo –con este carácter cautelar– su reincorporación. La empresa, por su parte, recurrió la medida infructuosamente, hasta llegar a la Corte Suprema.

La posición de la mayoría

Los ministros Highton y Lorenzetti, junto a Rosenkrantz, presidente del tribunal, revierten la decisión de la Corte bonaerense, que había rechazado los recursos de la empresa porque no estaba en juego una decisión definitiva, sino apenas una medida cautelar.

Para dejar sin efecto esa resolución de la instancia provincial, los tres ministros utilizan dos argumentos centrales, reseñados en el considerando 5:

- i)* que la empresa había introducido “planteos serios acerca de la existencia de un perjuicio de imposible reparación ulterior”;
- ii)* que la medida solicitada en realidad coincide con el resultado de fondo esperado por el trabajador, lo que también puede generar perjuicios de difícil o imposible reparación posterior.

El argumento *(ii)* ha sido utilizado previamente por la Corte; por ejemplo, en “Asociación de Maestros y Profesores” (2004)²⁵. Allí el tri-

²⁴ BERARDO, MATÍAS, “El plazo de duración de las medidas cautelares en la acción de amparo constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 7, núm. 2, nueva serie II, 2016, pp. 163-178.

²⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación de Maestros y Profesores (A.M.P.) de La Rioja c/ La Rioja, Provincia de y otro s/ acción declarativa de inconstitucionalidad – incidente sobre medida cautelar”. *Fallos*, 327:2490. 24 de junio de 2004.

bunal señaló que no puede calificarse como cautelar una medida cuyos efectos son iguales a los producidos si se hiciera lugar al planteo de fondo. Agregó en aquella oportunidad que el objetivo de esas tutelas consiste en “asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable, mas no lograr anticipadamente el fin perseguido” (cons. 4).

El razonamiento deja cabos sueltos²⁶. En rigor, la medida cautelar –al menos en este caso– no coincide con lo que brindaría una sentencia definitiva. Si bien a primera vista existe concordancia, porque el trabajador sería reinstalado en su puesto, la situación sería diferente en una u otra instancia. En efecto, volver al trabajo como resultado de una medida cautelar implica que ello está condicionado al resultado del litigio. No es una situación estable; por el contrario, en cualquier momento es posible perder el cargo y –probablemente– verse obligado a reparar el daño o las pérdidas, o entregar la contracautela, si fue requerida. Ninguno de esos riesgos se halla presente cuando el trabajador retorna a su empleo como resultado de una sentencia definitiva. De modo que no se estaría “logr[ando] anticipadamente” el resultado: ello solo podrá configurarse con un fallo firme que resuelva el fondo del planteo.

5. LA LIBERTAD DE CONTRATAR

El argumento *(ii)* sobre la coincidencia entre la tutela anticipada y la decisión de fondo bastaría –según señala el propio tribunal– para rechazar el pedido de la cautelar. Por lo tanto, cabe inferir que la mención del argumento *(i)* tiene un objetivo específico: dejar en claro su importancia o valor como fundamento jurídico. Revisemos con más detalle, entonces, esta línea de razonamiento.

En el considerando 3, la mayoría reseña los agravios presentados por la empresa:

- 1) “forzar al empleador a asignar y a confiar unidades de transporte público de pasajeros a alguien en quien no puede depositar su confianza”;

²⁶ PALACIO, LINO ENRIQUE, *Derecho Procesal Civil*, 4ta. edición (actualizada por Carlos Enrique Camps), tomo IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, pp. 467-468.

- 2) “las facultades de organización y dirección del empleador, en particular las disciplinarias, no podrán ser ejecutadas adecuadamente”;
- 3) “se afecta gravemente su libertad de contratar en tanto no solo se fuerza el reingreso de un trabajador despedido sino que se obliga al empleador a mantenerlo en su puesto sin plazo cierto, independientemente de la conducta que despliegue”.

En este último punto, además, la empresa –según reseña el voto mayoritario de la Corte– invoca la disidencia de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay en “Álvarez” (2010). Diez años después de aquel fallo, entonces, la libertad de contratar –valorada en el voto minoritario de esa decisión– regresa al primer plano en la discusión sobre el despido discriminatorio. Ahora se acompaña de las “facultades” de organización, dirección y disciplinarias de la patronal.

La libertad de contratar –entendida como la facultad para celebrar o no convenios, como así también para modificarlos o extinguirlos-- no está consagrada con esos términos en la Constitución. La doctrina, en general, la considera una derivación de derechos consagrados en el art. 14 de la ley suprema: a trabajar, a ejercer toda industria lícita y a disponer de la propiedad²⁷.

La recuperación de este marco de análisis se debe a los votos de dos de los ministros que integraron el voto minoritario de entonces (Highton y Lorenzetti), a los que se une el presidente del tribunal. La referencia explícita –si bien como reseña del planteo de la empresa– a aquella disidencia podría leerse como un anticipo de la posible solución de fondo a la que arribarían: admisión de despidos discriminatorios a cambio de una indemnización agravada.

Como vemos, estos tres ministros no analizan la verosimilitud del derecho ni el peligro en la demora. Cabe concluir que dan por supuesto el cumplimiento de ambas condiciones; incluso la empresa parece no haber cuestionado este punto. De lo que se trata aquí –para quienes integran la mayoría– es de revisar si hay peligro de un daño irreparable causado por la afectación de esta libertad y estas facultades patronales. Porque si tal

²⁷ GELLI, MARÍA ANGÉLICA, op. cit., pág. 87. La misma autora agrega que las acciones positivas y el principio de no discriminación pueden plantearse como afectaciones a esa libertad.

riesgo existe, entonces la apelación de la empresa debe admitirse y quizá la medida cautelar no corresponda.

El fallo cita como precedente la decisión de la Corte en “Barrera Echavarría” (2017)²⁸, donde también revirtió –por mayoría– una medida cautelar que disponía reinstalar en su puesto a una empleada de Lotería Nacional Sociedad del Estado²⁹. Sin embargo, aquella sentencia no llevó a cabo un análisis similar al de “Laurenzo” (2020). Para dejar sin efecto la cautelar favorable a la trabajadora, la Corte también utilizó el argumento referido a la coincidencia entre el efecto de la medida solicitada y una eventual sentencia favorable. Pero al igual que en “Laurenzo” (2020), agregó otra línea argumental, aquella que exponía los elementos que le interesaba dar a conocer. En ese caso de 2017 la mayoría señaló que la determinación del vínculo laboral con la empresa estatal requería un mayor debate, imposible de cumplir en el marco acotado de una tutela anticipada. Destacó así la falta de verosimilitud del derecho: no existía claridad suficiente sobre el encuadre jurídico de la relación de empleo.

6. PRINCIPIO PROTECTORIO Y LIBERTAD DE CONTRATAR

“Laurenzo” (2020), como señalamos, no debate las dos condiciones requeridas para una cautelar. No hay debate sobre la verosimilitud del derecho ni sobre el peligro en la demora. La discusión gira en torno a los posibles daños irreparables a la empresa. El examen que la mayoría ordena hacer a la corte bonaerense implica poner a la libertad de contratar y las atribuciones patronales en un pie de igualdad con los derechos al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario, a la igualdad y a la no discriminación. La Corte –al hacer lugar a la línea argumental basada en los “planteos serios” de la empresa– indica que ambos grupos de derechos tienen un mismo grado de “irreparabilidad”. Esa equiparación aconseja –para la mayoría del tribunal– revisar la medida concedida.

²⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Barrera Echavarría, María y otros c/ Lotería Nacional Soc. del Estado s/ acción de amparo”. *Fallos*, 340:1136. 29 de agosto de 2017.

²⁹ El ministro Rosatti, en disidencia, desestimó el recurso por no estar dirigido contra una sentencia definitiva, o equiparable a ella; es la misma posición que sostiene ahora en “Laurenzo” (2020), junto a Maqueda.

Planteamos aquí una objeción a la postura de la Corte. El voto mayoritario prescinde –y sin ofrecer argumentos para ello– del principio protectorio adoptado en el art. 14 *bis*³⁰. El primer párrafo del art. 14 *bis* establece la “protección de las leyes” al “trabajo en sus diversas formas”. Con estas palabras, según ha señalado la Corte Suprema en “Vizzotti” (2004)³¹, se establece una tutela constitucional preferente sobre el trabajador, lo que también se conoce como “principio protectorio”, en beneficio de quien se presume la parte más débil (el empleado), que está en condiciones más difíciles para protegerse a sí mismo³². La persona que trabaja es un sujeto protegido especialmente por la Constitución.

Por el contrario, la libertad de contratar rescatada en el fallo se presenta allí como un derecho que ambas partes disfrutan de igual manera, mientras que en una relación laboral la verdadera “libertad” para pactar se alcanza a través de las protecciones y derechos laborales reconocidos a la parte más débil. El fundamento de las medidas cautelares, en general, es precisamente asegurar la igualdad de las partes mientras se lleva adelante el proceso³³.

La mayoría tampoco analiza el carácter alimentario del derecho en juego, y la desigual situación que –en este caso concreto al menos– atraviesan las partes en conflicto: mientras que para el trabajador ese empleo tiene importancia central como fuente de subsistencia, para la empresa el vínculo en cuestión es uno entre otros varios, sobre los que conserva todas las facultades de dirección, organización y disciplina.

³⁰ ELFMAN, JONÁS, “Derecho constitucional laboral”, en ROBERTO GARGARELLA y SEBASTIÁN GUIDI (directores), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2019, pág. 366.

³¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S. A. s/ despido”. *Fallos*, 327:3677. 14 de septiembre de 2004.

³² La parte empleada es definida como “la parte más débil de la contratación” laboral en el informe por mayoría de la Convención de 1957; véase CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, *ob. cit.*, pág. 1224.

³³ FASSI, SANTIAGO y YÁÑEZ, CÉSAR, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, 3ra. Edición, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 40.

7. PALABRAS FINALES

El análisis de los efectos sociales o políticos de este fallo corresponde a otras ciencias; ello excede los alcances del presente trabajo, encuadrado en la disciplina del derecho. Nos limitamos aquí a señalar un elemento obvio: la decisión de la Corte habilita, en los hechos, el despido de activistas gremiales brindando a la parte empleadora una herramienta sencilla para evitar las reinstalaciones cautelares. Invocar la afectación a la libertad de contratar y las facultades patronales tiene chances altas de prevalecer sobre un derecho laboral verosímil, incluso si corre riesgo de destruirse a lo largo del tiempo. A ello se deben, seguramente, las críticas gremiales al fallo³⁴, que afecta a un directivo de un sindicato minoritario³⁵.

Por otra parte, al momento de firmarse esta sentencia, se halla en vigor el Decreto de Necesidad y Urgencia 487/2020 –luego renovado por DNU 624/2020– que prohíbe por un plazo de 60 días los despidos sin justa causa, o por falta o disminución de trabajo o fuerza mayor. Dictada con la finalidad de preservar los empleos durante la pandemia de COVID-19, esta medida también ha sido objetada como una afectación de la libertad de contratar³⁶. En virtud del DNU, precisamente, se han dictado una serie de medidas cautelares de reinstalación cuando se producen los despidos³⁷.

³⁴ Al día siguiente de la sentencia, la CTA (Central de Trabajadores Argentinos) - Autónoma bonaerense dio a conocer un comunicado expresando su preocupación por las proyecciones de la decisión; véase <http://ctabuenosaires.org.ar/2020/06/05/preocupante-fallo-de-la-corte-suprema-de-la-nacion-contra-proteccion-judicial-en-casos-de-despidos-antisindicales/>

³⁵ La Unión de Conductores de la República Argentina logró su personería jurídica en 2003 (Resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 43/2003). Incluida en la CTA-Autónoma, disputa con la tradicional Unión Tranviarios Automotor (UTA) la representación del gremio de choferes; véase <https://www.agenciacta.org/spip.php?article26558>

³⁶ Véase, por ejemplo, MONTENEGRO, LUIS, “Comentarios sobre la prohibición de despedir (decretos 329/2020 y 487/2020)”, 27 de mayo de 2020, disponible en <https://abogados.com.ar/comentarios-sobre-la-prohibicion-de-despedir-dnu-32920-y-dnu-48720/25978>

³⁷ Para un panorama de los despidos y conflictos laborales asociados desde marzo de 2020, véase BASUALDO, VICTORIA y PELÁEZ, PABLO (2020): “Procesos de conflictividad laboral en el marco de la pandemia del COVID-19 en Argentina (marzo-mayo 2020)”, Documento de Trabajo FLACSO, disponible en <https://www.flacso.org.ar/wp-content/uploads/2020/07/Procesos-de-conflictividad-laboral-COVID-19-V-Basualdo-y-P-Pelaez.pdf>. También puede consultarse OBSERVATORIO DE DESPIDOS DURANTE LA PANDEMIA,

En este marco, la decisión de la Corte en “Laurenzo” (2020) fue presentada por algunos expertos como una señal o mensaje del alto tribunal respecto a las tutelas otorgadas durante la pandemia³⁸. Cabe señalar –de todos modos– que la relación parece forzada: Laurenzo fue desvinculado hace tiempo, en un contexto de normalidad sanitaria, y la empresa lo despidió invocando alguna causa. De todas formas, cabe preguntarse si las cautelares dictadas durante la pandemia no podrían objetarse bajo el argumento de la coincidencia entre medida anticipada y sentencia de fondo.

Recapitulando lo que efectivamente consta en el fallo, tres ministros de la Corte han restaurado –en conexión con la posición minoritaria de una década atrás– la importancia de la libertad de contratar como un derecho que merece tratamiento paritario con el derecho a trabajar y a la libertad sindical de una persona que alega haber perdido su empleo debido a su actividad gremial. El despido arbitrario –un evento contra el que la Constitución otorga “protección” – generaría daños potencialmente tan “irreparables” como los surgidos de los límites a las facultades patronales o a la libertad de dar por terminado un contrato. La disparidad de los sujetos que se hallan a uno y otro lado de la discusión –reconocida incluso en las normas aplicables– hace difícil comprender el ánimo nivelador de los ministros que, sin cuestionar la verosimilitud del derecho ni el peligro en la demora, han dejado sin protección al trabajador y han devuelto el conflicto a la Suprema Corte bonaerense –con precisas claves de resolución.

OBRAS CITADAS

ÁLVAREZ, Magdalena Inés, “El principio de igualdad y la prohibición de discriminar. Proyección sobre las relaciones privadas”, en Silvina Ribotta y Andrés Rossetti (editores), *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 215-242.

Informe cuatrimestral, 21 de julio de 2020, disponible en <http://www.laizquierdadiario.com/A-cuatro-meses-de-la-cuarentena-como-estan-los-trabajadores-Informe-del-Observatorio-de-Despidos#nb1>

³⁸ Así se plantea, por ejemplo, en DE DIEGO, JULIÁN A., “La Corte Suprema pone límites a las medidas cautelares durante la cuarentena”, *Diario La Ley*, 25 de junio de 2020, pp. 8-9.

- BERARDO, Matías, “El plazo de duración de las medidas cautelares en la acción de amparo constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 7, núm. 2, nueva serie II, 2016, pp. 163-178.
- BASUALDO, Victoria y PELÁEZ, Pablo (2020): “Procesos de conflictividad laboral en el marco de la pandemia del COVID-19 en Argentina (marzo-mayo 2020)”, Documento de Trabajo FLACSO, disponible en <https://www.flacso.org.ar/wp-content/uploads/2020/07/Procesos-de-conflictividad-laboral-COVID-19-V-Basualdo-y-P-Pelaez.pdf>
- CASSAGNE, Ezequiel, “Las medidas cautelares contra la Administración” en Juan Carlos Cassagne (director), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, tomo 2, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- 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, 2006, pp. 3-50.
- DE DIEGO, Julián A., “La Corte Suprema pone límites a las medidas cautelares durante la cuarentena”, *Diario La Ley*, 25 de junio de 2020, pp. 8-9.
- ELFMAN, Jonás, “Derecho constitucional laboral”, en ROBERTO GARGARELLA y SEBASTIÁN GUIDI (directores), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2019, pp. 363-384.
- FASSI, Santiago y YÁÑEZ, César, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, 3ra. edición, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 2005.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005.
- GELLI, María Angélica, “El principio de igualdad y la aplicación de la Ley contra la Discriminación en las relaciones de empleo privado. Los casos ‘Álvarez’ y ‘Pellejero’”, *JA* 2011-I-174.
- HARVEY, Philip, “Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 33, 2002, pp. 363-471.
- MONTENEGRO, Luis, “Comentarios sobre la prohibición de despedir (decretos 329/2020 y 487/2020)”, 27 de mayo de 2020, disponible en <https://abogados.com.ar/comentarios-sobre-la-prohibicion-de-despedir-dnu-32920-y-dnu-48720/25978>
- OBSERVATORIO DE DESPIDOS DURANTE LA PANDEMIA, *Informe cuatrimestral*, 21 de julio de 2020, disponible en <http://www.laizquierdadiario.com/A-cuatro-me>

ses-de-la-cuarentena-como-estan-los-trabajadores-Informe-del-Observatorio-de-Despidos#nb1

- PALACIO, LINO ENRIQUE, *Derecho Procesal Civil*, 4ta. edición (actualizada por Carlos Enrique Camps), tomo IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017.
- QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, BENEDETTI, MIGUEL ÁNGEL y CENICACELAYA, MARÍA DE LOS ÁNGELES, *Derecho Constitucional Argentino*, 2da. edición, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- ROSSETTI, ANDRÉS, “La igualdad en el sistema constitucional argentino”, en ANDRÉS ROSSETTI y MAGDALENA ÁLVAREZ (coord.), *Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos*, Advocatus, Córdoba, 2010, pp. 15-34.
- SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.
- ZAYAT, DEMIÁN, “El principio de igualdad. Razonabilidad, categorías sospechosas, trato desigual e impacto desproporcionado”, 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, pp. 903-929.

EL AMPARO AMBIENTAL EN CÓRDOBA: PRINCIPALES ASPECTOS JURÍDICOS COMO VÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA *

*Marta S. Juliá**, *M. Rocio Loza Serra***, *M. Cecilia Tello Roldán****, *M. Eugenia Villalba*****, *M. Laura Foradori******, *Verónica Barrios******.

-
- * Artículo recibido el 21/8/2020 ~ aprobado para su publicación el 10/12/2020.
- * Doctora en Derecho y Cs. Ss. (UNC); Investigadora del Centro de investigaciones jurídicas y Sociales CIJS-CONICET. Directora del Instituto de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho y Cs. Ss. de la Universidad Católica de Córdoba. Profesora de grado y posgrado en Derecho Ambiental. Directora del Proyecto “El acceso a la Justicia a través del Amparo ambiental a partir de la sanción de la ley 10.208 en la provincia de Córdoba” subsidiado por la UCC. E-mail: dramartajulia@gmail.com
- ** Abogada (U.N.C.), Miembro del Instituto de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho y Cs. Soc. de la Universidad Católica de Córdoba. Integrante del Proyecto “El acceso a la Justicia a través del Amparo ambiental a partir de la sanción de la ley 10.208 en la provincia de Córdoba” (U.C.C.). Integrante en proyectos de investigación sobre temáticas ambientales en equipos vinculados a la Secretaría de Ciencia y Técnica (SECyT) y al Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC, desde el año 2013. Abogada litigante y asesora legal en la Dirección de Ambiente de la ciudad de Río Ceballos, provincia de Córdoba. Mail: rociolozaserra@gmail.com
- *** Abogada (U.N.C), Escribana (U.E.S. 21), Esp. en Docencia Universitaria (U.N. Cuyo), Esp. en Derecho Ambiental (U.B.A.), Maestranda en Derecho Procesal (U.E.S. 21), Docente en Derecho Procesal Administrativo (U.N.C), Miembro del Instituto de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho y Cs. Soc. de la Universidad Católica de Córdoba. Integrante del Proyecto “El acceso a la Justicia a través del Amparo ambiental a partir de la sanción de la ley 10.208 en la provincia de Córdoba” (U.C.C.). Mail: mariaceciliatelloroldan@unc.edu.ar
- **** Abogada (UCA); Especializanda en Derecho Ambiental (UBA). Docente en Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental de la Facultad de Derecho (U.N.C.), Secretaria del Instituto de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho y Cs. Ss. de la Universidad Católica de Córdoba. Integrante del Proyecto “El acceso a la Justicia a través del Amparo ambiental a partir de la sanción de la ley 10.208 en la provincia de Córdoba” subsidiado por la UCC. Mail: villalbameugenia@gmail.com
- ***** Abogada (UNC); Doctoranda en Ciencia Política (CEA-UNC). Docente e Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho

Resumen: En el presente trabajo analizaremos los aspectos más relevantes de la acción de amparo como vía de acceso a la justicia ambiental, en el ámbito de la Provincia de Córdoba. Indagaremos en el origen y naturaleza jurídica de la acción, su regulación genérica y los criterios sentados desde su incorporación al ordenamiento jurídico argentino con la reforma constitucional del 1994. Por último, caracterizamos la figura a partir de la legislación sobre presupuestos mínimos y demás leyes dictadas en el ámbito de la Provincia de Córdoba, para finalizar con algunas reflexiones sobre esta vía de acceso a la justicia.

Palabras clave: Derecho Ambiental - Derechos de Incidencia Colectiva - Presupuestos Mínimos- Amparo ambiental - Acceso a la justicia ambiental

I. INTRODUCCIÓN

En el proyecto de investigación sobre “El acceso a la Justicia a través del Amparo ambiental a partir de la sanción de la Ley 10.208 en la Provincia de Córdoba”¹, realizamos un análisis de la acción de amparo ambiental, avanzando sobre diversos aspectos de esta vía de acceso a la justicia, cuya primera aproximación presentamos en este artículo.

Partimos de entender el derecho de acceso a la justicia como “la posibilidad de hacer valer jurisdiccional o administrativamente una prerrogativa reconocida en el ordenamiento jurídico, lo cual requiere de procesos accesibles y ágiles que garanticen la obtención de una justicia pronta y expedita, en condiciones de igualdad para todas las personas”².

y Cs. Ss. de la Universidad Católica de Córdoba, Universidad Nacional de Villa María y Universidad Siglo 21. Miembro del Instituto de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho y Cs. Ss. de la Universidad Católica de Córdoba. Integrante del Proyecto “El acceso a la Justicia a través del Amparo ambiental a partir de la sanción de la ley 10.208 en la provincia de Córdoba” subsidiado por la UCC. Mail: mlauraforadori@gmail.com
***** Abogada y Procuradora (UNC); Maestranda en Maestría de Derecho Administrativo (Fac. Derecho- UNC), Docente de la Facultad de Derecho y Cs. Ss. de la Universidad Católica de Córdoba. Letrada apoderada de Asesoría Letrada de la Municipalidad de Córdoba (desde 2007). Miembro del Instituto de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho y Cs. Ss. de la Universidad Católica de Córdoba. Integrante del Proyecto “El acceso a la Justicia a través del Amparo ambiental a partir de la sanción de la ley 10.208 en la provincia de Córdoba” subsidiado por la UCC. Mail: dra.barriosveronica@gmail.com

¹ Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba.

² ANGLÉS HERNÁNDEZ, M. “Algunas vías de acceso a la justicia ambiental”, s/d, 2017, p.2.

Este derecho humano se vincula íntimamente con otros derechos de acceso o instrumentales como el derecho a la información y participación en asuntos ambientales. En este sentido, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe³, obliga a los Estados parte a garantizar el derecho de acceder a la justicia en asuntos ambientales conforme a las garantías del debido proceso (artículo 8). Entre otras cuestiones, este deber estatal implica contar con: órganos competentes y con conocimientos especializados en materia ambiental; procedimientos efectivos, oportunos, sin costos prohibitivos; legitimación activa amplia en defensa del ambiente; mecanismos de ejecución y cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y/o administrativas; etc. Esto es sumamente importante en procesos donde los principales obstáculos para acceder a la justicia están dados por el costo económico, el prolongado tiempo de litigio, la falta de ejecución efectiva de la sentencia, y particularmente, la naturaleza de los intereses en juego y la desigualdad de poder entre los litigantes. Es importante destacar que, atendiendo a las condiciones y características específicas de la región, y a diferencia de la Convención de Aarhus firmada por países europeos, el Acuerdo de Escazú contiene disposiciones que atienden particularmente la situación de personas o grupos vulnerables y que protegen a los defensores de derechos humanos en materia de medio ambiente⁴.

En el caso específico de los derechos de incidencia colectiva para la protección del ambiente, a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, el amparo ambiental receptado en su art. 43, se nos presenta como una de las principales vías de acceso a la justicia. Este instituto constitucional se muestra como un medio de protección inmediato y eficaz ante la manifiesta violación del derecho humano a un ambiente sano. Como expondremos en el desarrollo, no se trata de cualquier tipo de amparo sino que tiene características específicas.

³ Adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018. El Acuerdo Regional se abrió a la firma de los 33 países de América Latina y el Caribe el 27 de septiembre de 2018 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. El Acuerdo está disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

⁴ BARCHICHE, D., HEGE, E. y NAPOLI A., “El Acuerdo de Escazú: ¿un ejemplo ambicioso de tratado multilateral a favor del derecho ambiental?”, 2019.

Particularmente, y ya adentrándonos en la temática concreta de este artículo, para conocer el desarrollo del amparo ambiental en la Provincia de Córdoba es necesario exponer las principales regulaciones, los contextos históricos y jurídicos en que se realizaron y las definiciones sobre el amparo en general, y luego profundizar en la figura del amparo ambiental. Para ello, en primer lugar presentamos algunas consideraciones sobre el origen del amparo, principales conceptos y regulación genérica de esta vía de acceso a la justicia en Argentina a través del tiempo. Luego, profundizamos en la reforma constitucional de 1994 y los presupuestos mínimos ambientales de la Ley General del Ambiente 25.675; para dar paso a la recepción de la figura en la Provincia de Córdoba, con sus particularidades y poniendo de resalto algunos inconvenientes de su interpretación y aplicación. Para finalizar, dejamos algunas reflexiones finales de esta primera etapa de investigación.

II. EL AMPARO: DESDE EL TRADICIONAL INDIVIDUAL AL COLECTIVO. ORIGEN, CONCEPTOS Y REGULACIÓN GENÉRICA

El acceso a la justicia aspira a la protección efectiva de los derechos reconocidos legalmente, ello implica como presupuesto previo la existencia de una vía para hacerlos valer. Esta idea de que no existe realmente un derecho si no existe al mismo tiempo una vía para hacerlo valer ante su desconocimiento, surgió históricamente mucho antes que las nociones de acceso a la justicia, como puede apreciarse al remontar la historia del origen del amparo. Esta acción procesal (o recurso, de acuerdo al país en que nos situemos) tiene su origen en México, siendo su antecedente una disposición de la Constitución de 1824 que facultaba a la Corte Suprema de Justicia a conocer “de las infracciones de la Constitución y leyes generales”. Más adelante, con inspiración del constitucionalismo estadounidense, se recepta la figura del amparo en la Constitución de Yucatán de 1840, consolidándose luego en la Constitución Federal de 1857⁵.

Los lineamientos generales esenciales del juicio de amparo establecidos por las Constituciones [mexicanas] de 1857 y 1917 se encuentran en la obra de Rejón, quien lo hacía precedente contra cualquier violación a

⁵ MARANIELLO, P.A., “El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales.”, en *Revista IUS*, vol.5 no.27, Puebla, 2011, pp. 7-36.

cualquier precepto constitucional, siempre y cuando representará un agravio personal. Daba Rejón competencia a la Suprema Corte para conocer de todo juicio de amparo contra actos del gobernador del Estado (Poder Ejecutivo) o leyes de la Legislatura (Poder Legislativo) que entrañaran una violación al código fundamental. A los jueces de primera instancia también Rejón los reputaba como órganos de control, pero sólo por actos de autoridades distintas del gobernador y de las legislaturas que violaran las garantías individuales, siendo los superiores jerárquicos de los propios jueces quienes conocían de los amparos interpuestos contra sus actos por análogas violaciones constitucionales⁶.

En Argentina, en cambio, el amparo fue creado por vía jurisprudencial, al entender la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Siri” en 1957 que “basta la comprobación inmediata de que una garantía constitucional se halla restringida para que surja la necesidad de que aquella sea restablecida por los jueces en su integridad, aun en ausencia de una ley que la reglamenta”. Luego, a partir del caso “Kot” en 1958 y otros casos posteriores, la Corte fue delineando los presupuestos y características de la acción⁷.

En una segunda etapa, según la división cronológica que realiza Maraniello⁸, se legisla la acción de amparo a nivel nacional a través de la Ley 16.986 del año 1966 en relación a actos de autoridad pública y en el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación (Ley 17.544 del año 1981) contra actos de particulares. Así, establece el artículo 1 de la Ley 16.986:

“La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus”.

⁶ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, V. y SAMANIEGO BEHAR, N., “El juicio de amparo: historia y futuro de la protección constitucional en México.”, en *Revista IUS*, vol.5 no.27, Puebla, 2011, pp.173-200.

⁷ MARANIELLO, P.A., “El amparo en Argentina...”, ob. cit.

⁸ MARANIELLO, P.A., “El amparo en Argentina...”, ob. cit.

Mientras que el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) regula el proceso sumarísimo por afectación de derechos por parte de particulares del siguiente modo:

Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498:

“[...] 2) Cuando se reclamase: [...] contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección. [...]”

En el caso de la Provincia de Córdoba, en el año 1967, un año después de regularse legalmente el amparo a nivel nacional, se sancionó la Ley 4915, muy similar a su par nacional. Estas dos leyes tienen la particularidad de haber sido sancionadas mientras el país se encontraba bajo un régimen de dictadura militar, y se caracterizan por tener bastantes restricciones a pesar de regular un instituto como el del amparo, vía por excelencia creada en su origen para garantizar derechos.

Para cerrar este repaso normativo genérico, podemos definir a la acción de amparo como “un proceso constitucional utilizable en situaciones en las que, por carencia de otras vías legales de mayor rapidez y aptitud, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, que exigen una inmediata resolución”⁹. A partir de allí, se concibe el amparo ambiental como “un proceso constitucional, rápido y eficaz, de acceso público y popular, destinado a obtener una tutela urgente, preventiva y colectiva del medio ambiente en general, en beneficio de toda la comunidad, frente a una agresión manifiestamente ilegítima, siempre que el conflicto enjuiciado no merezca -por su complejidad- tramitar por otra vía”¹⁰.

Como se puede observar, esta última acción se enmarca dentro de la figura del amparo tradicional (proceso sumarísimo), pero, particular-

⁹ PALACIO DE CAEIRO, S. B. y JUNYENT DE DUTARI, P. M., *Acción de Amparo en Córdoba*. Ed. Advocatus, Córdoba, 2015, p.23.

¹⁰ SAFI, L. K., *El amparo ambiental*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 84.

mente está destinado a tutelar de manera inmediata el derecho ambiental colectivo. Siguiendo a Safi, las notas que distinguen al amparo colectivo respecto del amparo individual tradicional son:

- “La naturaleza de los derechos: mientras que en el amparo individual se tutelan derechos subjetivos y exclusivos, en el amparo colectivo se tutelan derechos de grupos, que no pertenecen sólo a una persona, sino análogamente a un conjunto o pluralidad de personas ubicadas en la misma situación conflictiva.
- La legitimación para accionar: mientras que en el amparo individual rige la regla que indica que la acción incumbe al titular del derecho y que nadie puede accionar un derecho ajeno salvo que tenga poder al efecto, en el amparo colectivo se amplía el acceso y se permite que un portavoz defienda intereses ajenos sin tener mandato expreso.
- El objeto del proceso: mientras que en el amparo individual la acción se limita a la situación particular del actor, y se orienta a obtener una tutela que lo beneficie exclusivamente; en el amparo colectivo el debate se centra en aspectos generales del litigio, y se orienta a obtener una tutela impersonal en beneficio de todos.
- La cosa juzgada final: mientras que en el amparo individual rige la regla según la cual la sentencia sólo obliga a las partes del proceso, sin poder beneficiar o perjudicar a terceros (inter partes), en el amparo colectivo se exceptúa esa regla pues se contempla la posibilidad de extender lo resuelto a terceros (erga omnes).”¹¹

Sobre estos aspectos profundizaremos en los apartados siguientes, especialmente al tratar la normativa de la provincia de Córdoba.

III. LA ACCIÓN DE AMPARO EN LA CONSTITUCIÓN REFORMADA

Siguiendo en forma cronológica el desarrollo de esta figura, finalmente, en la reforma constitucional de 1994 se incluye la vía del amparo en el artículo 43, dentro del capítulo de “Nuevos derechos y garantías”:

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma

¹¹ SAFI, L. K., *El amparo ambiental...* ob. cit., p. 87.

actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización [...]” (Constitución Nacional, 1994).

Esta recepción a nivel constitucional no sólo le dio mayor relevancia a la figura, sino que además amplía en varios aspectos algunas cuestiones que se encontraban mayormente limitadas tanto en la ley nacional como en la provincial. A modo de ejemplo, el artículo 43 dispone expresamente la posibilidad de accionar contra no sólo acciones sino también omisiones, contra actos de autoridad pública, y por afectación de derechos contenidos en tratados y leyes, además de los de la propia Constitución como establecían las leyes originales, permitiendo explícitamente la declaración de inconstitucionalidad. Pero además, se sientan las bases del amparo ambiental colectivo al remarcar expresamente en el segundo párrafo del artículo, la posibilidad de utilizar dicha vía en relación a derechos ambientales y a derechos de incidencia colectiva en general, ampliando la legitimación activa.

Como puede verse, el amparo se recepta y regula como una acción autónoma, concretando lo conceptualizado sobre acceso a la justicia al entender los jueces que, a pesar de no existir una vía regulada legalmente, si la Constitución y las leyes habían reconocido un derecho era preciso que existiera un modo de hacerlo valer. Así, a lo largo de los años y no obstante haberse regulado legal y constitucionalmente, los diferentes tribunales han ido especificando los detalles y alcances de la acción, así como han saldado algunas discusiones que se fueron dando sobre su caracterización (a modo de ejemplo, se discutió mucho tiempo si era un recurso o una acción, prevaleciendo finalmente la postura a favor de reconocerlo como una acción autónoma).

Cabe aclarar que hasta aquí nos hemos referido al amparo para todos los derechos constitucionales y legales sin exclusión. Pero, al igual que al hablar de acceso a la justicia, cuando nos ubicamos dentro del marco de las problemáticas ambientales, se le añade un poco de complejidad. Por tal motivo, seguidamente veremos cómo se conforma la caracterización de la figura desde la citada reforma constitucional y el nuevo ordenamiento jurídico ambiental a partir del art. 41.

IV. PRESUPUESTOS MÍNIMOS QUE CARACTERIZAN LA FIGURA: LEY 25.675

Hemos visto cómo el art. 43 de la Constitución Nacional dio un rango de máxima jerarquía a la vía del amparo, corrigiendo de ese modo algunos defectos de las anteriores previsiones legislativas (Ley Nacional 16.986 y Ley Provincial 4915, que siguen vigentes, con modificaciones legales o jurisprudenciales, por medio del dictado de inconstitucionalidades o especificación de los requisitos). Además, hemos expuesto cómo dicho artículo sienta las bases del amparo ambiental colectivo al reconocer expresamente la utilización del amparo para los derechos ambientales y la recepción de los derechos colectivos en general, en consonancia con la ubicación de relevancia de la cuestión ambiental en la agenda política con el impulso dado por el art. 41 de la misma norma constitucional.

Pero, no obstante la constitucionalización del derecho ambiental y las bases sentadas en pos de las acciones ambientales y del amparo colectivo, el impulso regulatorio promovido por la reforma constitucional se dio principalmente en relación a los derechos sustanciales más que con respecto a los derechos procesales en materia ambiental. De ese modo, mientras la Nación sancionaba sucesivamente leyes de presupuestos mínimos, las provincias fueron avanzando en la adecuación de sus ordenamientos jurídicos a las nuevas disposiciones ambientales en cuestiones sustanciales. Mientras, las regulaciones procesales tuvieron que esperar un poco más.

En ese proceso, relativamente reciente y que aún sigue en curso, deben incluirse algunas disposiciones de la Ley General del Ambiente (en adelante, LGA), Ley Nacional 25.675 que, si bien aisladas, establecen por primera vez algunas condiciones procesales particulares como presupuestos mínimos aplicables en todo del país y por lo tanto de plena aplicación en la Provincia de Córdoba. Particularmente, reconoce de manera expresa

la vía del amparo en relación a derechos de incidencia colectiva, instituyendo las primeras regulaciones para las acciones colectivas ambientales, incluido el amparo. Así, dicha ley contiene especificaciones sobre:

- competencia judicial en causas que surgieran de la aplicación del resto de sus artículos (tribunales ordinarios, según corresponda por el territorio, la materia, o las personas y competencia federal en los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, de acuerdo a las reglas ordinarias de la competencia, art. 7 LGA);
- reconocimiento del acceso a la jurisdicción, prohibiendo restricciones de cualquier tipo o especie (art. 32 LGA);
- amparo como vía adecuada para derechos de incidencia colectiva (art. 30 LGA);
- legitimación para accionar por daño ambiental colectivo (además del damnificado directo, el afectado en sentido más amplio, además del Defensor del Pueblo, y las organizaciones no gubernamentales receptadas ya en el art. 43 de la CN, y el Estado nacional, provincial y municipal; art. 29 LGA);
- presupuestos de la responsabilidad por daño ambiental colectivo, incluyendo detalles sobre el contenido de la acción que se interponga (recomposición ambiental, en base al principio de responsabilidad contenido en el art. 4 LGA);
- rol activo del juez en el proceso (medidas para mejor proveer y medidas cautelares, aún de oficio, art. 32 LGA);
- valor de la prueba (valor de prueba pericial de los informes del Estado, sin perjuicio de su impugnación, art. 33 LGA);
- contenido de la sentencia (indemnización sustitutiva a la recomposición y destino de la misma a un Fondo de Compensación Ambiental, en relación a daños de incidencia colectiva, art. 28 LGA);
- efectos de la sentencia (cosa juzgada y efecto erga omnes, salvo rechazo de la acción por cuestiones probatorias, art. 33 LGA).

Con estos aspectos incorporados en la Ley General del Ambiente, se avanza en un conjunto de cuestiones procesales que hasta ese momento se manifestaban en forma doctrinaria pero no estaban incorporados en el marco normativo vigente.

I. La recepción de la acción de amparo en Córdoba: antecedentes y desafíos en su dimensión ambiental

La consagración legislativa del amparo se verificó inicialmente en nuestro país en el ámbito del derecho público provincial, ya sea mediante su recepción en leyes locales o con su normación a nivel constitucional. Distinguida doctrina recuerda en este sentido: “El derecho público provincial ha sido vanguardia para diversas instituciones y la reforma operada en la Constitución Nacional en 1994 así lo confirma, pues ha incorporado figuras que aquél ya había concebido y desarrollado. La acción de amparo es, en muchos aspectos, un exponente paradigmático de este liderazgo local”¹².

Cuadra destacar en esta línea que Córdoba, luego de su reforma constitucional en el año 1987, incluyó esta acción en su art. 48, influenciada por “los dos casos fundadores (“Siri” y “Kot”)¹³. Sin embargo, advierte también calificada doctrina:

“En una situación que se asemeja a lo que sucede en el ámbito nacional, continúa en vigencia la ley provincial 4915, sancionada en 1967 la cual, aun con las modificaciones posteriores, contiene también preceptos que a la luz de la contemporaneidad presentan elementos normativos restrictivos, para el ámbito y aplicación concreta de la acción de amparo”¹⁴.

En este sentido nuestra provincia se alineó con todas aquellas que entendían necesaria la regulación local del amparo, circunstancia que se verifica en los “Vistos” de la Ley 4915 en cuanto refiere a: “la necesidad de dictar una legislación reglamentaria de la acción de amparo; Teniendo especialmente en cuenta la Ley 16.986, que reglamenta esa acción en la Justicia Nacional, como así también el ordenamiento constitucional de la Provincia de Córdoba”. No obstante ello, y a pesar de su incorporación expresa en la anteuúltima reforma constitucional, cabe señalar que fue Santa Fe la “precursora en la materia en su Constitución de 1921 (...) Entre Ríos, en su Constitución de 1933, admitió el amparo como una ampliación del habeas corpus. El mismo criterio aplicó Santiago del Es-

¹² MORELLO, A. M. y VALLEFIN, C. A. *El Amparo. Régimen procesal*. Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1995, p. 276.

¹³ BARONE, L. D. et al., *Proceso de Amparo*. Ed. Advocatus, Córdoba, 2017, p. 41.

¹⁴ PALACIO DE CAEIRO, S. B. y JUNYENT DE DUTARI, P. M., *Acción de Amparo en Córdoba....* ob. cit., p. 39.

tero en su Constitución de 1939”¹⁵. De igual modo Sagüés¹⁶ al hacer un análisis del derecho público provincial hasta el año 1966 (es decir, de los precedentes existentes con anterioridad a la sanción de la ley nacional), agrega como antecedentes a la provincia de Mendoza, que incorpora el amparo en el año 1949 en su Constitución, y a las provincias de Santa Cruz, Formosa, Chaco, Chubut, Río Negro y Neuquén que lo introducen en sus leyes fundamentales en el año 1957. Subrayando como novedad la Constitución riojana que admitía el amparo incluso contra actos del Poder Judicial, indicando que en este caso “la acción debía iniciarse ante el Tribunal Superior”¹⁷.

Retomando lo referido previamente, en la letra constitucional cordobesa esta figura se encuentra legislada en el art. 48 que estipula: “Siempre que en forma actual o inminente se restrinjan, alteren, amenacen o lesionen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por esta Constitución o por la Constitución Nacional, y no exista por otra vía pronta y eficaz para evitar un grave daño, la persona afectada puede pedir el amparo a los jueces en la forma que determine la ley”. Y que en lo específicamente ambiental debe armonizarse con el art. 53, el cual bajo el título “Protección de los intereses difusos” dispone: “La ley garantiza a toda persona, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado, la legitimación para obtener de las autoridades la protección de los intereses difusos, ecológicos o de cualquier índole, reconocidos en esta Constitución”; con el art. 66 que impone la protección del medio ambiente sano y la defensa de los recursos naturales y con el art. 68 que prevé que el Estado provincial debe defender los recursos naturales renovables y no renovables.

Asimismo, y desde una óptica procesal, resulta pertinente destacar la legitimación reconocida al Defensor del Pueblo, en cuanto lo instituye “como comisionado para la defensa de los derechos colectivos o difusos” (art. 124) y la del Ministerio Público, al estipular entre sus funciones “preparar y promover la acción judicial en defensa del interés público y los derechos de las persona” (art. 172, inc. 1).

¹⁵ SALGADO, A. J., *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 10.

¹⁶ SAGÜÉS, N. P., *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. T.3. 4º edición ampliada. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995.

¹⁷ SAGÜÉS, N. P., *Derecho Procesal Constitucional...* ob. cit., p. 37.

Ahora bien, en aquellos planteos en que se encuentren involucrados derechos o cuestiones de naturaleza ambiental, resulta relevante diferenciar cuales son las acciones mediante las cuales se procura la tutela judicial efectiva por cuanto el ordenamiento vigente contempla vías genéricas y específicas para su protección.

Así, la Ley 4915 regula la acción de amparo, como un proceso constitucional autónomo, que procederá en aquellos casos en que exista una conducta (positiva o negativa) de la autoridad pública o de particulares, que de alguna manera lesione, restrinja, altere o amenace un derecho de raigambre constitucional con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y que no requiera de una investigación profunda para determinar su existencia, pues de lo contrario, no resultaría la vía más idónea. También en aquellos casos en que las vías reparadoras ordinarias sean ineficaces¹⁸.

Por su parte, el amparo ambiental fue receptado normativamente en el artículo 71 de la Ley de Política Ambiental 10.208, sancionada en el año 2014 y dictada en el marco del ejercicio de la función complementaria de los presupuestos mínimos establecidos por la LGA para la gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable que promueva una adecuada convivencia de los habitantes con su entorno. Todo ello conforme al nuevo orden jurídico ambiental creado por el convencional constituyente mediante la cláusula del art. 41 de la Constitución Nacional.

Este marco normativo específico concibe a la acción de amparo ambiental no solo como una acción preventiva sino también represiva toda vez que procederá ante cualquier tipo de contaminación que afecte, altere, lesione o “ponga en riesgo” los recursos naturales, la salud y la calidad de vida humana.

En efecto, el legislador ha previsto su procedencia preventiva “ex ante”, es decir antes de la ocurrencia del hecho dañino propiamente dicho¹⁹, autorizando el ejercicio de la acción preventiva en aquellos casos

¹⁸ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba., Sala Civil y Comercial, Sentencia N° 51 del 06/10/97 *in re* “Egea”.

¹⁹ CALDERON, M. R. “El amparo ambiental en la Provincia de Córdoba. Breves anotaciones a la ley 10.208”. Foro de Córdoba, Suplemento de Derecho Procesal N° 28, Córdoba, 2015, p.13.

en que exista una amenaza concreta a intereses difusos o en el goce de los derechos colectivos.

Esta normativa “se incorpora al marco normativo ambiental vigente en la Provincia –Ley 7343, normas concordantes y complementarias” (art. 2); contempla los instrumentos de política y gestión ambiental (los enumera en el Capítulo II) estableciendo la participación ciudadana en los distintos procesos de gestión ambiental, destacando el carácter transversal de la gestión ambiental y se caracteriza por regulaciones específicas de los micro componentes ambientales: aire, agua, suelo, paisaje, etc.

En lo relativo al acceso a la justicia, incorpora la figura de acceso a la información (art. 54 y siguientes), la participación ciudadana (art. 63 y siguientes) y el acceso a la jurisdicción, a través del amparo ambiental como modo de acceso a la justicia propiamente dicho (arts. 71, 72, 73 y 74). De esta manera efectúa una regulación reveladora de presupuestos sustanciales y procesales que lo diferencian de otros tipos de amparo.

En el capítulo XII intitulado “Participación Ciudadana para la Convivencia en Materia Ambiental” y conforme la habilitación del art. 43 de la Carta Magna, la Ley 10.208 aborda diversas cuestiones, entre ellas: a) la definición del objeto de la acción (desde la protección y defensa del ambiente y la biodiversidad, hasta cuestiones como la salud y calidad de vida humana y no humana); b) la causa (hechos u omisiones arbitrarias o ilegales que generen lesión, privación, perturbación o amenaza); c) los tipos de acciones que pueden incluirse en el mismo procedimiento del amparo (acciones de prevención, acciones de reparación en especie, o acciones de reparación pecuniaria por el daño producido a la comunidad); d) el juez competente (juez inmediato sin distinción de fuero o instancia); e) las formalidades para la presentación (recurso interpuesto por cualquier forma y medio de comunicación y a cualquier hora); f) la legitimación activa (Fiscalía de Estado, el Ministerio Público, los municipios y comunas, y cualquier entidad o particular que accione en nombre de un interés difuso y/o derechos colectivos); g) los plazos (24 horas para resolver la admisibilidad y 24 horas para resolver el fondo de la cuestión); h) la legitimación pasiva (personas físicas o jurídicas públicas o privadas, las reparticiones del Estado Nacional, Provincial, Municipal y Comunal); h) el rol activo del juez en el proceso (puede ordenar de oficio la producción de medidas de prueba no propuestas por las partes o complementarias de ellas, decretar las que estime necesarias para mejor proveer en cualquier

estado de la causa y dictar todas las providencias pertinentes en torno a las diligencias a practicarse); i) la cosa juzgada (la sentencia definitiva hace cosa juzgada respecto de todas las partes intervinientes en el proceso); j) la doble instancia (son recurribles, únicamente, la sentencia denegatoria y la que decida sobre las medidas cautelares solicitadas); j) la fiscalización de la ejecución de la sentencia por el juez que la dictó, entre otras.

La recepción de la acción de reparación pecuniaria colectiva (respecto de la cual indica el art. 71 que quedan a salvo las reparaciones individuales que eventualmente se prueben en juicios independientes individuales), resulta de notable trascendencia en el tema ambiental. De igual modo, la descripción de los elementos que se consideran dentro del marco de los derechos ambientales, la previsión del Estado como legitimado pasivo por autorizaciones insuficientes o ineficaces para la protección de los derechos ambientales, o el énfasis puesto en la informalidad de la presentación y en el rol activo del juez aparecen como aspectos sobresalientes en la obra del legislador.

No obstante y sin perjuicio de lo reseñado precedentemente, es posible advertir también, pero ya en el ordenamiento ambiental de la provincia de Córdoba considerado en su conjunto, situaciones no reguladas. En otras palabras, existen lagunas que imponen al juez en el caso concreto una labor interpretativa o creadora.

En particular en el caso del amparo ambiental, nos encontramos con un entramado de normas de naturaleza sustancial o adjetiva que en algunos casos se solapan y en otros se excluyen. De la actividad creadora judicial surgen precedentes entonces que -a modo de reglas de interpretación- colaboran en la tarea de disminuir la indeterminación de este novedoso ordenamiento.

Si adoptamos a los fines de la interpretación, el principio de “ley especial deroga ley general”, los artículos 71 y siguientes de la Ley 10.208 deberían primar en relación a la regulación establecida en la Ley 4.915 de amparo general. Sin embargo, cabe subrayar que incluso en los casos de recurrirse a la ley de amparo general provincial, quedan subsistentes cuestiones no reguladas, por lo que debe estarse a las previsiones generales del art. 43 de la CN, o a las disposiciones de la Ley General del Ambiente (por ejemplo en relación a la responsabilidad por daño ambiental colectivo). Tal solapamiento por diversidad de regulaciones que determinan una “inflación normativa”, sucede en aspectos como: condiciones de

admisibilidad (no existencia de otra vía más idónea), legitimación activa y pasiva, formalidades del proceso (contenido y forma de la demanda, oportunidad para ofrecer prueba, plazos para responder), admisibilidad de medios de prueba, contenido de la sentencia, entre otras.

Un tema que merece especial atención es el del juez competente, es decir a quién atribuye la ley el conocimiento y decisión de la causa. La Ley 10.208 dispone que será competente el juez inmediato sin distinción de fuero o instancia (art. 72). Sin embargo, el art. 4 bis de la Ley 4915, incorporado en el año 2014 mediante Ley 10.249, posteriormente modificada por Ley 10.323, establece que: “Será competente para conocer de la acción de amparo interpuesta en contra de los Poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial de la Provincia de Córdoba, sus entidades autárquicas o descentralizadas, empresas del Estado, Sociedades del Estado y Sociedades de Economía Mixta, la Cámara en lo Contencioso Administrativo que esté de turno, y en las Circunscripciones del interior de la Provincia, las Cámaras Civiles y Comerciales de turno competentes en lo contencioso administrativo, en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto[...]”. Liminarmente no podemos dejar de señalar que diversas voces se alzaron en contra de las modificaciones al art. 4 al sostenerse por ejemplo que “ha sido señalado como la implementación de un ‘fuero personal”, prohibido por mandato constitucional (art. 16)”²⁰.

Sin embargo, y como resultado de una rápida lectura podría entenderse que ambas normas se contraponen. Al respecto, enseñan Palacio de Caeiro y Junyent de Dutari que debe tomarse como regla interpretativa lo preceptuado en la Ley General del Ambiente:

“Frente a la disposición del art. 32 de la LGA que alude a las reglas ordinarias de competencia y habiéndose establecido en el art. 72 de la legislación ambiental provincial la posibilidad de intervenir magistrados sin distinción de fuero o instancia, deberá estarse a lo dispuesto por el art. 4 bis de la 4915 cuando la acción se dirija en contra del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo o el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, sus entidades autárquicas o descentralizadas, empresas del Estado, Sociedades del Estado y Sociedades de Economía Mixta”²¹.

²⁰ BARONE, L. D. et al., *Proceso de Amparo*. Ed. Advocatus, Córdoba, 2017, p. 257.

²¹ PALACIO DE CAEIRO, S. B. y JUNYENT DE DUTARI, P. M., *Acción de Amparo en Córdoba*.... ob. cit., p. 506.

En consecuencia, aquellos amparos en los cuales se demande únicamente a un particular, serán tramitados por ante el magistrado de turno, conforme a las normas y códigos procedimentales previstos. En cambio, si entre los demandados se encuentra también el Estado provincial o municipios, la acción deberá interponerse ante alguna de las tres Cámaras Contencioso-Administrativas de la Ciudad de Córdoba (o en los fueros con competencia administrativa, tratándose del interior provincial). Siendo de aplicación supletoria las disposiciones de las leyes de procedimientos vigentes, en el caso presentado se aplica subsidiariamente tanto el Código de Procedimiento Contencioso Administrativo (Ley 7182), como el Código de Procedimiento Civil y Comercial por expresa remisión del art. 13 de aquél “...en todo lo que no se encuentre modificado o normado por esta ley”. Todo ello sin perjuicio de lo previsto por el art. 7 de la Ley 25.675, que en su segundo párrafo establece que “En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal”.

En cuanto al rol que la ley otorga al juez interviniente (art. 72) es importante destacar que le confiere amplias facultades respecto a la valoración de la magnitud de los daños o amenazas, pudiendo ordenar “*de oficio*” la producción de pruebas que no han sido ofrecidas por las partes o plantearlas de manera complementaria, siempre en el marco de la garantía de la tutela judicial efectiva. El ejercicio de tales facultades, siempre debe ser dentro de los límites que implica el ejercicio de la jurisdicción, para no transformarse en un impedimento en la gestión de las políticas ambientales que desarrolla o pretende desarrollar la autoridad pública.

Otro aspecto que merece ser destacado es la existencia de normas adjetivas en la Ley 25.675 en los supuestos de daños ya producidos con efectos colectivos (arts. 27 a 33), como se comentó anteriormente, y que refieren a: legitimación, intervención de terceros, contenido de la acción de amparo, competencia, medidas precautorias, facultades del juez, fuerza probatoria de dictámenes administrativos y efectos de la sentencia. De ello se desprende que, en los casos de amenaza inminente de daño, o de demanda ambiental individual, se aplicará la Ley 10.208 conjuntamente con la Ley 4915 y/o con el código procesal aplicable al fuero que corresponda.

Un tercer aspecto que debe ser abordado, al tiempo de analizar la legislación, es que la Ley 4915 (al igual que los Códigos procesales de cada fuero) fue sancionada en el año 1967. Es decir, el legislador al tiempo de

su sanción, en ese momento no tuvo en miras la problemática ambiental, ni menos aún nociones tales como la incidencia colectiva de los derechos o la gravitación primordial del principio precautorio en cuanto impone a los funcionarios ante la presencia de peligro de daño grave o irreversible que “la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”. En igual línea de pensamiento, se inscribe la posibilidad de flexibilizar el clásico principio de congruencia en pos de la protección del ambiente. Todos aspectos que delinear un nuevo proceso judicial.

No obstante, como se ha dicho, ante la falta de regulación legal, han sido los magistrados quienes establecieron pautas detalladas para la tramitación de procesos colectivos en general, aplicables al amparo ambiental, o procesos de contenido estrictamente ambiental. En ese orden cabe mencionar las causas “Mendoza”, “Halabi”, “Kersich”, entre otras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que crearon escenarios procesales ante el vacío legal existente sumado a la urgencia o gravedad de las situaciones planteadas y que sirvieron de antecedente a posteriores reformas legislativas. Así por ejemplo el Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado en el año 2015, receptó expresamente en su art. 240 los derechos de incidencia colectiva, incluyendo la prohibición de afectación del funcionamiento o “[...] la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

Cabe agregar, sin embargo, que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (TSJ) efectivamente reguló aspectos procesales del amparo ambiental colectivo. Así estableció, mediante el Anexo II de la Acordada 1499/2018, las “Reglas Mínimas para la Registración y Tramitación de los Procesos Colectivos”, en los que dispone las condiciones y modos establecidos para tramitar los procesos colectivos, cuando se interpongan en defensa de derechos de incidencia colectiva (y no tenga contenido patrimonial excluyente, de acuerdo a los términos del mismo Anexo). De esa forma, el Alto Tribunal provincial ha normado cuestiones atinentes a los contenidos mínimos de la demanda, la recepción de la demanda y verificación de no existencia de juicio sustancialmente semejante, la competencia y prelación temporal, la certificación del proceso como colectivo, la forma de notificación al colectivo, su registración, los deberes y atribuciones del juez, y la difusión y el acceso a la información.

Por último, debemos mencionar la incidencia de los principios ambientales, reconocidos no sólo en tratados internacionales sino también en la legislación ambiental interna (LGA y Ley 10.208). Es que si bien tienen marcada gravitación en el ámbito procesal, en la práctica suele quedar librada su aplicación a la voluntad del magistrado interviniente. El principio preventivo, precautorio, o de responsabilidad, entre otros (art. 4 LGA y Ley 10.208), como así también el principio de gratuidad (previsto expresamente en el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe) resultan de aplicación obligatoria no solo por el mandato expreso de la LGA y de la Ley 10.208, sino también por el art. 2 del C.C. y C.N.

II. Reflexiones Finales

La acción de amparo ambiental se inscribe como la principal vía de acceso a la justicia para garantizar el mandato constitucional de la protección al ambiente sano estipulado en el art. 41 de nuestra Carta Magna.

En especial, en la Provincia de Córdoba, la Ley de Política Ambiental 10.208, ha sido superadora de los presupuestos mínimos de la Ley General del Ambiente 25.675, al establecer que por esta vía podrían ejercerse acciones de prevención, acciones de reparación en especie, o acciones de reparación pecuniaria por el daño producido a la comunidad. Lo mismo se verifica en relación con el rol del juez, que en consonancia con el deber impuesto en la cláusula ambiental constitucional referida, impone al magistrado que hubiere dictado sentencia, el control posterior de su ejecución pudiendo adoptar medidas de oficio o a pedido de parte a los fines de su cumplimiento.

No obstante lo reseñado, la Ley provincial 10.208, al igual que la Ley Nacional de Amparo 16.986, ha regulado aspectos procesales que en la práctica resultan de difícil cumplimiento en los tribunales. Nos referimos a los exigüos plazos procesales del art. 72 en cuanto dispone que el juez debe decidir en 24 horas sobre la admisibilidad de la legitimidad invocada y sobre el recurso interpuesto contra ésta. En igual sentido el precepto dirigido al magistrado de “recibir el recurso interpuesto por cualquier forma y medio de comunicación y a cualquier hora” resulta incompatible con el art. 37 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial, reforzada

tal circunstancia por la implementación del expediente electrónico (Ley 10.177 y acordadas concordantes del T.S.J.).

Ya en relación a la interpretación de todo el ordenamiento ambiental se debe destacar la dispersión y/o superposición normativa y la falta de regulaciones procesales específicas para algunas cuestiones. Es que, tal como referimos, no sólo se debe estar a lo dispuesto por la Constitución Nacional, sino además a las reglas procesales de la acción que aparecen como presupuestos mínimos en la LGA, luego a lo dispuesto por la Ley que establece el régimen genérico de amparo en la Provincia de Córdoba; lo que, a su vez, fue modificado por regulación específica en cuestiones ambientales con la sanción de la Ley 10.208. Debiéndose adicionar a todo ello el particular sistema de competencias que surge del art. 72 de la Ley 10.208.

Si partimos de la idea de que el ordenamiento normativo debe ser un sistema completo y coherente podremos advertir las insuficiencias señaladas. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que tales inconsistencias son también las que permiten su evolución dinámica frente a los constantes desafíos que plantea el Derecho Ambiental.

En ese sentido, en el marco del acceso a la justicia ambiental, la mencionada ley provincial supone un paso de gran relevancia al intentar una regulación más sistemática del amparo ambiental y al reconocerlo como una vía autónoma con particularidades propias que deben resolverse de manera diferenciada. No obstante, las carencias y falencias que hemos señalado implican considerables obstáculos a los fines de lograr un acceso efectivo a la justicia, que, como hemos mencionado, no depende sólo de la existencia de vías sino además de la posibilidad real de llegar a las mismas, de hacer valer derechos y principios en esos procesos y de llegar a soluciones justas, procurando una distribución equitativa de recursos que fuera del proceso no existen.

III. Bibliografía

ANGLÉS HERNÁNDEZ, M. “Algunas vías de acceso a la justicia ambiental”, s/d, 2017. Recuperado de: Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4319/4.pdf> [2/7/2020]

- BARCHICHE, D., HEGE, E. y NAPOLIA, “El Acuerdo de Escazú: ¿un ejemplo ambicioso de tratado multilateral a favor del derecho ambiental?”, 2019. Recuperado de: https://www.iddri.org/sites/default/files/PDF/Publications/Catalogue%20iddri/D%C3%A9cryptage/201903-IB0319ES_Escazu.pdf [16/7/2020]
- BARONE, L. D. et al., *Proceso de Amparo*. Ed. Advocatus, Córdoba, 2017.
- BARONE, L. D., “*Proceso de Amparo*”. Ed. Advocatus, Córdoba, 2017
- CALDERON, M. R. “El amparo ambiental en la Provincia de Córdoba. Breves anotaciones a la ley 10.208”. Foro de Córdoba, Suplemento de Derecho Procesal N° 28, Córdoba, 2015, p.13.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, V. y SAMANIEGO BEHAR, N., “El juicio de amparo: historia y futuro de la protección constitucional en México.”, en *Revista IUS*, vol.5 no.27, Puebla, 2011, pp.173-200. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n27/v5n27a9.pdf> [2/7/2020]
- MARANIELLO, P.A., “El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales.”, en *Revista IUS*, vol.5 no.27, Puebla, 2011, pp. 7-36 Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n27/v5n27a2.pdf> [14/7/2020]
- MORELLO, A. M. y VALLEFIN, C. A., *El Amparo. Régimen procesal*. Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1995.
- PALACIO DE CAEIRO, S. B. y JUNYENT DE DUTARI, P. M., *Acción de Amparo en Córdoba*. Ed. Advocatus, Córdoba, 2015.
- SAFI, L. K., *El amparo ambiental*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- SAGÜÉS, N. P., *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. T.3. 4ª edición ampliada. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995.
- SALGADO, A. J., *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987.

LA NECESIDAD DE CREAR UN TRIBUNAL ADMINISTRATIVO ESPECIALIZADO EN DERECHO A LA SALUD EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA EN CUMPLIMIENTO DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL EFECTIVA*

*Patricia Giuliana Moreno***

Resumen: El artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional dispone que el Estado Argentino debe promover acciones positivas para satisfacer los derechos de los sectores más vulnerables, entre ellos, a las personas con discapacidad. En diversos Tratados Internacionales de Derecho Humanos, y en nuestra Constitución, sumado a la jurisprudencia del Alto Tribunal, se reconoce que el derecho a la salud es fundamental para el derecho a la vida y que el Estado debe velar por ello. En caso contrario, podría verse comprometida la responsabilidad del Estado. En los hechos, debido a un sistema sanitario deficiente y desactualizado, son cada vez más los amparos de salud que llegan a los estrados judiciales. Es por ello que en este trabajo se estudiarán las causas de dicha judicialización, y finalmente se propondrá la creación de un tribunal administrativo especializado en cuestiones de salud, para abordar los reclamos de prestaciones con respecto a los prestadores estatales y particulares.

Palabras clave: salud – sistema sanitario - tribunal administrativo – responsabilidad.

Sumario: I. Introducción II. Delimitación del objeto de estudio III. Importancia del tema: Relevancia jurídica. IV. Planteamiento del problema. A. Normativa. B. Salud. C. Sistema sanitario. D. Tutela administrativa y judicial efectiva. E. Amparo. V. Tribunal administrativo, naturaleza y composición. VI. Cuestiones de responsabilidad. VII. Bibliografía.

* Artículo recibido el 30/7/2020 ~ aprobado para su publicación el 29/3/2021.

** Abogada (UNC). Mención Cuadro de Honor - Mención Egresada Sobresaliente. Maestranda en Derecho Administrativo. Adscripta de Derecho Administrativo y Constitucional. Becaria Secyt. (Becas Estímulo). Ministerio Público Fiscal (Policía Judicial). Mail: patriciagiulianam@hotmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

En diversos Tratados Internacionales de Derecho Humanos, y en nuestra Constitución, sumado a la jurisprudencia del Alto Tribunal, se reconoce que el derecho a la salud es fundamental para el derecho a la vida y que el Estado debe velar por ello. En los hechos, debido a un sistema sanitario deficiente y desactualizado, son cada vez más los amparos de salud que llegan a los estrados judiciales. Es por ello que en este trabajo se estudiarán las causas de dicha judicialización, y finalmente se propondrá la creación de un tribunal administrativo especializado en cuestiones de salud, para abordar los reclamos de prestaciones con respecto a los prestadores estatales y particulares. Todo ello en miras a cumplir con el deber del Estado de impulsar acciones positivas.

II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

En otros trabajos anteriores a los cuales me remito por razones de brevedad, traté el tema de la inconstitucionalidad del requisito de 20 años de residencia mínima que se les exige a las personas extranjeras con discapacidad¹. En la actualidad cuando se trata de un derecho a la salud, los justiciables agotan la vía administrativa ante el ente donde se esté requiriendo la pretensión, sea ésta una Obra social particular o un Ministerio de Salud, en caso de urgencia se puede ir por medio de la acción de amparo, lo que evidencia la importancia del tiempo.

El justiciable luego de agotar la vía administrativa se arriesga, al llegar al contencioso, en su caso, a verse imposibilitado de ver satisfecho su derecho aun cuando obtuviere una decisión favorable, por el simple paso del tiempo que tomó el agotamiento de la vía administrativa en los distintos entes, o en el tiempo que transcurrió el tratamiento del amparo en la sede judicial.

¹ MORENO, P. G. (2018) *Pensiones no contributivas para extranjeros con discapacidad-Eficacia del caso Halabi para los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*, Foro de Córdoba, Doctrina y jurisprudencia n°193. (pp. 47-69).

III. IMPORTANCIA DEL TEMA: RELEVANCIA JURÍDICA

Nuestra Ley de Procedimientos administrativos provincial no establece nada con respecto a procedimientos especiales ni tribunales especiales para el acceso al derecho a la salud. El administrado al obtener una resolución negativa o parcialmente favorable en los entes o entidades respectivas, al llegar a la sede judicial llega con pocas o nulas herramientas de defenderse del acto que la Administración expidió, porque como bien sabemos en primer lugar está en juego la presunción de legalidad de dichos actos. Es por ello que el “salto” desde la Administración a la sede judicial suele ser difícil y muchas veces es un tiempo y recurso que los administrados no están en condiciones de padecer.

Es allí que el Tribunal Administrativo viene a ser como un puente entre la faz administrativa y la faz judicial.

Recordemos que los vicios en los procedimientos acarrearán nulidades que muchas veces son insalvables en sede judicial, y que perjudican a todos, en definitiva. Este estudio tiene como ambición dar luz a un camino que se puede construir, teniendo en cuenta el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, cuando dice que el Estado debe tomar medidas positivas para los colectivos vulnerables, entre ellos el de las personas con discapacidad, que sería el extremo que nos guiará en el caso del derecho a la salud.

IV. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A. Normativa

Es necesario plantear los pilares esenciales normativo implicados en la temática en cuestión. La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 26 consagra el principio de **progresividad**, que en simples palabras significa mejorar el acceso y las garantías de los derechos ya conquistados por los Estados Partes. El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional nos recuerda que los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional.

Los tratados con jerarquía constitucional consagran varios derechos en juego en materia de salud. Se pueden mencionar algunos contenidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (igualdad ante la ley, art. 2; preservación de la salud art. 11); en la Declaración

Universal de Derechos Humanos (igualdad, art. 1; no discriminación, art. 2.1; art. 22; interpretación a favor del derecho, art. 30), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (deber de los Estados Partes de respetar la convención, art. 1.1; integridad personal, art. 5.1; igualdad, art. 24; desarrollo progresivo, art. 26; se relacionan con ellos la cláusula federal, art 28 y las normas de interpretación, art. 29); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (logro progresivo de la plena efectividad de los derechos, art. 2.1; salud física y mental, art. 12.1 inc. d.) y en la citada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (no ser discriminado, art. 4.b, art. 5.2; deber de los Estados de utilizar el máximo de sus recursos, art. 2.2; vida, art.10; igual reconocimiento como persona ante la ley, art. 12; acceso a la justicia, art. 13; protección de la integridad personal, art. 17; salud, art. 25; nivel de vida adecuado, art. 28). Como se ve, todos estos documentos públicos asignan importancia a la no discriminación, y a la salud como un aspecto inseparable del derecho a la vida. En nuestro articulado de la Constitución Nacional se encuentra el artículo 75 inciso 23 precedentemente relacionado haciendo hincapié en la importancia de las medidas de acción positivas del Estado frente al colectivo de las personas con discapacidad, imponiendo así al Estado una obligación de hacer, que ante la omisión podría dar lugar a un supuesto de responsabilidad estatal.

B. Salud

El derecho a la salud está vinculado íntimamente con el derecho a la vida, "...es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112 y 323:1339) y se encuentra reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22), (Fallos: 323:1339)" (*CSJN, in re: "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s. acción de amparo-medida cautelar"*, y en "*Asociación Benghalensis c/ Estado Nacional -M.S. y A.S. s/ amparo ley 16.986"*, Resolución del 01/06/2000. Fallos 323:1323).

Ese derecho también se encuentra reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 7 y 11), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4), la Convención sobre los derechos del Niño (arts. 3, 6, 23, 24, 25, 26 y 29), y la Declaración

Universal de Derechos Humanos (art. 25), nos encontramos ante "... un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud, especialmente cuando se trata de enfermedades graves está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida" por lo que también "consagra obligaciones de hacer a cargo del Estado (CSJN, 24.04.2012, "*Recurso de hecho in re: Q.C.S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo*")²

En el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* la Corte Interamericana de Derechos Humanos puntualizó que "la salud es un "(...) bien público cuya protección está a cargo de los Estados", a los que se les impone la obligación de "(...) prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud" como así también la de "(...) regular y fiscalizar toda asistencia de salud prestada a personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado" (Corte IDH, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sent. Serie C N° 149, de fecha 4/7/2006, p. 89)³.

De ahí que "la persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes tienen siempre un carácter instrumental, se sigue que "(...) el estatuto de la salud está dotado de objetivos y valores (...) cuando toma como parámetro, entre otros, el mejor nivel de calidad disponible" (C.S.J.N., *Fallos* 337:471, en remisión al Dictamen

² Fallo R. A. A. c/ Administración provincial del Seguro de Salud (Apross) s/ Amparo Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación, Bs As, 26/02/2013. <http://www.derecho.uba.ar/academica/centro-desarrollo-docente/biblioteca-digital-jurisprudencia-sobre-discapacidad/archivos/fallos/pdf/R-A-A-c-Administracion-provincial-del-seguro-de-salud-Apross-s-Amparo.pdf>). Fecha de acceso: 11/04/2020.

³ BUTELER, G. E (2017) *El derecho a la salud en los procesos de amparo tramitados en la Ciudad de Córdoba durante los años 2012-2015. Investigaciones aplicadas en el ámbito del Poder Judicial de Córdoba IV*, tomo 13:5.. (p. 284).

de la Procuradora General de la Nación, Dra. Beiró de Gonçalvez)", del Fallo "Duich Dusan, F. en 2014"⁴.

Por otro lado, en relación a la vida y salud, tenemos que "el derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del artículo 33 de la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, desde que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida" (C.S.J.N., Fallos 329:4918, en remisión al Dictamen de la Procuradora General de la Nación, Dra. Beiró de Gonçalvez)", del Fallo *Mosqueda, S*⁵.

C. Sistema sanitario

Nuestra hipótesis de trabajo, nos obliga a analizar el sistema sanitario argentino desde sus orígenes, para eso debemos remontarnos un poco al pasado⁶, y ver que en la historia argentina el sistema sanitario siempre tuvo pequeños avances y grandes retrocesos con respecto a la tendencia integral.

En el siglo XIX hubo **ausencia de políticas públicas sanitarias y sociales** por parte del Estado, lo que trajo consecuencias graves como "**la epidemia de cólera de 1869 y la epidemia de la fiebre amarilla de 1871** que mata a 14000 personas, 75 % de las cuales fueron afroargentinos (...), la gente tenía que arreglárselas como podía".

En 1901 con la **Ley Richieri** la cual estableció la revisión médica obligatoria para los aspirantes al servicio militar obligatorio, se pudo ve-

⁴ BUTELER, G. E (2017) *El derecho a la salud en los procesos de amparo tramitados en la Ciudad de Córdoba durante los años 2012-2015. Investigaciones aplicadas en el ámbito del Poder Judicial de Córdoba IV*, tomo 13:5.. (p. 285).

⁵ BUTELER, G. E (2017) *El derecho a la salud en los procesos de amparo tramitados en la Ciudad de Córdoba durante los años 2012-2015. Investigaciones aplicadas en el ámbito del Poder Judicial de Córdoba IV*, tomo 13:5.. (p. 292).

⁶ Lo que se desarrolla a continuación, fue extraído de la disertación del Historiador Felipe Pigna en el ciclo de IOMA conferencias culturales, el cual está disponible en la red social de You Tube: link visitado en fecha 20/03/2020. <https://www.youtube.com/watch?v=vSZPUR2qqNsN>

rificar que la realidad no era coherente con los informes oficiales, cuando llegan los primeros informes reales de 1902 **hubo rechazo del 65% de los postulantes por desnutrición, y por diversas enfermedades relacionadas a la pobreza.**

En 1904 con el **Informe sobre el estado de las clases obreras argentinas del abogado Biale Massé**, se visibiliza la existencia de “endemias, pandemias, **el mal de chagas**, de lo cual el gobierno no termina de tomar nota, va quedando en manos de la asociación civil, aparecen médicos que se preocupan de lo social, como el Dr. Massa el cual dijo que era peligroso investigar el mal de chagas en esa época porque eso denunciaba el problema habitacional de nuestro país, es decir, los ranchos, la causa de la vinchuca eran los ranchos”.

Si traspolamos esto al presente, podría decirse que el coronavirus, COVID -19, desnudó no solo el precario sistema sanitario, sino también las precarias condiciones de las villas, la existencia de las villas en sí, lo cual hoy está normalizado, cuando en realidad nuestra constitución nacional nos habla del derecho a la vivienda digna, o sin ir más lejos, la propia Corte dio vigencia a ese derecho en el famoso caso “Q.”.

En la época de Yrigoyen se duplican la cantidad de hospitales, pero eso decae con el golpe de Estado de 1930, donde devino más miseria.

El Dr. Carrillo Ramón⁷, especialista en Neurología y Neurocirugía, un doctor con prestigio internacional, descubrió la papinitis aguda, y fue designado como Primer Ministro de Salud⁸, por el General Perón en 1945. En los siguientes ocho años se “construyeron numerosos hospitales, e institutos de especialización, se realizaron campañas de prevención y control de endemias, y se establecieron los pilares de la **medicina preventiva y social**”. Antes de ello, el Dr. Carrillo se hizo cargo del servicio de Neurología y Neurocirugía del Hospital Militar Central en Buenos Aires, es allí que, en el momento de analizar las historias clínicas de los aspirantes al servicio militar, notó “ineptitud física y presencia de **enfermedades**

⁷ Lo que se desarrolla a continuación, está relacionado a lo expuesto por el conductor Dr. Horacio Vogelfang. En un capítulo del canal Encuentro, sobre las labores del Dr. Ramón Carrillo. Link: <https://www.youtube.com/watch?v=WTwouV0upvo>_ Link consultado en fecha: 22/03/2020.

⁸ Al momento de su designación, en 1945, había una Secretaría aún, luego, en 1949 se convierte en Ministerio.

relacionadas a la pobreza". Luego, obtuvo un estudio para "establecer la cantidad de camas cada mil habitantes en el país, y la Argentina contaba con el 45% de las camas necesarias. Los hospitales eran privilegio de las grandes ciudades, las zonas rurales carecían de servicio de salud, y las instituciones de atención médica públicas dependían de las sociedades benéficas".

Al estar a cargo de la política sanitaria, el Dr. Carillo manifestó como lineamiento lo siguiente: "todos los hombres tienen igual derecho a la vida y a la sanidad, **no puede existir política sanitaria sin política social**. De nada sirve los avances de la técnica médica si ésta no puede llegar al pueblo mediante dispositivos adecuados", en la historia a eso se le llamó Medicina Social.

A partir de la **década del 50** se consolida el **sistema de obras sociales** vinculados con sistemas "solidarios de financiamiento, con gremios profesionales y los sindicatos de obreros y empleados, pero pronto se detiene la expansión de la oferta pública y comienza un progresivo deterioro"⁹.

Ahora bien en la última dictadura militar del **período 1976- 1983**, en la cuestión de salud se avaló el **desmantelamiento de servicios sociales del Estado, y su traspaso a la actividad privada**¹⁰.

Seguidamente, post- dictadura se intenta lograr una integración financiera del sistema de Salud pero no se logra por la resistencia de los sectores sindicales. Como resultado de ello se - sancionan en **1988 la Ley de Obras Sociales Nro. 23.660, y de Creación del Sistema Nacional del Seguro de la Salud Nro. 23.661**¹¹.

Bajo el decreto del **Poder Ejecutivo Nacional, n° 1615/1996 se crea la Superintendencia de Servicios de Salud**, el cual es un "**organismo descentralizado del Ministerio de Salud de la Nación**", que tiene como **fin fiscalizar las obras sociales y prepagas**. Por otro lado se **creó por Ley**

⁹ TOBAR, F. (2012) *Breve historia del sistema argentino de salud*, publicado en la página web <http://www.salud.mendoza.gov.ar/wp-content/uploads/sites/16/2017/03/Modulo-2-Tobar-historia-SSA.pdf>, 2012. Fecha de acceso: 05/04/2020 (p.11).

¹⁰ TOBAR, F. (2012) *Breve historia del sistema argentino de salud*, publicado en la página web <http://www.salud.mendoza.gov.ar/wp-content/uploads/sites/16/2017/03/Modulo-2-Tobar-historia-SSA.pdf>, 2012. Fecha de acceso: 05/04/2020 (p.12).

¹¹ TOBAR, F. (2012) *Breve historia del sistema argentino de salud*, publicado en la página web <http://www.salud.mendoza.gov.ar/wp-content/uploads/sites/16/2017/03/Modulo-2-Tobar-historia-SSA.pdf>, 2012. Fecha de acceso: 05/04/2020 (p.13).

19. 032, el Instituto de Servicios Sociales para jubilados y pensionados con el Programa de Asistencia Médica Integral (PAMI)”.¹²

Cabe mencionar la existencia de las pensiones no contributivas de vejez y discapacidad, **Decreto 432/1997**, por medio de las cuales se puede acceder al **Programa “Incluir Salud” (ex ProFe)**, el cual no se identifica como una obra social pero también tiene su serie de prestaciones para los beneficiarios, que en la práctica tiene bastantes falencias. Hay faltantes de medicamentos, las personas deben viajar para autorizar la medicación en los hospitales públicos con sus respectivos médicos una vez al mes, si es que con suerte no hay asamblea o paro, llevan esas recetas para ser autorizadas a la sede del programa incluir salud el cual solo otorga números por la mañana, por lo que las personas con discapacidad deben regresar otro día. Si tuvieron mucha suerte, se les autorizó los recetarios correspondientes y recién allí es cuando puede ir a la farmacia autorizada para retirar la medicación. Ahora bien, en las mismas farmacias los números que se otorgan también son por la mañana, y no dan excepción. Las personas con discapacidad pasan horas y horas, en algunas farmacias haciendo fila a la intemperie, en otros conglomerados sin aire, para que en la farmacia le digan que tienen faltante, que debe volver otro día, o hacer un reclamo. Esto que se describe pasa en la actualidad, y lo que se debe hacer en ese caso, es inmediatamente presentar un reclamo en el Ministerio de Salud para que recuerden que las personas con discapacidad no están solas, y que tienen una doble protección, la nacional y la internacional.

En el año **1993 por Decreto n.º 578/93** se crea el **Registro de Hospitales Públicos de Autogestión**, y se diseña un sistema de atención médica bajo los principios de equidad, eficacia y eficiencia, optimizando los recursos disponibles. En el año **2000 por Decreto 939/2000** se habla ya de los **Hospitales Públicos de Gestión Descentralizada, serían de acceso gratuito para toda la población, en particular para todos aquellos que no tengan Obra Social o prepagas**, a nivel nacional, provincial y municipal. En el año **2011 se sanciona la Ley de Prepagas, n.º 26.682**.

Por **Decreto 492/95 del PEN**, se impulsó la creación de un **programa médico asistencial con prestaciones básicas y esenciales que toda Obra**

¹² PUJOL, M. (2017) *Judicialización de la Salud: el caso del PMO*. USXXI, Tesis en web <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/15091/PUJOL%20MIGUEL.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Fecha de acceso: 11/04/2020. (p. 22).

Social y Prepagas deben cumplir, éste fue aprobado por el Ministerio de Salud y Acción Social bajo Resolución 247/96.¹³ Judicialmente se estableció en diversos fallos que debe ser considerado como un piso mínimo, pero las Obras Sociales lo tomaron como un techo.

El Decreto 482/02 declaró la Emergencia Sanitaria, por lo que, en el mismo año, el Ministerio de Salud bajo **Resolución 201/2002 aprobó el Programa Médico Asistencial Obligatorio de Emergencia**.

En el año 2005, el Ministerio de Salud impulsó la **reforma estructural del PMO** bajo **Resolución n.º 1991/05**. No hubo novedad sobre ello, hasta que en el **año 2016 se impulsó una revisión integral para incorporar nuevas coberturas**. Estas gestiones terminaron con una promesa por parte de las autoridades de la Superintendencia de crear una **Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías Sanitarias**, como auxiliar de la justicia para resolver las acciones de Amparos, y para las futuras incorporaciones de tratamientos y prestaciones en el PMO.¹⁴

En los hechos, a lo largo de los años, el **PMO ha quedado desactualizado** en cuanto a las prestaciones que menciona en su articulado, por las nuevas tecnologías, por la falta de inversión del Estado en el sistema sanitario, tiene que ver también con la inflación general y el impacto de devaluaciones, entre otros diversos factores.

¿Y qué nos depara el futuro en este momento? Es difícil imaginar las consecuencias que puede dejar en la población el virus Covid -19. Se ha dicho mucho sobre este virus, pero principalmente produce un conjunto de graves alteraciones del sistema inmunitario, incluida la disminución de la población de células T, responsable de la denominada inmunidad innata¹⁵. Si antes del COVID-19 teníamos un sistema sanitario de salud deficiente, el cual obligaba a las personas a iniciar acciones de amparo para la exigibilidad de medicamentos de alto costo, intervenciones quirúrgicas en el exterior, tratamientos para enfermedades crónicas y demás,

¹³ PUJOL, M. (2017) *Judicialización de la Salud: el caso del PMO*. USXXI, Tesis en web <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/15091/PUJOL%20MIGUEL.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Fecha de acceso: 11/04/2020 (p. 29).

¹⁴ PUJOL, M. (2017) *Judicialización de la Salud: el caso del PMO*. USXXI, Tesis en web <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/15091/PUJOL%20MIGUEL.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Fecha de acceso: 11/04/2020. (p. 5253).

¹⁵ <http://farmaciaslasfuentes.com/index.php/efectos-del-coronavirus-sars-covid-2-sobre-el-sistema-inmune/>

cuando termine la pandemia, la judicialización será aún más elevada. Es momento de que como actores sociales esta vez “tomemos nota de esto”. En las últimas noticias de mayo del 2020 a nivel mundial comenzaron a verse afectados los niños menores de 10 años, debido a que generaron anticuerpos frente al Covid -19, ahora bien, ese anticuerpo le generó otra enfermedad: el Síndrome de Kawasaki¹⁶, quien les escribe padeció esta enfermedad en su niñez, por lo que puede dar cuenta de que no es una enfermedad más, afecta sobre todo al corazón, comienza con una fiebre de menos de 10 días, que si no se logra intervenir da tiempo, pueden quedar secuelas: trombosis, marcapasos cardíaco, o deceso.

En cuanto a lo mencionado anteriormente con respecto a la doctrina judicial el PMO “fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar”¹⁷. Y por otro lado se ha reconocido que el Estado es el “garante del sistema de salud”, y así se lo ha condenado a brindar las prestaciones médicas que la obra social particular no podía brindar, de manera subsidiaria¹⁸.

¹⁶ Trastorno que produce inflamación en las paredes de algunos vasos sanguíneos del cuerpo. Es más común en los bebés y en los niños pequeños. En las primeras etapas, suele presentarse sarpullido y fiebre. Los síntomas incluyen fiebre alta y descamación de la piel. En las etapas avanzadas, se puede producir inflamación de los vasos sanguíneos medianos (vasculitis). También afecta a los ganglios linfáticos, la piel y las membranas mucosas, como las de la cavidad bucal. La enfermedad de Kawasaki suele tener tratamiento. El tratamiento inicial incluye el uso de aspirina y la administración de inmunoglobulina intravenosa en un centro médico. (Fuente: https://support.google.com/websearch/answer/2364942?p=medical_conditions&hl=es-419&visit_id=637274820392797625-2472343087&rd=1)

¹⁷ Fallo *B.J.G. C/ Osplad s/ sumarísimo de salud*. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Sala III, 16/07/2015. Publicado en la página web: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2015/11/30/ratifican-que-el-pmo-es-un-piso-prestacional-y-no-debe-limitar-la-cobertura-de-los-beneficiarios/> . Fecha de acceso: 10/04/2020.

¹⁸ Fallo *Hermoza Vega, David c/ otro c/ Parque Salud*. <http://aclisa.org.ar/web/novedad/28/09/2020>, Juzgado Federal n° 1 de Córdoba, confirmado por la Cámara Federal de Córdoba, Sala A en fecha 17/12/2020. Fallo: <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=3%2BSUSiXGUtPb65gOZV5YZQc2aA8q9AzPsltRMZx%2BRx%0%3D&tipoDoc=sentencia&cid=5884503>.

D. Tutela administrativa y judicial efectiva.

En otra gran arista tenemos el derecho humano a la tutela judicial y administrativa efectiva, el cual fue mencionado por primera vez en el *caso Astorga Bratch por la CSJN*, y tiene origen legal en los artículos 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, pero cabe hacer una mención especial de este principio, particularmente cuando nos referimos a la tutela judicial, ésta no significa que se debe cumplir con el acceso a la justicia o respetar solo en la faz judicial o contenciosa. En realidad, significa considerar también la etapa previa a lo judicial, la faz administrativa en cuanto al procedimiento. Hay una relación funcional entre ellas, así las cosas, *“la tutela judicial tiene más bien como fin un control posterior de la actuación de la autoridad administrativa. La **relación funcional** entre el procedimiento administrativo y el judicial exige que, en la concretización y aplicación práctica del derecho procedimental, un procedimiento no imposibilite o haga significativamente más difícil el mandato específico del otro”*¹⁹.

Recordemos que los apartados de la Convención Americana de Derechos Humanos que velan por el derecho a la tutela judicial efectiva, son: el art. 8 inciso 1 en cuanto al plazo razonable, artículo 25 cuando reza *“toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales (...)”*, y en su Preámbulo al justificar la protección internacional que merece el ser humano, agregando que *“solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos (...)”*.

Teniendo en cuenta que en la Provincia de Córdoba, la Ley de Procedimiento administrativo Ley 6658, t.o. 5350, dispone que **“son nulos los actos administrativos cuando hubieren sido dictados por autoridad incompetente, o se hubieren violado sustancialmente los principios que informan los procedimientos y normas establecidos legal reglamentariamente para su dictado”** (artículo 104), **el vicio en el procedimiento acarrea la nulidad absoluta, es decir que no puede ser subsanado y se**

¹⁹ BLANKE, H. J (2010) *La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. Márgenes de discrecionalidad y de apreciación.*

puede declarar de oficio ya que éste es un elemento esencial del acto administrativo.

Recordemos que los vicios que acarrear los actos nulos, al menos en nuestra Ley Provincial de procedimiento administrativo y la jurisprudencia local, al tratar de identificar el tipo de vicio “*se vincula el elemento esencial afectado con la mayor o menor gravedad del acto. (...) En algunos casos se analiza la ostensibilidad del vicio y su repercusión con el interés público*”²⁰. Generalmente cuando se trata de un tratamiento de salud que no puede tener demora se interpone una acción de amparo, pero esta vía en los últimos tiempos se ha ordinario cuando en realidad debería tratarse como lo que es, una medida extraordinaria.

Ahora bien, cabe mencionar que cuando nuestra ley dice “principios que informan” al procedimiento, debemos mirarlo con los lentes de la constitución y convenciones internacionales, ya que los principios constitucionales y convencionales son transversales a todo el orden jurídico argentino.

E. Amparo

El amparo es **una acción que conlleva a un proceso expedito, rápido, sencillo, eficaz, o efectivo, con un plazo razonable**, que tiene origen en el **Art. 43 de la Constitución Nacional**, post- reforma del año 1994, sin perjuicio de su origen pretoriano por los casos “Siri” y “Kot”, y en “*los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que con igual rango constitucional se encuentran incorporados por el art. 75 inciso 22 (...) como así también por el art. 48 de la Constitución Provincial y la Ley de Amparo Provincial n.º 4915 y sus modificatorias*”²¹.

Considerando la gravedad de las nulidades que pudieran ocurrir en el procedimiento, y teniendo en cuenta que la única acción aparentemente expedita es el amparo frente a las situaciones de urgencia de salud se

²⁰ SESIN, D. J. (2002) *El acto administrativo en la Legislación y Jurisprudencia de Córdoba: Nulidades y vicios*, publicado en la Revista Acto Administrativo y reglamento, Editorial Ciencias de la Administración, Bs. As., (p.236).

²¹ BARONE, L. (2017) *Los principios procesales del amparo: un aporte para su regulación normativa*, Ciencia, Derecho y Sociedad, Serie: textos de estudio. Editorial Advocatus, 1ª ed. – Córdoba: FD, Universidad Nacional de Córdoba (p.10).

puede verificar que en nuestro sistema de procedimiento administrativo no se está dando cumplimiento al art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional (post- reforma del 1994), en cuanto a las acciones positivas que debe existir para las personas con discapacidad, ni a la Convención de Discapacidad del año 2008, integrada a nuestro sistema en el año 2014. He aquí el vacío legal que termina a todas luces perjudicando el principio de la tutela administrativa y judicial efectiva.

Nuestra propuesta entonces, **es la de crear un nuevo tribunal administrativo y un procedimiento especial, con plazos cortos, solo para los casos de salud**, donde se contemple incluso la situación de las personas con discapacidad, para así evitar que estos casos se judicialicen por la vía del amparo como si ésta fuera el único “*mar donde desembocan los ríos*” y de esta manera descomprimir el sistema judicial.

Según el informe del año 2019 del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), en un estudio estadístico se llegó a relevar tomando como base casos de procesos iniciados en el Departamento Judicial de Lomas de Zamora de la Provincia de Buenos Aires desde el año 2005 al año 2019, ciertos datos que asustan, así es como se pudo recabar que “*en un 50% las causas tienen por objeto algún insumo o prestación, y el 47,5 % de los casos se reclama un medicamento, (...) el 5% de las sentencias fueron apeladas y el 37,5 % fueron incumplidas, teniendo las partes que instar su cumplimiento a través de diferentes mecanismos (...). En el 97,5 % de los casos, los actores son personas físicas individuales (...). En un 37,5 % de las reclamaciones fueron promovidas por menores de edad, (o sus representantes) y solo en un 20% intervino la Asesoría de Incapaces Departamental*”²².

Se debe desarrollar un nuevo procedimiento especial que sea efectivo, ágil, y más expedito que la acción de amparo, porque se supone que el amparo es la acción más rápida que solo se puede interponer cuando no hay otro remedio alternativo que pueda agotarse antes. Después de todo hay un principio como “norte” que debería guiar, el del *acceso a la justicia*, como “**valor global, del cual se desprenden muchos otros, entre ellos**

²² GALKIN A. E. et al. (2019) *Acceso a la salud y discapacidad en el ámbito del fuero contencioso administrativo*”, del Informe de Salud y Alimentación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) en el Proyecto “*Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina*, Chile (p. 41).

*el principio de razonabilidad*²³. En los casos de derecho a la salud y su urgente acceso a la justicia, la acción de amparo parece haberse convertido en una herramienta de utilización colectiva, lo cual llama la atención.

Es así que, “las numerosas decisiones judiciales que profieren tutela colectiva constituyen –en puridad– una *señal de alerta* hacia los poderes políticos acerca de una situación de incumplimiento generalizado en materias relevantes de políticas públicas sanitarias (Abramovich- Curtis, 2011:44).”²⁴

En la investigación realizada por el Dr Guillermo Buteler, sobre los procesos de amparo en la Provincia de Córdoba, se analizan ciertos aspectos interesantes tales como: la duración del proceso la cual en un 48,57 % duraba entre 6 meses y 2 años²⁵; el 81 % de los procesos fueron en contra del APROSS²⁶, entre otros. (...) “Hubo casos analizados en los que demostró absoluta ausencia de planificación (por parte del Estado). Esta deficiencia se vio reflejada en las prestaciones requeridas a través de los juicios de amparo²⁷.

Esto me lleva a reflexionar lo siguiente: **si no hay una acción más expedita para defender dicho derecho, si la única “solución” es una acción de amparo, entonces no hay una suficiente garantía de acceso a la justicia, ni un suficiente y razonable cumplimiento de la tutela administrativa efectiva.** Esta garantía implica, como tiene dicho la Corte Interamericana al interpretar los arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, que los recursos judiciales a los que se acude deben existir no sólo

²³ GORDILLO, A. (2014) *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas: primeros manuales*, T- 9, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1ª ed, (p. 614).

²⁴ BUTELER, G. E (2017) *El derecho a la salud en los procesos de amparo tramitados en la Ciudad de Córdoba durante los años 2012-2015. Investigaciones aplicadas en el ámbito del Poder Judicial de Córdoba IV*, tomo 13:5.. (p. 318).

²⁵ BUTELER, G. E (2017) *El derecho a la salud en los procesos de amparo tramitados en la Ciudad de Córdoba durante los años 2012-2015. Investigaciones aplicadas en el ámbito del Poder Judicial de Córdoba IV*, tomo 13:5.. (p. 332).

²⁶ BUTELER, G. E (2017) *El derecho a la salud en los procesos de amparo tramitados en la Ciudad de Córdoba durante los años 2012-2015. Investigaciones aplicadas en el ámbito del Poder Judicial de Córdoba IV*, tomo 13:5.. (p. 325).

²⁷ BUTELER, G. E (2017) *El derecho a la salud en los procesos de amparo tramitados en la Ciudad de Córdoba durante los años 2012-2015. Investigaciones aplicadas en el ámbito del Poder Judicial de Córdoba IV*, tomo 13:5.. (p. 338).

formalmente, sino que **deben ser efectivos y adecuados** (CIDH, *Genie Lacayo*). Este principio ha sido reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14) y en el Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales (art. 6).

Existen algunos pronunciamientos donde se considera al amparo como una especie de solución “mágica” para los problemas de salud, y se verá a continuación como a los mismos tribunales no les queda otra opción que dar curso al amparo porque no hay otra vía más idónea, esa **vía más idónea debería existir, debería ser un procedimiento especial administrativo con formas sencillas, con un protocolo especial general para todas las reparticiones a donde acuden los administrados con problemas de salud.**

La Corte Suprema en fecha 09/04/1985, en la causa “**País Ahumada, Ana S. y otros s/ Amparo**”, aún antes de la reforma del 1994, dejó expuesto que: “*Siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del amparo*” (ED, Tomo 114, 1985, pág. 704). Doctrinalmente el jurista Néstor Pedro Sagüés, en su obra “Ley de Amparo”, explica que “*el amparo es viable, aun habiendo otros procedimientos legalmente previstos, cuando el empleo ordinario de éstos, según las características del problema, pudiera ocasionar un daño grave e irreparable; es decir, cuando se corra el riesgo de brindar al recurrente una protección judicial, pero posterior a su ruina*” (ob. cit., Ed. Astrea, pág. 142).

La Cámara Federal de Mar del Plata no tuvo otra “opción” que hacer lugar indefectiblemente a la acción de amparo, y dijo: “*en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole.(...) La cuestión sometida a debate no permite que se extienda en el tiempo una larga discusión en el marco de un proceso ordinario.* (Cámara Federal de

Mar del Plata, “I.I. c/ Obra Social de Capataces Estibadores Portuarios y otros s/ Amparo” (expte. n° 12799, sentencia del 23.03.11).

En definitiva, “de la inexistencia de instrumentos procesales concretos –a lo que cabe aditar su inadecuación o insuficiencia– para remediar la violación de obligaciones que reconocen como fuente derechos económicos, sociales y culturales no se sigue –de ningún modo– la imposibilidad técnica de crearlos y desarrollarlos. El argumento de carestía o ineptitud de acciones procesales idóneas señala simplemente un *estado de cosas* susceptible de ser modificado (Abramovich – Courtis, 2011:40)”²⁸.

V. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

Teniendo en cuenta que es necesario descomprimir el sistema judicial, que el sistema sanitario es deficiente a nivel nacional, provincial y municipal, la tutela administrativa y judicial efectiva, y las consecuencias de las nulidades en el procedimiento, el acceso a la justicia, se podría dar respuesta a esto con la creación de un tribunal administrativo especial en Derecho a la Salud. Dichos tribunales administrativos serán “imparciales e independientes, cuya función sea ejercer jurisdicción administrativa sujeta a revisión judicial plena”²⁹ o en otras palabras, con un “ulterior control judicial suficiente”³⁰.

Los “*organismos internacionales han ido creando tribunales administrativos, imparciales e independientes*”³¹.

Esta propuesta se enfoca en la concepción que está a favor de la creación de tribunales administrativos con “*la indispensable revisión judicial*

²⁸ BUTELER, G. E (2017) *El derecho a la salud en los procesos de amparo tramitados en la Ciudad de Córdoba durante los años 2012-2015. Investigaciones aplicadas en el ámbito del Poder Judicial de Córdoba IV*, tomo 13:5.. (p. 315).

²⁹ GORDILLO, A (2005) *Ángel Estrada*, Link: <https://gordillo.com/articulos/art49.pdf>. Fecha de acceso: 05/04/2020 (p. 1).

³⁰ Fallos: 328;651. ANGEL ESTRADA Y CIA. S.A. c/ RESOL. 71/96 - SEC. ENER. Y PUERTOS. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Considerando 14.

³¹ GORDILLO, A. (2005) *Los tribunales administrativos como alternativa entre el procedimiento administrativo y el derecho procesal administrativo*, en el libro colectivo Organización administrativa, función pública y dominio público, UA/RAP, Buenos Aires.

*amplia” ulterior, lo que incluye “la posibilidad de una previa revisión por tribunales administrativos que no impida ni limite la posterior revisión judicial”*³².

Si bien hubo una época en que los tribunales administrativos fueron considerados inconstitucionales por violar la división de poderes, aún quedan algunos autores en contra de esta posición, como por ejemplo, el Dr. Alberto Ricardo Dalla Via, el cual en el año 2004 expresó “*no advertir la diferencia (entre el tribunal con facultades judiciales y jurisdiccionales) ya que lo jurisdiccional hace referencia a lo judicial*”³³. Trajo esto a colación en relación a la aceptación que hubo de estos tribunales a partir del caso “**Fernández Arias v. Poggio**” de la Corte Suprema de Justicia, donde se admitió “*la validez de los tribunales administrativos siempre que se asegure el debido proceso y la revisión judicial suficiente*”.

El tribunal que propongo en este caso, no hace cosa juzgada de sus decisiones, precisamente porque queda abierta su posterior revisión amplia en los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa cuando se configure la materia que la habilita, y por lo tanto no viola el principio republicano de la división de poderes, respetando así el principio de la tutela judicial efectiva en su “*doble aspecto: a) como derecho subjetivo fundamental y b) como garantía instrumental protectora de los derechos constitucionales*”³⁴.

Uno de los desafíos de esta propuesta será la forma de establecer la designación de los jueces de estos tribunales administrativos, teniendo en cuenta que estos jueces deberán tener “*un mínimo elemental de imparcialidad e independencia. Imparcialidad en el sentido de no ser parte ni tener interés en el proceso, no haber tenido intervención activa en la*

³² GORDILLO, A. “*Tratado de Derecho Administrativo*”, p.123, publicado en la página web: https://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc2/problemas2.pdf Fecha de acceso: 08/03/2020.

³³ DALLA VIA, A. R. (2004) *Manual de Derecho Constitucional*, Primera edición, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, (p. 568).

³⁴ CABRAL, P. O. (2019) *Los derechos a una vivienda digna y a la salud en contextos sociales y económicos de exclusión. El caso de los habitantes del Barrio Alegre en el gran La Plata, Argentina*, del Informe de Medioambiente del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) en el Proyecto “*Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud y medio ambiente sano en países de América Latina y el Caribe*”, Chile (p.42).

*producción de los actos que serán sometidos a su juzgamiento, no ser superior jerárquico de los autores de tales actos; es el sentido de tercero desinteresado del proceso, es de la administración activa (...)*³⁵.

Dicho desafío se podría resolver de esta manera: que la designación de los jueces de este tribunal sea realizada por el Poder Ejecutivo y Legislativo provincial, de acuerdo a una terna resultante de un concurso de antecedentes y oposición. Se adoptarían aspectos similares a lo establecido por el Decreto 222/2003 del P.E.N de fecha 19/06/2003, en pos del compromiso de la democracia, seleccionando jueces por sus “*aptitudes morales, idoneidad técnica y jurídica, trayectoria, compromiso con la defensa de los derechos humanos y los valores democráticos*” (Artículo 1). En este decreto se dispone la publicación de los pre seleccionados, con posibilidad de que asociaciones profesionales, colegios, organizaciones no gubernamentales, entidades académicas y de derechos humanos realicen observaciones fundadas (artículos 4° y 6°), lo cual da participación a la ciudadanía en ese aspecto, respetando así uno de los principios constitucionales fundantes de nuestro Estado, *la soberanía del pueblo*.

De todas maneras, como nos dice Andrea Meroi “imaginar que los problemas se solucionarán sólo a través de nuevas normas o procedimientos es una ambición ilusoria, de inspiración netamente iluminista”³⁶. Es por ello que cuando dicha autora nos habla de la posibilidad de modificar o proponer cambios normativos, nos enfrentamos también a una serie de desafíos, entre ellos: el presupuestario y el cultural. Es particularmente interesante hacer foco en el desafío cultural, ya que como suele suceder la resistencia al cambio es un factor cultural y más aún, teniendo en cuenta las campañas de sensibilización en defensa de los derechos de discapacidad aún se siguen realizando en estos tiempos. Señala que “la capacidad de interpretar las normas y de organizar los recursos de la mejor manera no son sino problemas culturales, a cuya solución conspiran esencialmente la formación, las experiencias, las calidades profesionales (el conocer, el

³⁵ GORDILLO, A. *Tratado de Derecho Administrativo*, p.125, publicado en la página web: https://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc2/problemas2.pdf Fecha de acceso: 08/03/2020.

³⁶ MEROI, A. (2017) *El conflicto jurídico y sus soluciones en el siglo XXI*, del Compendio de Ponencias generales y ponencias seleccionadas del XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Editorial Rubinzal (p. 137).

saber hacer, el saber ser) de las personas que por varios títulos, con su actividad inciden sobre la gestión del servicio de justicia”³⁷.

Está en los actores judiciales lograr que el cambio se genere, que se construya, teniendo en cuenta que “todos enseñamos y todos aprendemos y (deberíamos) por fin **comprender lo que nos es extraño con tolerancia**, buscando suplantar las fantasías por la más pura de las verdades... la realidad”³⁸.

VI. CUESTIONES DE RESPONSABILIDAD

A la hora de preguntarnos sobre las consecuencias que puede acarrear la omisión del Estado de cumplir el mandato constitucional del artículo 75 inciso 23 mencionado arriba, nos adentramos directamente en las cuestiones de responsabilidad.

Como dichas medidas se deben realizar en pos de lograr la igualdad real y hacen alusión finalmente a la vida misma, es clara la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando señala que el derecho a la integridad personal “no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana” (considerandos 44 y 45 de la causa “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, Fallos: 328:1146)”³⁹. Con respecto a la obligación negativa, refiere a que no debe entorpecer, ni obstaculizar el goce de los derechos vigentes, y con respecto a la obligación positiva, se refiere a que debe realizar o arbitrar los medios para tomar medidas positivas en pos de generar la igualdad material, todo ello teniendo en cuenta por supuesto, el principio de progresividad.

Uno de los presupuestos esenciales de la responsabilidad es la antijuridicidad, la cual es la conducta o el hecho que tiene por resultado la

³⁷ MEROL, A. (2017) *El conflicto jurídico y sus soluciones en el siglo XXI*, del Compendio de Ponencias generales y ponencias seleccionadas del XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Editorial Rubinzal (p. 143).

³⁸ BUTLOW, D. E. (2000) *Por los buenos motivos*, Editorial Kliczkowski Publisher Arg.

³⁹ Citado en *AZNAR MARTIN ALBERTO C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PCIA DE CORDOBA*- Sentencia N° 91- Cámara 1ª Civil y Comercial de Córdoba, 2016.

causación de un perjuicio. Refiriendo al fallo *Santa Coloma* de la Corte Suprema Argentina, la noción de responsabilidad jurídica está atada a la condición que medie en el caso un obrar ilícito dañoso, que al perjudicar la vida o la propiedad de otro transgredirá principios normativos ius fundamentales que prohíben tal conducta.

Cuando el Estado no cumple el deber que manda la ley, omite, y a eso se le llama “**falta de servicio**” o “actividad administrativa irregular”. La falta de servicio como fundamento, modo de imputación y factor de atribución de responsabilidad jurídica, revela una creación francesa decimonónica que permitió atribuir al Estado responsabilidades por daños causados por sus agentes en circunstancias en las que la idea de la responsabilidad jurídica no había sido desarrollada en todas sus implicancias⁴⁰.

Se nomina como falta de servicio al incumplimiento o cumplimiento irregular de un deber legal por parte de funcionarios estatales obrando en ejercicio o con ocasión de sus funciones, con los alcances antes definidos. En cuanto al factor de atribución en este punto, solo se requiere al actor probar la infracción o el incumplimiento objetivo al deber legal por parte del funcionario estatal – pueda el funcionario ser identificado o no, que es aquello en lo que propiamente consiste la falta de servicio. Qué es lo que el funcionario debía legalmente hacer y no hizo o hizo de un modo deficiente, tal es la cuestión a probar a efectos de vincular causalmente su acción u omisión con el perjuicio sufrido, posibilitando la imputación del daño al Estado y la viabilidad de la acción legal del damnificado.

Cabe mencionar que, en el caso de las personas con discapacidad al momento de probar la omisión de actuar del Estado, debe regir la carga dinámica de las pruebas, ya que el Estado es el que está en mejor posición para probar que no omitió el deber de actuar a tiempo.

Este tema se seguirá investigando, no estaremos satisfechos hasta que “la justicia ruede como el agua” (Martin Luther King).

⁴⁰ CUADROS, O. (2018) *Responsabilidad por daños y Estado*, Editorial Astrea, Buenos Aires, (p. 190).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS Christian (2002) *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- BARONE, Lorenzo, (2017) *Los principios procesales del amparo: un aporte para su regulación normativa*, Ciencia, Derecho y Sociedad, Serie: textos de estudio. Editorial Advocatus, 1ª ed. – Córdoba: FD, Universidad Nacional de Córdoba (pp.78 al 99).
- BLANKE, Hermann Josef, (2010) La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. Márgenes de discrecionalidad y de apreciación”.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (1999) *Manual de la Constitución reformada*, tomo III. Buenos Aires: Ediar SA.
- BUTELER, Guillermo Eduardo B. (2017) *El derecho a la salud en los procesos de amparo tramitados en la Ciudad de Córdoba durante los años 2012-2015. Investigaciones aplicadas en el ámbito del Poder Judicial de Córdoba IV*, tomo 13:5. Link: <http://escuelajudicial.justiciacordoba.gob.ar/?p=221>
- COMADIRA, Julio A, (1976) *Modos anormales de terminación del procedimiento administrativo*, Capítulo VI.
- CANOSA, Armando, (2002) *El procedimiento como elemento del acto administrativo* Link:<https://fragmentosdederechoadministrativo.files.wordpress.com/2018/05/el-procedimiento-administrativo-como-elemento-del-acto-administrativo-armando-canosa.pdf> (p. 54-57).
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2006) *Los métodos para los juristas* Christian Courtis (editor). Observar la ley. Ensayos sobre la metodología de la investigación jurídica. Madrid: Trotta.
- CUADROS, Oscar Osvaldo, (2018) *Responsabilidad por daños y Estado*, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- DALLA VIA, Alberto Ricardo, (2004) *Manual de Derecho Constitucional*. Primera edición, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires.
- DE LIMA LOPES, José Reinaldo (2006) *Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato*. Christian Courtis (editor). Observar la ley. Ensayos sobre la metodología de la investigación jurídica. Madrid: Trotta. (pp. 41-67)
- ETCHICHURY, Horacio Javier (2013) *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- GORDILLO Agustín, (2007) *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas: primeros manuales*, Capítulo IV Buenos Aires, Primera edición, Fundación de Derecho Administrativo.

- GORDILLO, Agustín, (2014) *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas; primeros manuales*, Buenos Aires, Primera edición, Fundación de Derecho Administrativo.
- GORDILLO, Agustín, (2014) *A mi padre, éste soy yo, Carl Rogers: aprender y enseñar; caos, creación y memoria*, c- 1 a edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo (p. 304).
- Informe de Medioambiente del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) (2019) *Proyecto Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud y medio ambiente sano en países de América Latina y el Caribe*, Chile.
- MILLER, Jonathan M. (1987) *El método de casos y la educación legal en la Argentina*. Lecciones y ensayos: 48:339-357.
- NINO, Carlos S. (1980) *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- ORGAZ, Jorge; Montesi, Graciela; Avalos, Eduardo; Vélez Funes Ignacio Maria. (2003) *Derecho Procesal Administrativo*, t- I. Editorial Alveroni Córdoba.
- PETRE, Carlos y Uriarte, Fernando (2014) *Derecho a la salud y acción judicial*, en Julio César Rivera, José Sebastián Elías, Lucas Sebastián Grosman y Santiago Legarre (directores), *Tratado de los derechos constitucionales*, tomo II, Buenos Aires: Abeledo Perrot. (pp. 1073-1127).
- PUJOL, Miguel, (2017) *Judicialización de la Salud: el caso del PMO*, USXXI, Tesis publicada en la página web <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/15091/PUJOL%20MIGUEL.pdf?sequence=1&i-sAllowed=y> . Fecha de acceso: 11/04/2020. (p.22).
- ROSENKRANTZ, Carlos (2003) *La pobreza, la ley y la Constitución*, en Bullard, Alfredo et al., *El derecho como objeto e instrumento de transformación*. SELA 2002, Buenos Aires:17 de 18. Editores del Puerto (pp. 241-257).
- RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, (2012) *El Derecho a la Buena Administración*, en *Globalización, Equidad, Inclusión Social, Medio Ambiente y Derecho Administrativo*, Trabajos del II Congreso REDOEDA, Santa Fe (p. 23).
- SAGÜÉS, Néstor P. (1999) *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- SEJIN, Juan Domingo, (2002) *El acto administrativo en la Legislación y Jurisprudencia de Córdoba: Nulidades y vicios*, publicado en *Acto Administrativo y reglamento*, Editorial Ciencias de la Administración, Bs. As (p.236).
- TOBAR, Federico, (2012) *Breve historia del sistema argentino de salud*”, publicado en la página web <http://www.salud.mendoza.gov.ar/wp-content/uploads/sites/16/2017/03/Modulo-2-Tobar-historia-SSA.pdf> . Fecha de acceso: 05/04/2020 (p. 11).

YURI, José Alberto- Urbano, Claudio Ariel. (2014) *Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*, Córdoba, Editorial Brujas, Segunda edición, Volumen 1 y Volumen 2.

EL USO DEL “BALANCING TEST” EN LITIGIOS CONSTITUCIONALES SOBRE DERECHO A LA SALUD*

*Matías Pedernera Allende***

Resumen: Una de las herramientas más importantes para el control judicial de las reglamentaciones de derechos fundamentales es el llamado *balancing test* o ponderación. Esta metodología supone la evaluación de intereses contrapuestos y la adopción de una decisión en base a su importancia. En este trabajo se analizará cómo la metodología del *balancing test* ha sido útil o podría serlo –y en su caso, de qué manera– para resolver controversias relativas al derecho a la salud. Para ello se tomarán algunas decisiones de la Corte Suprema argentina en sus diversas y recientes integraciones. Se desarrollarán brevemente algunas implicancias conceptuales del *balancing test* para, a partir de ello, verificar en qué modo la metodología señalada se aplica o podría aplicarse a las referidas decisiones de la Corte Suprema, a partir de algunos elementos característicos del *balancing*.

Palabras clave: balancing test, ponderación, derecho a la salud, Corte Suprema.

INTRODUCCIÓN

Uno de los desafíos más importantes del derecho constitucional tiene que ver con la interpretación y la decisión sobre derechos fundamentales. Esa tarea involucra a diversos actores públicos, pero también privados. Sin embargo, en última instancia el ejercicio del control sobre aquellas

* Artículo recibido el 14/7/2020 ~ aprobado para su publicación el 4/3/2021.

** Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Máster in *Global Rule of Law and Constitutional Democracy* (Università degli studi di Genova/Universitat de Girona). Magíster en Derecho y Argumentación (Universidad Nacional de Córdoba). Diplomado en Derechos Humanos (Universidad Austral). Profesor adscripto de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho (Universidad Nacional de Córdoba). E-mail: mepedernera@justiciacordoba.gob.ar

decisiones recaerá sobre el Poder Judicial. En el contexto del control de las regulaciones sobre derechos, una de las metodologías más importantes ha sido –y es en la actualidad– la del *balancing test* o ponderación.

Por otra parte, uno de los derechos fundamentales que más protagonismo ha adquirido en el último tiempo, es el derecho a la salud. En efecto, la creciente vigencia del modelo del Estado social de Derecho, como así la normatividad de instrumentos internacionales de protección de derechos, incluido el derecho a la salud, ha provocado una mayor conciencia sobre su justiciabilidad y una mayor demanda de protección hacia los tribunales. Esto, por supuesto, ha producido a lo largo del tiempo, diversos y originales modos de resolver controversias que involucran al derecho a la salud por parte de la judicatura.

En este trabajo se analizará cómo la metodología del *balancing test* ha sido útil o podría serlo –y en su caso, de qué manera– para resolver controversias relativas al derecho a la salud. No se indagará, sin embargo, si la metodología en cuestión es o no la mejor para resolver estos litigios, sino sólo los resultados e implicancias de su posible utilización. Para ello se tomarán algunas decisiones de la Corte Suprema argentina (CSJN) en diversas integraciones. En primer lugar se desarrollarán brevemente algunas implicancias conceptuales del *balancing test* para, a partir de ello –y en segundo lugar–, verificar en qué modo la metodología señalada se aplica o podría aplicarse a las referidas decisiones de la Corte Suprema, a partir de algunos elementos característicos del *balancing*.

I. UN ACERCAMIENTO CONCEPTUAL AL “*BALANCING TEST*”

La innegable relevancia de los derechos fundamentales en el discurso jurídico contemporáneo ha conducido a la afirmación de que “la interpretación y decisión sobre el contenido de los derechos y el control de razonabilidad sobre las normas que pueden lesionarlos están de un modo especial en la cúspide de los problemas” del derecho constitucional¹. En esta importante tarea de interpretación constitucional consistente en la especificación de los derechos, se han identificado al menos dos métodos

¹ TOLLER, Fernando, “Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales”, en RIVERA, Julio C. (h) et al (dirs.). *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 110

relevantes: la jerarquización de los derechos y el *balancing test* o ponderación².

El *balancing test* consiste en contrapesar bienes jurídicos, que pueden ser derechos individuales y/o intereses públicos, para determinar cuál tiene un peso mayor en el caso y, en consecuencia, cuál debe prevalecer y cuál debe dejarse de lado³. Como método de interpretación constitucional, el *balancing* busca identificar, evaluar y comparar intereses jurídicos en competencia. La decisión constitucional que surja de esa tarea interpretativa será el resultado de una asignación de valores a los intereses identificados, sea de manera explícita o implícita⁴. Una premisa subyacente a este método tiene que ver con la idea de que no existen derechos absolutos, dado que la tarea interpretativa puede dar lugar a mayores o menores extensiones de los derechos, según el caso⁵.

Este método presenta un uso arraigado en la jurisprudencia constitucional estadounidense, y también en el ámbito europeo, en Alemania y España⁶, aunque bajo la denominación de “ponderación” se ha difundido en muchos otros países. En el contexto de esas experiencias, los intereses que pueden ser objeto de balanceo pueden ser intereses individuales frente a intereses públicos, lo que a su vez pueden suponer intereses en el funcionamiento del gobierno –como cuestiones relativas a costos administrativos– o intereses fundados en razones públicas –como la seguridad o salud públicas–. Sin embargo, frente a la alternativa clásica entre lo individual y lo público, el balanceo también puede darse entre intereses privados, o incluso entre agencias pertenecientes al poder público⁷.

El desarrollo jurisprudencial del *balancing test* ha presentado, a su vez, al menos tres formatos. La distinción entre los formatos tiene que ver con el grado de concreción y apego a los hechos del caso de la decisión

² Cfr. SERNA, Pedro - TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 7.

³ Cfr. *Ibid.*, p. 10.

⁴ Cfr. ALENIKOFF, Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *The Yale Law Journal*, n° 96, 1987, p. 945.

⁵ Cfr. TOLLER, Fernando, *op. cit.*, p. 123.

⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 122.

⁷ Cfr. ALENIKOFF, Alexander, *op. cit.*, pp. 946-947.

judicial respectiva. El primero de ellos, denominado *ad hoc balancing* o *balancing estricto* supone “el examen dentro del caso concreto del peso respectivo de los intereses en juego, y no tiene más objetivos que resolver el litigio puntual que se encuentra *sub iudice*”⁸. El segundo tipo, denominado *balancing amplio*, supone un balance de los intereses en pugna, pero en abstracto. Es decir que más que otorgarle relevancia a los hechos del caso como en el formato anterior, aquí se le da prioridad a razones políticas o filosóficas asociadas al interés en cuestión⁹. El tercer formato denominado *definitional balancing* supone el establecimiento de un principio constitucional de aplicación general que traza los contornos de interpretación de determinado derecho¹⁰. Los tres formatos se presentan en la jurisprudencia estadounidense, mientras que el primero es característico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y el segundo de la jurisprudencia alemana¹¹.

En el ámbito puntual de la tradición jurídica continental, el *balancing* ha presentado un desarrollo quizás más sofisticado que en el ámbito estadounidense, en cuanto se ha considerado parte de otro test constitucional como es el test de proporcionalidad. Más específicamente, ha sido asociado al tercer subprincipio del test de proporcionalidad¹². En este contexto, Alexy ha señalado que el *balancing* no consiste en otra cosa que la optimización relativa a principios en competencia¹³. Es decir, introduce la noción de principios en el esquema de “intereses” al que se aludió precedentemente, lo que supone que dichos principios no se aplican

⁸ TOLLER, Fernando, op. cit., p. 126.

⁹ Cfr. Ibid.

¹⁰ Cfr. ALEINIKOFF, Alexander, op. cit., p. 948.

¹¹ Cfr. TOLLER, Fernando, op. cit., pp. 126-127.

¹² Cfr. ALEXY, Robert, “Balancing, constitutional review, and representation”, *The Journal of Constitutional Law*, n° 5, 2005, p. 572; BARAK, Aharon, “Proportionality and Principled Balancing”, *Law & Ethics of Human Rights*, n° 4, 2010, p. 7. El llamado test de proporcionalidad posee tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cfr. CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, *passim*; CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2009, *passim*.

¹³ Cfr. ALEXY, Robert, op. cit., p. 573.

a todo o nada, como las reglas, sino que pueden satisfacerse en mayor o menor grado¹⁴.

De este modo, para Alexy el *balancing* supone que *a mayor insatisfacción de uno de los principios en competencia debe corresponderse una mayor importancia en la satisfacción del principio contrario*¹⁵. La estructura del *balancing* comprende, pues, tres pasos. El primero de ellos supone establecer el grado de no satisfacción o detrimento de uno de los principios en tensión. El segundo paso implica establecer el grado de importancia que la satisfacción del principio contrario representa. El tercero supone establecer si la importancia de satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción o detrimento del primer principio¹⁶. Tanto el grado de insatisfacción del primer paso como el grado de importancia del segundo pueden establecerse en leve, moderado o serio¹⁷.

El propio autor ejemplifica su planteo con un caso del Tribunal Constitucional alemán¹⁸. Dicho tribunal analizó la obligación de los productores de tabaco, de colocar advertencias en sus productos con relación al riesgo que éstos implicaban para la salud. Para la Corte constitucional,

¹⁴ Cfr. CIANCIARDO, Juan, “Principios y reglas: Una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 108, 2003, p. 895.

¹⁵ Cfr. ALEXY, Robert, op. cit., p. 573.

¹⁶ Cfr. Ibid., p. 574. Como una manera de demostrar la racionalidad de la metodología en cuestión, y de cuantificar las relaciones entre los principios en competencia, Alexy ha elaborado la llamada “fórmula del peso”: $W_{i,j} = I_i \div I_j$. La fórmula presupone dos principios P_i y P_j . I_j representa la intensidad de interferencia con el principio P_i en tanto I_i designa la importancia de satisfacer en este caso el principio rival P_i . De este modo $W_{i,j}$ designa el peso concreto del principio P_i luego de efectuar la operación pertinente, resultante de la atribución de valores tanto a la importancia como a la intensidad de interferencia de los respectivos principios. Cfr. Ibid., pp. 575-576.

¹⁷ Este punto ha suscitado la objeción acerca de cómo determinar el grado de insatisfacción y la importancia del principio en competencia. A este respecto Clérico ha argumentado que esa determinación se encuentra enmarcada por reglas que se obtienen por medio de la sistematización crítica de jurisprudencia y doctrina sobre los derechos, y de las herramientas argumentativas y analíticas provenientes de la teoría del derecho. La consideración de los derechos en abstracto permite determinar asimismo, la índole de las razones que se precisan para efectuar la determinación de grados de importancia e insatisfacción, no siendo válida cualquier razón al azar. Cfr. CLÉRICO, Laura, “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 31, 2015, pp. 90-92.

¹⁸ BVerfGE 95, 173.

esta obligación suponía una interferencia leve en la libertad de comercio de la empresa. En contraste, la prohibición total del tabaco habría supuesto un detrimento serio de la libertad comercial. Los cursos de acción posibles entre las aludidas interferencias leve y seria podrían haber sido varios. Frente a ello, se encuentra el derecho a la salud, respecto del cual el riesgo provocado por la acción de fumar es elevado. De tal manera, las razones que justifican una interferencia en la libertad de comercio tienen un peso fuerte¹⁹.

Por otra parte, las críticas que se han hecho a esta metodología son variadas, las que no podrán desarrollarse aquí de manera exhaustiva. Baste con señalar que se han expresado algunas críticas internas a la metodología, que se refieren a cómo se identifican, valoran y comparan los intereses en competencia²⁰. En esta línea, en particular surge el problema que implica ponderar valores que de por sí son inconmensurables²¹. Otro orden de objeciones tiene que ver con el rol de los tribunales y la naturaleza del control de constitucionalidad al implementar el *balancing*²². Finalmente, otra línea de objeciones es externa a la idea de ponderación, y se refiere a todas las metodologías que presuponen los conflictos de derechos y que admiten la idea de sacrificar derechos constitucionales frente a posibles colisiones. Esta línea rechaza la idea de afirmar la existencia de derechos protegidos por la Constitución para luego, en el caso concreto, establecer que esos derechos o no existen o que si existen han sido sacrificados²³.

II. EL *BALANCING TEST* EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE DERECHO A LA SALUD

En este epígrafe se analizarán cuatro casos sobre derecho a la salud, resueltos por la Corte Suprema argentina. En particular buscará identificarse a los intereses en aparente conflicto y la consideración que los jueces han hecho de ellos. Por otra parte, cuando sea posible, buscará verificarse

¹⁹ Cfr. ALEXY, Robert, op. cit., pp. 574-575.

²⁰ Cfr. ALEINIKOFF, Alexander, op. cit., p. 972.

²¹ Cfr. URBINA, Francisco, *A critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 39.

²² Cfr. ALEINIKOFF, Alexander, op. cit., p. 984.

²³ Cfr. Cfr. SERNA, Pedro - TOLLER, Fernando, op. cit., p. 29.

el tipo de *balancing* de que se trate. Finalmente tratará de explicitarse cuál es el razonamiento que los jueces realizaron para inclinarse hacia uno u otro interés en competencia, teniendo en cuenta los respectivos grados de insatisfacción e importancia presupuestos por el esquema del *balancing test*.

1. Interés individual versus interés estatal: “Campodónico de Bevia-cqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”²⁴

A. Hechos del caso

La madre de un niño que presentaba un padecimiento grave en su médula ósea, que disminuía sus defensas inmunológicas –enfermedad de Kostman–, interpuso acción de amparo en contra del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, la Secretaría de Programas de Salud y el Banco de Drogas Antineoplásicas, ante la interrupción del tratamiento seguido por el niño por la falta de provisión de la medicación necesaria por parte de la demandada.

El juez de primera instancia hizo lugar al amparo, lo que fue confirmado en segunda instancia. El Ministerio demandado interpuso recurso extraordinario federal. La Corte confirmó la sentencia recurrida por mayoría de siete votos a uno²⁵.

B. El voto mayoritario

La decisión de la mayoría de la Corte Suprema debió analizar la tensión entre dos polos de intereses representados, por una parte, por el derecho de un particular y, por el otro, un interés del Estado nacional.

De este modo, una de las pretensiones en competencia estuvo dada por el interés del Estado nacional que –tomado a su mejor luz– procuraba

²⁴ CSJN, *Fallos*: 323:3229. Sentencia de fecha 24/10/2000.

²⁵ La mayoría estuvo integrada por los jueces Nazareno, O’Connor, Fayt, Petracchi, Boggiano, López y Vázquez. El juez Belluscio votó en disidencia.

la defensa de “los recursos económicos disponibles para organizar los planes de salud”²⁶. Esa búsqueda de preservación de los recursos públicos suponía en última instancia, una defensa de “la población desprovista de cobertura médica que el ministerio tiene que proteger”²⁷. Como argumento para sostener esa posición, el Estado Nacional alegó su rol subsidiario frente a otros entes comprometidos en la pretensión de la amparista. Por un lado, la Provincia de Córdoba donde la amparista residía y, por el otro, la obra social de la cual la actora era beneficiaria²⁸. En síntesis, para el Estado, su conducta anterior de proveer la medicación necesaria para el niño se debió sólo a razones humanitarias pero no había una obligación legal de proveerla, dada la existencia de otros obligados. En consecuencia, la interrupción de la provisión, no se trataba de un curso de acción ilegal²⁹.

El otro polo de interés estaba representado por el derecho a la vida y la salud. Más aun, para los integrantes de la mayoría este polo no sólo estaba compuesto por el derecho a la salud, sino además por el derecho a la salud de un niño, cuyo interés superior era necesario preservar³⁰. Para la determinación del grado de importancia de este polo de interés, los jueces de la mayoría recurrieron al menos a tres argumentos. En primer lugar, un argumento ya clásico en esta materia, pero de gran relevancia. Se trata de la consideración del derecho a la vida como primer derecho, y la inviolabilidad de la persona humana como valor fundamental, respecto del cual el resto de los valores posee un carácter instrumental³¹. En la determinación de la importancia del principio a balancear, la invocación de esta premisa poseería efectos concluyentes: el resto de intereses posee un carácter contingente frente a la vida humana.

²⁶ CSJN, *Fallos*: 323:3229, considerando 8.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Cfr. *Ibid.*, considerando 7.

²⁹ Carnota ha criticado la argumentación desplegada por el Estado Nacional en este caso, hasta el punto de haber llevado el litigio hasta la propia Corte Suprema. Para el autor, la intensa protección de los derechos a la vida y la salud en el bloque de constitucionalidad no daría lugar a argumentaciones como la ofrecida por el Estado. Cfr. CARNOTA, Walter, “¿Es necesario argumentar al extremo el derecho a la salud?”, *La Ley*, n° C-31, 2001, p. 1.

³⁰ Cfr. CSJN, *Fallos*: 323:3229, considerandos 17 y 21.

³¹ Cfr. *Ibid.*, considerando 15.

Sin embargo, otro de los argumentos que los jueces emplearon tenía que ver con el carácter del derecho a la preservación de la salud en cuanto obligación legal. En efecto, para la Corte, este derecho reconocido en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, suponía como contrapartida una obligación impostergable para la autoridad pública que debía cumplirse mediante el mecanismo de acciones positivas³². Es decir que el derecho cuya importancia se ha destacado posee un sujeto pasivo, que es la autoridad pública. Los jueces de la mayoría, dejan a salvo, sin embargo, las posibles obligaciones de las jurisdicciones locales, las obras sociales y las entidades de medicina prepaga. No obstante el Estado, en el orden federal y, en principio, posee un protagonismo particular. En tercer lugar, y relacionado con lo anterior, el restante argumento supone que la obligación aludida es una obligación internacional y constitucional exigida por los convenios internacionales suscriptos por la Argentina.

De este modo, podría afirmarse que en la argumentación del voto mayoritario, el combo integrado por el derecho a la vida, el derecho a la salud y el interés superior del niño, posee una importancia elevada. Siguiendo la regla del *balancing*, a mayor importancia de los principios en cuestión, mayor permisión de insatisfacción del interés en competencia³³. Y esto es lo que efectivamente concluyó la Corte: el Estado nacional “no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales”³⁴.

Puede afirmarse que la Corte permite una interferencia severa en los principios –que podrían denominarse– *de integridad presupuestaria del Estado y de subsidiaridad*, porque no asume otros posibles cursos de acción de interferencia moderada, como podría ser, la condena a los restantes entes involucrados, como la Provincia de Córdoba y la obra social –aunque deja a salvo que esas entidades no quedan liberadas de cumplir sus obligaciones legales–. Más bien, la Corte es concluyente en que el Estado no puede alegar su rol subsidiario para incumplir las obligaciones

³² Cfr. *Ibid.*, considerando 16.

³³ Cfr. ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 573.

³⁴ CSJN, *Fallos*: 323:3229, considerando 21.

constitucionales que impone el derecho a la salud. En sus palabras, “el Estado no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que, como en el caso, no han dado siempre adecuada tutela asistencial, conclusión que lleva en el sub examine a dar preferente atención a las necesidades derivadas de la minusvalía del menor”³⁵.

La solución de este caso, esto es: a importancia elevada, insatisfacción severa, ha merecido alguna consideración crítica. Sobre este punto Grosman ha señalado que dado que las decisiones sobre derechos sociales se dan en un contexto de escasez, los razonamientos judiciales razonables no sólo deben tener en cuenta la importancia de la necesidad en cuestión –como *a priori* propondría la metodología del *balancing*–, sino también el costo de satisfacer esa necesidad³⁶. A su vez, respecto de la evaluación de la *importancia del interés en competencia*, el autor propone un minucioso esquema de análisis. En este sentido, la determinación de la importancia debe tener en cuenta (i) la intensidad de la necesidad en cuestión, (ii) la cantidad de personas afectadas, (iii) la vinculación de la necesidad con ideales constitucionales, y (iv) el tipo de persona afectada. En razón de ello, mientras más importante sea la necesidad, más se debe exigir al Estado su satisfacción, al punto de que los jueces pueden trascender los límites presupuestarios³⁷.

Trascender los límites presupuestarios supone asumir que el Estado tiene algún margen de maniobra en relación a los recursos con los que cuenta. Sin embargo, ese margen disminuye cuando aumentan los costos de satisfacer la necesidad en cuestión³⁸. Por eso, el autor critica que la Corte Suprema haya desestimado en el caso “Campodónico”, el argumento de la integridad presupuestaria sin efectuar un análisis más detenido. En su posición, no hay un derecho a la salud en abstracto, sino “un derecho a que el Estado haga lo razonable para proteger la salud, donde lo razo-

³⁵ Ibid., considerando 33.

³⁶ Cfr. GROSMAN, Lucas, “La justiciabilidad de los derechos sociales”, en RIVERA, Julio C. (h) et al (dirs.), op. cit., p. 1062.

³⁷ Cfr. Ibid., p. 1066.

³⁸ Cfr. Ibid.

nable está determinado por la importancia de la necesidad y el costo de su satisfacción”³⁹.

Por otra parte, si hubiese que determinar qué tipo de *balancing* se implementó en el voto mayoritario del caso, podría afirmarse que se trató de un *balancing amplio* en el sentido de que la evaluación de los intereses en pugna parece haber tenido una consideración más abstracta que apegada a los hechos particulares del caso. Esto, en primer lugar, porque el problema de salud del niño –enfermedad de Kostman– no parece haber tenido una consideración argumentativa especial. Es decir, podría haberse tratado de una afección diferente, y quizás podría haberse llegado al mismo resultado, o al menos una afección que presentase cierta gravedad, como en el caso.

En segundo lugar, una cuestión relevante tuvo que ver con el incumplimiento de la obra social de la amparista. Evidentemente, si la obra social hubiese cumplido con sus obligaciones de prestación, el Estado no habría sido demandado. Sin embargo, para la Corte no tuvo suficiente peso la alegación del Estado referida a la existencia de otro obligado –la obra social– frente al derecho a la salud. Si bien la Corte sopesó la falta de adecuada prestación de ésta, la circunstancia de que la amparista se encontrase bajo la esfera de cobertura de una obra social no fue obstáculo para determinar que el Estado nacional tiene una obligación frente al derecho a la salud. Sobre esto último, podría afirmarse que se ha presentado una suerte de *definitional balancing* en el sentido de que se ha sentado un precedente jurisprudencial sobre la imposibilidad del Estado de alegar una relación de subsidiaridad cuando se trata del derecho a la salud.

2. Interés particular versus interés particular: “Cambiaso Perés de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”⁴⁰

A. Hechos del caso

La familia del adolescente P. Nealón interpuso acción de amparo en contra del Centro de Educación e Investigaciones Médicas (CEMIC), del que eran afiliados sin topes ni límites, a fin de que le proporcionara medi-

³⁹ Ibid., p. 1068.

⁴⁰ CSJN, *Fallos*: 330:3725. Sentencia de fecha 28/08/2007.

cación psiquiátrica, 120 pañales descartables mensuales, silla de ruedas con arnés de tronco, apoya pies y sostén cefálico, con chasis ultraliviano y plegable. La empresa de medicina prepaga, CEMIC, había cubierto el 40% de los gastos en medicamentos hasta que la familia del menor la intimó a cubrir la totalidad de las prestaciones que necesitaba P. Nealón.

La empresa resistió la pretensión señalando que la Ley N°24.901, invocada por los afiliados, imponía obligaciones al Estado y a las obras sociales pero no a las empresas de medicina prepaga. A su vez, sostuvo que el Programa Médico Obligatorio (PMO) aplicable a las empresas de medicina prepaga no incluía la cobertura de ayuda técnica, pañales ni gastos educativos, aunque sí el 40% de los medicamentos.

En primera instancia se hizo lugar a la demanda de amparo, lo que fue confirmado en segunda instancia. La empresa demandada interpuso recurso extraordinario federal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia recurrida por cuatro votos contra tres⁴¹.

En lo que sigue, se analizarán los argumentos del juez Lorenzetti, integrante de la minoría, por la relevancia de sus argumentos para el objetivo de este trabajo.

B. La disidencia del juez Lorenzetti

El juez Lorenzetti, hizo expresa referencia a la existencia de un conflicto constitucional entre los intereses en juego. Para el magistrado, por un lado, se encontraba comprometido el interés de la actora a gozar de prestaciones de salud integrales y, por otro lado, el de la demandada a resguardar su derecho de propiedad y su posición contractual, que se verían afectados si “se le ordenara cumplir obligaciones cuya causa no se halla en el contrato, sino en una ley posterior a su celebración, y cuyo cumplimiento afectaría el sistema de medicina prepaga”⁴².

El razonamiento del Dr. Lorenzetti refirió expresamente a la necesidad de “una razonable ponderación de los principios constitucionales en

⁴¹ La mayoría estuvo integrada por el voto de los jueces Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. La minoría estuvo integrada por el voto de los jueces Lorenzetti, Highton y Argibay.

⁴² CSJN, *Fallos*: 330:3725, disidencia del juez Lorenzetti, considerando 3.

juego y en una adecuada consideración de las consecuencias económicas y sociales de la resolución que se adopte⁴³. En la determinación de la importancia del interés del actor, el magistrado señaló que el acceso efectivo a prestaciones de salud integrales le “permite a una persona desplegar plenamente su valor eminente como agente moral autónomo”⁴⁴. Si esta es la consecuencia del aseguramiento del interés en cuestión, podría considerarse que se trata de un interés lo suficientemente importante.

Sin embargo, el Dr. Lorenzetti se pregunta si ese acceso a una prestación integral en materia de salud puede ser exigido “a quien ha celebrado un contrato cuyas obligaciones recíprocas no la contemplan”⁴⁵. De esta manera, para desentrañar las efectivas implicancias del interés de la empresa demandada, el magistrado tuvo en consideración aquella regla del derecho de los contratos por la cual “no puede presumirse una obligación que no surja claramente de la voluntad de las partes”⁴⁶. En este sentido, afirmó que tanto el contrato como la propiedad gozan de protección constitucional en el derecho argentino y que esa protección incluye la libertad de contratar, el derecho a ejercer industria lícita y la libertad económica⁴⁷.

Más aún, para el juez Lorenzetti el interés de la demandada incluía también el de los demás participantes del sistema de medicina prepaga. En este contexto, el magistrado razonó que estos otros participantes “*verían afectada su posición si la empresa debiera pagar por prestaciones no pactadas. Imponer obligaciones de este tipo afectaría la causa sistemática —es decir, el equilibrio económico que sustenta al sistema— fundada en la relación entre el aporte de muchas personas sanas frente al cálculo*

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid., considerando 4.

⁴⁵ Ibid., considerando 5.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Cfr. Ibid. En un sentido similar al expresado por el Dr. Lorenzetti, se ha explicado que el derecho de propiedad privada y la libertad económica forma un único e inescindible derecho constitucional de modo que uno carece de razón de ser sin el otro. Desde esta óptica, el derecho de propiedad comprende el derecho de adquirir derechos patrimoniales y obtener su protección constitucional. Las libertades económicas implican la ausencia de coacción estatal y privada sobre las decisiones que se adoptan sobre los derechos patrimoniales. Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago - MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la Regulación para el Abastecimiento. Estudio constitucional sobre los controles de precios y la producción*, Ábaco, Buenos Aires, 2015, pp. 58-59.

*de probabilidades de que sólo algunas se enferman a un costo que puede difundirse razonablemente. La índole del sistema es la de un seguro, con una delimitación del riesgo que debe ser respetada, porque de lo contrario desaparecería totalmente*⁴⁸.

La conclusión sobre la ponderación entre los intereses en competencia es llamativa, porque aunque pareciera que el derecho a la salud y el acceso a prestaciones integrales resultaban importantes –premisa que el Dr. Lorenzetti no negó–, el derecho de propiedad, de libertad económica y contractual, y el interés de los participantes del sistema de medicina prepaga fue lo suficientemente fuerte como para resistir algún tipo de detrimento en aras del derecho a la salud⁴⁹. Por ello, el resultado del razonamiento efectuado por el magistrado fue que “el actor tiene derecho a prestaciones integrales, a cargo del Estado y que no pueden imponerse a un contratante que no las ha previsto”⁵⁰.

3. Interés estatal (salud pública) versus interés individual: “N.N. o D., V. s/ protección y guarda de personas”⁵¹

A. Hechos del caso

Una asesoría de Incapaces de Mar del Plata promovió una medida de protección de derechos del niño a favor de V. D., mediante la cual peticionó la internación del niño en un hospital público a efectos de que se le administrara la vacunación pertinente conforme al calendario oficial de vacunación, así como la dosis de vitamina K aconsejada, con el auxilio

⁴⁸ CSJN, *Fallos*: 330:3725, disidencia del juez Lorenzetti, considerando 5. Énfasis añadido.

⁴⁹ En un apunte crítico a la solución mayoritaria del fallo –que hace lugar a la demanda–, se ha señalado el carácter problemático de “desconocer un derecho constitucional (de propiedad, que alcanza a los contratos válidamente celebrados, dando pleno efecto a la autonomía de la voluntad de las partes), para dar vigor a otro”, cuando lo adecuado habría sido adoptar una decisión “creativa” que preservara la vigencia de los derechos en tensión. Cfr. CATALANO, Mariana, “Sobre el reparto de cargas en materia de salud pública”, *RCyS*, n° 439, 2008, p. 4.

⁵⁰ CSJN, *Fallos*: 330:3725, disidencia del juez Lorenzetti, considerando 6.

⁵¹ CSJN, *Fallos*: 335:888. Sentencia de fecha 12/06/2012.

de la fuerza pública. El motivo de la petición de la agencia estatal se dio porque los padres del niño se manifestaban contrarios a la vacunación y seguían lineamientos de medicina alternativa y, por tanto, no admitían la vacunación de su hijo.

La jueza interviniente rechazó el pedido de internación pero instó a los padres a que siguieran las disposiciones del calendario oficial de vacunación. Ante el recurso de la asesora de incapaces, el tribunal de segunda instancia confirmó la sentencia recurrida e intimó a los padres a que efectuaran entrevistas médicas para que conocieran el riesgo de la falta de vacunación. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires revocó la sentencia y dispuso que la causa vuelva a la instancia de origen a fin de que se intimara a los padres del niño V.D. para que en el plazo de dos días acreditaran el cumplimiento del calendario de vacunación oficial bajo apercibimiento de proceder a la vacunación compulsiva. Los padres del menor de edad interpusieron recurso extraordinario federal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia atacada, por unanimidad⁵².

B. La decisión de la Corte

En este caso, en primer término, se halla presente un interés público defendido desde el inicio del pleito por la Asesora de Incapaces. Según la argumentación de la Corte Suprema, en el caso se encuentra comprometida la salud pública. En sus palabras, “la vacunación no alcanza sólo al individuo que la recibe, sino que excede dicho ámbito personal para incidir directamente en la salud pública, siendo uno de sus objetivos primordiales el de reducir y/o erradicar los contagios en la población. Sólo de esta forma puede entenderse el carácter obligatorio y coercitivo del régimen para “todos los habitantes del país” (artículo 11 de la ley 22.909) que se funda en razones de interés colectivo que hacen al bienestar general”⁵³. Sobre la finalidad de la norma que impone la vacunación obligatoria se ha señalado que posee un doble objetivo. Desde el punto de vista individual,

⁵² La sentencia fue suscripta por los jueces Lorenzetti, Highton, Maqueda, Petracchi, Fayt y Zaffaroni.

⁵³ CSJN, *Fallos*: 335:888, considerando 11. La Ley N° 22.909 establece el régimen general para las vacunaciones contra enfermedades prevenibles.

ayuda a evitar los padecimientos y secuelas que provocan determinadas patologías. Desde la óptica colectiva, la norma busca evitar la masificación de enfermedades, previniendo la posibilidad de que el sistema sanitario sea impotente para su control⁵⁴.

La Corte Suprema incluyó asimismo otro interés a tener en cuenta en la resolución del litigio. De este modo, el razonamiento del máximo Tribunal invocó la protección constitucional del interés superior del niño como un criterio para intervenir en las creencias familiares.

Frente al interés del Estado —y de toda la población— en la preservación de la salud pública, se erige el interés de los padres del niño V.D. en que se respeten sus creencias familiares. En particular, los padres del menor invocaron la protección del art. 19 de la Constitución Nacional, señalando que las aludidas creencias sobre la vacunación, y sobre la medicina alternativa en general, formaba parte de su ámbito de autonomía. Por eso, para ello, la vacunación obligatoria constituía un “paternalismo compulsivo” por parte del Estado, una intromisión indebida en sus planes de vida⁵⁵.

Como se señaló, la tarea de ponderar intereses supuso el balanceo entre la intimidad familiar o autonomía en el diseño de los propios planes de vida, y la salud de la población en general y del niño en particular, bajo la protección su interés superior. Como se señaló, el resultado de la decisión fue a favor de la vacunación obligatoria del niño. Sin embargo, este punto es importante, porque bajo la metodología del *balancing test* podría considerarse que, acumulados el interés en la salud pública y el interés superior del niño, autorizarían a intervenir de manera severa en el derecho a la intimidad familiar y dejarlo de lado debido a su importancia agregativa. No obstante, no parece haber sido ese el modo de razonar de la Corte.

Para la Corte “la decisión adoptada por los recurrentes al diseñar su proyecto familiar afecta los derechos de terceros, en tanto pone en riesgo

⁵⁴ Cfr. TOLLER, Fernando et al, “Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal. La armonización de derechos y bienes públicos mediante un análisis de razonabilidad a partir de un caso de vacunación obligatoria”, *Persona y Derecho*, n° 66, 2012, p. 124. La doble finalidad identificada es, además, una finalidad constitucional en cuanto “los tratados internacionales son claros al obligar a adoptar medidas de acción positiva para salvaguardar y maximizar el derecho a la salud, siendo la vacunación un caso paradigmático de la actuación preventiva”, TOLLER, Fernando et al, *Ibid.*, p. 126.

⁵⁵ Cfr. CSJN, *Fallos*: 335:888, considerando 8.

la salud de toda la comunidad y compromete la eficacia del régimen de vacunaciones oficial, por lo que *no puede considerarse como una de las acciones privadas del artículo 19*”⁵⁶. Concluyó luego el Tribunal que “*el obrar de los actores en cuanto perjudica los derechos de terceros, queda fuera de la órbita del ámbito de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional; y por lo tanto se trata de comportamientos y decisiones sujetas a la interferencia estatal la que, en el caso, está plasmada en el plan de vacunación nacional*”⁵⁷.

De este razonamiento puede inferirse que más que la interferencia en un derecho en razón de un interés en competencia con mayor “peso”, lo que hay es la inexistencia previa de un derecho. En otras palabras, no habría un derecho a adoptar planes de vida en el ámbito de la intimidad familiar que perjudiquen —o sean potencialmente perjudiciales para— terceros, en particular de la salud pública. Esta observación tiene relación con algunas de las críticas que se hacen al llamado conflicto de derechos.

En este sentido se ha distinguido entre ámbito material y formal de los derechos fundamentales. El ámbito material de un derecho es “toda aquella dación, acción u omisión que realiza lo *prima facie* apuntado en su *nomen iuris*”⁵⁸. El ámbito formal, por su parte, supone la determinación legítima de aquellas daciones, acciones u omisiones en el marco de una esfera de funcionamiento razonable, es decir, del derecho fundamental propiamente dicho. De este modo “el ámbito formal se ejerce sobre acciones materialmente cubiertas por el derecho: habrá así acciones materialmente incluidas en un derecho que estarán cubiertas y protegidas por éste, ya que son acciones legítimas, esto es, formalizables como tal derecho, y acciones que sólo entran en el ámbito meramente material del derecho que, por diversas razones, serán ilegítimas y no tutelables”⁵⁹.

Esta explicación sobre el funcionamiento razonable de los derechos parece dar cuenta del razonamiento efectuado por la Corte en este punto. En su ámbito material el derecho a la intimidad familiar podría incluir una decisión como la de rechazar la vacunación, en cuanto se trata de un curso de acción que aparentemente tiene relación con creencias familiares que no

⁵⁶ Ibid., considerando 11. Énfasis añadido.

⁵⁷ Ibid., considerando 14. Énfasis añadido.

⁵⁸ TOLLER, Fernando, “Metodologías...”, op. cit., p. 155.

⁵⁹ Ibid., p. 156.

revisten una trascendencia evidente. Sin embargo, en su ámbito formal, el derecho a la intimidad no podría acoger tal acción por cuanto en sí misma guarda la potencialidad del perjuicio a los terceros. En consecuencia, se trata de una apariencia de derecho, pero no un derecho propiamente dicho.

Por otro lado, sin embargo, se encuentra el interés superior del niño, respecto del cual la Corte parece tomar una tesitura diferente. En efecto, el Tribunal señaló que *“el derecho a la privacidad familiar antes referido resulta permeable a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable y necesitado de protección -artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional- tutelado por un régimen cuya nota característica es hacer prevalecer su interés por sobre todos los intereses en juego”*⁶⁰. A partir de ello, en primer lugar, pareciera que efectivamente, en el caso, se encuentra involucrado el derecho a la privacidad familiar –a diferencia de lo sostenido anteriormente–.

Con respecto a este otro interés en competencia, la Corte señala que, por su jerarquía, es característico del interés superior del niño prevalecer por sobre otros intereses⁶¹. Si se tradujese esto a la metodología del *balancing*, podría afirmarse que la importancia del interés superior del niño –en este caso, de su salud– es lo suficientemente elevada como para admitir una interferencia severa en el derecho a la intimidad familiar, hasta el punto concreto de que las creencias familiares relativas a la medicina alternativa, deban ser dejadas de lado, al menos en lo que a vacunación se refieren. En palabras de la Corte *“frente a un presunto interés del adulto -que en el caso se vería reflejado por la voluntad de los padres expresada en el sentido de que no se le proporcionen al menor las vacunas que forman parte del plan nacional de vacunación por su elección de preferencia por los paradigmas del modelo homeopático y ayurvédico-, se prioriza el del niño”*⁶².

⁶⁰ CSJN, *Fallos*: 335:888, considerando 15.

⁶¹ Para Toller, esta afirmación de la Corte supone la implementación de una metodología de jerarquización de derechos –más que de *balancing*–, por cuanto el interés superior del niño aparece como jerárquicamente superior al derecho a la privacidad familiar. Cfr. TOLLER, Fernando et al, *“Justicia...”*, op. cit., p. 121.

⁶² CSJN, *Fallos*: 335:888, considerando 18. La alusión a *“presunto interés del adulto”* nuevamente trae a colación la posible aplicación de la referida teoría de las dimensiones material y formal de los derechos.

4. Interés particular versus interés particular: “Boston Medical Group S.A. c/ Arte Radiotelevivo Argentino S.A. y otros s/ daños y perjuicios”⁶³

A. Hechos del caso

La actora Boston Medical Group S.A. inició demanda de daños y perjuicios en contra de Arte Radiotelevivo Argentino S.A. y los periodistas María Laura Santillán y Juan Miceli por la emisión de un programa periodístico en la que se transmitieron entrevistas realizadas a pacientes y a diversos profesionales de la salud, como también se difundieron imágenes captadas con cámara oculta, en las que se daba a entender que los tratamientos aplicados a los pacientes, por parte de la actora, eran en su mayor parte inapropiados y estaban inspirados en un mero interés comercial, además de imputarle otras irregularidades, como vender medicamentos en sus consultorios sin revelar la fórmula.

En primera instancia se rechazó la demanda. En segunda instancia se revocó la sentencia apelada y se condenó a los demandados a pagarle a la actora la suma de \$300.000, con más intereses y costas, en concepto de indemnización de los daños y perjuicios derivados de la emisión del referido programa de televisión. Se dispuso asimismo que se diera lectura a un extracto de la sentencia en el mismo horario en el que había sido emitido el referido programa. Los demandados interpusieron recurso de queja ante la Corte Suprema, que revocó la sentencia de segunda instancia y rechazó la demanda⁶⁴.

B. La decisión de la Corte

El interés de la parte demandante tenía que ver con el posible daño generado por los demandados ante la difusión de información inexacta o agravante. El interés de la demanda consistía precisamente en el derecho a la libertad de expresión y la posibilidad de difundir información. Para la Corte, la cuestión a decidir residía en la posibilidad de aplicar o no la llamada doctrina de la real malicia. Es decir, si había un efectivo

⁶³ CSJN, *Fallos*: 340:1111. Sentencia de fecha 29/08/2017.

⁶⁴ La decisión fue suscripta por los jueces Lorenzetti, Highton, Maqueda y Rosatti.

conocimiento de la falsedad de la información difundida –o al menos una indiferencia negligente–, y la inversión de la carga de la prueba respecto de ese factor subjetivo.

El derecho a la salud fue determinante en este caso para declarar aplicable el estándar de la real malicia, tanto por el contenido del informe periodístico como por las características del sujeto agraviado⁶⁵. Como ha explicado Rivera, la difusión de información públicamente relevante constituye uno de los ámbitos sensibles de la libertad de expresión que habilitan un escrutinio estricto por parte de los tribunales⁶⁶. A simple vista podría sostenerse que al no ser la parte actora una figura pública, y que, dado que la actividad que realiza sería a priori “privada”, no quedaría incluida dentro del esquema de la real malicia. Sin embargo, la argumentación de la Corte fue diferente.

Para la Corte Suprema “el discurso sobre cuestiones vinculadas con la prestación de servicios médicos dirigidos a un sector de la población *tiene una trascendencia esencial para la vida comunitaria y ello demanda una protección especial en aras de asegurar la circulación de información de relevancia pública*”⁶⁷. Es decir que la importancia del derecho a la salud y la actividad médica constituye un factor de determinación de la relevancia pública de la información⁶⁸.

Luego, el Tribunal supremo especificó que “el derecho a la salud comprende, asimismo, el acceso a la información, esto es, el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones vinculadas con esa temática. Ese acceso a la información también está garantizado por el arto 42 de la Constitución Nacional, que prevé el derecho de los consumidores y usuarios a un conocimiento adecuado y veraz,

⁶⁵ Cfr. CSJN, *Fallos*: 340:1111, considerando 14.

⁶⁶ Cfr. RIVERA, Julio C. (h), “Los estándares de revisión judicial en materia de libertad de expresión”, *Jurisprudencia Argentina*, n° 4, 2007, p. 1403.

⁶⁷ CSJN, *Fallos*: 340:1111, considerando 15. Énfasis añadido.

⁶⁸ Ibarlucía ha criticado la inclusión de la entidad médica accionante entre los sujetos pasivos a los que se aplica la doctrina de la real malicia. En su opinión, hay numerosas actividades privadas –como aquellas de carácter educativo, cultural o deportivo– que se someten al escrutinio público al ofrecer productos y servicios, pero de ello no se sigue que no deban aplicárseles las reglas generales de responsabilidad civil por el hecho de dedicarse a actividades con relevancia pública. Cfr. IBARLUCÍA, Emilio, “Claridad con la doctrina ‘Campillay’ y confusión con la real malicia”, *La Ley*, n° 141, 2017, pp. 4-5.

aparte de que no puede obviarse el rol fundamental que lleva adelante la prensa al investigar y divulgar informaciones y opiniones que enriquecen el debate público en materia de salud y que, en definitiva, fomentan la fiscalización de la actividad”⁶⁹.

Bajo la estructura del *balancing* puede apreciarse la diferencia argumentativa que supone asumir la relevancia pública de informaciones vinculadas al derecho a la salud. Si se negase esa relevancia, la importancia del interés de los demandados sería leve o moderada, sería un mero interés privado⁷⁰. Frente a ello, el resultado de ese balanceo sería como el de la segunda instancia, es decir, que la libre expresión privada no es suficiente para interferir en el prestigio comercial de la empresa de salud.

En cambio, dado que para la Corte las informaciones vinculadas al derecho a la salud son de una importancia elevada, no sólo por la implicación de cuestiones médicas y de salud, sino por el control que supone para la opinión pública la difusión de informaciones de esta índole, el resultado es diverso. En efecto, el *balancing* se efectuó ya no entre dos intereses privados, sino entre un interés privado y un interés público con relevancia pública, o simplemente, un interés público⁷¹. Dada la importancia de la libertad de expresión en estos asuntos, se cumple lo explicado por Alexy: a mayor importancia, mayor insatisfacción. De este modo, para el Tribunal –dado que la empresa actora no logró probar la “real malicia” de la demandada– el interés privado en razón de posibles informaciones inexactas debió ser dejado de lado.

Finalmente, si pudiera identificarse al razonamiento de la Corte con alguno de los tipos de *balancing*, podría señalarse que se trata de un *definitional balancing*, por cuanto ha sentado una jurisprudencia que califica al derecho a la salud como condición para el establecimiento de la relevancia pública en materia de libertad de expresión. Este grado de

⁶⁹ CSJN, *Fallos*: 340:1111, considerando 16.

⁷⁰ Como explica Rivera, las expresiones difamatorias respecto de personas privadas en cuestiones de interés privado, no constituye un ámbito sensible de libertad de expresión y, por tanto, no corresponde la aplicación de un escrutinio estricto. Cfr. RIVERA, Julio C. (h), “Los estándares...”, op. cit., p. 1408.

⁷¹ Aleinikoff ha señalado que una de las dificultades en la identificación de intereses tiene que ver con la dicotomía entre interés público y privado. El caso de la libertad de expresión es uno donde lo que en principio puede presentarse como privado es, en realidad, un interés público. Cfr. ALEINIKOFF, Alexander, op. cit., p. 981.

definición jurisprudencial, y la importancia que tuvo la prueba en el caso concreto –relativa al factor subjetivo– permitiría excluir a las otras especies de *balancing* aludidas.

CONCLUSIÓN

Como metodología para la toma de decisiones sobre derechos fundamentales, el *balancing test* se caracteriza por la identificación de intereses en competencia y la preferencia por alguno de ellos. La importancia de uno de los intereses determina la interferencia y su intensidad en el interés contrario. Ese balanceo puede efectuarse en base a las particularidades de la causa, en base a consideraciones de índole política/filosófica, o para sentar algún criterio jurisprudencial a futuro.

De los casos analizados surge que la importancia elevada del derecho a la vida y salud ha permitido la interferencia severa en el interés estatal en la preservación de cierta integridad presupuestaria del Estado, sin posibilidad de alegar ordenes de subsidiariedad para evitar satisfacer el derecho a la salud. En este contexto, algunas apreciaciones críticas han observado que, en decisiones sobre derechos sociales, no sólo debe tenerse en cuenta la importancia del interés en cuestión, sino también sus costos, factor que, en “Campodónico”, no habría sido ponderado.

Del análisis precedente surge también que el *balancing* puede implementarse para controversias entre particulares cuando se trata de la cobertura de prestaciones en materia de derecho a la salud. En el caso “Cambiaso Perés de Nealón”, la Corte Suprema rechazó, por mayoría, que las empresas de salud puedan alegar condiciones contractuales para eximirse de satisfacer demandas de derecho a la salud. Sin embargo, en la misma Corte subsiste la opinión de que el derecho a la salud reviste una importancia elevada, pero la importancia del derecho de propiedad de las empresas de medicina prepaga como así la protección constitucional de los contratos, impiden la atribución de obligaciones a las que no se han comprometido, por lo que la satisfacción del derecho a la salud queda a cargo del Estado.

En el caso “N.N. o D., V.” se observó la tensión entre un interés estatal relativo a la salud pública y un interés individual fundamentado en la autonomía familiar, que resistía al interés estatal. Para la Corte Suprema el interés individual alegado no tiene sustento constitucional porque el

potencial daño a terceros que acarrea el rechazo a la vacunación obligatoria lo excluye de la protección del art. 19 de la Constitución Nacional. Por otra parte, el Tribunal afirmó que el interés superior del niño como principio interpretativo, permite el detrimento de la autonomía familiar para asegurar el derecho a la salud de los niños. Ambos factores permitieron el balanceo a favor del interés público.

Finalmente en el caso “Boston Medical Group S.A.” la Corte estableció que el derecho a la salud constituye una condición para determinar el carácter público de una información. Por ello, en el *balancing* efectuado, al ser la libertad de expresión un derecho de elevada importancia en el sistema constitucional, y al referirse las informaciones del caso al derecho a la salud, la suerte del litigio terminó en el rechazo de la demanda de daños formulada por la empresa médica.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEINIKOFF, Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing” *The Yale Law Journal*, n° 96, 1987, pp. 943-1005.
- ALEXY, Robert, “Balancing, constitutional review, and representation”, *The Journal of Constitutional Law*, n° 5, 2005, pp. 572-581.
- BARAK, Aharon, “Proportionality and Principled Balancing”, *Law & Ethics of Human Rights*, n° 4, 2010, pp. 1-18.
- CARNOTA, Walter, “¿Es necesario argumentar al extremo el derecho a la salud?”, *La Ley*, n° C-31, 2001, AR/DOC/18521/2001, pp. 1-2.
- CASTRO VIDELA, Santiago - MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la Regulación para el Abastecimiento. Estudio constitucional sobre los controles de precios y la producción*, Ábaco, Buenos Aires, 2015.
- CATALANO, Mariana, “Sobre el reparto de cargas en materia de salud pública”, *RCyS*, n° 439, 2008, AR/DOC/872/2008, pp. 1-5.
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2009.
- CIANCIARDO, Juan, “Principios y reglas: Una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 108, 2003, pp. 891-906.
- CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.
- CLÉRICO, Laura, “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 31, 2015, pp. 73-99.

- GROSMAN, Lucas, “La justiciabilidad de los derechos sociales”, en RIVERA, Julio C. (h) et al (dirs.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, pp. 1053-1072.
- IBARLUCÍA, Emilio, “Claridad con la doctrina ‘Campillay’ y confusión con la real malicia”, *La Ley*, n° 141, 2017, AR/DOC/3000/2017, pp. 1-6.
- RIVERA, Julio C. (h), “Los estándares de revisión judicial en materia de libertad de expresión”, *Jurisprudencia Argentina*, n° 4, 2007, pp. 1392-1410.
- SERNA, Pedro - TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.
- TOLLER, Fernando, “Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales”, en RIVERA, Julio C. (h) et al (dirs.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, pp. 107-199.
- TOLLER, Fernando et al., “Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal. La armonización de derechos y bienes públicos mediante un análisis de razonabilidad a partir de un caso de vacunación obligatoria”, *Persona y Derecho*, n° 66, 2012, pp. 109-146.
- URBINA, Francisco, *A critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

Jurisprudencia citada

- CSJN, *Fallos*: 323:3229 (“Campodónico”).
- CSJN, *Fallos*: 330:3725 (“Cambiaso Perés de Nealón”).
- CSJN, *Fallos*: 335:888 (“N.N. o D., V.”).
- CSJN, *Fallos*: 340:1111 (“Boston Medical Group S.A.”).

SECCIÓN II

DERECHO PRIVADO

EL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO JUDICIAL EN EL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN*

*Rosa A. Ávila Paz de Robledo***

Resumen: En el presente artículo analizamos el expediente electrónico judicial, con particular referencia a su régimen en el Poder Judicial de la Nación. En primer término, nos focalizamos en los principales antecedentes de recepción de las nuevas tecnologías de la información y comunicación aplicadas en el proceso judicial. En segundo lugar, analizamos las normativas constitucionales y convencionales y las Leyes Nacionales 25506 de Firma Digital, modificada por Ley Nacional 27446; Ley Nacional 26685 de Expediente Electrónico Judicial y el Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nacional 26994 y sus modificatorias. En tercer lugar, en las reglamentaciones de la CSJN trabajamos las Acordadas 11/2020 y 12/2020 y la firmas electrónicas y digitales y la Acordada 31/20 y el expediente electrónico judicial. Propiciamos de cara al proceso electrónico judicial de la Nación que en la pandemia del COVID 19 y para la realidad que viene repensemos al proceso judicial y a los roles de los sujetos necesarios (juez y partes) y de los eventuales con las distintas formas de intervención de los terceros en base al principio de buena fe y de colaboración con la Constitución Nacional, los Tratados de Derechos Humanos y las garantías medulares del debido proceso y de la defensa en juicio.

Palabras clave: justicia digital - expediente judicial - expediente electrónico digital – firma electrónica- firma digital

Sumario: 1. Introducción. 2. Expediente Judicial Físico o Electrónico. 3. Construcción del expediente electrónico judicial. 4. Antecedentes. 4.1. Expediente electrónico judicial en la Provincia de Córdoba. 4.2. Expediente electrónico

* Artículo recibido el 23/9/2020 ~ aprobado para su publicación el 23/2/2021.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, UNC. Doctora Honoris Causae, Universidad Nacional de La Rioja, UNLaR. Docente Investigadora, UNC. Categoría 1- Ministerio de Educación de la Nación. Directora de Proyecto Consolidar SECYT-UNC. Profesora Titular Cát. “A” de Teoría General del Proceso, Cát. “B” de Derecho Procesal Civil y Comercial y asignatura opcional Derecho y Discapacidad y Profesora del Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, U.N.C. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. E-mails : rosa.avila@unc.edu.ar y rosaavilapaz@gmail.com_

judicial en España, Chile y Paraguay. 4.3. Reformas procesales. 4.4. Foros académicos nacionales. 4.5. Foros internacionales. 4.6. Normativa constitucional y convencional. 4.7. Legislación nacional: a) Ley Nacional de firma digital 25506 modificada por Ley Nacional 27446. b) Ley Nacional 26.685. c) Firma digital en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nacional 26994 y sus modificatorias. 5. Expediente electrónico Judicial en el Poder Judicial de la Nación: a) Acordada 11/2020 y firmas electrónica y digital. b) Acordada 12/2020 y firmas electrónicas y digitales. c) Acordada 31/20 y el expediente electrónico judicial. 6. Conclusiones reflexivas.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, diversos factores incidieron en la progresiva implementación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación¹ en el proceso judicial, tanto en el plano nacional como en la órbita provincial.

Puntalmente, la recepción de las nuevas tecnologías se lleva a cabo con gradualidad y conforme a las disponibilidades de recursos duros (infraestructura, material, disponibilidad de dispositivos electrónicos, tecnológicos y otros de manera no taxativa) y blandos (sistemas, conocimientos, buenas prácticas entre otras más) en estos tres aspectos: a) modernizar la organización del poder judicial; b) modernizar el proceso judicial; c) modernizar los métodos participativos de resolución de conflictos (vgr. mediación, etc.)

¹ En la doctrina también denominada la “cuarta revolución industrial” que al decir de Bujosa Vadell es “consecuencia de la transformación de la humanidad que conlleva la generalización de las nuevas tecnologías en su sentido amplio. Como en todas las revoluciones industriales, se observa una situación de incertidumbre a una escala mayor que en las anteriores, porque el impacto es casi simultáneo en todos los continentes y en muchas de las sociedades del momento actual” (BUJOSA VADELL, LORENZO MATEO “Tecnologías digitales y delitos ambientales” en *Revista Electrónica de Derecho Processual*, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil, 2019, vol. 20, N° 3, p.270. En particular en el proceso judicial argentino: Ávila PAZ DE ROBLEDO, ROSA A. “Recepción de las nuevas tecnologías en el proceso judicial – a propósito de la notificación electrónica y de Google Street View- “en *XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas*, Asociación Argentina de Derecho Procesal y Poder Judicial de la Provincia de Santiago del Estero, Argentina, 2017, p. 157 y ss.

Dentro de esta vasta temática de la modernización del Poder Judicial, nos focalizamos en la construcción del Expediente Electrónico Judicial en el Poder Judicial de la Nación con anterioridad a la pandemia global del COVID-19 y durante la misma en el marco de las garantías de defensa en juicio y tutela judicial efectiva.

En consecuencia, en nuestro abordaje trabajamos: a) Expediente Electrónico Judicial y sus principales antecedentes. b) La firma digital en la Ley 26685 en el marco de la Ley Nacional 25506 y en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nacional 26994 y sus modificatorias. c) Expediente Electrónico Judicial en las Acordadas 11/2020, 12/2020 y 31/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. d) Conclusiones reflexivas.

2. EXPEDIENTE JUDICIAL FÍSICO Y ELECTRÓNICO

Couture entiende que el expediente judicial es un *“legajo de actuaciones o piezas escritas que registran los actos procesales realizados en un juicio, ordenadas cronológicamente y foliadas en forma de libro, provistas de una caratula destinada a su individualización”*².

En otro orden de ideas, el expediente judicial en soporte escrito contiene los actos de documentación para el registro de los procesos escritos u orales, mediante la formación de los expedientes principales y los acce-

² COUTURE, EDUARDO, *Vocabulario jurídico*, 3° ed. actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa, Editorial IBdeF, Julio Cesar Faira Editor, Montevideo Buenos Aires, 2006 p.332. A esta caracterización del expediente judicial escrito De Santo apunta el expediente judicial escrito se cosía (DE SANTO, VÍCTOR, *Diccionario de Derecho Procesal*, Editorial Universidad, Buenos Aires 1991, p.148), costura que – por lo general- se realizaba con hilo sisal grueso. Lorenzetti -Vocal de la CSJN- recuerda que mientras estudiaba la carrera de grado trabajó como *“empleado en los Tribunales de Rafaela cosiendo expedientes. Uno debe valorar lo que le toca hacer en la vida, y entendí que ese trabajo era parte de aprender desde abajo, desde lo práctico”* (LORENZETTI, RICARDO *El arte de hacer Justicia. La intimidad de los casos más difíciles de la Corte Suprema*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2014, p.18-19). Se reseña que *“los expedientes no podrán tener más de doscientas fojas salvo cuando por razones de imposibilidad material ello no fuese posible. Tal sería el caso de documentos o elementos unitarios que hicieran exceder dicho número”* (FALCON, ENRIQUE M. *Manual de Derecho Procesal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, T. 1, p. 141.)

sorios que se tramitan por cuerda separada (cuaderno de prueba del actor o del demandado, incidentes, medidas cautelares, etc.).

Claro que con la recepción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación se produce un cambio copernicano en el expediente judicial en soporte papel, como consecuencia del expediente electrónico o digital.

Al respecto, Bielli y Nizzo -desde una mirada técnica- precisan que el expediente electrónico *“se manifiesta a través de la utilización de sistemas informáticos donde se aloja, analiza, resguarda, comunica y procesa toda aquella información ingresada por los operadores jurídicos, siendo así el espacio virtual donde confluye toda aquella serie de actos procesales que son requeridos para la válida tramitación de un proceso judicial”*³.

Por su parte, Rojas Wiemann señala que el expediente digital o electrónico es *“aquella plataforma electrónica que permitirá a los operadores jurídicos conocer los actos procesales e interactuar, estando ellos al alcance en todo momento, ordenados en forma cronológica”*⁴.

En nuestra opinión, el expediente electrónico digital materializa digitalmente al proceso judicial electrónico en todos sus actos procesales, los cuales a su vez integran todas sus etapas a través del uso de una plataforma acorde a las Ciencias de la Información y de la Comunicación y de las garantías judiciales constitucionales y convencionales.

Ahora bien, en lo que hace a su naturaleza el expediente físico y el expediente electrónico presentan características comunes y también tienen diferencias puntuales. En lo que respecta a las semejanzas, ambos expedientes físicos y electrónicos son instrumentales porque permite que el proceso judicial se pueda desarrollar en sus respectivas instancias judiciales. Y en cuanto a sus diferencias, advertimos que el expediente en soporte papel existe en el mundo real con registro en papel y por tanto se lo puede leer, tocar, prestar, archivar, etc. y tiene el ámbito temporal de los tribunales. En cambio, el expediente electrónico si bien está limitado al mundo virtual en el cual fue creado tiene disponibilidad las veinticuatro

³ BIELLI, GASTÓN E. y ANDRÉS L. NIZZO, “El contralor efectivo del Sistema de Gestión Judicial. Su impacto procesal en el expediente judicial electrónico”. LL 11/09/2018 cita online: AR/DOC/1809/2018.

⁴ ROJAS WIEMANN, JAVIER, *Derecho Procesal Informático. Avances y propuestas de innovación*, Intercontinental Editora, Asunción, Paraguay, 2012, p. 214.

horas, más puede ser consultarlo en los tribunales, en los estudios o en cualquier espacio que tenga acceso a la Red⁵.

3. CONSTRUCCIÓN DEL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO JUDICIAL

La recepción de las nuevas tecnologías en el proceso judicial civil nacional produce distintas actitudes dentro de las cuales se enrolan los que se oponen a estos cambios y piden que urgente se modifiquen los ordenamientos procesales civiles positivos, como así también quienes las apoyan con distintos alcances.

Desde nuestra perspectiva adherimos a la recepción de las nuevas tecnologías aplicadas en el proceso judicial civil con miras a dotar al servicio de prestación justicia de mayor eficacia.

En este plano señalamos que la implementación del expediente digital requiere de una plataforma electrónica en el cual tenga cabida el expediente digital y en su consecuencia se vaya eliminando el expediente en soporte papel.

Estas plataformas pueden ser con sistemas abiertos (internet) o cerrados (intranet) o mixtos. En ambos para el ingreso al sistema se debe dotar a los jueces y funcionarios de la utilización de firma digital con la asignación de sus funciones según su cargo. A su vez, en lo que respecta a los abogados deben acreditar su identidad y profesión en el sistema con usuario (CUIT⁶) y clave a los fines de que puedan presentar escritos, demandas, realizar audiencias virtuales, consulta y seguimiento de expediente, entre otras más.

Además, la plataforma digital debe contar con interfaces externas que permitan la interacción con los sistemas externos del Poder Judicial para poder realizar las notificaciones electrónicas, las presentaciones electrónicas y consultas en la mesa de entrada virtual y efectuar las subastas judiciales electrónicas. Asimismo, esta actividad telemática digital debe

⁵ Ibidem, p. 215.

⁶ En algunas provincias en cambio utilizan la Matrícula Profesional (vgr. en la primera fase de implementación en Córdoba los abogados se identificaban con la Matrícula y clave, y en una segunda fase a los nuevos usuarios se los identifica con CUIT), también un correo electrónico que entrega la Función Judicial de la Provincia (vgr. La Rioja).

ser monitoreada por cada tribunal para la elaboración de estadística de gestión para evaluar la eficacia del sistema⁷.

Entre las ventajas que aporta el expediente digital destacamos que aporta un menor impacto ambiental como consecuencia de la progresiva despapelización. Lo cual tiene una directa incidencia en el espacio físico de los tribunales porque los secretarios dejan de tener a su cargo el cuidado los expedientes en soporte papel y si deben atender el mantenimiento y funcionamiento de su servidor principal.

Asimismo, permite una mayor transparencia, ubicuidad del expediente, mayor accesibilidad a la información, -tanto para los jueces y funcionarios con teletrabajo, como para los letrados que pueden seguir sus causas y presentar sus escritos desde puntos remotos sin su presencia física en el Tribunal y con comunicación instantánea a tiempo real, durante todo el día y durante todos los días del año, sin horarios de los tribunales ni de las partes y de sus letrados⁸. Se eliminan los tiempos muertos de traslado físico del expediente en soporte papel, se reduce el error humano a través de la carga informática de datos, los datos tienen mayor seguridad y conservación y la validez legal y eficacia probatoria de las actuaciones digitales es equivalente al de las actuaciones escritas.

4. ANTECEDENTES

4.1. Expediente electrónico judicial en la Provincia de Córdoba

Falcón señala que a raíz de la pandemia del COVID-19 a nivel nacional y provincial a través de acordadas se acelera la implementación de las nuevas tecnologías con distintos ritmos, más tienen en común que contribuyen a la adopción del proceso oral y la construcción del expediente digital⁹.

⁷ Cfr. AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA y DIEGO ROBLEDO “Oficio Judicial Electrónico: su valor probatorio informativo en el Gobierno Abierto Judicial” en Lorenzo M. Bujosa Vadell (dir.) *En torno a la prueba y al proceso*, Ed. Comares, España, 2019, p. 113 y ss.

⁸ Cfr. NIEVA FENOLL, JORDI *La ciencia jurisdiccional: tradición y novedad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, p.331

⁹ Cfr. FALCÓN, ENRIQUE M. “La crisis y la incertidumbre en la época del COVID 19”, *La Ley*, 20/07/2020,2. Cita Online: AR/DOC/2059/2020.

A los fines de no excedernos del marco del presente trabajo, desde una perspectiva provincial nos focalizamos puntualmente en la Provincia de Córdoba.

En este sentido, destacamos que Córdoba cuenta con Leyes Provinciales 9401 y 10177, que faculta al Tribunal Superior de Justicia, a reglamentar el uso del expediente y la firma electrónicos y/o digital, a los fines de disponer su gradual implementación. En sus comienzos se avanzó con la implementación gradual por fuero de la notificación electrónica¹⁰, con el Sistema de Administración de Causas -SAC-, con la subasta judicial electrónica¹¹, entre otras más y a partir de 2019 sigue avanzando con ejecución del Plan de Despliegue del expediente judicial electrónico en toda la provincia en un plazo aproximado de doce (12) meses¹². En este sentido, Sesín y Altamirano señalan que existe una mayor accesibilidad a la información, así los magistrados y funcionarios pueden decretar desde sus domicilios y firmar digitalmente puesto que acceden al expediente en forma completa. Inclusive puede generar fallos y protocolizarlos. A todo lo cual se adiciona que se puede intercambiar el expediente electrónico judicial con instituciones públicas y privadas, como así también poder remitir electrónicamente, oficios y actuaciones a otra sede sin tener que remitir respuestas en soporte papel a través de mensajería¹³.

Destacamos, que el Tribunal Superior de Justicia, por Acuerdo Reglamentario N° 1657 -Serie A¹⁴, reglamenta el Expediente electrónico mixto, el cual fue iniciado en papel y por el proceso de transformación de expedientes en formato papel, prosigue con el formato de expediente electrónico mixto, con modalidad electrónica (AR 1582/19 “A”). Su aplicación es en forma obligatoria para todas las sedes y todos los fueros.

¹⁰ TSJCba. Acordadas 1103 del 27/06/2012y 1105 Serie “A” 2012

¹¹ TSJCba Acuerdo N°121 Serie “B” del 7/07/2014 para bienes registrables y luego extendido a bienes no registrales por Acuerdo N°147 Serie “B” de fecha 9/05/2017.

¹² TSJCba. Acuerdo Regl. N°1582 Serie “A” del 21/08/2019.

¹³ Cfr. SESÍN, DOMINGO y LEONARDO ALTAMIRANO, “Las transformaciones en la gestión del Poder Judicial de Córdoba”, La Ley Sup. Gestión Judicial 2020(mayo),18/05/2020,6. Cita Online: AR/DOC/1383/2020.

¹⁴ Acuerdo Reglamentario N° 1657 -Serie A, publicado en BOP el 22-09- 2020.

4.3. Expediente electrónico en España, Chile y Paraguay

A los fines de contar con una visión externa, hemos seleccionado a España, Chile y Paraguay porque sus similares avances.

En lo que respecta a España fue la Ley 16 que allá en 1994 introdujo la posibilidad de usar medios técnicos, informáticos y electrónicos en el ámbito de la administración de justicia, luego, se sucedieron una serie de reformas procesales entre las que destaco la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (8/1/2000, BOE-A-2000-323), en la que verificamos que se regulan las nuevas tecnologías y su proyección en la notificación (arts. 152, 155, 162, 164, 497), registración digital de audiencias (art. 147) prueba documental (art. 268, 318, 326, 333), prueba pericial (art. 346), entre otros. Actualmente, la Ley 18/2011 («BOE» núm. 160, de 06/07/2011, BOE-A-2011-11605) regula del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia -modificada por Ley 42/2015- A este marco normativo¹⁵ se suman el Real Decreto-ley 16/2020 de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (28/04/2020 BOE-A-2020-4705) y la Ley 3/2020 (sancionada el 18/09/2020, publicada el 19/09/2020 referencia BOE-A-2020-10923). De acuerdo a la Ley 42/2015 por expediente electrónico en España abarca “*el conjunto de datos, documentos, trámites y actuaciones electrónicas, así como de grabaciones audiovisuales correspondientes a un procedimiento judicial, cualquiera que sea el tipo de información que contenga y el formato en el que se hayan generado*”. Destacamos que Ley 3/2020 amplía en el contexto de pandemia los derechos de los ciudadanos ante la justicia¹⁶, y los derechos

¹⁵ BUJOSA VADELL, LORENZO MATEO “La justicia en tiempos de coronavirus” en *Ars Juris Salmanticensis*, Universidad de Salamanca, España, Junio 2020, Vol. 8, p. 11-14.

¹⁶ La norma actual establece: “1. Los ciudadanos tienen derecho a relacionarse con la Administración de Justicia utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en los Capítulos I y VII del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la forma y con las limitaciones que en los mismos se establecen. 2. Además, los ciudadanos tienen en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad judicial, y en los términos previstos en la presente Ley, los siguientes derechos: a) A elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con la Administración de Justicia. b) A la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de la Administración de Justicia. c) A conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean parte

y deberes de los profesionales en el ámbito de la justicia¹⁷ y establece el

procesal legítima, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en las leyes procesales. d) A obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de parte o acrediten interés legítimo, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en las leyes procesales. e) A la conservación en formato electrónico por la Administración de Justicia de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente conforme a la normativa vigente en materia de archivos judiciales. f) A utilizar los sistemas de identificación y firma establecidos en los artículos 9 y 10 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. g) A la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de la Administración de Justicia en los términos establecidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal, en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en las leyes procesales. h) A la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos. i) A elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con la Administración de Justicia siempre y cuando utilicen estándares abiertos o, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos y, en todo caso, siempre que sean compatibles con los que dispongan los juzgados y tribunales y se respeten las garantías y requisitos previstos en el procedimiento que se trate”.

¹⁷ “Derechos y deberes de los profesionales del ámbito de la justicia. 1. Los profesionales de la justicia tienen el derecho a relacionarse con la misma a través de medios electrónicos. 2. Además, los profesionales tienen, en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad judicial y en los términos previstos en la presente Ley, los siguientes derechos: a) A acceder y conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean representantes procesales de la parte personada, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en las leyes procesales. b) A obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que sean representantes procesales de la parte personada o acrediten interés legítimo, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en las leyes procesales. c) A la conservación en formato electrónico por la Administración de Justicia de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente según la normativa vigente en materia de archivos judiciales. d) A utilizar los sistemas de identificación y firma establecidos en los artículos 9 y 10 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, siempre que dicho sistema le identifique de forma unívoca como profesional para cualquier trámite electrónico con la Administración en los términos establecidos por las leyes procesales. A tal efecto, el Consejo General o el superior correspondiente deberá poner a disposición de las oficinas judiciales los protocolos y sistemas de interconexión que permitan el acceso necesario por medios electrónicos al registro de profesionales colegiados ejercientes previsto en el artículo 10 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, garantizando que en él consten sus datos profesionales,

uso de medios electrónicos seguros garantizando su plena accesibilidad remota y operatividad.

Al respecto, Ormazabal Sanchez, sostiene que los actos procesales que antes se hacían por escrito, ahora se pueden realizar utilizando soportes informáticos o telemáticos (vgr. presentar una demanda, enviar un correo). A su vez, para garantizar la autenticidad de las comunicaciones se emplean técnicas criptográficas (en particular se utiliza la firma digital) que cuenta con regulación legislativa por Ley 59/2003 de firma electrónica¹⁸. Mas aún, como observa Pérez-Luño Robledo el sistema LexNET hace posible enviar y recibir en forma telemática y remota, hace posible la notificación, la presentación de toda clase de escritos procesales y “*la seguridad de las actuaciones procesales se garantiza mediante la utilización de la firma electrónica que permite realizar dichos actos procesales por medios telemáticos con las máximas garantías de seguridad, autenticidad e integridad*”¹⁹. Tras más de 20 años de desarrollar la digitalización de la justicia, un proyecto distinguido ya en 2017 con el Premio Europeo al Sector Público por el “Proyecto Digital” que desarrolló como pionera la Oficina Judicial de Cuenca como pionera en la implantación del expediente judicial electrónico.

En Chile, la Ley 20886/2015²⁰ introdujo la tramitación digital de los procedimientos judiciales. A través de la misma se delega a la Corte

tales como número de colegiado, domicilio profesional, número de teléfono y dirección de correo electrónico. e) A la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de la Administración de Justicia en los términos establecidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal, en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en las leyes procesales. 3. Los profesionales de la justicia, en los términos previstos en la presente Ley, tienen el deber de utilizar los medios electrónicos, las aplicaciones o los sistemas establecidos por las Administraciones competentes en materia de justicia, respetando en todo caso las garantías y requisitos previstos en el procedimiento que se trate”.

¹⁸ ORMAZABAL SANCHEZ, GUILLERMO, *Introducción al derecho procesal*, Marcial Pons, Madrid, España 2010, p.180.

¹⁹ PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, ENRIQUE CÉSAR “La problemática de la prueba documental en el sistema LexNET” en Lorenzo M. Bujosa Vadell (dir.) *En torno a la prueba y al proceso*, Ed. Comares, España, 2019, p. 58.

²⁰ LETELIER, ENRIQUE y PÍA TAVOLARI “Acceso a la justicia y tramitación digital de los procedimientos digitales en Chile. Una visión crítica de la Ley 20.886” en Santiago

Suprema chilena a reglamentar el sistema de búsqueda de causas en el sitio web del Poder Judicial, el sistema de registro de abogados y habilitados para efectos de la presentación de demandas y escritos, el sistema de georreferenciación de ciertas actuaciones de los receptores judiciales, la carpeta digital, entre otras cuestiones. En estén sentido, la Corte Suprema dictó el Auto Acordado ACTA 37-2016 para adecuarse a la Ley 20886. Luego, se readaptó el sistema por el Auto Acordado 13-2017 que reglamenta conforme al art. 169 del Código Procesal Civil sobre la firma electrónica avanzada de las resoluciones y actuaciones judiciales a través de una imagen que refleje su existencia e individualice a la persona que la estampa, omitiéndose cualquier imagen representativa de una firma manuscrita. Verificamos que en aras de su implementación se desarrollaron sendas adecuaciones a través de Autos Acordados que finalmente se refundieron en un texto único entre dichos Autos Acordados y el texto de la ley, en un texto único que recoge el Acta N°85/2019, del cual se observa los siguientes principios:

- a) **Principio de equivalencia funcional del soporte electrónico**, que implica considerar un mismo valor a los actos procesales ya sea analógico (papel) o digital.
- b) **Principio de fidelidad**, requiere el registro sucesivo y concatenado de toda actuación procesal garantizando la preservación, conservación y reproducción fiel del contenido del expediente electrónico.
- c) **Principio de publicidad de los actos del tribunal**, garantizando acceso salvo lo exceptuado por ley, asimismo, que la Corte Suprema regula los sistemas de búsqueda de causas en el sistema de tramitación electrónica del Poder Judicial con los debidos resguardos.
- d) **Principio de buena fe** comprende a todos los sujetos procesales intervinientes, y en base a este principio el art. 3° establece que *“el juez, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe”*.

e) **Principio de actualización de los sistemas informáticos**, a los fines de permitir el correcto funcionamiento, interconexión e interoperabilidad entre sí y con otras instituciones.

f) **Principio de cooperación**, que implica que el poder judicial, auxiliares de la justicia e instituciones públicas deben cooperar entre sí *“en el uso de medios electrónicos con el objeto de garantizar la interconexión e interoperabilidad de los sistemas informáticos y, en particular, el reconocimiento mutuo de los documentos electrónicos y de los medios de identificación y autenticación respectivos”*.

Además, por Auto Acordado N°41-2020 de fecha 18 de marzo del 2020, la Corte Suprema chilena regula el teletrabajo y el uso de la videoconferencia, cuyo art. 28 habilita las *“audiencias por videoconferencia con el objeto de dar continuidad a la administración de justicia, velando en todo momento por la vigencia de los derechos y garantías procesales de las partes e intervinientes. Las audiencias realizadas por esta vía deben ser coordinadas previamente con las partes e intervinientes”*.

En Paraguay, a través de la Ley 4610/2012 se legisla sobre los expedientes administrativos o judiciales podrán utilizar en su trámite mecanismos electrónicos, digital, y la notificación electrónica total o parcial otorgándole la misma validez probatoria que la versión en papel tradicional (art. 1).

Claro está que para la implementación del expediente digital es necesario trabajar con plataformas electrónicas para poder litigar. En este sentido, se adoptó como novedad el documento electrónico - conocido *“e-file”*- para la presentación de escritos ante autoridad administrativa o judicial pudiendo recibir la respuesta por el mismo medio, permite efectuar la presentación electrónica desde cualquier lugar remoto, no siendo necesario constituirse en forma presencial en el juzgado. Además, esta presentación puede hacerse en cualquier día y a cualquier hora dado que el sistema realiza el correspondiente recibo. Asimismo, esta presentación permite adjuntar otros documentos electrónicos como pruebas instrumentales. Claro que para utilizar en dicho sistema el usuario debe constituir un domicilio electrónico, consistente en una dirección de correo para receptor las notificaciones.

Avanzando en la litigación por plataformas virtuales se dicta la Ley 4017/2010 de *“validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico”*. Los principios que

informan la Ley 4017. Al decir de Rojas Weimann los principios que informan la Ley 4017 son descriptos en el art. 3°:

- a) **Neutralidad tecnológica** que implica no excluir, restringir o privar de efectos jurídicos a cualquier otro sistema conocido o por conocerse que reúna los requisitos fijados en la ley.
- b) **Interoperabilidad**, a los fines que las tecnologías que se utiliza debe reunir los requisitos legales y basarse en estándares internacionales.
- c) **Interpretación funcional**, comprende la interpretación de términos técnicos y jurídicos de la presente ley, en pos que debe ser interpretada no literalmente sino en base a la buena fe²¹.

Esta ley fue ampliada y actualizada por primero por la Ley 4.610 / 12, y luego una serie de Acordadas reglamentarias (N° 1.107 / 16, 1.108 / 16, 1.192 / 17, 1.268 / 18, 1.329 / 19, 1.335 / 19, 1.370 / 20, 1.373 / 20) y, actualmente, por la Ley N° 6.495 /2020 que autoriza la implementación del sistema de audiencias por medios telemáticos en el Poder Judicial y el Ministerio Público. Esta última ley define medios telemáticos para la instrumentación de las audiencias virtuales “*a toda comunicación a distancia entre dos o más personas que pueden verse y oírse en tiempo real, a través de una red o a través de otro recurso tecnológico de transmisión*” (art. 1). Este sistema se aplica a todo tipo de audiencia en general de todos los fueros o instancia e inclusive de los que requieren asistencia personalísima. La decisión del Tribunal que ordena la implementación de medios telemáticos debe ser por resolución fundada, de oficio, a pedido de los intervinientes, o incluso a petición de la autoridad administrativa de institutos penales. Esta decisión es irrecurrible.

En el fuero penal, las audiencias se realizan conforme a las leyes vigentes y se deben garantizar las garantías procesales y los principios de inmediación y contradicción y el abogado defensor deberá estar físicamente al lado de procesado o condenado.

Se otorga a las audiencias realizadas por medios telemáticos, la misma eficacia jurídica y el valor probatorio de las que se realizan convencionalmente.

²¹ Cfr. Rojas Wiemann, Javier *Derecho Procesal Informático*, Intercontinental editora, Paraguay, 2012, pp. 111-113.

Además, se le otorga valor al registro audiovisual como prueba del valor del acto con independencia del acta que oportunamente será remitida para su agregación material al expediente. Dicha acta labrada por el secretario tendrá valor con su firma. En los casos que exista dificultades en el empleo de medios telemáticos el juez, tribunal o agente fiscal deben adoptar las medidas y medios necesarios para trasladarse al lugar donde se encuentre el deponente, y el referido procedimiento es de carácter gratuito.

4.4. Reformas procesales

En lo que hace a las reformas procesales, se destaca el Documento de Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial elaborado por la Comisión de Expertos en Derecho Procesal designada por el Ministerio de Justicia y DD.HH. de la Nación presentado el 18/05/2017, conforme al cual se *“propone un modelo de gestión e infraestructura y las tecnologías de información y comunicación requeridas en la justicia civil, y su metodología de financiamiento”*.

4.5. Foros académicos nacionales

En los foros académicos nacionales, ya desde la década del 80', el XV Congreso Nacional de Derecho Procesal -Córdoba en 1989-, entre otras cuestiones más, concretamente se abordó el tópico sobre el “Documento electrónico” y se recomendó su recepción legislativa²². En el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal -Córdoba en 2013-, en la Comisión de Derecho Laboral, Sub tema 3 “Las nuevas tecnologías como instrumentos de eficacia de las resoluciones judiciales”, en el cual se efectuaron relevantes propuestas concernientes a la notificación electrónica, prueba digital, subasta digital, registro informático de audiencias y la digitalización del expediente, entre otros. En el XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Termas de Río Hondo, Provincia de Santiago del Estero, 2017, en la Comisión Civil “Jurisdicción y nuevas tecnologías”,

²² QUIROZ FERNÁNDEZ, J. C., *Congresos Nacionales de Derecho Procesal, Conclusiones, I al XIX Congreso Nacional 1939-1997, Revista de Derecho Procesal, Asociación Argentina de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1999, p. 215-216.*

se concluyó que *“Las nuevas tecnologías tienen un significativo potencial para coadyuvar a una transformación virtuosa del modo de hacer Justicia en nuestro país. La progresiva generalización de un uso planificado e inteligente de las tecnologías de la información en el proceso, es un objetivo central que debe guiar cualquier reforma a la justicia civil, dado que coadyuva a perfeccionar principios cardinales como el de economía y celeridad procesal, transparencia, publicidad e inmediación, a la vez que incorpora una práctica sustentable desde la perspectiva ambiental y promueve una adecuada asignación del gasto público. Es necesario avanzar en un sistema de “Justicia Digital” basado en la aplicación planificada de las Tecnologías de la Información integradas mediante tres modelos que deben funcionar en conjunto y armónicamente: el modelo de reglas del proceso, el modelo de gestión y organizacional y el diseño de herramientas de tecnologías de la información. Este modelo es superior del basado en la noción del “expediente digital”, en el que la lógica del expediente papel se traslada a formato o registro digital mediante la aplicación de nuevas tecnologías”*. Además, entre las conclusiones se destaca *“...que en el diseño de las herramientas de justicia digital sea amigable y seguro”*.

4.6. Foros académicos internacionales

La Cumbre Iberoamericana Judicial es una organización que se ocupa de la cooperación y concentración entre los poderes judiciales de los 23 países iberoamericanos.

Destacamos las labores que se desarrollan en las Cumbres Iberoamericanas Judiciales en relación al impacto de las nuevas tecnologías de información, comunicación y documentación en el servicio de administración de justicia.

En este sentido destacamos que en la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia celebrada en Cancún entre los días 27 al 29 de noviembre del año 2002, se aprobó la *Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el espacio Iberoamericano* en la que se declara la idea de trabajar para una justicia ágil y tecnológicamente avanzada y que *“todas las personas tienen derecho a comunicarse con los órganos jurisdiccionales a través del correo electrónico, videoconferencia y otros medios telemáticos con arreglo a lo dispuesto en las leyes procesales. a) Los poderes públicos*

impulsarán el empleo y aplicación de estos medios en el desarrollo de la actividad de los órganos jurisdiccionales, así como en las relaciones de ésta con todas las personas. b) Los documentos emitidos por los órganos jurisdiccionales y por los particulares a través de medios electrónicos y telemáticos, en soportes de cualquier naturaleza, tendrán plena validez y eficacia siempre que quede acreditada su integridad y autenticidad de conformidad con los requisitos exigidos en las leyes”²³.

Posteriormente, en la XV Cumbre Judicial Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Consejos de Magistratura de los Poderes Judiciales dentro del marco -Justicia se aprobó el programa de Tecnologías de Información en el Sistema de Justicia (TIus) cuyo objetivo es “*Promover, facilitar y fortalecer la cooperación horizontal entre los países integrantes de Cumbre Judicial Iberoamericana, a fin de trabajar en forma conjunta con los proyectos de uso de las tecnologías de la información y la comunicación y compartir de esta manera las diferentes capacidades y experiencias, estimulando así la transferencia de conocimientos y el intercambio de información entre los distintos países*”²⁴.

En la XVII edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada los días 2 y 4 de abril de 2014, en la ciudad de Santiago de Chile, bajo el eje temático “Una Justicia de futuro: planificada, integrada y tecnológicamente desarrollada”, y en paralelo la V edición de la “Feria de Justicia y Tecnología”.

En este sentido destacamos que el Grupo Tecnología de los Poderes Judiciales presentó un proyecto de tecnología para los poderes judiciales cuyos principales ejes son: a) desarrollo de un sistema para todos los Poderes Judiciales que tenga por objeto el intercambio de buenas prácticas, b) la integración de los Poderes Judiciales en un solo sistema que facilite el diálogo entre ellos, c) el potenciar y enriquecer el actual sistema de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

Otro aporte a destacar es la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed) que se presenta como “*una estructura*

²³ https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4253/carta_derechos.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²⁴ XV Cumbre Iberoamericana Judicial, “Informe Ejecutivo del Programa TIus”, Uruguay, 2010 acceso en http://anterior.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_1_id=16908&folderId=1031987&name=DLFE-6524.pdf

formada por Autoridades Centrales y por puntos de contacto procedentes de los Ministerios de Justicia, Fiscalías y Ministerios Públicos, y Poderes Judiciales de los 22 países que componen la Comunidad Iberoamericana de Naciones, así como por el Tribunal Supremo de Puerto Rico. Está orientada a la optimización de los instrumentos de asistencia judicial civil y penal, y al reforzamiento de los lazos de cooperación entre nuestros países. Constituye así un paso fundamental en la conformación de un Espacio Judicial Iberoamericano, entendido como un escenario específico donde la actividad de cooperación jurídica sea objeto de mecanismos reforzados, dinámicas e instrumentos de simplificación y agilización en la consecución de una tutela judicial efectiva”²⁵.

4.6. Normativa constitucional y convencional

La normativa constitucional y convencional ha influido en la construcción del expediente electrónico judicial a los fines de dotar de efectividad y eficacia a las garantías judiciales constitucionales, entre las cuales cabe citar a la Convención Americana de Derechos Humanos²⁶, cuyo art. 8 consagra las garantías judiciales, en concordancia con el art. 25.

En otro orden de ideas la Convención sobre los Derechos del Niño²⁷ en su art. 4 establece que los Estados Parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para darle efectividad a los derechos reconocidos en la referida Convención.

Además, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁸ cuyo artículo 2 propicia que en la comunicación se utilicen entre las vías al lenguaje, visualización de texto, Braille por todas las vías,

²⁵ <https://www.iberred.org/>

²⁶ Convención Americana de Derecho Humanos aprobada por Argentina por Ley Nacional 23054, con jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22 CN. con la reforma constitucional de 1994.

²⁷ Convención de los Derechos del Niño fue aprobada por Argentina por Ley Nacional 23.179. con jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22 CN. con la reforma constitucional de 1994.

²⁸ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue aprobada por Argentina por Ley Nacional 26.378 y con posterioridad se le otorgó jerarquía constitucional mediante la Ley Nacional 27044 sanc. 19/11/2014, B.O. 22-12-2014.

comunicación táctil, dispositivos multimedia de fácil acceso, incluyendo la tecnología de la información y de la comunicación de fácil acceso.

4.7. Antecedentes legislativos nacionales

a) Firma digital en la Ley Nacional 25506 modificada por la Ley Nacional 27446 para la simplificación y desburocratización de la administración pública nacional

La tecnología de la información y de las comunicaciones conforman un hito importante que dan nacimiento a la era digital. Se caracteriza porque tiene una gran expansión planetaria y un acelerado desarrollo tecnológico por redes abiertas, cerradas y mixtas que garantizan la comunicación de cualquier parte del mundo a tiempo real.

Puntualmente, el principal desafío que hubo que afrontar durante esta expansión tecnológica fue la necesidad de afianzar la “seguridad” en las vías informáticas. Y la herramienta tecnológica que cubre esta necesidad de dotar de seguridad a los documentos electrónicos es la firma digital.

Es así como bajo las perspectivas de las normativas constitucionales y convencionales se dicta la Ley Nacional de Firma Digital 25.506/2011, que recepta los principios admitidos internacionalmente en esta materia, como son: *libertad económica;*neutralidad tecnológica internacionalmente consensuada;*la equivalencia entre el medio electrónico y el soporte papel y, *la no-discriminación de los medios electrónicos²⁹.

El art. 2 define a la firma digital como el resultado de “*aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su exclusivo control*”.

En este sentido, señalamos que la firma digital es una cadena de caracteres extensos e indescifrables, que se obtienen con un procedimiento matemático y cuyo resultado es un número ilegible. A su vez, la firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras personas a los fines

²⁹ Ávila PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA DEL VALLE “La firma digital en la justicia Argentina”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, N°1 Dedicado a Homenaje al Prof. Pedro Aragoneses Alonso, España, 2009, pp. 17-45.

de identificar al firmante y detectar toda alteración posterior a la firma que se hubiere efectuado en el documento.

En efecto, en la firma digital hay un emisor firmante o remitente y un receptor o destinatario que utilizan el sistema de las dos llaves, que se debe registrar ante la Autoridad Certificante.

En consecuencia, el emisor firmante con su llave privada que solo él conoce, a través, de un mecanismo criptográfico con algoritmos matemáticos, procede a cifrar la huella digital. El resultado genera la firma digital. De esta manera, el emisor firmante adjuntará al documento digital una marca, que es única para ese documento y que sólo él -como emisor- es capaz de realizar. Sin la *llave privada*, nadie puede firmar digitalmente. Ello constituye la autenticación del autor o su autoría.

Asimismo, el emisor firmante adjunta el mensaje original y lo envía al receptor con el Certificado Digital emitido por la Autoridad Certificante, que incluye el nombre del titular y su clave pública y la firma de la Autoridad Certificante (arts.13 y 14).

Cuando el receptor, recibe el mensaje con la llave pública puede verificar la firma digital. Para realizar la verificación del mensaje, en un primer paso, el receptor generará la huella digital del mensaje recibido, luego descifrará la firma digital del mensaje, utilizando la *clave pública* del firmante y obtendrá de esa forma la huella digital del mensaje original; si ambas huellas coinciden, significa que no hubo alteración y que el emisor firmante es quien dice serlo. La *clave pública* es conocida por varias personas y se utiliza para que un tercero, confiando en el sistema, pueda verificar la firma digital. A su vez, la *clave pública* no permite descubrir la *clave privada* del firmante y, por lo tanto, tampoco puede utilizarse para falsificar firmas digitales.

En consecuencia, caracterizamos a la firma digital señalando que se crea con el empleo de la criptografía de la clave pública (o asimétrica) que implica el uso de dos claves, una privada y otra pública. La firma digital tiene autenticidad con un certificado de clave pública que emite una autoridad certificante. En nuestra opinión la *firma digital*, en *sentido amplio*: es un medio tecnológico, que la ley reconoce para conferir seguridad virtual y jurídica a un documento digital. Y, en *sentido estricto*: es -a la simple lectura- un bloque de caracteres digitales ilegibles que se acompaña a un documento digital para acreditar quién es su autor y, que los datos de este no fueron objeto de una posterior modificación.

En lo que hace a la validez de la firma digital el art. 3 de la Ley Nacional 25.506 le otorga una validez equivalente a la firma manuscrita.

En cambio, la firma electrónica que se encuentra legislada en el art. 5 se define “*como el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerado firma digital*”

La firma electrónica, al decir de Plaza Penades³⁰ es la firma del propio sujeto escaneada e incorporada a un documento electrónico. Con iguales alcances, también se ha considerado como firma electrónica al nombre consignado al pie de un correo electrónico, o a un código secreto o PIN.

En otro orden, estas firmas digital y electrónica se diferencian, entre sí, porque la firma electrónica, no tiene un certificado de autenticidad, mientras que la firma digital, si tiene un certificado que es emitido por una autoridad certificante y que confirma la identidad del emisor firmante y que contiene información para proteger los datos enviados o para establecer conexión de red seguros.

En igual perspectiva, Cooke señala que la firma electrónica y puede ser un signo, o su propia firma simple manuscrita que tiene un registro electrónico como es el email. En tanto, la firma digital tiene un método de identificación con el sistema de las dos llaves privada y pública. A su vez, en lo que hace a su validez jurídica la firma electrónica no tiene igual valor probatorio que la firma digital. Así en el supuesto que la contraparte desconozca la firma electrónica, debe valerse de otros medios de pruebas como la pericia informativa, informativa, testimonial etc., a los fines de probar la validez del documento³¹.

Ahora bien, la validez jurídica de la firma electrónica resulta del art. 1 en concordancia con el art. 5 que establece que en el supuesto que la firma electrónica sea desconocida la carga de la prueba le corresponde a quien invoca su validez. En consecuencia, la validez jurídica de la firma

³⁰ PLAZA PENADÉS, JAVIER, “La firma electrónica tras la reforma operada por la Ley 24/2001” en Revista de la contratación electrónica, Ed. Dykinson Colombia, 2002, N°26, pp. 3-40.

³¹ COOKE, EZEQUIEL, “La Digitalización en el Poder Judicial: El anticipo de la despapeización definitiva”. 03/07/2020, www.saij.gob.ar . Id SAIJ: DACF200139.

electrónica de acuerdo al art. 5 se da cuando se reconoce o cuando la parte que la invoca logra poder acreditar su validez.

En cambio, la firma digital se reputa válida y no requiere de ningún reconocimiento. Inclusive, la parte que la impugna es quien debe probarlo por las respectivas vías procesales³².

Por último, destacamos que la validez de la firma electrónica se realiza por cualquier medio de pruebas, mientras que para la “firma digital” se legisla el sistema legal de *presunciones iuris tantum*, que comprende:

a) Presunción de autoría (art. 7), por la cual se asegura la autenticidad de la firma digital, garantizándole al destinatario del documento digital, que el mismo fue emitido por el emisor, no pudiendo haber sido suplantado por otro usuario del sistema de seguridad.

b) Presunción de integridad (art.8), por la cual se asegura la protección de los datos o sea su inalterabilidad al evitarse que después de la firma se modifique en forma intencional o accidental.

c) Presunción de no desconocimiento del origen (art.10) para la protección del destinatario del documento frente al desconocimiento que pudiera efectuar su emisor, de haberlo enviado.

b) Ley Nacional 26685 y el expediente judicial electrónico

En el ámbito nacional la Ley Nacional 26685³³ de Expediente Electrónico Judicial autoriza el empleo de “*expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones y domicilios electrónicos constituidos, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales*” (art. 1°).

De esta manera la Ley Nacional 26685 asegura la recepción progresiva de las nuevas tecnologías en los procesos judiciales y en los administrados que se sustancian por ante el Poder Judicial de la Nación con igual eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes jurisdiccionales.

³² Ibidem.

³³ Ley Nacional 26.685 B.O. 07/07/2011.

Asimismo, la citada Ley Nacional 26685 en forma expresa faculta a nuestro Máximo Tribunal Federal y al Consejo de la Magistratura de la Nación, a fin de que, de manera conjunta, reglamenten la utilización de las nuevas herramientas tecnológicas y disponga su implementación gradual (art. 2°).

En este aspecto, destacamos la señera labor de la CSJN, en pos de llevar adelante la gestión e informatización del proceso judicial sin contar con una ley nacional del expediente judicial electrónico. En efecto, en el año 2007, la CSJN dictó la *Acordada 37/07 mediante la cual crea la Comisión Nacional de Gestión Judicial. En dicho marco se desarrolló el Plan de Fortalecimiento Institucional del Poder Judicial de la Nación, entre cuyos objetivos se advierte: “(i) Satisfacer las necesidades para un servicio de administración de justicia eficiente, eficaz y accesible a la comunidad en general, mediante la implementación de una infraestructura basada en las tecnologías de la información y las comunicaciones. (ii) Fortalecer la calidad institucional mediante un sistema integral de gestión judicial que sea accesible por Internet y por dispositivos móviles, que facilite la toma de decisiones, incremente la calidad de los servicios jurisdiccionales, agilicen las comunicaciones, mejore la relación interjurisdiccional y reduzca el tiempo de tramitación de los juicios”*³⁴.

Bajo esta perspectiva, la Corte Suprema de Justicia de la Nación por intermedio de la *Acordada 31/11* con el propósito de “...reglamentar e implementar el uso de herramientas de gestión con aplicación de tecnología informática...”, traza las reglas del Sistema de Notificaciones por Medios Electrónicos (SNE), lineamientos que fueron avanzando progresivamente (*Acordadas 3/12 y 38/13*). Luego, progresivamente, *3/2012, 8/2012, 29/2012, 14/2013, 15/2013, 24/2013, 35/2013, 36/2013, 38/2013, 43/2013, 2/2014, 6/2014, 11/2014* que continuaron con la reglamentación de la notificación electrónica.

Con posterioridad, la *Acordada 03/15* (con entrada en vigencia el 1/9/15, conforme *Acordada 12/15*), profundiza la implementación de nuevas tecnologías en el Poder Judicial de la Nación, con la denuncia obligatoria de la Identificación Electrónica Judicial (IEJ), el uso único

³⁴ Cfr. <http://gestionjudicial.com.ar/index.php/home-page/lista-completa?format=raw&task=download&fid=119>

y exclusivo de notificación electrónica y la consiguiente obligación de acompañar copias digitales de las presentaciones en soporte papel.

El panorama se complementa con la Acordada 16/16, mediante la cual se aprueba el reglamento para el ingreso de causas por medios electrónicos, sorteo y asignación de expedientes, estableciéndose su aplicación gradual acorde a las Acordadas 5/17 y 28/17.

Se siguió avanzando en la recepción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, más reconocemos que la pandemia del COVID 19 acelera poner en marcha el expediente electrónico judicial en el Poder Judicial de la Nación por vía de acordadas dictadas por la CSJN.

3. Firma digital en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nacional 269994 y sus modificatorias.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula para los actos jurídicos la “*libertad de formas*” (art. 284). Puntualmente, legisla a los instrumentos públicos, a los instrumentos privados con firma y a los instrumentos particulares no firmados (art. 286 y 287).

En los instrumentos la firma es prueba de autoría de la declaración de voluntad del firmante, lo cual se cumple en los instrumentos públicos y en los instrumentos privados con firma. En cambio, en los instrumentos particulares no firmados, que son los documentos electrónicos se utiliza la firma digital que asegura indudablemente la autoría e integridad del instrumento (art. 288). Por cierto, el documento con firma tiene plena validez jurídica y eficacia probatoria como consecuencia que la misma asegura de manera indubitable la autoría e integridad del instrumento. Esta conclusión nos permite sostener que se da un diálogo de fuentes entre el art. 288 del Código Civil y Comercial de la Nación y los arts. 2 y 6 de la Ley Nacional de Firma Digital 25506 a los fines de complementarse entre sí estableciendo que un “*documento digital satisface el requerimiento de escritura*” (art. 6).

Mientras que la firma electrónica que tiene validez legal pero menor fuerza probatoria que la firma digital se enmarca en el art. 319 que prescribe que el “*valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez, ponderando entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y lo narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confia-*

bilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen". En consecuencia, como la firma electrónica no es sinónimo de la firma digital, sino que tiene su propia identidad legal en el supuesto que la contraparte niegue la autenticidad de la firma electrónica entonces la parte que invoca su validez debe acreditarla y a estos fines son admisibles todos los medios de prueba (art. 5, Ley 25506).

En otro orden de ideas, Bielli y Ordoñez afianzan la plena vigencia de la firma electrónica a través de la Ley Nacional 27444 de "Simplificación y Desburocratización para el Desarrollo Productivo de la Nación" puesto que en su articulado se refiere indirectamente a la misma, e igual situación se reitera en las Leyes Nacionales de Tarjeta de Crédito (Ley 25065) de Cheques (Ley 24452) y en las Letras de Cambio (Dec.-Ley el Dec 5965). Puntualmente, en el ámbito procesal subrayan que debe atenderse en el régimen del Poder Judicial de la Nación, que nuestro Máximo Tribunal Federal a través de las reglamentaciones de la Ley 26685 que realiza en el marco de las delegaciones constitucionales expresas consagradas en el art. 113 de la CN. y del ordenamiento positivo procesal civil habilita la utilización de las firmas digitales y las firmas electrónicas. Por tanto, los hipotéticos pedidos de declaración de invalidez de los actos procesales por carecer de firma o tener firma electrónica debe enmarcarse en el ya citado plexo constitucional y legislativo vigente, como así también en el reglamentario, el cual se integra con las acordadas 11/2020, 12/2020 y 31/2020, que seguidamente analizamos³⁵.

En nuestra opinión señalamos que resulta necesario atender que los actos procesales deben reunir en su forma –tanto las formalidades extrínsecas (de carácter general para todos los actos procesales) y sus propias formalidades intrínsecas (de carácter específico de cada acto procesal) como los respectivos plazos procesales. Entendemos que en este dialogo de fuentes tienen una especial cabida los principios de buena fe y de equivalencia entre el medio electrónico y el soporte papel.

³⁵ Cfr. BIELLI, GASTÓN y CARLOS ORDOÑEZ, "La emergencia sanitaria y el renacimiento de la justicia digital en el Poder Judicial de la Nación", SJA 08707/22020, 08/07/2020, 71. Cita Online: AR/DOC/1976/2020.

5. EXPEDIENTE ELECTRÓNICO JUDICIAL EN EL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

En estos tiempos de pandemia del COVID-19 el Máximo Tribunal Federal consideró pertinente avanzar y afianzar el trabajo a distancia utilizando las nuevas tecnologías de la información y la comunicación mediante trámites electrónicos con debida validez.

En efecto, frente a la emergencia pública sanitaria para evitar la propagación mundial, regional y local del coronavirus (COVID-19) resulta necesario establecer acciones que contribuyan al cumplimiento del aislamiento preventivo, social y obligatorio.

Es por ello, que para evitar que en los tribunales se produzca una gran circulación de personas, se dispusieron que las presentaciones se efectúen en la causa judicial sólo en formato digital, con firma electrónica y eximiendo la exigencia de su presentación en soporte papel³⁶. Además, se habilitó el teletrabajo³⁷ a magistrados, funcionarios y empleados según lo disponga el titular de cada dependencia³⁸.

a) Acordada 11/20 y firmas electrónica y digital

En este sentido por Acordada 11³⁹ del 13 de abril de 2020, la CSJN aprueba el uso de la firma electrónica y digital para los diferentes actos jurisdiccionales y administrativos que dicta el Cuerpo. Ello sin perjuicio que por Acordada 12/2020⁴⁰ se dispone la utilización de la firma electrónica y digital para todos los tribunales del Poder Judicial de la Nación en vigor a partir del 20 de abril de 2020.

³⁶ CSJN, Acordada N° 4/20 (punto dispositivo 11).

³⁷ CSJN, Acordada N° 6/2020.

³⁸ CSJN, Acordada N° 6/2020 (Puntos resolutivos 5 y 7).

³⁹ CSJN, Acordada N° 11/2020, se destaca que firman los Dres. Carlos F. Rosenkrantz -presidente-, Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda – ministros-, mientras que los Dres. Horacio D. Rossatti y Ricardo L. Lorenzetti no suscriben por las medidas de aislamiento social preventivo ordenado por las autoridades nacionales, pero informaron su conformidad.

⁴⁰ CSJN, Acordada N° 12/2020.

De esta manera, contribuye a la despapelización porque en los casos que se aplica la firma electrónica y firma digital el registro es el soporte electrónico y su almacenamiento y resguardo es a cargo de la Dirección de Sistemas del Tribunal. Asimismo, encomienda a la Comisión Nacional de Gestión Judicial y a la Comisión de Sistemas del Tribunal que dispongan de las medidas que resulte necesaria para su más rápida implementación, atendiendo entre otros aspectos:

- a) desarrollo e implementación de los sistemas informáticos debidos;
- b) desarrollo de un sistema que habilite la presentación remota de recursos de queja por denegación de recurso extraordinario y de demandas de los juicios originarios que se radican en el Máximo Tribunal Federal;
- c) ingreso de escritos digitales con firma electrónica otorgada por el Poder Judicial de la Nación a los Letrados, al Ministerio Público Fiscal, al Ministerio Público de la Defensa, y a todo otro sujeto procesal que participe en calidad de apoderado o patrocinante;
- d) circulación digital con las debidas medidas de seguridad y previa digitalización de las actuaciones judiciales, priorizando a las causas que le falte un voto para poder sentenciar y con el criterio de atender primero aquellas que no haya disidencia, las de carácter urgente, y las que se hubiese acordado incluir en un listado de causas trascendentes para ser falladas por el tribunal;
- e) tratamiento y trazabilidad del flujo de trabajo interno como así también toda otra medida que contribuya a la economía y celeridad de tramitación que los procesos demandan.

b) Acordada 12/2020 y firmas electrónica y digital

Se dicta en el marco de Acordada 12/2020 cuya finalidad es adecuar la actuación jurisdiccional y administrativa a través de medios digitales e implementar la firma electrónica y digital para suscribir las diferentes actuaciones a su cargo que a ello se suma que en este tiempo de pandemia y pos pandemia, deben disponerse las acciones que tiendan a lograr el máximo aislamiento social para que haya una menor afluencia a los tribunales y es por ello que se dispone que las causas sean en formato digital completamente con firma electrónica eximiendo requisitos de su presentación en soporte papel (punto dispositivo 11 de la Acordada 4/20).

Como así también se dispuso el teletrabajo (puntos resolutivos 6 y 7 de la Acordada 20/20).

En otro orden de ideas, nuestro máximo tribunal federal considera necesario otorgar la debida validez a los procesos y trámites electrónicos que se realicen en las instancias inferiores y a estos efectos habilitan el uso de la firma electrónica y digital para los distintos actos jurisdiccionales y administrativos que dichos tribunales -y otras dependencias que integran el Poder Judicial de la Nación- emitan.

Ello, lo hace en razón de la aplicación de los arts. 2 y 5 de la Ley Nacional 25506/2011 que establecen la aplicación de la firma digital y electrónica para dotar de integridad al documento y establecer o individualizar la autoridad de los firmantes, como así también los artículos 6 y 11 que equiparan el documento digital con el documento escrito. Y de los artículos 286 y 288 del Código Civil y Comercial de la Nación que regulan los documentos particulares no firmados y que dispone que en los documentos digitales el uso de la firma se satisface con el uso de la firma digital, la cual asegura la autoría e integridad del instrumento. En consecuencia, es necesario otorgar a la totalidad de los magistrados y funcionarios judiciales el uso de firma digital y su inclusión en el sistema de gestión judicial para su aplicación; sin embargo, como el trámite para obtener la firma digital es personal y presencial, en este contexto se torna dificultoso cumplir este trámite y de ahí que se propicia un mecanismo alternativo que es suscribir los documentos por medios electrónicos.

En lo que respecta a los letrados patrocinantes se les habilita el uso de la firma electrónica para presentar a través del portal del Poder Judicial de la Nación el escrito de demanda con los documentos que haga a su presentación. El letrado puede subir copias de escritos judiciales, escritos de mero trámite y contestación de demanda como modo apto para registrar la presentación del documento digital y la hora y fecha de su gestión⁴¹.

Como dato útil señalamos que en la página de la CSJN se ha subido un tutorial virtual con el procedimiento para obtener la firma electrónica con indicaciones claras y precisas que le permite al letrado cumplir la gestión eficazmente⁴².

⁴¹ Cfr. <https://portalpjn.pjn.gov.ar/apps/pjn-escritos>

⁴² https://old.pjn.gov.ar/publico/Instructivo_Suscripci%C3%B3n_Convenio_FE-A-co-4_2020.pdf

Además, en el portal del Poder Judicial de la Nación en su pestaña de Gestión Judicial se brinda en relación a la Acordada 12/2020 en vigencia desde el 13 de abril del 2020 información para proceder al inicio de demandas en la Justicia Nacional y Justicia Federal, con formularios de ingreso de demanda y lista de objeto de juicios para completar el formulario señalado⁴³.

c) Acordada 31/20 y el expediente electrónico judicial

A través de la Ac. 31/2020 se incorpora un sistema de turnos para realizar cualquier acto o actividad que requiera la asistencia presencial en una dependencia judicial⁴⁴.

Además, la Acordada 30/2020 en sus tres (3) anexos contiene varios protocolos.

En el Anexo I se ubica el “*Protocolos de Actuación para el Poder Judicial de la Nación*” para aplicarse durante la pandemia del COVID 19 con distintos procedimientos para el funcionamiento de los tribunales y puntualmente dispone que, salvo las presentaciones iniciales, todas las demás deberán realizarse en formato digital a través del IEJ (Identificación Electrónica Judicial) registrada en cada una de las causas judiciales. A su vez, dichas presentaciones se deben firmar electrónicamente (arts. 5 y 6 de la Ley 25506 y arts.286 y 288 del Código Civil y Comercial de la Nación y Ley 26685).

En el Anexo II, se encuentra el “*Protocolo de Actuación*” con una parte general y una parte específica con cinco ítems siguientes:

Parte General: “*Principios Generales*”: en los cuales dispone que en el funcionamiento de los tribunales en este tiempo de pandemia se debe priorizar la protección de la salud de las partes, abogados, empleados, funcionarios y magistrados, y pide se respete el trabajo a distancia, el horario de trabajo, la presencia mínima de personal en los juzgados, la posibilidad de rotación de personal, a la vez que se facilite la atención al público por medios tecnológicos.

⁴³ <https://old.pjn.gov.ar/publico/demandas.pdf>

⁴⁴ <https://turnos.pjn.gov.ar/servicios/>

Además, dispone extender la aplicación exclusiva del sistema informático de gestión judicial con prescindencia del soporte papel para todas las funciones ya reglamentadas por el máximo tribunal federal de conformidad a la Ley 26685.

Parte específica:

1º) **“Expediente Electrónico/Digital”** dispone lo siguiente:

- a) Los sujetos procesales legitimados deben efectúan sus presentaciones exclusivamente de manera electrónica o digital acorde la Acordada 4/2020.
- b) Los actos procesales que emitan jueces y funcionarios deben hacerlo a través del sistema informático de gestión judicial, únicamente de manera electrónica en el marco de la Acordada 12/2020. No estando autorizados a emitir ninguna copia en soporte papel. En este sentido señalamos que la referida Acordada 12/2020 reglamenta en estos términos: *“atento la cantidad de destinatarios incluir en esta función en razón que el trámite de obtención de firma digital es personal presencial, lo que, en el marco de la pandemia actual se torna inconveniente dificultoso de implementar, corresponde propiciar un mecanismo alternativo que permita suscribir documentos por medios electrónicos”*.
- c) Además, se dispone que los expedientes ingresados a partir de la Acordada 4/2020 se considera que se integran totalmente en forma digital. En cambio, los expedientes iniciados con anterioridad a la Acordada 4/2020 deben integrarse digitalmente las respectivas piezas para la continuidad de su trámite y de su resolución. En su consecuencia también podrán ser considerados como expedientes digitales.
- d) En lo que hace a la prueba documental original su presentación debe realizarse en formato digital con firma electrónica, en el supuesto que no se posea la firma digital. Además, la parte presentante la presentará y conservará en su poder y custodia debiendo presentarla bajo su responsabilidad a pedido del tribunal.
- e) En cuanto a los actos procesales de la parte que los realice con patrocinio letrado, el mismo debe efectuar las presentaciones únicamente en soporte digital a través de la presentación del escrito con su firma electrónica (Acordada 4/2020), el cual previamente debe estar suscripto en forma ológrafa por el patrocinado. También en

este otro supuesto el presentante conserva y reserva en su poder y custodia el original debiendo presentarlo bajo su responsabilidad a solicitud del tribunal.

f) Como contrapartida el tribunal solo puede - por cuestiones fundadas y extraordinarias- requerirle al letrado depositario la presentación de los originales en soporte material que se encuentran bajo su custodia.

2° **“Cómputos”** se explicita:

a) En lo que concierne a los cómputos se considera fecha cierta de inicio de la demanda o de cualquier presentación el día en el que el letrado o cualquier otro sujeto legitimado efectivamente presente el escrito o presentaciones en forma electrónica ante el juzgado o tribunal. De esta manera, la fecha cierta de inicio electrónico viene a sustituir lo que se utilizaba en los expedientes de soporte papel como es el cargo judicial consignado al pie de los escritos por el oficial primero a fin de ingresarlos al expediente en días y horas hábiles (art. 152 CPCN.) y otorgándoles la fecha cierta porque los escritos no tienen fecha (art.124 CPCCN.).

b) En cuanto a las presentaciones electrónicas efectuadas fuera del horario de funcionamiento de los tribunales se tiene por presentado en la primera hora hábil del día hábil posterior. Por tanto, entendemos que queda derogado el cargo judicial de hora del art. 134 CPCCN que autorizaba a realizar en secretaria la presentación válida de los escritos el día hábil inmediato al vencimiento del respectivo plazo procesal y dentro de las dos primeras horas del despacho.

3° **“Incorporación de escritos”** para reglamentar las directivas para los letrados y demás intervinientes, quienes deberán efectuar sus respectivos documentos electrónicos:

- a) Un archivo único por el escrito de demanda;
- b) Un archivo único por la contestación de la demanda;
- c) Un archivo **único por** cada escrito que se presente con clara indicación de su contenido.
- d) Lo mismo se aplica para la documental con especificación de su tipo, contenido y número de orden sobre el total.

Al respecto, Camps nos plantea que los requisitos del formato en papel de los escritos, número de los renglones por cada foja, las copias de los escritos “*carecen hoy de sentido si el documento original es visible en el sistema informático*”⁴⁵

- e) Además, en cada presentación -en lo que hace a los recaudos tecnológicos- se debe ajustar su configuración, de manera que el peso informático del archivo sea lo más reducido⁴⁶, teniendo presente que el peso máximo de cada archivo es de 5 MB y también debe verificar la legibilidad de los archivos.
- f) A su vez, el tribunal puede decretar observando o rechazando las presentaciones que realicen las partes requiriendo que en forma total o parcial se incorporen al sistema informático nuevamente.

4º) “**Teletrabajo**” se explicitan entre otras reglamentaciones más:

- a) Se mantiene la solicitud de ingreso y asignación de causas de acuerdo a las acordadas 11/20 y 12/20 hasta tanto se implemente el Sistema de Ingreso Web de Causas de conformidad a la acordada 16/20.

Puntualmente efectuada por la parte la solicitud de asignación de una misiva el sistema acusa recibo, dando su respuesta automática explicativa mediante el módulo de Consulta Web de Causas en la cual el letrado accede con el código de usuario y se despliegan los expedientes relacionados a su persona no iniciados para que pueda tomar el número del expediente asignado y su asignación a un tribunal. Recién después va a poder incorporar el escrito de demanda y cualquier otro documento (acordada 4/20).

- b) En lo que respecta a los organismos esta tales se los invita a que adhieran a los fines que se les corran el traslado de la demanda a sus respectivos domicilios electrónicos (acordada 3/15). Incluso la citada invitación se hace extensiva a todo demandado que sea Persona Jurídica.

⁴⁵ CAMPS, CARLOS E., “Tecnología, gestión judicial y proceso civil”, La Ley, Suplemento Especial Legal Techt El derecho ante la tecnología, noviembre 2018, p.36, disponible en sitio virtual https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/supl._legaltech_preplanta.pdf

⁴⁶ El software para compilar los archivos puede obtenerse en la página del Poder Judicial <https://www.pjn.gov.ar>

c) Por otra parte, en materia de las audiencias, atendiendo a la situación extraordinaria de la pandemia se releva de la obligación de tomar audiencia con acuerdo de partes. E incluso las audiencias que se designen para ser realizadas en forma presencial o remota, con aplicación de sistemas electrónicos de video audiencias, las mismas deberán cumplir con las medidas que aseguren su sustanciación en su convocatoria y previo a ello debe pedirse el acuerdo de las partes para su celebración.

5º) “*Comparecencia*” se reglamentan las situaciones de excepción de comparecer en el marco del COVID 19:

- a) Cualquier sujeto procesal o interviniente que deba participar en una audiencia o alguna persona de su cercanía que fue diagnosticado de COVID 19 debe acreditar certificado médico.
- b) Los letrados, peritos y ciudadanos que deban concurrir a audiencias y sean personas de riesgo, por edad o comorbilidad, deben acreditar certificado médico o su DNI.
- c) Como otro supuesto más se contempla que a los fines de la suspensión de plazos en el proceso judicial, se debe acreditar fehacientemente el proceso de diagnóstico positivo (hisopado) del COVID 19, o que lo solicite ad-referéndum de la acreditación debida de esa condición.

Por último, el Anexo III contiene el “Protocolo de medidas de prevención, higiene y seguridad para el Poder Judicial de la Nación por la Pandemia del COVID 19 con disposiciones para la protección de la salud.

En nuestra opinión entendemos necesario que durante la pandemia del COVID 19 y en la realidad que le sigue es imperioso realizar un seguimiento y autoevaluación del actual proceso electrónico judicial, que hemos analizado como así también a los demás institutos como son las notificaciones electrónicas, domicilio electrónico, oficios judiciales electrónicos, software específicos y plexo legislativo y reglamentario a los fines de poder realizar los ajustes y cambios que la propia realidad y las garantías judiciales y convencionales lo requieran en aras de que la prestación del servicio de justicia sea oportuna y eficaz.

6. CONCLUSIONES REFLEXIVAS

Nuestras conclusiones sobre las cuestiones centrales del expediente electrónico -en el marco del bloque de constitucionalidad federal-, son las siguientes:

1. El expediente electrónico judicial se identifica desde el Derecho Procesal Informático y Derecho Constitucional a los fines de aplicarlos en los ámbitos de la Teoría General del Proceso y del Derecho Procesal Civil y Comercial principalmente en los actos procesales del juez, de las partes y de los terceros, en una propuesta de justicia digital con enfoque de derechos humanos.
2. En el expediente electrónico judicial los actos procesales digitales se realizan como mandatos de optimización en el marco de la defensa en juicio, de la tutela judicial efectiva, y del Gobierno Judicial Abierto.
3. El expediente electrónico mixto implica una fase del principio de progresividad hacia la transformación de los expedientes en soporte papel –analógico- hacia el expediente electrónico – digital.
4. En lo que respecta al expediente electrónico judicial advertimos la necesidad de trabajar conjuntamente con la recepción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación atendiendo:
a) se realice su implementación con sistemas informáticos compatibles en los hardware (elementos duros) y software (elementos blandos); b) elaboración de un glosario judicial de la recepción de las nuevas tecnologías en el proceso judicial civil; d) sistematizar el plexo legislativo y reglamentario específico con explicitación de directrices precisas; e) tutoriales virtuales para auto capacitación -en función de los distintos roles que se aplican en el proceso judicial como juez, partes y terceros- y que se encuentren accesibles para su consulta virtual en la página del Poder Judicial de la Nación; f) capacitaciones permanentes y continua online para todos/as los/as operadores jurídicos que actúan como usuarios/as de la tecnología de la información y de la comunicación para contar con recursos humanos formados; g) mesa informática de apoyo para atender consultas directas y brindar respuestas inmediatas.
5. En estos tiempos del COVID-19 y para la realidad que viene es imperioso que, de cara al proceso electrónico judicial de la Nación, repensemos al proceso judicial y los roles de los sujetos necesarios (juez y partes) y de los eventuales (terceros interesados con interven-

- ción voluntaria y provocada y terceristas) y demás intervinientes en base al principio de buena fe y de colaboración con la Constitución Nacional, los Tratados de Derechos Humanos y con las garantías medulares del debido proceso y de la defensa en juicio.
6. El expediente electrónico judicial representa una oportunidad para optimizar el acceso a justicia, fortalecer los derechos de la ciudadanía ante la justicia y garantizar los derechos y deberes de los profesionales jurídicos.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO PUNITIVO Y TEORÍAS JUSTIFICATORIAS DE LA PENA.

UN ANÁLISIS DESDE LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL CORDOBESA*

*Jorge Augusto Barbará** y Josefina Ferreyra****

Resumen: El presente trabajo aborda el problema de la cuantificación del daño punitivo o multa civil. Se presentan las teorías justificatorias de la pena –retribución, disuasión, incapacitación, rehabilitación– en cuanto funcionan como guías para la determinación del *quantum* de la multa. Incluye la reseña de precedentes de la jurisprudencia local que permiten identificar las variables utilizadas por los tribunales para graduar la pena. Se exponen dificultades que presenta la práctica judicial a los fines de lograr una adecuada y justificada cuantificación con capacidad disuasoria (principio de congruencia, prueba, imposición de costas y tope legal).

Palabras clave: Cuantificación del daño punitivo - Disuasión - Retribución - Principio de Congruencia - Carga de la prueba.

I. EL PROBLEMA A ABORDAR

En el marco de las relaciones de consumo, el instituto del daño punitivo –o multa civil– regulado en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (en adelante: LDC) fue incorporado al

* Artículo recibido el 28/9/2020 ~ aprobado para su publicación el 12/3/2021.

** Abogado UCC, Magíster en Derecho y Argumentación UNC, Investigador Responsable Proyecto SeCyT con sede en CIJS - UNC, Profesor de Introducción al Derecho UNC, Profesor del Seminario de Jurisprudencia Común en la Especialización en Derecho Judicial y de la Judicatura UCC., Vocal de la Cámara Civil y Comercial de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba.

*** Abogada UNC, Investigadora Proyecto SeCyT con sede en CIJS, Profesora de Derecho Constitucional y Administrativo UCC, Auxiliar - Asistente de magistrado de la Cámara Civil y Comercial de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba.

ordenamiento jurídico argentino mediante el dictado de la Ley N° 26.361, publicada en el Boletín Oficial de la Nación con fecha 7/4/2008.

A pesar de haber transcurrido ya más de 12 años desde su entrada en vigencia, las discusiones conceptuales en torno al instituto siguen constituyendo una permanente fuente de incertidumbre, de innegables consecuencias prácticas, dentro de las cuales la graduación o cuantificación del monto de condena por daño punitivo ocupa, sin dudas, un lugar central y es hacia donde orientaremos este trabajo.

Así las cosas, en el presente artículo, pasaremos revista a las diversas teorías justificatorias de la pena sobre las cuales se asienta no solo la razón de ser del instituto del daño punitivo considerado en sí sino, también, lo que aquí nos interesa que es aquello susceptible de guiar la cuantificación de una condena por tal concepto. En esta dirección, haremos una síntesis de los aportes y problemas que las teorías justificatorias de la pena proporcionan para la graduación de la multa civil.

A su vez, realizaremos una breve reseña de precedentes de la jurisprudencia local que nos permiten identificar las variables utilizadas por nuestros tribunales para la cuantificación del daño punitivo.

A continuación de lo anterior, expondremos algunos de los inconvenientes que nuestra práctica judicial enfrenta en relación al cumplimiento de los objetivos que, conforme las teorías justificatorias de la pena, debe buscar el instituto bajo análisis.

Por último, a manera de cierre conclusivo, expondremos algunos posibles aportes, direccionados a una mejor –o, si se prefiere, más justificada– graduación de la sanción civil por parte de los operadores jurídicos.

II. LAS DISPOSICIONES LEGALES QUE RIGEN LA MATERIA.

El art. 52 bis de la LDC establece lo siguiente: *“Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan.*

La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”.

Por su parte, el art. 47 inc. b) de la LDC al que remite el art. 52 bis del mismo cuerpo legal, establece un máximo de cinco millones de pesos (\$5.000.000) como posible condena en concepto de multa.

Según puede leerse, entonces, la “gravedad del hecho” y las “demás circunstancias del caso” son los elementos a tener en cuenta para la determinación del monto sancionatorio –siempre bajo el límite previsto en el art. 47 inc. b) LDC–.

Es evidente que se trata de conceptos o estándares jurídicos que, si bien pueden resultar razonables, se muestran como demasiado vagos para servir de guía a las decisiones jurisdiccionales.

A los fines de especificar esas nociones, también es posible recurrir como criterio normativo a lo dispuesto por el art. 49 de la LDC, el cual, si bien se corresponde estrictamente a la sanción administrativa, ha sido utilizado por la jurisprudencia a los fines de la determinación del *quantum* del daño punitivo en sede judicial. La norma dispone: “*Aplicación y graduación de las sanciones. En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho. Se considerará reincidente a quien, habiendo sido sancionado por una infracción a esta ley, incurra en otra dentro del término de CINCO (5) años.*”.

Finalmente, como marco general, no debe perderse de vista que la protección del consumidor posee jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional por lo que, en definitiva, puede afirmarse que hay un principio jurídico cuyo cumplimiento se encuentra en juego, y debe ponderarse adecuadamente, cada vez que se requiere un pronunciamiento judicial en la materia.

III. LA INSUFICIENCIA DEL PRUDENTE ARBITRIO. NECESIDAD DE APORTES TEÓRICOS ORDENATORIOS.

Es posible afirmar que la prudencia judicial puede moldear los conceptos legales contenidos en el art. 52 bis de manera adecuada cuando deben aplicarse en el caso concreto¹.

Sin embargo, el hecho de que existan herramientas o remedios jurídicos, como la prudencia judicial, para solucionar los problemas derivados de la extrema vaguedad de los criterios legales contenidos en el art. 52 bis de la LDC, no significa que tales problemas hayan desaparecido ni, tampoco, desconocer que cualquier razonamiento prudencial tendrá mayores garantías de éxito partiendo de criterios más específicos y/o mejor justificados que de simples intuiciones axiológicas no enunciadas. Esto nos lleva al punto siguiente, en donde analizaremos si alguno o algunos de los objetivos en torno a los cuales gira actualmente el debate respecto de la justificación de la pena (retribuir, disuadir, incapacitar y rehabilitar) son capaces –y, en su caso, en qué medida– de arrojar luz sobre los razonamientos judiciales dirigidos a la graduación de la sanción.

IV. LAS TEORÍAS JUSTIFICATORIAS DE LA PENA: NECESIDAD Y DESARROLLO.

A modo de aclaración preliminar, diremos que tienen –todavía– vigencia las controversias acerca de si la aplicación del instituto exige un juicio de reproche de naturaleza subjetiva hacia la persona sancionada (culpabilidad) o si, por el contrario, es posible basar la sanción en un simple juicio objetivo acerca del incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales por parte del proveedor de bienes o servicios².

¹ Así lo ilustran, por ejemplo, GALDÓS, 2015: 302-303; RITTO, 2016: 84-88; TAM-BUSSI, 2020: 2. Allí puede verificarse la manera en que doctrina y jurisprudencia, más allá de la diversidad de situaciones y de terminología empleada, han utilizado de manera recurrente las nociones de “juicio prudencial”, “razonabilidad”, “equidad”, “discrecionalidad”, “arbitrio judicial” u otras análogas a tal efecto.

² Ello, aun cuando la doctrina judicial de los tribunales superiores parece inclinarse decididamente por la primera opción. Así, por ejemplo, TSJ Cba. Sala CyCom., autos “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería Maltería Quilmes S.A.I.C.A y G. - Abreviado - Otros – Recurso de Casación” Sentencia N° 63 de fecha 15/04/2014.

Sin perjuicio de ello, asumimos que la naturaleza punitiva de la multa civil exige la presencia del elemento de la culpabilidad (es decir un juicio de reproche subjetivo respecto la conducta desarrollada por el sancionado), no tanto porque ésta sea la posición doctrinaria y judicial dominante en la actualidad sino más bien porque, debido a motivos cuyo desarrollo excede este trabajo, las teorías justificatorias de la pena se han desarrollado bajo tal paradigma.

Esta asunción, por cierto, no nos impone una particular definición acerca de la naturaleza o gravedad moral del ilícito civil requerido, pudiendo tratarse de una conducta dolosa o, simplemente, de una negligencia o impericia jurídicamente injustificable.

La necesidad de articular una justificación satisfactoria para la graduación del monto de la sanción constituye una exigencia inherente a la legitimación del uso de la coacción estatal correspondiente a todo Estado de Derecho. Legitimar, en este caso, consiste en dar razones acerca de los motivos por los que se coacciona en un sentido determinado, toda vez que el uso de la coacción por parte del Estado se justifica y legitima en la medida que asegura un ordenamiento jurídico fundado en principios y valores (Heller, 1992).

Es por este motivo que cualquier análisis jurídico responsable debe recurrir a una –o más– teorías jurídicas –como es el caso de las teorías justificatorias de la pena– para legitimar las soluciones que se brindan a los problemas prácticos de los que se ocupa el Derecho pues *“Cuando decidimos menospreciar la teoría a favor de la práctica, lo que en verdad hacemos es rechazar las teorías explícitas, que pueden analizarse y debatirse, y preferir las teorías implícitas, que no nos comprometen a mantener un pensamiento coherente ni nos sujetan a la crítica de terceros”* (Guibourg, 1999: 171-172).

Conviene recordar que la previsibilidad del accionar de los órganos estatales constituye una finalidad esencial de todo Estado de Derecho. Ésta debiera servir, sin perjuicio de otras finalidades, al logro de la seguridad jurídica u obtención de previsibilidad para los súbditos³.

³ Tan básica es esta función de previsibilidad, que la noción misma de “Estado de Derecho” la supone conceptualmente (cf. BARBARÁ, 2008: 55-61). Nuestra noción de seguridad jurídica se corresponde con la efectiva aplicación del principio de integridad o de coherencia constitutivo de todo Estado de Derecho, el cual obliga a considerar a las normas y principios no aisladamente, sino como conjuntos dotados de sentido,

De este modo, en situaciones como las que aquí analizamos, en las cuales la manda legal carece de directivas precisas, la seguridad jurídica exigirá una interpretación de los objetivos y principios subyacentes a la decisión institucional del Poder Legislativo que resulte coherente, en la mayor medida posible, con los principios y objetivos del sistema jurídico en general y del derecho del consumo en particular.

Ingresando a la justificación normativa de la sanción civil, debemos comenzar por tener en cuenta que en los sistemas jurídicos las sanciones no están diseñadas para cumplir exclusivamente con una única aspiración. Así, cuando se castiga a quien comete un delito penal se busca “retribuirle” por su acto pero, paralelamente, se considera que también se está cumpliendo con una función preventiva o disuasoria respecto de potenciales delincuentes que, para no ser objeto de análogas puniciones, se verán compelidos a evitar cometer actos semejantes.

En el caso del daño punitivo, tanto doctrina como jurisprudencia, han aceptado sin mayores inconvenientes la superposición de finalidades del instituto. Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en autos *DEFILIPPO* expresó inequívocamente:

“El punto decisivo radica en la verdadera finalidad de esta institución, la que apunta a dos objetivos esenciales: prevenir el acaecimiento de hechos similares, favoreciendo la prevención de futuras lesiones y por otro, punir graves inconductas.

Dichas sanciones civiles se aplican como castigo a un infractor de una norma civil, conteniendo una finalidad ejemplificadora y moralizadora, a los efectos de prevenir conductas similares que afecten los derechos de los consumidores.

Así las indemnizaciones punitivas buscan el castigo de una conducta reprochable y la disuasión de comportamientos similares, tanto para el condenado como para la colectividad, cumpliendo una doble función (preventiva y punitiva).

siendo ello lo que, en verdad, promueve la certeza del Derecho. Esto, debido a que la gente no puede conocer con detalle el ordenamiento jurídico en su totalidad pero sí sus principios básicos (así lo explica ATIENZA, 2003: 117-118, refiriéndose a las ideas de MCCORMICK o DWORKIN, 1988: 137, 138, 164).

... La sanción punitiva en el Derecho del consumidor se explica por la función de tutela que la Ley 24.240 atribuye al Estado, a los efectos de disuadir a las empresas proveedores de incurrir en conductas reiteradas que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por la ley de Defensa del Consumidor.

Tres son, entonces, las funciones de tal instituto: sancionar al causante de un daño inadmisibles, hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa, y prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que mereciera la punición (Cfr. Trigo Represas, en “La responsabilidad civil en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, publicada en LA LEY on line; López Herrera Edgardo, en “Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis”, en J.A., 2008-II-1198).

Desde tal perspectiva es posible colegir que existe una total correspondencia entre los objetivos a que tiende el instituto de los daños punitivos, con los diversos propósitos que en la actualidad se asignan al Derecho de Daños, el que además de contener una finalidad resarcitoria, también cumple particular relevancia la faz preventiva, como la faceta punitiva, destinada a sancionar los comportamientos dañosos.”⁴

En sentido semejante, se ha expresado que el daño punitivo:

“(...) se trata de una condenación que es distinta y diferente del resarcimiento del daño; por eso se la vincula a las funciones de prevención y punición de la responsabilidad civil.” (GALDÓS, 2015: 263).

“(...) tiene la finalidad de castigar al demandado, de enseñar que no haga de nuevo lo que está mal hecho y disuadir a terceros.” (RITTO, 2016: 84).

Pasamos, entonces, a ocuparnos de las distintas posiciones que la Teoría General del Derecho ha desarrollado en torno a la finalidad de la sanción estatal, enfocándonos especialmente en aquello que influye en su cuantificación.

⁴ TSJ Cba. *Defilippo, Darío Eduardo y otro c/ Parra Automotores S.A. y otro – Abreviado - Cumplimiento/ Resolución de contrato - Cuerpo de Copia - Recurso de Casación e inconstitucionalidad* Sentencia N° 61 de fecha 10/05/2016,

a) El retribucionismo.

1. La idea base de la teoría retribucionista –en sus variadas versiones– es que se asigna el castigo debido al daño que se ha cometido. La acción ilícita ha roto el equilibrio que se da en la sociedad y, para restaurar el equilibrio, resulta necesaria la sanción.

En el fondo de esta argumentación, encontramos una intuición axiológica básica que puede sintetizarse del siguiente modo: (i) toda injusticia debe ser corregida; (ii) quien contraviene una obligación legal ha roto el equilibrio social y está obteniendo una ventaja desleal respecto de quienes cumplen el derecho y esto es injusto; (iii) la restauración del equilibrio social exige el castigo y el infractor se hace merecedor del mismo.

El castigo es un deber moral en sí mismo, independientemente de sus consecuencias, y por ello se dice que el retribucionismo mira al pasado. Kant es por demás claro al respecto:

“Aún cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros, antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel para que cada cual reciba lo que merecen sus actos.” (KANT, 1797: 168-169).

La justificación retribucionista impone una pena que tenderá, de algún modo, a igualar el mal causado, sobre la base del denominado principio de proporcionalidad de la pena. Sin caer en una versión decimonónica y literal de la ley del talión, se exige cierta equivalencia entre la sanción y el ilícito.

En determinados ilícitos esta correspondencia es difícil de medir o cuantificar. No resulta para nada sencillo hacer este cálculo en el caso de una pena privativa de la libertad respecto, por ejemplo, de un delito como el homicidio. Sin embargo, en el caso del daño punitivo, esta equivalencia proporcional parece, *a priori*, más sencilla de satisfacer, dado que estamos en un ámbito de conductas ilícitas que involucran una afectación patrimonial –aunque sea potencial o en el origen de la relación– de los consumidores afectados que se corresponden con sanciones que consisten, también, en una afectación del patrimonio del proveedor del bien o servicio.

La justificación retribucionista requiere, a la par del principio de proporcionalidad, el cumplimiento del denominado principio de igualdad, el cual puede ser sintetizado de la siguiente forma: quien comete ilícitos similares debe ser tratado de manera similar. Esto implica que las carac-

terísticas personales y sociales del sancionado y/o de las víctimas resultan irrelevantes para la graduación de la sanción.

2. El problema que presenta el retribucionismo para la graduación de la sanción, en el caso específico del daño punitivo, es que, si la determinación del monto de la multa civil se establece solamente sobre la base del daño causado a la persona que lleva adelante la demanda judicial, debido a su probable escasa cuantía, tiende a tornar atractiva la asunción de riesgos derivados del ilícito por parte del polo fuerte de la relación de consumo, que es el proveedor.

De procederse de esta manera, siendo de la misma naturaleza la sanción que los beneficios obtenidos del incumplimiento legal, el supuesto “castigo” no sería tal en los casos en que éste queda compensado con los beneficios patrimoniales totales –o sea: considerado todo el universo de consumidores–, obtenidos a través del incumplimiento legal o contractual.

Supongamos que se lanza al mercado un producto con determinadas deficiencias de calidad que, debido a su menor costo, permiten obtener una rentabilidad mayor a la empresa proveedora del bien. Supongamos que la probabilidad de ocurrencia del funcionamiento defectuoso del producto es considerablemente menor al 100% y, a su vez, que la probabilidad de reclamos judiciales derivados de ese funcionamiento defectuoso –y, por tanto, la probabilidad de aplicación de una multa civil– es, también, sensiblemente menor al total de los casos en los cuales el defecto efectivamente se presentó. Supongamos que, de ese universo de reclamos en sede judicial, la sanción civil se establece sobre el principio de proporcionalidad en relación al daño causado a cada uno de los demandantes. Pues bien, en este tipo de situaciones, la aplicación de la multa civil solo significará un “castigo” si nos enfocamos desde la perspectiva de cada caso individual, pero de ninguna manera si asumimos la perspectiva lucrativa global del proveedor quien, lejos de haber sido “castigado”, habrá sido beneficiado por un sistema legal que gradúa de ese modo el *quantum* de la sanción civil.

Esto podría llevarnos a asumir la perspectiva lucrativa global del proveedor incumplidor para graduar la multa. Pero el problema de esta solución es que ella nos acerca a la idea de castigo –el cual exige causar un perjuicio al sancionado mediante la privación de un bien que, lógicamente, debe ser patrimonialmente superior al beneficio económico obtenido del incumplimiento–, pero nos aleja de la justificación retribucionista. Ello así, toda vez que esta perspectiva no cumple con el requisito de proporcionalidad respecto del daño efectivamente causado.

El hecho de incluir dentro de la medición que debe llevarse a cabo para la graduación de la multa no sólo los beneficios efectivos derivados de los incumplimientos obligacionales respecto de los consumidores demandantes, sino también los beneficios o ganancias correspondientes al universo total de consumidores –incluidos los futuros y potenciales– pierde de vista, en definitiva, el daño efectivo para poner el énfasis en un elemento cuantificador ajeno al principio de proporcionalidad.

Otra dificultad que plantea el retribucionismo viene asociada al cumplimiento del principio de igualdad en la imposición de la sanción. Recordemos, al respecto, que este principio impone que las condiciones personales de la víctima del ilícito, así como las de quien lo comete, no deban ser tenidas en cuenta para la graduación de la pena. En consecuencia, la aplicación del principio de igualdad torna inadecuado, como parámetro para la graduación de la sanción, a determinado tipo de daños. Tal es el caso, por ejemplo, del daño moral o del lucro cesante, ya que éstos se vinculan directamente con las condiciones subjetivas de sufrimiento o de producción de riqueza específicas del damnificado.

3. De este modo, el retribucionismo parece ser capaz de dar una respuesta adecuada al problema de la graduación cuando el incumplimiento está relacionado con algún o algunos consumidores específicos y determinados, por ejemplo, en los casos de ilícitos no lucrativos derivados de la violación del deber de trato digno al consumidor (art. 8 bis LDC), pero presenta dificultades en casos de ilícitos masivos en donde no se produce un daño efectivo respecto de cada consumidor –sino que sólo se los ha sometido a una probabilidad de daño patrimonial–. A su vez, es una guía útil en la medida que la cuantificación de la sanción se tome sobre la base del daño material sufrido por el consumidor, pero obliga –en una aplicación estricta del principio de igualdad– a dejar de lado otro tipo de daños padecidos por éste como consecuencia del accionar ilícito del proveedor.

b) La disuasión.

1. Las teorías de la disuasión entienden que la imposición de una pena se justifica porque, a través de la misma, se previene la realización de nuevos ilícitos futuros, ya sea por parte de la propia persona sancionada –prevención especial– ya sea por parte de todos aquellos que, por temor

a ser castigados, evitarán incurrir en ese tipo de conductas –prevención general–.

Se trata de una justificación consecuencialista, conforme la cual resulta irrelevante la noción de merecimiento de la sanción o de proporcionalidad al mal cometido: todo lo que interesa es la idoneidad de la sanción para cumplir con su función preventiva hacia el futuro.

2. Para evaluar esa idoneidad preventiva interesan, principalmente, tres factores: la dureza o severidad del castigo, la certeza que puede tener el potencial dañador de ocurrencia del castigo y la celeridad en la aplicación de la pena. Aquí nos estamos ocupando del primero de ellos.

En lo que respecta a la dureza del castigo, el concepto central es que la sanción debe tener un costo más elevado que los beneficios derivados del ilícito. De este modo, el principio de proporcionalidad es dejado deliberadamente a un lado.

Algo similar ocurre con el principio de igualdad: las características del sujeto sancionado, así como las de los potenciales dañadores en situaciones análogas, deben ser tenidas especialmente en cuenta para la determinación de la sanción si se busca un real efecto disuasorio.

3. No es nuestro objetivo aquí ocuparnos de los consabidos problemas contraintuitivos que plantea el alejamiento de los principios retribucionistas de merecimiento, proporcionalidad e igualdad. Pero sí debemos remarcar que, en lo que respecta a la cuantificación del daño punitivo, este tipo de teorías justificatorias muestran un problema significativo desde el punto de vista pragmático de la medición de la sanción: ni siquiera por hipótesis contamos con un criterio general que resulte aceptable a manera de desincentivo.

En el caso del retribucionismo, la guía era el mal causado y éste determinaba la existencia de un mínimo y un máximo que, aún con dificultades, podrían ser cuantificados con cierta precisión o razonabilidad. En el caso de la disuasión, en cambio, la ganancia obtenida o a obtener por medios ilegítimos constituye un piso para la cuantificación de la multa pero carecemos de un techo. Además, carecemos de parámetros justificativos para graduar sanciones en casos de incumplimientos obligacionales que han generado un daño al consumidor pero no una ganancia al proveedor.

Una pena muy severa sin dudas cumple con el fin disuasorio. Pero la pregunta, incluso en este caso, sería ¿cuál sería el criterio de severidad? A la que se siguen otras como las siguientes: ¿acaso un porcentaje sig-

nificativo de las ganancias de la empresa por todas sus actividades y no sólo las ganancias vinculadas a la conducta ilícita que motiva la sanción pues, caso contrario, el desincentivo para futuras actividades dañosas es susceptible de tornarse ineficaz si la sanción no afecta el giro normal de la empresa? ¿o deberían tenerse en cuenta únicamente a las ganancias vinculadas a la conducta sancionada pues ello es suficiente a los fines de la disuasión? ¿es legítima una pena cuya severidad afecte el giro normal de la empresa por el solo hecho de que cumpla con su fin disuasorio? ¿qué criterios de cuantificación seguimos en el caso de que la empresa no haya obtenido beneficios a partir de su incumplimiento?

Nos encontramos, entonces, con la siguiente paradoja: la teoría que parece brindar una respuesta más racional a la finalidad general del instituto es la que menor aporte realiza para la determinación del monto sancionatorio.

c) Incapacitación. Rehabilitación.

1. La incapacitación mira al futuro, como la disuasión. La ejecución o la encarcelación son modos típicos de incapacitar. Como en la disuasión, no se exige proporcionalidad ni respeto a los principios retribucionistas. Sin embargo, salvo que se considere la extravagante tesis de que la figura del daño punitivo pueda justificar la imposición de una sanción económica de tal gravedad que lleve necesariamente a la quiebra de la empresa, no parece que pueda sostenerse que esta justificación sea susceptible de aportar demasiado para nuestro análisis en el caso de la multa civil.

2. Algo semejante sucede con la rehabilitación. Nada hay en el instituto que constituya una actividad tendiente a educar –no por vía directa, al menos– al proveedor.

V. LA FUNDAMENTACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA.

1. La jurisprudencia local ha asumido de manera unánime la justificación múltiple de la imposición de la pena civil. Del análisis de la jurisprudencia se observa la reiterada cita de Trigo Represas realizada por el Máximo Tribunal Provincial en autos *DEFILIPPO*, donde se afirma que las

funciones del instituto son: 1) sancionar al causante; 2) hacer desaparecer los beneficios derivados del incumplimiento y 3) prevenir nuevos hechos lesivos similares⁵.

Una afirmación similar se encuentra presente en todos los considerandos introductorios del instituto en cuestión y su procedencia⁶. Sin embargo, a la hora de cuantificar el daño punitivo en la mayoría de los casos las consideraciones vertidas son más breves y variadas.

2. En este contexto, merece una especial consideración la jurisprudencia reciente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quinta Nominación de la ciudad de Córdoba, en la que realizó un esfuerzo por explicitar y sistematizar las “demás circunstancias del caso” a las que refiere genéricamente el art. 52 bis de la LDC, que resultan relevantes a la hora de fijar el *quantum*. A criterio de este Tribunal de Alzada –voto del Vocal Dr. Joaquín Ferrer– ellas son: a) Gravedad del hecho; b) Perjuicio para el consumidor; c) Posición en el mercado del infractor; d) Cuantía del beneficio obtenido; e) Eficacia de la sanción, f) Grado de intencionalidad (art. 49 LDC); g) Trascendencia social (art. 49 LDC); h) Reincidencia (art. 49 LDC); i) Vulnerabilidad del consumidor.

El precedente resulta valioso pues intenta sistematizar, de manera más exhaustiva, lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia en ocasiones de una forma dispersa y, otras veces, mediante razones exclusivamente acotadas a las circunstancias del caso particular a resolver –y, por tanto, razones que no resultan extensibles a otros casos judiciales ni sirven de guía firme al litigante–.

⁵ “Tres son, entonces, las funciones de tal instituto: sancionar al causante de un daño inadmisibles, hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa, y prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que mereciera la punición (Cfr. Trigo Represas, en “La responsabilidad civil en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, publicada en LA LEY on line; López Herrera Edgardo, en “Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis”, en J.A., 2008-II-1198)”. (TSJ, 10/05/2016, Sentencia N° 61).

⁶ También es usual encontrar la definición estipulada por Pizarro “...sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro.” (PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño Moral*, Hammurabi, Bs. As., 1996, p. 453).

Además, allí se introduce, de manera novedosa, la vulnerabilidad del consumidor como variable para la cuantificación, a través de lo cual se incluye en el cálculo un elemento que las teorías justificatorias de la pena tradicionales excluyen para la cuantificación de la sanción.

Merecen especial atención las variables “Posición en el mercado del infractor (art. 49 LDC)” y “Eficacia de la sanción”. Ambas, con cita del precedente de la Cámara de Apelaciones de Sexta Nominación de la ciudad de Córdoba *Raspanti c/ AMX Argentina S.A.*⁷, se asocian directamente a la justificación disuasiva. La Cámara afirma:

“c) Posición en el mercado del infractor (art. 49 LDC): Constituyen elementos que deben ser valorados para la cuantificación del daño punitivo el patrimonio del dañador, su situación en el mercado (por ejemplo si existe monopolio), su proyección nacional o internacional. “...es sabido que una multa de escaso valor para grandes empresas multinacionales no alcanza a generar un cambio en la conducta contumaz y desaprensiva para el consumidor, sino que lo único que consigue es que la corporación pague y siga actuando de idéntica manera” (Cámara 6ª C.C. Cba. 8/4/14, Expte. 2196285/36. *Reseñas de fallas en Semanario Jurídico N° 1957, del 29 de mayo de 2014*).... **e) Eficacia de la sanción:** la sanción a imponerse debe cumplir con su finalidad: disuadir al proveedor de incurrir o mantener conductas vulneratorias de los derechos del consumidor. “...corresponde tener presente que la sanción civil impetrada tiende a prevenir, por parte de dicha empresa, hechos similares para el futuro. (...) prevenir –ante el temor que provoca la multa- la reiteración de hechos similares en un futuro. Contribuye al desmantelamiento de los efectos de ciertos ilícitos, pero sin acudir a principios o normativas del derecho penal. La idea es, básicamente, que frente al riesgo de sufrir la sanción, deje de ser económicamente atractivo enriquecerse a costas de vulnerar derechos ajenos”⁸.

En el caso –que versaba sobre la modificación unilateral de la condiciones de un paquete bancario inicialmente bonificado y la generación de cargos por comisiones– se calificó la conducta de la entidad bancaria

⁷ Cámara 6ª CyC Cba. *Raspanti, Sebastián c/ AMX Argentina S.A. s/ Ordinarios - Otros - Recurso de apelación*. Sentencia N° 24 de fecha 26/03/2015.

⁸ Cámara 5ª CyC Cba *Quiroga Crespo, Carlos Guido Jose c/ Banco Itau Argentina S.A. - Ordinario- daños y perj. - Otras formas de respons. extracontractual*, Sentencia N° 116 de fecha 02/02/2019.

como grave; se ponderó la violación del derecho a la información y la libertad de elección mediante el ofrecimiento de condiciones engañosas; vulneración del deber de trato equitativo y digno; la posición en el mercado del infractor; cuantía del beneficio obtenido⁹; el grado de intencionalidad; la reincidencia; la trascendencia social. Con todo ello, se fijó el rubro en trescientos mil pesos (\$300.000), el doble de lo acordado en primera instancia (\$150.000) y la mitad de lo solicitado por el actor en alegatos (\$596.970).

3. Por su parte la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba, en un caso por intoxicación de menores en razón del consumo de una conserva en mal estado adquirida en un hipermercado, meritó para la procedencia de la sanción la peligrosidad de la ingesta para la salud, el daño efectivamente causado a la salud de los consumidores, que resultaron damnificados niños de corta edad, la conducta desaprensiva de la demandada en los controles y el amplio reconocimiento comercial y alcance del giro económico del supermercado.

Al momento de la cuantificación, se hizo especial hincapié en la eficacia disuasiva de la suma condenada. El tribunal expresó –en voto del Dr. Rafael Garzón– que: *“La eficacia y fundamento del instituto depende en gran medida de que el monto de la condena sea el adecuado a dichos fines disuasivos. En este orden de ideas, considerando la significación económica de la contratación que origina la acción y el giro económico de la empresa, debe imponerse una multa que no resulte irrisoria, ya que ello carecería de entidad disuasiva capaz de evitar que se mantengan las conductas antijurídicas en el futuro.”*¹⁰. Asimismo, descartó en el caso que fuera relevante el escaso valor del producto comercializado y la supuesta ausencia de lucro de la demanda por el incumplimiento en cuestión. Se resolvió elevar la condena punitiva a pesos cuatrocientos mil (\$400.000), con intereses desde sentencia de primera instancia (06/08/2018).

⁹ Resulta apropiado destacar que el Tribunal señala que no pueden valorarse debidamente, por falta de prueba, las ganancias obtenidas por el cambio de condiciones contractuales. La ausencia de elementos pesa como pauta desfavorable a la posición de la demandada, atento su falta de colaboración y de cumplimiento de lo dispuesto por el art. 53 de la LDC.

¹⁰ Cámara 3ª CyC Cba. *Fernández, Gerardo Ezequiel y Otros c/ Walmart Argentina S.R.L. – Abreviado*, Sentencia N° 9 de fecha 13/02/2020.

4. En igual sentido la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Sexta Nominación de la ciudad de Córdoba, con voto del Dr. Alberto F. Zarza, en el caso de cambio de plan de telefonía móvil que había generado un daño material de \$53, impuso una condena de \$500.000. Para así decidir, refirió a la función preventiva del instituto en cuestión. Se señaló que: “...hemos de tener presente que la sanción civil impetrada tiende a prevenir, por parte de dicha empresa, hechos similares para el futuro. Vale destacar que el instituto bajo examen -daño punitivo- no sólo cumple una función sancionatoria y reparadora, sino también “preventiva”. La finalidad que persigue no es sólo castigar aquel grave proceder, sino también prevenir -ante el temor que provoca la multa- la reiteración de hechos similares en un futuro. Contribuye al desmantelamiento de los efectos de ciertos ilícitos, pero sin acudir a principios o normativas del derecho penal. La idea es, básicamente, que frente al riesgo de sufrir la sanción, deje de ser económicamente atractivo enriquecerse a costa de vulnerar derechos ajenos. Se busca que las empresas no calculen sus beneficios económicos con incumplimientos contractuales, sino que respeten los derechos del consumidor y usuario, y cumplan sus obligaciones contractuales y legales.”¹¹.

Para determinar el *quantum*, también tuvo en consideración que la empresa obtuvo beneficio económico y que la conducta ha sido una práctica reiterada por la empresa, quien había sido incluso sancionada administrativamente en situaciones similares.

5. De este modo, observamos que las tendencias jurisprudenciales hacen prevalecer una cuantificación de la sanción sobre bases disuasivas antes que sobre bases retribucionistas. Sin embargo, esta línea decisional se enfrenta a algunas dificultades jurídico-procesales, como explicaremos en lo que sigue, además, por cierto, de las ya mencionadas dificultades justificatorio-conceptuales a las que hicimos referencia precedentemente.

¹¹ Cámara 6ª CyC Cba. *Gallardo Quevedo, Jesica Paola c/ Movistar de Telefónica Móviles Argentina S. A. Ordinario – Cobro de Pesos – Recurso de Apelación*”, Sentencia N° 17 de fecha 19/03/2017.

VI. DIFICULTADES PARA REALIZAR UNA ADECUADA CUANTIFICACIÓN DISUASORIA¹².

a) El principio de congruencia.

La normativa procesal local cordobesa impone, en su artículo 175 inc. 3), la expresión de “*La cosa que se demande designada con exactitud. Si se reclamase el pago de una suma de dinero, deberá establecerse el importe pretendido, cuando ello fuese posible, inclusive respecto de aquellas obligaciones cuyo monto depende del prudente arbitrio judicial.*”.

Consideramos, ciertamente, que esa obligación procesal resulta aplicable a los reclamos de sanciones punitivas de defensa del consumidor. Sin embargo, dicha cuantificación provisoria hecha por el accionante, puede tener un efecto más o menos limitante de la cuantificación final en función de los fundamentos vertidos (teoría legitimatoria esgrimida) y la prueba rendida.

Lo dicho se vincula directamente con el respeto del principio de congruencia (art. 330 CPCC). Las características de la figura, que pone en cabeza del juez la imposición de una sanción, haría posible justificar con mayor facilidad el apartamiento de la cuantificación realizada por la parte y, hasta cierto punto, justificar una suerte de flexibilización de dicho principio.

En el punto, el monto demandado funciona, de algún modo, de manera similar a la cuantificación de otros daños de difícil mensura (vgr. daño moral, pérdida de chance), con una fórmula al estilo “*lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse*” o lo que en “*en más o en menos resulte del prudente arbitrio*”. Tales formulaciones disipan en gran medida las objeciones formales al apartamiento, por aumento, del *quantum* solicitado.

No obstante, si bien ello permite, a grandes rasgos, eludir el problema de la violación del principio de congruencia a los fines de la sentencia; no es menos cierto que en la práctica se ha observado que opera como un

¹² En los puntos siguientes se formulan afirmaciones acerca de prácticas tribunalicias que se derivan de la observación y estudio, por parte de los autores, realizada a lo largo de su desempeño respectivo como abogado litigante y actual Vocal de Cámara Civil y Comercial y como relatora de primera y segunda Instancia Civil y Comercial.

condicionante significativo. Es habitual que los tribunales ante la dificultad de cuantificar concedan lo solicitado, con mayor facilidad si las sumas guardan cierta relación con el daño sufrido¹³

Lo anterior podría deberse, por un lado, a que seguir ese curso de acción exige un menor esfuerzo argumentativo en torno a la cuantificación y, por otro lado, a que, de ese modo, se blinda a la decisión de un ataque recursivo fundado en la violación al principio de congruencia. Pero, en este orden de ideas, también podemos especular con que las dificultades en torno a la justificación de la pena *supra* reseñadas juegan un rol importante en esta tendencia.

En este punto, las teorías de la justificación de la pena demuestran que ese proceder, si bien es defendible en términos estrictamente procesales —es decir, probablemente la sentencia no merezca revocación—, puede calificarse como deficiente, en buena medida, para alcanzar los fines de la norma y, en ese sentido específico, se torna un proceder injustificado. Para realizar esta afirmación basta pensar la respuesta a las siguientes preguntas: ¿Una condena por daños punitivos cuya cuantía no permite alcanzar el efecto disuasivo, es una condena justificada? ¿Basta la limitación de la parte, so pretexto de respeto al principio de congruencia, para que cese el deber de correlación entre la justificación disuasoria de la pena y el *quantum* de la sanción?

b) La imposición de costas.

Asimismo, es importante señalar que la práctica jurisprudencial, de algunos tribunales, de imponer costas por el rechazo del rubro, así como la distribución de costas en casos de acogimiento por un monto menor, desestimula los esfuerzos por llegar a una correcta cuantificación, que sea razonablemente disuasoria, por parte de los accionantes.

¹³ Por Sentencia N° 18 de fecha 14/03/2018 en autos *Mussini Claudia Viviana C/ Petru viajes de Héctor Raúl Vilar y otros* —Abreviado— *Cumplimiento/resolución de contrato - recurso de apelación*, la Cámara interviniente revocó la sentencia de primera instancia y acogió la demanda y el rubro de daño punitivo. Lo cuantificó en el “20% del monto de la pretensión”, conforme había sido demandado, sin realizar ninguna otra consideración. La condena ascendió a \$7.600 en un caso de incumplimiento contractual en materia de turismo.

La cuantificación elevada del daño punitivo se proyecta en el encarecimiento de las costas judiciales, lo que afecta al propio demandante en caso de derrota o, incluso, de acogimiento parcial de la pretensión condenatoria, lo cual aumenta sensiblemente el riesgo del litigante que pretende la aplicación de la sanción.

Decisiones en este sentido constituyen un fuerte incentivo para que la cuantificación del rubro sea “moderada”. La práctica judicial indica que son pocos los litigantes particulares que asumen el riesgo de pronunciarse por una finalidad disuasoria o preventiva y alegan y prueban sobre la escala social o global de la afectación provocada por el accionar del proveedor. Ello conduce, a nuestro modo de ver, a que el daño punitivo se peticione, litigue y resuelva como un simple *plus* para el damnificado sin mayor proyección social y en cierta medida inocuo para las grandes compañías.

c) La prueba.

La adopción y realización de uno u otro criterio para la cuantificación del daño punitivo depende, a su vez, de otro factor: el tipo de prueba que se haya arrimado al proceso. Nos explicamos.

Si el tribunal que debe resolver carece por completo de información que le permita establecer algún tipo de parámetro objetivo respecto, por ejemplo, de la rentabilidad obtenida como consecuencia de la conducta ilícita, carecerá de parámetros que le permitan adoptar una decisión en términos disuasorios. De igual modo, si carece de información sobre el patrimonio y volumen comercial del proveedor resulta imposible determinar fundamentadamente un monto que implique un verdadero *castigo* con aptitudes para cumplir con su fin disuasorio.

Dado que la multa civil consiste en un beneficio que obtiene la parte perjudicada, resulta de toda lógica que sea esa misma parte quien se ocupe de arrimar o, al menos, de estimar al demandar, los parámetros objetivos en los cuales deberá sustentarse la condena de naturaleza disuasoria. No se trata de que la parte conozca de manera acabada los balances, ganancias o ecuaciones de costo de la empresa demandada pero se trata, al menos, de que haga una estimación aproximativa, a los efectos de trasladar a su contraparte el peso de la carga de la prueba de conformidad a lo normado en el art. 53 de la ley LDC.

Consideramos que las facultades del juez de producir prueba deben ser ejercidas con cautela por cuanto están en juego las garantías del debido proceso y defensa en juicio de la parte accionada, lo que reafirma que la carga probatoria recaiga en las partes del proceso.

En gran medida, alegación y prueba resulta inescindible de la adopción de un fin justificatorio y su correcta fundamentación. Cuando esto no sucede, nos encontramos con decisiones judiciales que contienen declamaciones de fines sociales disuasorios y preventivos pero que imponen pequeñas condenas que no guardan relación con lo afirmado sobre los fines perseguidos por el instituto¹⁴.

Mientras el consumidor accionante debe aportar los parámetros evaluativos de la multa, si es que tiene legítimas expectativas de que el rubro tenga una envergadura efectivamente disuasoria, la parte demandada puede protegerse de una cuantía demasiado elevada y la posible violación del principio *non bis in idem* mediante la producción de prueba de descargo. Podrá acreditar que ya fue condenada por el mismo hecho, o que el lucro o el giro comercial es menor del presupuesto. Se destaca que los proveedores, especialmente al plantear la inconstitucionalidad del 52 bis o solicitar reducción de las condenas, tampoco suelen producir prueba específica.

d) La utilidad de las pautas del art. 49 de la LDC.

Tal como fue referido, la jurisprudencia ha recurrido a las pautas del art. 49 de la LDC a los fines de graduar la multa civil.

¹⁴ Así, por ejemplo, en un caso contra una importante firma internacional de tienda de departamentos, la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Sexta Nominación afirmó que se había producido “...un “*flagrante*” y “*ostensible*” incumplimiento del deber de información y de trato digno a la consumidora como efecto directo de la aplicación de una política empresarial explícita que vulnera los derechos de los consumidores de retractarse de una operación pese a la irrenunciabilidad del derecho establecido por la ley, lo que configura una “grave inconducta” o como causante de un daño dotado con malicia, mala fe o grosera negligencia”. Se sostuvo que el daño punitivo es una multa civil con una faz preventiva y otra sancionatoria y se elevó la condena por este concepto de \$5.000 a \$10.000, cifra que, dada la envergadura de la persona jurídica sancionada no resulta razonablemente idónea a los fines disuasorios (sin contar con que, habiéndose destacado la gravedad del hecho, tampoco parece ser una suma que cumpla con los parámetros del retribucionismo). (Alvarez, Beatriz C/ Falabella S.A. – Abreviado – Otros – Recurso de Apelación Sentencia 9 de fecha 22/02/2017)

Entre las circunstancias a considerar conforme el mencionado texto legal, “*el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario*” responde inequívocamente a un criterio netamente retribucionista, según surge de lo ya explicado.

Mientras que “*la posición en el mercado del infractor*”, “*la cuantía del beneficio obtenido*”, “*el grado de intencionalidad*” y “*la reincidencia*”, responden a la finalidad disuasoria. La posición en el mercado se vincula a la envergadura económica del sujeto dañador. La consideración de los beneficios obtenidos tiene que ver con la eliminación del ilícito lucrativo. En tanto que el grado de intencionalidad y la reincidencia se asocian a la noción de que sólo sobre quien obra voluntariamente –ya sea a título de culpa o dolo– la sanción es susceptible de producir efectos disuasorios.

La referencia a “*las demás circunstancias relevantes del hecho*” nada aporta como criterio cuantificador debido a su extrema vaguedad.

Así, encontramos que, sin perjuicio de su utilidad como apoyatura jurídico normativa para las decisiones judiciales, pues suministra pautas generales a las cuales adecuar la solución del caso, el art. 49 de la LDC refleja los inconvenientes conceptuales que hemos ido reseñando a lo largo del presente, en la medida que alterna, sin orden de prelación o jerarquía, elementos cuantificadores correspondientes a diferentes teorías justificatorias de la pena.

En definitiva, el art. 49 de la LDC refleja la –inevitable– tensión entre teorías retribucionistas y disuasorias, a la par que –de algún modo– proporciona una suerte de guía ineludible para la cuantificación del daño punitivo. Por tanto, resulta útil en la medida en que explicita variables no detalladas en el art. 52 bis de la LDC pero, no obstante ello, no llega a conformar un instrumento idóneo, por sí mismo, para la superación de los problemas puestos en evidencia a lo largo de este desarrollo.

e) El tope del art. 47 inc. b de la LDC.

Cuando el legislador puso el tope de \$5.000.000 en el art. 47 inc. b de la LDC el valor de la moneda era muy diferente al actual. Siguiendo los índices inflacionarios, a valores de septiembre de 2020, el poder adquisitivo de aquellos \$5.000.000 de 2008 equivale aproximadamente al poder adquisitivo de \$127.500.000.

No es necesario argumentar demasiado para llegar a la conclusión que la escala pensada por el legislador de 2008, con máximos y mínimos sancionatorios, si quiere ser coherente con los parámetros tenidos en cuenta por aquel entonces, debe ser considerada a valores actuales. Esa escala, entonces, iría aproximadamente de los \$2550 a los \$127.500.000 mencionados arriba. Serían esos montos, aproximativamente, los que el legislador “racional” actual habría considerado justos para el logro de los fines del instituto.

Conocemos que la naturaleza punitiva del instituto es susceptible de ser considerada como una razón para evitar toda interpretación judicial que suponga una actualización de la escala. Pero hacer prevalecer este principio, con la tremenda desvalorización del poder adquisitivo del dinero y la inacción legislativa respecto de los montos previstos en el art. 47 de la LDC, supondría alterar significativamente las posibilidades efectivas de que el instituto cumpla con su finalidad. Y, en buena medida, podría entenderse que esto es lo que está sucediendo cuando nuestros tribunales –y los demandantes- continúan resolviendo –y demandando- de acuerdo a una escala que ha quedado completamente desactualizada, imponiendo sanciones que pueden guardar alguna relación razonable con valores del año 2008 pero que ya no lo guardan con los valores actuales del dinero.

VII. ALTERNATIVAS TEÓRICAS Y APORTES PRÁCTICOS CONCLUSIVOS.

1. Existen dos alternativas teóricas que persiguen zanjar la problemática desde el punto de vista de las teorías justificatorias de la pena.

Una de ellas consiste en sostener que los jueces deben tomar decisiones retributivamente apropiadas salvo que su resultado implique, indubitadamente, privar a la sanción de todo tipo de efecto disuasorio.

La otra consiste en recorrer el camino inverso: lo que debe guiar la graduación de la sanción es el efecto disuasorio pero, a través del mismo, no se legitima la imposición de condenas intolerablemente injustas desde la perspectiva retribucionista.

2. El problema con este tipo de teorías es que, dado la indeterminación conceptual de los criterios que operan como límites –inexistencia de efectos disuasorios, injusticia intolerable- éstas terminan arrastrando incompatibilidades o tensiones internas. No obstante ello, permiten, en la

práctica judicial, que se utilicen guías alternativas para la cuantificación conforme los diferentes supuestos que se presentan.

Así, el retribucionismo permitirá dar cuenta de la graduación de una multa civil sobre la base del daño, cuando la empresa proveedora no haya obtenido beneficios. En tanto que, cuando la empresa ha obtenido ganancias derivadas del ilícito, las teorías de la disuasión se muestran como las más adecuadas para poner un piso al monto de la sanción y las retributivas para evitar que el mismo no se eleve a sumas exageradamente desproporcionadas respecto del ilícito o del daño causado.

3. Lo que, en todo caso deberá constituir una aspiración de los operadores del Derecho es partir de presupuestos comunes y explicitados que permitan la deliberación racional. Este solo hecho no impondrá un límite absoluto ni infranqueable a la discrecionalidad pero sí le otorgará un cauce significativo. Es que, en todo discurso racional, debe partirse de presupuestos comunes y el juez, si pretende que su discurso sentencial sea calificado como racional y, por ello, como válido jurídicamente, deberá tomar como punto de partida esos presupuestos que, en el caso, están constituidos por los principios justificatorios del instituto aplicado.

Un monto que no cumple ningún fin de la pena, es una sanción en cierta medida injustificada.

Un *plus* de escasa cuantía puede resultar favorable para el interés personal del consumidor o usuario, pero suele no tener la repercusión social pretendida.

En consecuencia, si se quiere que el instituto cumpla con su finalidad, los operadores jurídicos deberán hacer un esfuerzo, ciertamente diferente al que de ordinario se suele realizar, por presentar peticiones fundadas, aportar elementos de convicción de las circunstancias relevantes y argumentar de manera más acabada y concreta aquello que da sustento a la cuantificación de la multa civil.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2003.
- BARBARÁ, Jorge Edmundo, *Estado de derecho y autonomía de la voluntad*, Advocatus, Córdoba, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.

- GALDÓS, Jorge Mario, “Los daños punitivos en la ley de Defensa del Consumidor” en STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos A. (Directores), *Tratado de Derecho del Consumidor – Tomo III*, La Ley, Bs. As., 2015.
- GUIBOURG, Ricardo A., *Pensar en las normas*, Eudeba, Bs. As., 1999.
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México 1992.
- KANT, Immanuel, 1797, *La metafísica de las costumbres*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Bs. As., 1982.
- PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño Moral*, Hammurabi, Bs. As., 1996.
- RITTO, Graciela, *Sistema de Defensa del Consumidor*, 20XII Grupo Editorial, Bs. As., 2016.
- TAMBUSSI, Carlos E., *El daño punitivo y la cuantía necesaria para cumplir su finalidad* en La Ley Online- 29/10/2020, cita online: Ar/Doc/3365/2020.
- VILAJOSANA, Josep M., *Identificación y justificación del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

DOCTRINA Y GESTIÓN COOPERATIVA EN PANDEMIA (De la primera revolución industrial a la era del coronavirus) *

*Roberto Fermín Bertossi***

Resumen: El cooperativismo aparece en Inglaterra, cuando 28 personas desocupadas, con hambre y miseria, a consecuencia de la primera revolución industrial, buscaron auto gestionarse una solución sin intermediarios ni lucro. Un 24 de agosto de 1844, plasmaron la “Sociedad de los justos pioneros de Rochdale”, que inspirada en principios cooperativos, encauzó con buen sentido práctico la satisfacción de las primeras necesidades físicas básicas de los mismos. Después del COVID-19’, millones de personas quedarán sin algún trabajo ni alimentos. A esto, previa las reconversiones y transformaciones del caso, proponemos una solución cooperativa, *aggiornadamente* similar, mediante la autogestión y la acción vecinal.

Palabras clave: Doctrina. Cooperativa. Gestión. Bienes comunes. Revolución Industrial. COVID-19’. Devenir. Discurrir pandémico.

Sumario: Introducción con una pizca de historia cooperativa. La emboscada del COVID-19’. Desafíos cooperativos. Reconversión relacional, laboral, empresaria, sindical y otras. Conclusiones, propuestas y respuestas.

INTRODUCCIÓN CON UNA PIZCA DE HISTORIA COOPERATIVA

Como todos los años -poco menos, dos siglos atrás-, el primer sábado de julio se celebra el día internacional del cooperativismo.

¿Y ello por qué? Porque a raíz de uno de los efectos perversos de la primera revolución industrial que tuvo su expresión en Rochdale, Manchester, en 1844, se reunió un grupo de 28 obreros desocupados,

* Artículo recibido 27/05/2020 – Aprobado para su publicación el 04/02/2021

** Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba en la República Argentina. Experto de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CoNEAU) en cooperativismo. bertossirf@gmail.com

muchos de ellos tejedores de franela. En tal histórica ocasión, los mismos constituyeron la que se puede considerar, por su larga pervivencia, como la primera cooperativa formal del mundo. Dichos obreros a raíz de las huelgas de 1841, estaban vitalmente amenazados de hambre y miseria. Sin trabajo se vieron en la necesidad de buscar una solución por su cuenta con su esfuerzo propio personal y la ayuda recíproca, dando inicio de tal manera a la autogestión y acción vecinal, sin intermediarios y suprimiendo el lucro. De tal manera, un 24 de agosto de 1844, previa inscripción legal, se institucionalizaba el “cooperativismo” bajo la denominación: “Sociedad de los justos pioneros de Rochdale”, la que así, encauzó con buen sentido práctico los genuinos ideales cooperativos de sus fundadores.

Podemos asignar tal merito secular a los mencionados ‘28 fundadores cooperativos’, víctimas de esa revolución industrial que los dejó sin trabajo formal ni informal (*infinitesimal, muchísimas menos de las que dejará el COVID-19*)

Estos pioneros al centrar su cooperativa en ellos mismos, como consumidores, y poner en práctica un mínimo de medidas administrativas elementales de buen sentido práctico, no solamente asentaron las bases de una doctrina cuya solidez casi dos siglos confirman a diario, sino que iniciaron un modo solidario típico, mancomunadamente cooperativo, para hacer, lograr y brindarse las cosas por sí mismos, a la postre todo un estilo e ícono de nuestra economía solidaria civil.

Desde siempre tuvieron claro ciertos principios: libre membresía, neutralidad política, racial, de nacionalidad o religiosa; educación cooperativa permanente, el capital al servicio de los asociados con estricta justicia distributiva, ventas al contado (*con ellas evitaban pérdidas por deudas, gastos de contabilidad, especulaciones y al mismo tiempo, favorecían el ahorro porque la venta a plazos estimula la compra de cosas innecesarias*)

Con el tiempo, el cooperativismo reformó buena parte de la economía del siglo XIX, en tanto hoy, el coronavirus puede transformar la economía del siglo XXI.

Recapitulando, satisfacer necesidades físicas básicas, revertir vergüenzas del descarte humano, la voluntariedad, la personalidad, la propiedad privada, el trabajo y el ejercicio pleno de la libertad, de la creatividad e ingenio de la mujer y del hombre, son valores esenciales e innegociables que configuran, identifican, explican, predicen y justifican, largamente al cooperativismo, *urbi et orbi*. Para los asociados, su cooperativa en su

propia empresa para autogestionarla, solidaria y mancomunadamente, en pos de la satisfacción directa y simplificada de las necesidades físicas esenciales de sus miembros, en armonía con los intereses de la comunidad.

LA EMBOSCADA DEL COVID-19'

Cuando con la emboscada del COVID-19', la humanidad toda vive una inédita sensación tan difícil, complicada, inesperada y desconocida, simultáneamente nos estamos dando cuenta de que todas las personas que están haciendo trabajos mal pagados o mal considerados, son al fin y al cabo los que admirable y magnánimamente están logrando que -más o menos- todo funcione en este momento.

Ante semejantes barbaridades y despropósitos democráticos reflejados en tremendas corrupciones, desigualdades y privilegios, definitivamente, como sostiene el maestro español y valenciano, Antonio Colomer Viadel¹, “todos los saberes, bienes, servicios y enseñanzas deberían estar traspasados por el valor de la solidaridad y sus aplicaciones cooperativas. La conciencia de la ciudadanía como virtud cívica debe motivar nuestras responsabilidades y deberes tanto personales, como profesionales y comunitarios. Esta, y no otra, es la mejor garantía de la consagración de los derechos, como emanación natural del entrecruzamiento de los deberes de todos” “Ese es el horizonte de una civilización de sujetos éticos”, concluye Colomer Viadel.

No hace mucho, tan lúcidamente escribía Carlos Díaz² en el periódico digital español La Hora de Mañana, “Poco le importa a mi vecino el coronavirus de su corazón infectado por los excesivos miasmas del ego y del mí...”

Por eso mismo, no somos tan ingenuos para pensar que va a desaparecer, de repente, el egoísmo, la codicia, el engaño, la violencia y ese individualismo que quiere imponerse pisoteando a los demás. De lo que se trata es de que tales actitudes y disvalores, poco a poco, queden arrinconados con un infranqueable reproche moral y social, y de que crezca el

¹ <https://www.levante-emv.com/opinion/2020/05/19/crisis-tentacion-totalitaria-11467735.html> “De la crisis del Estado a su tentación totalitaria” *La pandemia como enemiga y como aliada*

² “En las cimas de la desesperación”, 20/03/20, por Carlos Díaz.

equilibrio entre libertad y cooperación, entre bien personal y bien común, porque no se trata de llegar solo y primero, sino juntos y a tiempo.

Desafíos cooperativos

Antes, durante y después de la crisis del COVID-19', el cooperativismo, junto al mutualismo, se nos ofrecen como una oportunidad fraterna y solidaria para contribuir complementariamente en la recuperación del desarrollo humano/productivo, pandémicamente afectado, directa e indirectamente.

Las poblaciones emergentes del Covid-19', conformarán al decir de Michel Foucault³, un nuevo sujeto social.

Entonces en la opción cooperativa y mutual, he ahí una herramienta para dichas poblaciones, puesto que así como otrora el cooperativismo junto al mutualismo fueron artífices para el desarrollo urbano/rural en el albor de pueblos y medianas ciudades, hoy ya inmersos en una era/época (pos) coronavirus, nuevamente pueden eruirse como invalorable aportes substanciales y consistentes para levantarnos y volver a empezar; por cierto descontando la promoción y el fomento público mediante múltiples y diversas alianzas estratégicas con los estados (nacional, provincial y municipal), sin desdeñar oportunas asociaciones situacionales puntuales con grandes empresas, industrias del sector privado, universidades y ONG's de reconocida trayectoria y solvencia.

Ante la posible impresión de que mi propuesta es solamente para los que han sido personalmente afectados por el coronavirus, me apresuro en aclarar, convenientemente, que también está abierta a todas aquellas personas que tengan un espíritu sinceramente cooperativo, estimulado por estas circunstancias pandémicas actuales.

Por cierto, que afrontar el futuro cooperativizando y mutualizando sociedades civiles, migraciones e inmigraciones 'pos coronavirus' (**¿habrá pos?**), solamente podrá lograrse de modo gradual y paulatino, a partir de una toma de conciencia y compromiso cooperativo, con objetivos (*de corto, mediano y largo plazo*) democráticamente consensuados, modestos, sobrios y de absoluta e indiscutida necesidad física común. Para ello estimo necesario consultar y replicar, actualizadamente, los primeros microemprendimientos de los pioneros cooperativistas de Rochdale, quienes

³ <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6909824> "Reinventar al pueblo sujeto político y emancipación", Dolores Marcos

un 21 de diciembre de 1844, cuando iniciaron propiamente su actividad cooperativa, lo hicieron discreta y responsablemente al dar comienzos con la provisión de harina, de azúcar, de manteca, de algún remedio curativo natural y de algunas velas, no más. En solo tres meses fueron ampliando el auto aprovisionamiento cooperativo con té y otras especies alimentarias. Rápidamente fueron ganando respeto y prestigio por proporcionar en tiempo y forma productos de calidad con precio justo, logrando de tal manera, paulatinamente, incrementar y expandir la oferta de todos los bienes necesarios para dignificar economías domésticas y familiares.

RECONVERSIÓN PARA ESCENARIOS FUTUROS

Los despojos relacionales, laborales, empresarios, sindicales, educativos, institucionales –entre otros- que dejará al mundo el COVID-19', son todavía incalculables pero ya suficientes para visualizar ineludibles procesos de reconversión, transformación y reconstrucción no solo en 'quehaceres', profesiones, artes, oficios, saberes y habitualidades, sino en sus modalidades y metodologías (vg. *trabajo desde casa, estudiar desde casa, banca desde casa, servicios profesionales a domicilio vía internet, cine, arte y teatro por Zoom o Skype, etc.*), puntualmente después de este discurrir pandémico arrasador.

Las bancarrotas de pymes, de comercios y cuentapropistas así como las bajas laborales –entre otras- resultarán incalculables y extravagantemente angustiantes, al menos en la gran mayoría de los sectores tradicionales de la producción y el consumo, de los transportes, del estudiantado universitario como forma de vida, de los viajes y el turismo, de los cafés como las casas y restaurantes de comidas, del sector artístico, bailable, los cines, teatros, espectáculos, circos, eventos deportivos masivos, recitales y festivales, los espacios y paseos de compras, casas de estética y belleza, etc.

La concurrencia en los mercados tradicionales mutará significativamente a espacios de encuentro cooperativos de libre acceso con precios al costo o sensiblemente inferiores al de los primeros, singularmente cuando los precios del mercado son tan caros subiendo más y más cotidianamente (por el dólar, las devaluaciones, etc.), en tanto infinidad de usuarios y consumidores han perdido su trabajo o menguado significativamente sus ingresos y por ende, su capacidad adquisitiva regular anterior.

Aceptación, moderación, prudencia, paciencia y sobriedad, serán sabidurías providenciales e insumos ineludibles para adaptarse familiar, material, relacional y emocionalmente a reales posibilidades actuales y por ende, a nuevos gustos, hábitos y preferencias, ahora posibles.

Más que probablemente, salvo excepciones, no habrá otro modo que reconvertirse, reentrenarse o transformarse para reinsertarse y reciclarse en todos y cada uno de estos sectores, por cierto, cada uno y cada cual desde su incumbencia específica y de su corresponsabilidad social irrenunciable en el marco de tan grave e inédita emergencia.

El realismo, la ductilidad y adaptación, la creatividad e innovación, serán determinantes para todos, fundamentalmente para un maduro y responsablemente posible, “buen vivir” (o no)

CONCLUSIONES, PROPUESTAS Y RESPUESTAS

Para el filósofo surcoreano Byung-Chul Han⁴, “el virus es un espejo que nos muestra en qué sociedad vivimos. Y vivimos en una sociedad de supervivencia que se basa en última instancia en el miedo a la muerte. Ahora sobrevivir se convertirá en algo absoluto, como si estuviéramos en un estado de guerra permanente. Todas las fuerzas vitales se emplearán para prolongar la vida. En una sociedad de la supervivencia se pierde todo sentido de la buena vida. El placer también se sacrificará al propósito más elevado de la propia salud”.

Respetando y dejando a buen resguardo recaudos y prevenciones relacionadas a lo largo de este trabajo, sin visiones ingenuas ni idílicas, ofrecemos y compartimos pensamientos y respuestas cooperativas propias, concordantes con los lineamientos de Mario Bunge (in memoriam) y el ya mencionado Antonio Colomer Viadel, (¡verdaderos maestros en la “*gestión cooperativa de bienes comunes*” ante la crisis!)⁵

⁴ <https://www.lavanguardia.com/cultura/20200512/481122883308/byung-chul-han-viviremos-como-en-un-estado-de-guerra-permanente.html>

⁵ <http://www.ridaa.es/ridaa/index.php/ridaa/article/viewFile/217/213>
RIDAA. Núm. 73-74-75 Otoño 2019397 *Lección final de clausura del Congreso Final closing lesson of the Congress EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LIBERTAD, IGUALDAD Y FRATERNIDAD (EN HOMENAJE A MARIO BUNGE, EN SU CENTENARIO); Antonio Colomer Viadel, (Otoño español 2019)*

Por ello y en razón de un nuevo estado de cosas, de nuevas posiciones y posicionamientos, adversos o diferentes según relacionamos, proponemos un espacio “u hospital de campaña cooperativo” con sus microespacios solidarios puestos en red (vg., en barrios, pueblos, ciudades, regiones, etc.), con el propósito de que, prioritariamente, personas afectadas o recuperadas del coronavirus y su entorno familiar, puedan ir obteniendo de su cooperativa o de su mutual, paulatinamente, prestaciones y servicios efectivos para satisfacer sus necesidades físicas básicas en plazos adecuados; concretamente de bienes y servicios esenciales de primera necesidad a un precio justo.

Primariamente, habilitar el acceso cooperativo a productos alimentarios imprescindibles para la buena salud humana, a ropa y abrigos como a otros aptos para su consumo y cuidado personal/familiar; posteriormente deberemos avocarnos a gestionar nuevos trabajos, microcréditos, soluciones habitacionales, etc., en condiciones de costos que tiendan a la gratuidad o, al menos, asegurando un costo mínimo para que no se acentúe más aún la exclusión y el descarte en aquellas capas sociales de pobreza extrema e indigencia, causadas por los efectos devastadores de tan fatídico coronavirus.

Pensemos entonces cuán importante será lograrlo mediante el incremento, expansión, articulación y empoderamiento de auténticos cooperativismos y mutualismos en modo economía popular.

Consecuentemente, resulta de suma urgencia legislativa vg., abrogar el artículo 109 y activar el artículo 90 de la Ley de Educación Nacional Argentina. Lo primero en cuanto establece discriminatoriamente: “Los estudios a distancia como alternativa para jóvenes y adultos sólo pueden impartirse a partir de los DIECIOCHO (18) años de edad. Para la modalidad rural y conforme a las decisiones jurisdiccionales, los estudios a distancia podrán ser implementados a partir del Ciclo Orientado del Nivel Secundario”⁶, en tanto lo segundo, por cuanto atónitamente ha ralentizado y procrastinado el imperativo legal sobre que: “El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología promoverá, a través del Consejo Federal de Educación, la incorporación de los principios y valores del cooperativismo y del mutualismo en los procesos de enseñanza-aprendizaje y la capacitación

⁶ Ley 26.206/2006. (Con fecha 30 de junio de 2020 y mediante Ley 27550 se ‘corrigieron limitaciones legales iniciales que inicial y originariamente visibilizamos)

docente correspondiente, en concordancia con los principios y valores establecidos en la Ley N° 16.583 y sus reglamentaciones. Asimismo, se promoverá el cooperativismo y el mutualismo escolar”; en ambos casos discriminaciones dogmáticas inaceptables.

Pensemos al mismo tiempo, la importancia que tiene para la dignidad personal el intervenir con un protagonismo consciente en la autogestión de la provisión de bienes para el consumo y el suministro personal de los servicios esenciales, desde la perspectiva emancipatoria de dependencias e insensibles exclusiones, diluyendo así hasta abolir toda cultura del descarte.

Pensemos ahora en una igualdad de oportunidades en la cual todas las personas en cualquier territorio y bajo cualquier circunstancia, tengan posibilidades concretas de acceder a bienes, productos y servicios esenciales, especialmente aquellas personas que habitan zonas de difícil acceso, que tengan limitaciones físicas, geográficas, tecnológicas/digitales, ecológicas o necesidades sociales especiales, preferentemente entre las más afectadas por el Covid-19’

Pensemos también, para un mediano a largo plazo, en los beneficios de la articulación cooperativa, federativa y confederativa de los distintos subsectores de la economía popular de bienes, productos y servicios esenciales, en los diferentes ámbitos territoriales, como en la mejor vinculación de personas y oportunidades con las cooperativas de producción o de trabajo decente, de servicios públicos y digitales, de ahorro y crédito, de vivienda digna y consumos responsables.

El fin sería crear un verdadero sector de economía solidaria civil (“de salvataje y digna reinserción humana”), abierto a una estrategia de afines, incorporando otras formas solidarias de organización empresarial, digital e incluso empresas familiares, para alcanzar ese punto de masa crítica, que permitiera una cierta invulnerabilidad del sector cooperativo frente a competencias abusivas desleales, y reivindicara instrumentos de apoyo para este sector de la economía, de carácter educativo, agrario, financiero, comercial, tecnológico, de seguros, de las telecomunicaciones, de genuinos fondos de inversión y de formación, que les permitiera una cierta igualdad en esa competitividad de mercados con los sectores privados y públicos de la economía, mostrándose como ‘otro’ sector vigoroso, como una opción

y cuña promotora, reivindicativa, redignificante e inclusiva, “entre las tradicionales y polarmente prevaecientes como el mercado o el voto”⁷

Lograr esa masa crítica compleja de alianzas y apoyo mutuo cooperativo para alcanzar la invulnerabilidad ante entornos hostiles, presupone programas y etapas iniciales como vg., las de poder recurrir en espacios públicos al canje e intercambio (trueque) de bienes y servicios, hasta la emisión e introducción de los bonos cooperativos u obligaciones negociables y/o títulos de capitalización (Leyes 23.576 / 23.962).

La sinergia de esta alianza tendría, sin lugar a dudas, un efecto multiplicador y a su tiempo, enormes satisfacciones traducidas en la reducción de costos y el incremento de beneficios, ya que no son estos últimos los motores movilizadores del sector cooperativo o economía solidaria popular sino, una noble y cabal redistribución equitativa en el marco de la reciprocidad mutual; resumidamente podríamos señalar, “desde un Covid-19’ a un devenir cooperativo”.

Ante tanto caos y catástrofes humanas, sanitarias, alimentarias, laborales, económicas y financieras mundiales como los que provocó este Covid-19’, el aquí y el ahora nos exigen un nuevo orden cooperativo mundial para que, mancomunadamente, podamos lograr con apropiada tensegridad y la máxima resiliencia posible, un nuevo contrato social solidario para la noble igualdad y el buen vivir, pero ahora no a partir de ideologías ni de grandes intereses o vencedores (¿acaso los hay?), sino haciendo foco en la persona, la familia, la cooperación, la solidaridad, la destinación universal de los bienes y la puesta en común.

Desde nuestro espacio solidario “u hospital de campaña cooperativo”, con sus microespacios de promoción humana y fomento de ciudadanía puestos en red, maduraremos e impulsaremos uniones cooperativas entre productores/consumidores y prestadores/usuarios, sin intermediarios ni lucros parasitarios (vg., según hoy traducen tremendos sobrepuestos usurarios de barbijos, alcohol en gel, alimentos, medicamentos, servicios, etc.); todo ello desde un respeto mutuo, simétrico, en pos de una cultura del encuentro y de la satisfacción, sin exclusiones ni congéneres descartados.

Preconclusivamente, si las cooperativas se han propuesto especialmente “cuidar el clima”, entonces un párrafo singular corresponde al

⁷ Thomas Piketty, entrevista Abril 2020 “Un alegato contra la desigualdad”; (<https://nuso.org/articulo/un-programa-contra-la-desigualdad>)

postergado compromiso ecológico integral. El nuevo orden cooperativo global que propongo sin ambages ni parábolas, debe asignar un rol vital al “cuidado solidario y cooperativo de la casa común” democratizando y humanizando “el poder”⁸ y desde ahí, a las casas de estudios en todos los niveles y especialidades, en artes, oficios y destrezas; a la ciencia como a la tecnología, a la robótica y a la inteligencia artificial, a los financistas, a los empresarios, a los gremios y sindicatos; también a funcionarios, magistrados, legisladores y dirigentes en general, para que cada cual desde su propio quehacer, investidura, atribuciones, facultades y potestades, ecuánime, solidaria y equitativamente se *aggiornen* con justicia, cooperando palpablemente con el nuevo estado de cosas para satisfacer el interés general del bien común.

Finalmente, ante los escombros, aprendizajes, secuelas, escenarios futuros y desafíos pos coronavirus (*humanos, relacionales, emocionales, vinculares, materiales, de estratégicas infraestructuras, de logísticas e institucionalidades*), la doctrina cooperativa en la gestión de los bienes comunes durante el discurrir pandémico, resulta insoslayable.

⁸ *Espíritu y lineamientos Carta encíclica LAUDATO SI', papa FRANCISCO sobre el Cuidado de la CASA COMÚN*

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA Y SU IMPACTO EN LAS RELACIONES LABORALES*

*Laura Alejandra Calderón***

Resumen: El Código Civil y Comercial ha innovado profundamente en relación a la regulación de la capacidad reconociendo principios de rango constitucional y esencialmente los que surgen de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Así la autonomía de las personas con capacidad restringida y la sustitución de la figura del curador por la de los apoyos son los pilares del sistema vigente. Sin embargo en orden al derecho de las personas con capacidad restringida a acceder al trabajo, administrar sus ingresos y el rol de los apoyos en ese sentido aún subsiste un vacío regulatorio y, en particular, en las decisiones jurisdiccionales.

Palabras clave: Autonomía, capacidad, apoyos, convención, trabajo

Sumario: 1. Introducción. 2. Autonomía de la voluntad y dignidad de la persona humana. 3. Principios generales aplicables al régimen de la capacidad en el CCC. 4. Las personas con capacidad restringida y el régimen del CCC. 5. Validez de los actos celebrados por personas con capacidad restringida. 6. Los apoyos y el respeto a la autonomía de la voluntad. 7. La autonomía de la voluntad y el contrato de trabajo. 8. Reflexiones finales

1) INTRODUCCIÓN

Históricamente las personas con discapacidad psicosocial han sido objeto de discriminaciones y exclusiones de la sociedad levantándose

* Artículo recibido el 25/8/2020 ~ aprobado para su publicación el 23/2/2021.

** Abogada, Profesora de Derecho Privado III y de la asignatura opcional “Aspectos de los derechos de las personas con discapacidad. Perspectiva del empleo”. Facultad de Derecho. UNC. Integrante del equipo de investigación del Proyecto Secyt “*Trabajo decente: construcción de políticas públicas sustentables sobre empleo de las personas con discapacidad*”.

barreras infranqueables para el ejercicio de los derechos más elementales. De la mano de esta realidad la autonomía de la voluntad, como un atributo inseparable de la persona, se presenta como un objetivo de difícil alcance.

Esta libertad para decidir sobre los diferentes aspectos de la vida civil constituye una facultad que adopta ribetes de notorias características cuando advertimos la multiplicidad de situaciones a las que diariamente se enfrenta la persona cuya capacidad ha sido restringida en los términos del art. 31 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).

Nuestro cuerpo normativo ha plasmado las líneas directrices del neoconstitucionalismo y la notoria influencia de los principios de rango constitucional y su traslación a la normativa privatista. En el mismo impera una visión diferente del estado de Derecho en el que tiene primacía la Ley Fundamental la cual es fuente directa del resto de las normas y compuesta en esencia de principios que irradian el resto del ordenamiento.

Lorenzetti ha expresado que implica: un cambio fundamental respecto de toda la tradición anterior, que solo se refería a la ley y a la función del juez que era aplicarla exegéticamente. En cambio, ahora el panorama se amplía sobremanera, ya que no se trata solo de la ley, sino de todas las demás fuentes: doctrina, costumbres. Asimismo, el CCCN ha receptado los principios y valores rectores provenientes de la Constitución Nacional y principalmente en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Ello permite que el Código sea el eje articulador de todo el sistema, brindando coherencia mediante reglas y principios.¹

En tal sentido se habla de una constitucionalización del derecho privado, en tanto el mismo permite hacer operativos los derechos más elementales de las personas.

Ello, más que una aspiración, ha sido plasmado claramente en los Fundamentos del Anteproyecto de CCCN del año 2012 cuando expresa... *El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del Derecho Privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de*

¹ LORENZETTI, Ricardo. *Código Civil y Comercial*, comentado y concordado, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, p. 25.

la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos.

Sin perjuicio del reconocimiento de los principios y derechos fundamentales de la persona humana, el Anteproyecto incurre en un error terminológico que contraría los conceptos fundacionales a los que hace referencia, principalmente los de la CDPD. En efecto, cuando se refiere a las personas con “capacidades diferentes” recurre a una denominación que no reconoce la diversidad, ya que todos, en mayor o menor medida poseemos capacidades diferentes. En este sentido la denominación “persona con discapacidad” utilizada en la CDPD es más apropiada ya que al anteponer el término “persona” se destaca su condición de sujeto de derecho con una cualidad que es la discapacidad.

Asimismo, del mismo Título Preliminar del CCCN se infiere la notable influencia de esta corriente de pensamiento cuando el artículo 1° expresa que: *los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme la constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte (...)*. A lo que puede agregarse lo dispuesto en el artículo 2 el cual expresa que: *“(...) la ley debe ser interpretada (...) de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico (...)*.

Efectivamente, a la influencia del neoconstitucionalismo se suman las disposiciones y principios que surgen de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada el 13 de Diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas e incorporada a la normativa interna por Ley N° 26378 del 6 de Junio de 2008.

Otro antecedente inmediato se puede encontrar en la Ley N° 26.657 de Salud Mental promulgada el 2 de Diciembre de 2010. Esta ley incorporó al Código Velezano el art. 152 ter. Del cual se extraían tres principios fundamentales; a) La necesidad de un examen interdisciplinario previo a cualquier limitación a la capacidad. b) Temporalidad de la sentencia en tanto tendrá una vigencia de 3 años, c) especificación de los actos para los cuales se afecta la autonomía de la voluntad.

Se trató del primer cuerpo normativo en el que se incorporaron de manera expresa los lineamientos del modelo social de la discapacidad. Sin

embargo, esta regulación resultaba incompleta ya que la incorporación del art. 152 ter quedaba aislada frente al resto de la regulación del Código Civil que quedó desactualizada y en franca contradicción con el espíritu de la nueva Ley.

Seguramente uno de los aspectos en los que se visibilizaron mayores modificaciones en el Código Civil y Comercial ha sido en el régimen de la capacidad jurídica. Una serie de principios y disposiciones propias de la Constitución Nacional y de la CDPD han sido claramente receptados los cuales han provocado un cambio significativo en el abordaje de la discapacidad respecto al imperante en vigencia del régimen derogado.

2) AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

La autonomía de la voluntad es la facultad de autodeterminación de las personas ejercitado en un ámbito de libertad propio y que permite dar vida a relaciones jurídicas patrimoniales. Sin duda es la base de las libertades fundamentales del ser humano y tiene un vínculo indisoluble con la dignidad. En tal sentido Peces Barba define la dignidad “como libertad o autonomía moral”, en la medida en que “el hombre no puede realizar sus fines y objetivos... sin esa libertad². La dignidad revela un respeto mínimo a la condición de ser humano, y es partiendo de ella que son de posible realización valores como la autonomía, seguridad, libertad e igualdad. En este sentido se ha afirmado con razón que... *la cuestión entonces, no radica en que una determinada persona pueda tener habilidad para realizar las cosas del promedio de las gentes sino hasta qué punto la sociedad le permite hacerlo en forma distinta*³.

El modelo rehabilitador imperante hasta hace unas décadas restringía la mirada y las diferentes alternativas al tratamiento médico a los fines de la inserción en la sociedad de las personas con discapacidad con cánones bien diferenciados respecto al acceso al ejercicio de la libertad civil. Desde esta perspectiva, claramente adoptada por el Código Velezano, el objetivo de todo tratamiento sería curar a la persona con discapacidad, o

² PECES BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág.386.

³ CARRANZA TORRES, Luis R. *Aspectos generales de la discapacidad en el Derecho Argentino*,. Foro de Córdoba, Editorial Advocatus, N° 170. 2014. Pag.. 55.

bien modificar su conducta con el fin de esconder la diferencia y, de ese modo, incorporarla a la sociedad. La sustitución en las manifestaciones de la voluntad del declarado incapaz, la imposibilidad de participar personalmente en los procesos en los que tenga un interés cierto han sido componentes propios del modelo rehabilitador.

El modelo social de la discapacidad, en sentido contrario, plantea una nueva mirada al tratamiento de la realidad de las personas con discapacidad, entendiendo que las razones que la originan no son religiosas, ni científicas, sino que son, en gran medida, sociales. Desde esta nueva visión, es posible afirmar que las personas con discapacidad pueden contribuir a la sociedad en iguales circunstancias que las demás, pero siempre desde la valoración, la inclusión y el respeto a lo diverso. Este modelo se vincula íntimamente con valores fundamentales de la persona como la dignidad humana, la libertad personal y la igualdad que, en definitiva, propician una verdadera inclusión. Pasamos así de una comunidad que no se encuentra preparada para la accesibilidad de la persona con discapacidad a la cual estos deben acomodarse con los escasos recursos que aquella le brinda, a una sociedad que debe adaptarse a las necesidades de las personas con discapacidad brindando los espacios necesarios para su total desenvolvimiento.

Ahora bien, la autonomía de la voluntad como principio rector de los vínculos obligacionales, el cual en su esencia presume que las partes se encuentran en un plano de igualdad para discutir el contenido del contrato, ha sido puesto en jaque por la necesaria intervención del legislador principalmente para aquellos casos en los que los contratantes tienen diferentes poderes de negociación.

En el Derecho Privado la intervención de las legislaciones especiales se advierte en vínculos como en la relación de consumo en la cual Ley N° 24.240 establece un régimen legal imperativo en clara protección del consumidor. En el contrato de locación de bienes inmuebles con destino habitacional la otrora Ley 23.091, incorporada casi de manera idéntica al CCC, restringió en muchos sentidos la libertad de locadores y locatarios al momento de celebrar el contrato de locación.

3) PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES AL RÉGIMEN DE LA CAPACIDAD EN EL CCC

El Código Unificado consagra diferentes principios rectores que deben observarse al momento implementar los procesos en los que se encuentra involucrada la capacidad de las personas los cuales han sido receptados en el art. 31 del mismo.

El primero de ellos se refiere a “la igualdad real entre las personas con plena capacidad y con capacidad restringida”. En este sentido el CCCN incorpora las directrices de la CDPD y del modelo social de la discapacidad interpretando que la capacidad es la regla y solo en situaciones de excepción y respecto a determinados actos se podrá limitar la autonomía de la voluntad. Pero el inciso del art. 31 especifica claramente que la situación de internación de las personas no necesariamente constituye una causal que permita restringir la capacidad en algún sentido.⁴

Este derecho primordial a la igualdad impone el deber de no discriminación de las personas con discapacidad. En los aspectos valorativos de los que surgen aquellos valores que inspiraron la redacción del Anteproyecto del CCCN, se hace referencia a este deber al mencionar “...la no discriminación de las personas con capacidades diferentes...” En este sentido, Debemos destacar que el CCCN incurre en un error terminológico puesto que la denominación “capacidades diferentes” no es la adoptada por la CDPD, ya que como se mencionó anteriormente la denominación “persona con discapacidad” centra el eje en la persona como sujeto de Derechos, especialmente los Derechos Humanos.

Más allá de ello, el principio de no discriminación encuentra sus raíces en el derecho constitucional de igualdad y en la dignidad del ser humano como se expresara anteriormente. Sin embargo, partiendo de esta dignidad, se instala en la comunidad un estándar de seres humanos vinculados a modelos estéticos y éticos, ya sea en lo referido a características físicas como a la independencia y autonomía como aspiración

⁴ Ello es de toda lógica ya que los motivos que fundamentan la internación son independientes de aquellos que determinan la posibilidad de restricción de la capacidad de ejercicio, estando los primeros vinculados a razones de estricto orden médico y la segunda en protección de la persona con discapacidad o incapaz nota al pie.

de todo ser humano.⁵ Frente a esta realidad la igualdad, expresada como principio de no discriminación, representa un cambio de paradigma en el tratamiento que el Código unificado realiza respecto al régimen de la capacidad. Efectivamente, como un desprendimiento directo de la CDPD, se sienta la presunción de capacidad, subsistiendo la restricción a la misma para casos de excepción.

El tercer principio fundamental incorporado por el CCCN se refiere a un cambio de paradigma en atención a la asistencia a la persona con capacidad restringida. Ha sido sustituido el régimen de la curatela, el cual representa al incapaz en los actos propios del desenvolvimiento en la vida civil, por los “apoyos”. Estos cumplen una función de acompañamiento y consejo a la persona con capacidad restringida pero no sustituye su voluntad. Esto se traduce en un respeto al ejercicio de la autonomía de la voluntad, en la toma de decisiones, ya que sólo lo sustituye en los casos expresamente determinados en la sentencia judicial.

En última instancia, una de las reglas que más impacto ha ejercido en el régimen de la capacidad es el de la temporalidad de la Sentencia. El art.40 del CCCN impone esta regla en protección de la persona con capacidad restringida, ya que el decisorio puede haber limitado la autonomía de la voluntad para ciertos actos y no para otros, y principalmente en ciertos casos, el diagnóstico puede ser superado por el sujeto protegido, por lo cual resulta de toda justicia que el mismo tenga la oportunidad de recuperar su plena libertad de decisión. Así el art. 40 establece que...*“la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a 3 años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado”*.

4) LAS PERSONAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA Y EL RÉGIMEN DEL CCCN

Una de las novedades que trajo consigo el Código unificado está referido a la posibilidad de restringir la capacidad de ejercicio en determinados

⁵ Sergio Camilo Sánchez Gaitán - El artículo 12 de la convención de los derechos de las personas con discapacidad y su influencia en la jurisprudencia proferida en el marco de los sistemas regionales europeo e interamericano de protección de los derechos humanos. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Vol 1 (1), Año 2017, pág.43.

supuestos entendidos como de excepción. El art. 32 del CCCN establece expresamente lo siguiente: *“Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.*

Arts. 33. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”.

El régimen de capacidad restringida procede cuando las circunstancias de hecho no justifiquen una declaración de incapacidad, pero que se hubiera detectado la existencia de “una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”. Las personas sujetas a este régimen solo estarán limitadas para ejercer por sí mismas, sin requerir representación o asistencia, aquellos actos que se determinen en forma expresa en la sentencia. El principio que rige esta categoría es el de capacidad.

Las adicciones se asimilan a las deficiencias intelectuales. Por tanto, la categoría de “inhabilitados” sólo incluye a los pródigos (artículos 48, 49 y 50). Así, los demás supuestos previstos en el derogado artículo 152 bis quedan subsumidos dentro del régimen general de restricciones a la capacidad de ejercicio que describe el artículo 32 de la nueva norma.

Esta presunción de capacidad también es un desprendimiento directo del art. 5 de la CDPD que declara el principio de igualdad ante la ley y merecedores de la misma protección, debiendo implementar los mecanismos necesarios para hacer efectivos estos derechos

5) VALIDEZ DE LOS ACTOS CELEBRADOS POR PERSONAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA

Corresponde analizar entonces cuáles son los alcances de los actos efectuados en el ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de las personas con capacidad restringida. En primer lugar no quedan dudas que, como una reafirmación de la independencia de la persona con capacidad restringida, todos los actos que el sujeto efectúe y para los cuales no tenga ninguna interdicción específica en la sentencia, tendrán plena validez y producirán efectos respecto de terceros. En consecuencia, aquellos que se realicen en franca contradicción al decisorio que así lo especifique, serán pasibles de la sanción de nulidad (art. 43 CCCN). Es claro que la nulidad a la que se refiere es la nulidad parcial en tanto entendemos que no se encuentra involucrado el Orden Público.

Ahora bien el CCCN establece diferencias entre los actos celebrados antes de la inscripción de la sentencia y lo efectuados con posterioridad. Respecto a estos últimos no habrá lugar a dudas que su validez estará determinada, como se expresara anteriormente, por el contenido mismo de la sentencia. Las dudas se plantean para aquellos actos que se celebren con anterioridad a la registración de la Sentencia. El CCCN ofrece algunas soluciones en el art. 45 el cual establece: *Artículo 45. Actos anteriores a la inscripción Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito.* En este supuesto se ha dicho que no necesariamente debe existir contradicción entre el contenido de los actos celebrados por la persona con capacidad restringida y aquellos que luego se restrinjan en la Sentencia⁶.

De tal guisa, entendiendo que cualquier restricción a la capacidad se impone en beneficio de las personas, con más razón podría invalidarse un acto jurídico que perjudique notoriamente los intereses del sujeto protegido como puede serlo un acto de disposición. Para ello es de suma importancia que las Sentencias se ajusten a lo dispuesto por el art. 37, inc. b. que exige que se pronuncien sobre la época en que la situación se manifestó.

⁶ OLMO, Juan Pablo. "Personas con capacidad restringida", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Editorial Rubinzal Culzoni. 2015-3, p. 310.

6) LOS APOYOS Y EL RESPETO A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Es en este aspecto, como ya se mencionara, en el que el CCCN ha innovado profundamente. En el sistema derogado coexistían los sistemas de “representación” y “asistencia”. En el primero de ellos la voluntad del incapaz es sustituida por la del representante quien actúa en nombre e interés del incapaz relegándolo a una actitud pasiva en el ejercicio de los actos de la vida civil. En el de asistencia el incapaz participa de la toma de decisiones en este sentido pero siempre en compañía del asentimiento del asistente, ambas manifestaciones de voluntad se integran para la realización de actos jurídicos.

Estrictamente en lo referido a las personas con capacidad restringida el art. 102 del CCCN establece claramente: *“Asistencia. Las personas con capacidad restringida y las inhabilitadas son asistidas por los apoyos designados en la sentencia respectiva y en otras leyes especiales”*. La designación de un apoyo para estos casos encuentra su justificación en un principio fundamental, la persona con capacidad restringida es una persona capaz por regla y solo requerirán asistencia para aquellos actos que se determinen en la sentencia.

Igualmente la CDPD hace referencia en el art. 12 al deber de los Estados parte en este sentido: *“Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley... Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*.

Ahora bien, la multiplicidad de situaciones y casos dependerán de las diferentes patologías que presenten las personas cuya capacidad ha sido restringida en algún aspecto de su vida. En razón de ello los apoyos deben favorecer la autonomía de la persona, la libertad en la toma de decisiones en tanto ello no configure un estado de peligrosidad para su persona o sus bienes.

Cualquier restricción a la actuación de la persona con capacidad restringida debería responder a un análisis que, en los términos expresados por James Thompson, cotejara las habilidades y limitaciones del sujeto para mejorar su participación en la comunidad.⁷ En este sentido siempre

⁷ La primera función se dirige a la discrepancia entre lo que una persona no es capaz de hacer en diferentes entornos y actividades y qué cambios añadidos permiten una posible participación de la persona (p.ej., promover el funcionamiento humano). La

debemos retomar los conceptos del Modelo Social de discapacidad del que se desprende la necesidad de una sociedad que debe adaptarse a los requerimientos de las personas con discapacidad.

Ahora bien, la designación de apoyos no implica la renuncia de la persona con discapacidad para tomar las propias decisiones. Esta libertad también involucra la posibilidad de tomar decisiones erróneas, lo cual lo coloca en un pie de igualdad con todos los integrantes de la sociedad, quienes también deben aprender de sus errores.

Se ha dicho que la designación de los apoyos será proporcional a las necesidades de la persona con discapacidad de manera que su “*diseño, será un traje a medida*”.⁸

7) LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL CONTRATO DE TRABAJO

Ya se ha manifestado que el CCCN sienta como regla prioritaria la capacidad de las personas y su limitación solo para situaciones excepcionales. Pero nos preguntamos, ¿Cuál será la autonomía de decisión de las personas con capacidad restringida respecto a la celebración del contrato de trabajo y algunas de las posibles consecuencias jurídicas que su celebración implican? Como primera aproximación al tema debemos analizar las implicancias que trajo el régimen implementado por el CCC respecto de la Ley Laboral en particular sobre la capacidad para celebrar el contrato de trabajo.

Es regla general que la Ley especial asume preponderancia al momento de determinar cuál es la normativa aplicable a una determinada relación jurídica. Así Josep Aguiló expresa, “El principio de *lex specialis* opera como un principio de individualización de disposiciones jurídicas complejas, pero no como un principio derogatorio. Para darse cuenta de

segunda función de los apoyos individualizados se centra en mejorar los resultados personales mejorando el funcionamiento humano. Ambas funciones necesitan estar cuidadosamente alineadas. THOMPSON, James R. “Conceptualizando los apoyos y las necesidades de apoyo de personas con discapacidad intelectual”, *Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, Vol 41 (1), Núm. 233, 2010, pág. 7-22.

⁸ PALACIOS, Agustina – FERNANDEZ, Silvia- IGLESIAS, María Graciela. *Situaciones de discapacidad y Derechos Humanos*, Thomson Reuters-La Ley, CABA, 2020, pag. 215 a 254.

ello, basta con percatarse de que la oposición “disposiciones generales” vs. “disposiciones especiales” es una de las técnicas más básicas de la organización de textos normativos”⁹.

El Derecho Privado en este sentido opera como ley supletoria respecto a la legislación laboral, la cual por su particularidad será de aplicación primaria reservando al CCC la regulación de todos aquellos supuestos que no se encuentren expresamente previstos en la Ley especial.

El Código unificado establece como uno de los modos de adquisición progresiva de la capacidad, en el art. 30 las facultades otorgadas al menor de edad que ha obtenido un título habilitante, entendiéndose como aquel que acredita una formación especializada que permite el ejercicio de una actividad en particular. Si bien se hace específica referencia al menor de edad, ello no es óbice para que esta facultad pueda ser ejercida por las personas con capacidad restringida, lo cual incluso se presume en aquellas sentencias en las que dicha actividad no se encuentre restringida. Como consecuencia de ello también adquiere plena capacidad para el ejercicio de esta y para todas las consecuencias que de ella se desprenden.

Este reconocimiento es concordante con el principio de igualdad establecido en el art. 12 inc. b de la CDPD y el art. 27 de la misma en cuanto al derecho a acceder libremente al empleo en relación de dependencia en igualdad de condiciones, pero especialmente con lo dispuesto en la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744. Ello es así porque este cuerpo normativo a partir del art. 32 regula la capacidad para celebrar contratos de trabajo de manera concordante con el CCCN, reconociendo plena capacidad laboral a partir de los 18 años con la posibilidad de celebrarlo cumplidos los 16 años con autorización de los padres.

Mencionamos al momento de referirnos a la autonomía de la voluntad, que cuando se vean afectados los derechos fundamentales de las personas el Derecho interviene en la autonomía de la voluntad regulando el contenido contractual. Esta injerencia del Derecho Positivo en la libertad para celebrar acuerdos asume una importancia trascendental cuando nos referimos al Derecho Laboral. Por el natural desequilibrio existente entre las partes surge claramente la necesidad de protección a quien se presume la parte débil de la relación. En tal sentido el art. 12 de la Ley 20.744 establece

⁹ AGUILÓ REGLA, Josep. “La derogación en pocas palabras”, *Anuario de Filosofía del Derecho XI*, 1994, p. 407-418, Alicante.

la irrenunciabilidad por vía de convención de los Derechos reconocidos por la misma por tratarse de normas imperativas con fundamento en el Orden Público. De tal guisa el mencionado art. 12 prescribe que serán de ningún valor los acuerdos que desconozcan los Derechos del trabajador reconocidos en la Ley¹⁰.

Estos principios aplicables a todo trabajador en relación de dependencia, parecieran atentar contra el principio de autonomía reconocido por el CCCN a las personas con capacidad restringida. Sin embargo ello no va en desmedro de su protección, por la especial vulnerabilidad en la que estos sujetos pueden encontrarse ante un vínculo de índole laboral, al contrario, la legislación laboral cumple una finalidad francamente protectoria, de manera que, las personas con capacidad restringida cuentan con un doble orden de protección el proveniente del CCCN la CDPD y las propias leyes laborales.

8) REFLEXIONES FINALES

Si bien la normativa privatista Argentina avanzó notablemente respecto a la mirada de las personas con discapacidad y el reconocimiento de sus derechos más elementales, en los hechos, y ante la diversidad de posibles situaciones, pueden plantearse casos en las que la actuación de los apoyos en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, principalmente en lo relacionado a sus ingresos, pueda requerir de un control judicial más estricto para aquellos casos en los cuales esa facultad les haya sido asignada en la Sentencia, como para aquellos casos en los que exista una habilitación para la administración de los ingresos de la persona con discapacidad cuando trabaje en relación de dependencia.

A partir del análisis de las sentencias de las que surge una restricción a la capacidad, y en el marco del Proyecto de Investigación Secyt “*Trabajo decente: construcción de políticas públicas sustentables sobre empleo de las personas con discapacidad*”, se ha podido advertir que las mismas no abundan en consideraciones respecto al ejercicio de la actividad laboral de

¹⁰ Art. 12. Ley 20.744. “Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”.

las personas con discapacidad, sólo se hace referencia a la posibilidad de celebrar el contrato de trabajo pero no siempre respecto a la administración de sus ingresos, ni a las consecuencias jurídicas que de la celebración del contrato de trabajo se desprenden.

En este sentido la CDPD claramente en el art. 12 inc. 4 requiere que los Estados participantes implementen las *salvaguardas necesarias* para el ejercicio pleno de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad de manera que los apoyos *respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona* así como también para evitar que existan conflictos de intereses que pueda generar abusos del apoyo designado en desmedro de los intereses de la persona con capacidad restringida.

La efectiva realización de todos los derechos mencionados requiere de una planificación adecuada y sobre todo de políticas públicas claras que no sólo faciliten el acceso a trabajo de las personas con discapacidad, sino que implementen vías de control efectivo sobre su ejercicio y el cumplimiento de los deberes impuestos a los apoyos designados.

Este es el desafío que deben afrontar los Poderes involucrados en la implementación de estos derechos, y la sociedad misma que puede abrir las puertas para la vida en plenitud de todas las personas. Aspiramos a que esto no sólo sea una expresión de deseos.

BIBLIOGRAFÍA

- OLMO, Juan Pablo, *Salud Mental y Discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación*. Editorial Dunken, Buenos Aires, 2017.
- PECES BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 1995.
- GARATE, Rubén Marcelo, *La determinación de la capacidad jurídica. Principios y procesos*, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 14 / N° 47 – 2017.
- YANCE ZAMUDIO, Paul, “*Naturaleza jurídica y función del apoyo para el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad psicosocial*” Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos Vol 2 (2) Año 2018.
- CARIGNANO, Florencia, PALACIOS, Agustina, “*Discapacidad, justicia y Estado: acceso a la justicia de personas con discapacidad*”, 1a ed. - Buenos Aires : Infojus, 2012.

ANTE, María de las Mercedes, “*Personas con capacidad restringida. Sistemas de apoyo (Legislación - Doctrina y Jurisprudencia)*” *El Derecho*, N° 14.200, LV, ED 273.

MUÑIZ, C. (2012). Personas con incapacidad y con capacidad restringida por razón de discapacidad mental [en línea]. En Análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/personas-incapacidad-capacidad-restringida.pdf>

DECISIÓN EN LOS MÉTODOS DE AUTOCOMPOSICIÓN: RACIONALIDAD O SATISFACCIÓN?*

*María Cristina Di Pietro***

Resumen: Se plantean hipótesis y variables en los procesos autocompositivos referidos a los ámbitos jurídicos civil, comercial, de familia que permiten privilegiar el proceso previo de toma de decisiones de los involucrados en el conflicto. Pudiendo invertirse con ello el punto de partida del proceso judicial. Se describen vertientes de la Teoría de la Decisión a las que adherimos como fundamento.

Palabras clave: Decisión. Procesos de Autocomposición. Mediación

I. INTRODUCCIÓN

Proponemos dos formas de leer este artículo. Comenzando por el acápite II o prefiriendo hacerlo por el III, siendo que el IV describe algunas vertientes de la Teoría de la Decisión a las que adherimos como fundamento del presente.

El acápite II presenta hipótesis y variables en el ámbito de los procesos autocompositivos, que surgen de otras investigaciones aún en desarrollo en el marco del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS- a través del Programa *Estrategias procesales para la solución efectiva de*

* Artículo recibido el 27/8/2020 ~ aprobado para su publicación el 2/3/2021.

** Doctora en Derecho y Cs. Ss., UNC. Coordinadora de Extensión del CIJS. 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. Ss., UCC. Mail: mediario@hotmail.com

los conflictos jurídicos civiles y comerciales, que contiene 3 proyectos¹; como asimismo desde 2018 a través del proyecto *Un acercamiento a las teorías de la decisión, aplicadas a la resolución de conflictos interpersonales; durante un proceso autocompositivo*² -Provincias de Córdoba y de San Luis-, radicado en Secretaría Investigaciones SI-UCC-Secyt. Y del ya concluido Proyecto *Estudio comparativo de la mediación familiar llevada a cabo en las provincias argentinas de Córdoba, Río Negro y San Luis, desde un enfoque jurídico-regional durante los últimos 18 meses*. UNC-Secyt (Suprimir Conicet) 2018-2019.

Nuestro enfoque está referido a los ámbitos jurídicos civil, comercial, de familia, y conforme nuestra praxis³ en mediación y negociación desarrollada en los últimos 25 años en diversas jurisdicciones de la Prov. de Córdoba y CABA, situándonos en los casos de personas que actúan con buena fe, sin atajos -honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique

¹ El Programa radicado en el CIJS-Conicet, Facultad de Derecho UNC, Resolución CIJS N° 04/2020, consta de los siguientes proyectos, a desarrollarse desde 2020 a 2023: 1. Mediación jurídica-judicial en el ámbito civil y comercial. Interdependencia de los procesos auto y heterocompositivos. 2. Métodos heterocompositivos para la solución de conflictos jurídicos judicializados civiles y comerciales. 3. Oralidad e inmediatez en los procesos civiles y comerciales en la justicia provincial de la Ciudad de Córdoba. Etapa preliminar. Mediación y juicio.

² DI PIETRO, María Cristina. *Mediación- Conciliación y el Proceso Judicial*. Tesis doctoral. Fac. Derecho y Cs Sociales UNC. Expte. 05-00-54943. Córdoba. Argentina. 2012. La autocomposición es aquella forma denominada pacífica y directa de solución de los litigios que consiste en la subordinación, voluntaria, recíproca o unilateral del interés de cada una o una sola de las partes del litigio, al de la otra con la que se está en conflicto.

³ En nuestra praxis de resolución de conflictos con autocomposición, en general las personas ingresan en la categoría de respeto por estos principios de honestidad, colaboración y buena fe. Basado en casos reales mediados: Proyecto “Estudio comparativo de la mediación familiar llevada a cabo en las provincias argentinas de Córdoba, Río Negro y San Luis, desde un enfoque jurídico-regional durante los últimos 18 meses” (formato encuestas con algunas preguntas abiertas). Secyt-Conicet, Dictamen Comisión Asesora Economía y Derecho 96/100 – Recomendado sin disidencias. 2019. DI PIETRO, María Cristina. “Realidad de la mediación judicial en Córdoba”. *La Ley Córdoba*. Año 29. Número 3. Abril 2012. Pág. 245 y ss. (Contiene encuestas, datos de opinión, resultados cuantitativos y comparativos basado en la investigación 2009, Teorías del conflicto y de la Decisión. Métodos RAC. Facultad Derecho - UNC)

tribuere⁴- (Aunque en algunos hemos logrado como primer consenso que éstos operen como parámetros de punto de partida)

Finalmente en la conclusión no haremos más que reafirmar a Galileo: sin embargo se mueve...

II. NARRATIVA DEL CASO -AUTO Y HETEROCOMPOSICIÓN-

II. 1. De la narrativa del cliente al escritorio del juez

De la narrativa del cliente, el abogado recorta para el juez, aquello considerado jurídicamente necesario para que resulte ajustado a una pretensión viable y triunfante⁵. El resto queda fuera de probable petición; incluyendo lo que el cliente no relata por considerarlo íntimas circunstancias.

Las personas tienen expectativas e imaginarios. Los jueces limitaciones: no exceder los hechos aportados por las partes, y solo procede “aplicar una suerte de iuria novit curia procesal” para encuadre jurídico del caso⁶. Los abogados redactan conforme su impronta lingüística y experticia jurídica; y según su parecer estratégico.

La decisión que toma el tercero se basa en los hechos ajustados a la perspectiva jurídica que le presenta el letrado, quien los transmite con eficiencia técnica que no impide sin embargo, que se trasladen amortiguados o maquillados respecto a cómo el cliente los siente y vivió.

Importando ello cuádruple limitación para el cliente-justiciable a la hora de volver a abordar su problema, sea porque la ley lo obligue a re-

⁴ Praecepta Iuris, preceptos jurídicos que mandan vivir honestamente, deber de no dañar a los demás, y dar a cada uno lo suyo, desde la Aequitas, concepto romano de justicia, equidad, conformidad, simetría y rectitud.

⁵ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. “Lenguaje jurídico claro: la disyuntiva entre idioma común o corriente e idioma técnico o especializado”. *ED* Año LVII – 285. 23 octubre 2019. Págs. 1 a 3. CUCATTO, Mariana y SOSA, Toribio E. “Instrucción civil preparatoria: la delimitación y la depuración del conflicto previas al juicio”. *ED*. 16 mayo 2017. DI PIETRO, María Cristina. “Juegos complejos: el sistema lenguaje, conflicto, regla y derecho”. *LA LEY* 11/11/2016, 11/11/2016, 1 Cita Online: AR/DOC/3294/2016

⁶ PEYRANO, Jorge W. Límites reales y ficticios de la actividad decisoria de los jueces civiles. *La Ley*. Año LXXXIII N° 212. T 2019-F. 11 Noviembre 2019.

correr una instancia autocompositiva –mediación, conciliación- o porque elija transitarla.

La parte, en el tramo autocompositivo, solo podrá plantearse y elegir del remanente. Esta realidad reducida y recortada ya no encaja en general, en su historia primitiva. Ni siquiera en la relatada por él retocada desde su parecer, por lo que cree que abogado y juez quieren escuchar. En suma, ignora la información y transformación intermedia de la lectura jurídica de los hechos, acontecida a partir de que su problema fue anoticiado al juez, se escribió o se preparó para él.

Realiza así, esfuerzo adicional para adecuar su historia o directamente no reconoce su propio caso!⁷ Las más de las veces, se manifiesta resignado u ofuscado, y en ambos extremos insatisfecho y decepcionado; debiendo el tercero coadyuvante –mediador o conciliador- y el abogado reconstruirle en el acto de la negociación mediada, la historia primitiva. Pero el decisor tiene ahora segmentado el curso de acción para la toma de su decisión.

Ante la oportunidad de resolver por sí, se le presentan con este panorama, pocas o sólo dos opciones: Lo máximo dentro de lo posible conforme el número que leyó en su demanda; para luego cambiarlo por el máximo que cree le corresponde (en realidad necesita) para solucionar otros problemas, sin perjuicio del tema que lo convoca en ese caso generando así un punto de fuga.

Así percibe su reducido margen de elección abordando la posible salida, primero, desde la utilidad conservadora -elegir dentro de lo que quedó, en base a lo que conocemos como teorías de la decisión maximin o minimax-, o bien sigue el camino no menos conservador, el clásico riesgo ganar-perder dispuesto por un dictamen judicial. Son alternativas reducidas y que lo dejan atrapado (también al Estado). Más exigentes que la toma de decisiones bajo riesgo e ignorancia. Por ende el justiciable que debe decidir en ese contexto no tiene verdadera autonomía ni libertad necesaria. Está restringido a decisiones bajo riesgo e ignorancia o decisiones bajo incertidumbre si logra alguna información relativamente adecuada a su alcance. Estas variables son enfocadas por las teorías normativas de la decisión, que no son propias del ámbito autocompositivo al que se lo convoca.

⁷ Yo no sé qué dijo el abogado y el juez, pero esto es así... Explíquelo Ud. Dr. que conoce más el tema...

Y por ello la paradoja: Siendo la misma persona que pone en crisis al Poder Judicial la que finalmente apodera al juez, resultaría poco entendible por qué si el justiciable critica a los jueces, cuando tiene oportunidad de decidir por sí finalmente termina eligiéndolos para la solución de sus temas, con retorno al punto crítico de partida. La hipótesis que en principio esbozamos transita por establecer cómo impacta todo aquél desconocimiento (elegir bajo ignorancia) en la recorrida de un camino de decisión consensuando con su oponente, pero en la que se pretende que transite un proceso de decisión desde teorías exclusivamente normativas –impropias en métodos heurísticos de autocomposición–.

El consiguiente resultado no puede ser su satisfacción con el sistema judicial!

II. 2. La mediación representa una «píldora». La mediación como método de autocomposición constituye para el ciudadano una presentación educativa en justicia; representa una «píldora», tomando este concepto de lo que en internet puede encontrarse como adelanto y breve resumen de determinados temas de interés⁸. Es una muestra de la orientación de las políticas jurídicas del próximo siglo. Que sirve para importantísima y elemental tarea previa que tiene a cargo el Estado: educar al soberano para la participada concreción en la equitativa solución de sus conflictos desde su autónoma decisión (empoderamiento). Eslabón ausente hasta hoy⁹.

El ciudadano que no siente pertenencia con su legislación se revela ante el principio general de derecho: “la ley se reputa por todos conocida”, consecuencia de ello no alcanza a responsabilizarse por la delegación que realiza al tercero juzgador desde su propia facultad de decisión¹⁰.

No siente pertenencia al sistema legal cuando expresa el divorcio entre la ley que pretende regirlo y su realidad, sintiéndose¹¹ desapoderado de

⁸ Google, YouTube, etc.

⁹ Pese a que el CCC instala la autonomía de la voluntad, aún no se refleja en la praxis ciudadana a la hora de tomar decisiones sobre sus temas jurídicos con otros

¹⁰ Escuchamos decir en las audiencias de mediación: De qué ley me hablan?... para nosotros no existe... que el juez haga lo que quiera... Para eso está el juez...

¹¹ Hacemos hincapié en lo que las personas sienten y entienden porque actúan conforme al sentir más que a la razón. Esa etapa racional es en general posterior congruente con la ayuda recibida en mediación (No sé por qué lo hice... No pensé en las consecuen-

su conflicto. Necesita comprender ese recorte normativo que se pone en juego en su caso, tanto como los otros sujetos que intervienen –abogado, mediador y juez- necesitan entender los hechos vividos por aquél. Parte de la función de estos últimos actores en la solución de conflictos requiere la tarea de capacitar y conducir al ciudadano a la posibilidad de propia decisión. Implicando ello una perspectiva diferente en la concepción del proceso judicial.

De allí nuestro énfasis en recomponer eslabones oxidados: quien no sabe (carece de información; desconoce la ley, no comprende su alcance y sus consecuencias, etc.) toma decisiones frustrantes; bajo riesgo y no solo bajo incertidumbre. Tiene sólo dos opciones y camina a ciegas entre las dos, es decir bajo ignorancia y a riesgo. Lo que implica peor situación aún que la decisión bajo solo riesgo (si eligió cara -A- y sale seca -B-), porque en este tipo de decisión, cuando menos refleja la posibilidad de qué hacer si su opción A –cara- no sale bien. Cuando ignora las consecuencias de A y/o de B obra con libertad restringida; sin total autonomía de la voluntad. (Estas situaciones en el ámbito de la justicia son las que generan alta preocupación y gravedad desde el individuo decisor como desde el Estado oferente del servicio de justicia)

Momento de aclarar que nuestro planteo no descrea en modo alguno del sistema heterocompositivo, pero aspira a reducir su campo, en función a nuevas formas jurídicas de equilibrar sistemas de solución de conflictos, menos onerosas para la comunidad, más participativas en la responsabilidad de elección, más satisfactorias ante la decisión verdaderamente informada y propia del ciudadano, (que no solo consideramos justificable), al que por ser tal le corresponde conocer sobre la administración y gestión acertada de sus derechos, con mínima delegación en el Estado de administrar el sistema de formas, pero no exclusivamente el de las soluciones. Estimamos que desde el sistema heterocompositivo se deben recibir parámetros inamovibles que permitan fijar claramente el límite de lo permitido-permitido para uno y otro actor del conflicto.

Ello así, consideramos un sistema de solución de conflictos cuya base sea participativa en referencia a la complejidad de los hechos, acom-

cias... Estaba dolida. Estaba cansado, atemorizado...) Sobre el tema puede consultarse LARA, Blas. *La decisión, un problema contemporáneo*. Ed. Espasa Calpe, D.L. Madrid, España. 1991.

pañados los derechos con el asesoramiento de abogados¹², y el vértice impositivo-adjudicativo, solo para casos jurídicamente complejos. Cuyos antecedentes de solución sirvan de parámetro referencial al alcance de toda persona. Es decir, en definitiva, la decisión judicial en el marco de la variable normativa de la teoría racional normativa y prescriptiva quedará circunscripta al campo heterocompositivo de adjudicación de derecho desde el tercero juez. Siendo la teoría de la decisión en sus variables descriptiva y también prescriptiva –de corresponder- las consideradas y aplicadas en los procesos de autocomposición. (Describimos las variables de la Teoría de la Decisión en el siguiente acápite)

En la visión clásica de la programación normativa, la subjetividad no ingresa –pese a su subyacencia-. En referencia a ello, los postulados de la teoría de la decisión normativa que son matemáticos y perfectos, racionales a ultranza, se acercan a decisiones computadas. De allí el avance de doctrinas que nos avisan que jueces y abogados pasaremos a la historia¹³. Es que si todo está perfectamente computado en una máquina con memoria suficiente para albergar casuística, normativa, jurisprudencia pacífica de antemano, con el solo cruce de datos es lógico suponer que la solución surgirá rápido y con prescindencia del hombre que se verá postergado ante mecanismos algorítmicos hacedores de justicia.¹⁴

¹² DI PIETRO, M. Cristina. “Estragos vs. orden jurídico: consenso superador para la protección de los derechos”. Artículo aceptado, a publicarse en el libro *El Derecho Argentino frente a la Pandemia*. En prensa. Facultad de Derecho. UNC. Córdoba 2020

¹³ OPPENHEIMER, Andrés. ¡Sálvese quien pueda! Cap: *El futuro del trabajo en la era de la automatización*. Ed. Debate, Barcelona. España. 2018. SUSSKIND Daniel - SUSSKIND Richard “El futuro de las profesiones”. Teell Editorial, SL. España. 2015. SUSSKIND Richard. *Towmorrow’s lawyers*, Oxford University Press, 2013. Artículos relacionados: BALLESTEROS TEMPRANO, Ana. “El Derecho colaborativo: una forma más humana para la solución de controversias”. Universidad de Oviedo, España. 2017 http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/40219/4/TFM_BallesterosTemprano%2C%20Ana.pdf Última consulta 19-8-2020.

ARMESTO CAMPO, A. “La gestión de los propios conflictos y el derecho Colaborativo”, en *Community of Insurance*: <https://communityofinsurance.es/2015/05/10/la-gestion-de-los-proprios-conflictos-y-el-derecho-colaborativo/>. MILJKER, María Eva. “Duncan Kennedy y la crítica de los derechos”; https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica03.pdf En todos, última consulta 19-8-2020.

¹⁴ De hecho ya existen mecanismos para compras en tiendas online, regionales e interregionales en sitios como Amazon, Walmart, e-Bay entre otros que someten al usuario

Pero acontece que el antecedente de la norma no es exclusivamente objetivo. El antecedente de la norma es subjetivo. Son conductas. Y ellas se apoyan en sentimientos, emociones, contextos, que se expresan con lenguaje en modo alguno homogéneo¹⁵.

Los actores del conflicto que obran como terceros¹⁶ –jueces, conciliadores, mediadores-, son alcanzados también por esta consideración que tiene en cuenta el manejo del lenguaje, de las emociones, creencias y percepciones subyacentes. Pero en este trabajo no incluiremos el análisis de cómo reflejan sus decisiones subyacentes.

El verdadero y complejo problema de fondo para la teoría normativa-prescriptiva se configura cuando ambas conductas en conflicto se realizan en el amplio campo de lo normativamente permitido o no prohibido. Porque el decisor humano no es únicamente racional, ello así, quien decide por sí y para sí, decide primero cómo decidir (no si debe o puede). En general primero hace, priorizando preferencias, creencias, principios y reglas formadas desde su grupo de pertenencia (permiten, valoran, sancionan distinto).

Creemos entonces que cuando la persona se encuentra ante este tipo de conflictos permitidos-permitidos, es más útil pensar en un buen y esclarecedor proceso de toma de decisiones para hacer frente a un cúmulo de problemas, que pensar en resolver un problema en particular de una vez y para siempre¹⁷. En una sociedad compleja y caótica, es mejor pensar en términos de manejar, (de superar) conflictos¹⁸ que de resolverlos.

a mecanismos automatizados de solución de controversias. Son también píldoras que anuncian lo que vendrá.

¹⁵ KENNEDY, Duncan. “La educación legal como preparación para la jerarquía”. <https://www.juridicas.unam.mx/> y http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/ http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/03/la-educacion-legal-como-preparacion-para-la-jerarquia.pdf Última consulta 19-8-2020

¹⁶ Para la Teoría del Conflicto, todos los involucrados en el mismo, sin perjuicio de su rol, son actores tanto como se consideran jugadores en la Teoría de Juegos.

¹⁷ Conclusión de SÁNCHEZ, Ana Carolina para el Avance Informe del Proyecto *Un acercamiento a las teorías de la decisión, aplicadas a la resolución de conflictos interpersonales; durante un proceso autocompositivo*. -Provincias de Córdoba y de San Luis-, radicado en Secretaría Investigaciones SI-UCC-Secyt. 2018-2021

¹⁸ FISHER, Roger, y otros. *Más allá de Maquiavelo. Herramientas para afrontar conflictos*. 2 ed. Actualizada, Ed. Granica. Buenos Aires, Argentina. 1999 p 2. Entre

III. ÉPOCA DE PANDEMIA: UN MUESTREO 2020

En momentos de shock jurídico, cuando la defensa de los derechos (en el mundo) quedó suspendida por efecto del Covid-19, los particulares refugiaron sus reclamos y diferencias en la mediación. En Córdoba la Resolución 02/2020 del Ministerio de Justicia, dentro del ámbito de la ley 10.543 –de mediación–, Dec.1705/18 delegó en los Centros Privados de Mediación especialmente autorizados, la posibilidad de actuación virtual –a través de plataformas electrónicas– para evitar la parálisis y luego avalancha de causas. (En CABA con posterioridad se habilitó un sistema similar, Resolución-2020-121-APN-MJ - Ministerio de Justicia de la Nación)

Existen en la Ciudad de Córdoba 24 centros privados. Si bien no tenemos aún estadísticas precisas ni número definitivo de casos tramitados¹⁹, tomaremos un promedio en base a aproximaciones, según los ingresados en los más antiguos en el tramo abril-agosto 2020. El promedio arroja aprox. 55 causas por centro. Es decir, -aprox.- 1320 casos totales. Tomando a su vez la participación mínima de dos partes y dos abogados por cada uno, el total de personas que se conectaron con el proceso autocompositivo de mediación –sin contar a los ámbitos públicos– fue de 5280; 2640 personas involucradas y 2640 letrados.

Destacamos que, a) se advierte una cadena de al menos 4 decisiones trascendentes: una, la aceptación de la mediación como sistema procesal autocompositivo; la segunda, la delegación por parte del Estado en centros privados de la posibilidad coadyuvar a la solución de conflictos de los justiciables, llevándose a cabo un proceso y procedimiento convalidados y a cuyo resultado se le otorga validez de acto con respaldo público - estadual (protocolización de actas). En tercer lugar, la aceptación de las personas en postular, defender sus derechos desde la negociación en mediación en el ámbito privado; y por último, la decisión prioritaria, la voluntad ciudadana y del profesional de derecho de participar en procesos de avenimiento dirigidos por terceros sin jurisdicción.

paréntesis, “de superar”, es nuestro. Véase en DI PIETRO, M. Cristina. *La superación del conflicto*. Co-Ed. Facultad de Derecho - Alveroni. 2ª ed. Córdoba. Argentina. 2017.

¹⁹ Este trámite corresponde a la Dirección de Mediación –Dimed– Ministerio de Justicia de la Prov. de Córdoba.

b) sin perjuicio del resultado de la interacción en esta etapa (resolver o no), los participantes manifiestan respeto, confianza, agradecimiento y legitimación a la intervención de los terceros mediadores.

Nos permitimos adjudicar este cambio que la pandemia aceleró a una cuestión más sencilla: Las personas en su mayoría tienen problemas que pueden ser más-menos complejos pero en general no son sofisticados; terminan siéndolo luego de la transformación -que antes describimos- en su camino hacia el juez. Puede decirse que en ocasiones, los complica la mente científica que los sofisticada, sea mente de la ciencia jurídica como de las otras disciplinas que se acercan para ayudarla, a través por ejemplo, de las pruebas periciales. (Una cosa es trabajar en interdisciplina y otra complicar con las disciplinas).

IV. TEORÍA DE LA DECISIÓN

IV. 1. Generalidades

En las últimas investigaciones realizadas en el marco del Programa *Estrategias procesales para la solución efectiva de los conflictos jurídicos civiles y comerciales*, radicado en el CIJS²⁰ y del Proyecto *Un acercamiento a las teorías de la decisión, aplicadas a la resolución de conflictos interpersonales; durante un proceso autocompositivo. -Provincias de Córdoba y de San Luis-* SI-UCC-Secyt²¹ el grupo de investigación observó que la Teoría de la Decisión no es estudiada o se incluye con insuficiencia en el ámbito de los métodos autocompositivos, pese a la trascendencia del tema: definido y circunscripto el conflicto emisor y receptor lo entienden y se entienden, aunque luego no puedan converger en los puntos más beneficiosos para ellos. Entonces, definido el conflicto y con los actores en sinergia, la toma de decisiones es la pieza clave en el camino hacia el logro

²⁰ Programa CIJS-Conicet, Facultad de Derecho UNC, Resolución CIJS N° 04/2020, Proyectos, 2020 a 2023: 1. Mediación jurídica-judicial en el ámbito civil y comercial. interdependencia de los procesos auto y heterocompositivos. 2. Métodos heterocompositivos para la solución de conflictos jurídicos judicializados civiles y comerciales. 3. Oralidad e inmediatez en los procesos civiles y comerciales en la justicia provincial de la ciudad de Córdoba.

²¹ Proyecto radicado en Secretaría Investigaciones SI-UCC-Secyt. 2018-2021. Córdoba. Argentina.

o el fracaso autocompositivo. Cómo deciden las personas, los justiciables? Desde la razón, desde la satisfacción, ponderando ambas, ninguna?

Probablemente estos cuestionamientos queden abiertos en gran medida. Pero comenzamos a ponerlos de resalto en el intento de coadyuvar también ciencias y teorías de distintas ramas para visualizar propuestas y soluciones distintas, integrales; que ayuden a superar la mera descripción de un sistema que decae contabilizando los porqué con pocas propuestas prácticas y realizables, es decir buscamos cómo hacerlo posible.

La teoría de la decisión se ocupa de analizar cómo elige una persona aquella acción que, de entre un conjunto de acciones posibles, le conduce al mejor resultado dadas sus preferencias²².

Decidir es realizar un proceso mental, deliberado, voluntario, sistemático, a través del ejercicio del raciocinio, con la finalidad de elegir un curso de acción entre un conjunto de cursos de acción alternativos²³.

Aunque no los trataremos aquí, para nuestro análisis tendremos en cuenta además, los factores condicionantes del contexto en que se desarrolla tanto como los principios morales del individuo decisor²⁴, para ponderar en el análisis la circunstancia y realidad a la que se enfrenta el mismo en cada caso, siendo que tiñen sus preferencias llevándolo al terreno de lo posible o probable.

Citaremos brevemente en principio, algunas vertientes formales de la Teoría de la Decisión con mayor influencia en el ámbito social y jurídico, que aplican en su mayoría las llamadas teorías normativas y prescriptivas de la decisión, indicando cómo la gente «debe» y cómo «puede» tomar decisiones. Estas teorías parten de la base que la mejor decisión es aquella en que el tomador de la misma (decisor - *decision maker*) es capaz de situarse en un entorno de completa información, capaz de calcular con precisión, siendo completamente racional. La aplicación práctica de

²² AGUIAR, Fernando. "Teoría de la decisión e incertidumbre: modelos normativos y descriptivos". *EMPIRIA. Revista de Metodología de Ciencias Sociales*. N° 8, 2004, págs. 139-16. ROMERO, Carlos Giménez. "Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural. Migraciones". *Publicación del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, 2001, N° 10

²³ PAVESI, Pedro F. J. "Cinco lecturas prácticas sobre algunos problemas del decidir". *Revista Alta Gerencia*, Año I, Tomo I 199, págs. 15-31

²⁴ Véanse supra Nota 11 e infra Notas 37 y 38: LARA, Blas; SHAPIRO, David. Obs. Cit.

esta aproximación prescriptiva nutre el análisis de la decisión al aportar principios de actuación, herramientas, metodologías y hasta software para ayudar a las personas a tomar mejores decisiones.

Destacada doctrina, como por ejemplo Raiffa, se refiere a un individuo tomador de decisión, de quien se dan por supuestas sus preferencias, entendiendo que no es propio de una teoría formal de la decisión el detenerse a considerar la naturaleza de las mismas, ni le corresponde ahondar en por qué las personas prefieren unas cosas en vez de otras. A este abordaje teórico, de perspectiva formal no le interesan las preferencias, cualesquiera sean, sino que satisfagan criterios mínimos de respaldo lógico²⁵; le interesa la lógica que sustente la jerarquización de la elección de alternativas que llevó a la decisión. Cuando se incumplen principios básicos de lógica y de congruencia, se hará imposible jerarquizar lo que cada persona prefiere; no se podrían ordenar sus preferencias, porque desde la perspectiva de este sector teórico se considerará que la persona no está eligiendo racionalmente, de forma lógica y consistente. Las ciencias duras, en especial la matemática aunque también ramas de la economía, logran representar estas situaciones fácticas en magníficas y perfectas fórmulas alfanuméricas...

Como las personas en la vida real no se encuentran en estos entornos óptimos al decidir; esta obvia aceptación motivó el surgimiento de posturas llamadas descriptivas que se precian de atender en sus postulados a la realidad del decisor, al describir la voluntad que el tomador de decisiones manifiesta antes de tomarla —es decir, cómo «quiere» hacerlo-.

Elegimos para este trabajo las Teorías de la Decisión paramétricas: normativas, prescriptivas y descriptivas. Centrando la atención en las decisiones tomadas bajo incertidumbre.

²⁵ BELL, David E. RAIFFA, Howard y TVERSKY, Amos. *Toma de decisiones: interacciones descriptivas, normativas y prescriptivas*, Eds., Nueva York - Cambridge University Press, 1988. RAIFFA, Howard. *El Arte y la ciencia de la Negociación. Modelos Analíticos y Resultados Empíricos*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1991.

IV. 2. La toma de decisiones desde la racionalidad a la subjetividad: de la maximización de la utilidad a la satisfacción

Conforme Aguiar²⁶, la teoría paramétrica de la decisión -o simplemente denominada teoría de la decisión- aborda la naturaleza formal de las decisiones individuales analizando criterios de decisión a tenor del contexto informativo en que se desenvuelva el individuo. Esta formalidad puede asumirse de manera normativa, prescriptiva o descriptiva. En el primer caso, se estudia qué decisiones debe tomar un agente idealizado (que no sufre nunca incoherencias lógicas y que es capaz de optimizar la búsqueda de información). La teoría prescriptiva de la decisión se ocupa, de cómo pueden elegir bien individuos reales, dadas sus limitaciones cognitivas e informativas. La teoría descriptiva de la decisión estudia cómo deciden, de hecho, las personas. Dentro de éste ámbito (como variable) la teoría de juegos a su vez, analiza las decisiones individuales que se ven influidas no sólo por la información contextual disponible, sino por las decisiones de otros. Se trata, pues, del estudio formal de decisiones estratégicas, en las cuales lo que una persona decide depende de la información que tenga sobre lo que hacen los demás (John Nash; Kenneth Binmore; etc.). La teoría de juegos ha desempeñado y desempeña un destacado papel en el reciente desarrollo de disciplinas como la sociología y la ciencia política²⁷.

Como en el ámbito de la autocomposición trabajamos para el logro de consensos, coadyuvancias, acuerdos, nos centraremos en esta teoría paramétrica de la decisión en contextos de incertidumbre, sobre todo normativa (cómo deben elegir) y descriptiva (cómo eligen en la realidad) para luego abrir senda a la prescriptiva, cómo pueden decidir para obtener satisfacción. Estas vertientes se articulan en ámbitos inciertos o de no certeza absoluta, siendo las de mayor influencia en las ciencias sociales, en la ética y en la teoría de la justicia. Además, en la autocomposición hacemos uso de parámetros normativos jurídicos que comparan y miden

²⁶ AGUIAR, Fernando Ob. Cit. nota 20. BELL, D. RAIFFA, H. TVERSKY, A. Ob. Cit. nota anterior.

²⁷ La Teoría de Juegos ha sido desarrollada en primer término por NASH, John. *Equilibrium points in N-Person Games*, Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, EE.UU, 1950. VON NEUMANN, J. y MORGENSTERN, O. *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton: Princeton University Press. 1944. BINMORE, K. *Teoría de juegos*. Ed. McGraw-Hill. Madrid. 1994. Además pueden consultarse otros como Reinhard Selten, John Harsanyi, etc.

la opción elegida y a elegirse para que la decisión sea sustentable y adecuada a derecho.

Riesgo e incertidumbre no significan lo mismo. La distinción fue establecida por F. Knight²⁸ que en 1921, se refería al primero, como aquella situación en la que no existe certeza sobre el resultado de la decisión, aunque se puede conocer al menos la probabilidad de los distintos resultados alternativos. Esto sería, por ejemplo, el caso de la elección entre cara o cruz de una moneda: desconocemos de antemano el resultado pero conocemos la probabilidad objetiva de las dos alternativas. Las situaciones de incertidumbre se caracterizarían, en cambio, por el hecho de que no sólo desconocemos el resultado final, sino que no podemos predecirlo tampoco en términos de probabilidades objetivas. Así pues, uno de los problemas centrales que desafía a la teoría de la decisión en situaciones de incertidumbre, consiste en establecer al menos algún criterio que nos permita optar por una acción u otra.

IV. 2.1. Algunos de los criterios más conocidos y utilizados en situaciones de incertidumbre, son:

1.- Criterio maximin: compara entre sí los peores resultados de cada una de las opciones posibles y elige el mejor de ellos (el máximo de los mínimos). Se trata, pues, de un criterio esencialmente conservador que desperdicia buena parte de la información, pues solamente tiene en cuenta los peores resultados; sólo busca que no salgamos tan perdidosos, por lo que insta a elegir la opción con el mínimo más alto (aunque mínimo al fin).

2.- Criterio maximax: a diferencia del anterior, sólo tiene en cuenta el mejor resultado posible de cada acción (el máximo de los máximos). No es una estrategia que busque evitar el riesgo, y adoleciendo del mismo defecto que el criterio maximin, no tiene en cuenta la mayor parte de la información que nos ofrece la situación de elección. (La ilusión del máximo competidor)

3.- Para evitar el conservadurismo del maximin y el optimismo del maximax, puesto que nadie es siempre optimista o siempre pesimista, algunos autores²⁹ desarrollaron una vía intermedia entre el maximin y el

²⁸ KNIGHT, F. Risk, Uncertainty and Profit, citado en AGUIAR, F. Ob. Cit.

²⁹ Por ej. Hurwicz citado por AGUIAR, F. Ob. Cit.

maximax, que si bien no excluye tanta información, tampoco pondera todos los criterios al excluir valores intermedios.

4. El criterio de razón insuficiente de Laplace considera a todos los valores excluidos por las otras teorías, asignándole a cada uno la misma probabilidad para elegir después, el que nos aporte el mayor valor esperado (la mayor utilidad esperada)³⁰.

5. Pero si bien conforme el criterio de equi-probabilidad de Laplace, abordamos las decisiones inciertas en términos probabilísticos, no es menos cierto que también podemos atribuir subjetividades con esa probabilidad; por lo que cabría la posibilidad entonces que el decisor, por razones subjetivas, creyera que unos sucesos son más probables que otros, atribuyéndole entonces a cada cual una probabilidad subjetiva.

IV. 2.2. La teoría de la utilidad subjetiva esperada del modelo SEU, intentará resolver el grado de arbitrariedad de aquel planteo. La solvencia teórica del mismo ha logrado múltiples adhesiones para abordar el problema de la decisión en condiciones de incertidumbre.

Resulta destacada la variable aportada por Luce y Raiffa³¹ al mostrar que la teoría de la utilidad subjetiva esperada resultaría apropiada para casos de ignorancia parcial, porque en realidad, no existen los problemas que puedan plantear situaciones de completa ignorancia. En general se considera que «uno casi nunca se halla en un estado de ignorancia completa». Y en caso de hallarse en tal estado es posible que no tuviera criterio alguno de decisión. De hecho, «el análisis estándar en contextos de ignorancia completa supone, al menos implícitamente, que el decisor -de hoy-, tiene a su disposición gran cantidad de otros tipos de información

³⁰ Según John Harsanyi no es el criterio maximin el que habría que usar en una situación de incertidumbre —una posición original en la que desconocemos quiénes somos y que servirá para sellar un contrato social hipotético- para justificar la elección de nuestros principios de justicia distributiva, sino que habría que emplear el criterio de «razón insuficiente» o de equi-probabilidad de Laplace. De esta forma, afirma Harsanyi, un individuo racional será utilitarista, pese a lo que asegura Rawls, pues tratará de elegir principios de justicia que maximicen su utilidad esperada. Véase RESNIK, Michael D., *Elecciones*. Ed. Gedisa. 1ª Ed. 1998. Barcelona. Pto. 2-7. Rawls vs. Harsanyi, Págs. 79 -84

³¹ LUCE, R. D y RAIFFA, H. *Games and Decisions*. Wiley, New York, EE. UU. 1957. Pág. 295-299. RESNIK, Michael D., *Elecciones*. Ed. Gedisa. 1ª Ed. 1998. Barcelona. España. RAIFFA, Howard. *El Arte y la ciencia de la Negociación. Modelos Analíticos y Resultados Empíricos*. Ed. Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1991.

(incluso más de la que probablemente tenga en la práctica un hombre de negocios relativamente bien informado)».

Entre los años '30 y '40 John von Neumann y Oskar Morgenstern propusieron una serie de postulados de racionalidad a los que habrían de ajustarse las preferencias de la persona que toma una decisión arriesgada con el fin de transformar la escasa información con que se cuenta en contextos de incertidumbre, con una distribución a priori de probabilidades subjetivas. El decisor elegirá entonces, entre distintas alternativas presentes en una serie de problemas sencillos de resolver. Esas condiciones a las que se ajustará la elección para que sea sustentable, para que no resulte sesgada de arbitrariedad, se presentan en 6 axiomas —cánones de racionalidad— del modelo SEU³². Este encuadre reitera el perfil de un decisor que se enfrenta a un problema de incertidumbre siendo racional si y sólo si, maximiza su utilidad subjetiva esperada, para lo cual sus preferencias se habrán de adecuar a los axiomas pautados por el modelo. Si no fuera así, se considera que el decisor no es racional, volviéndose nuevamente a la teoría de la decisión de racionalidad limitada normativa de alto grado de pureza, pues se establece incluso lo que debe entenderse por racionalidad y, en consecuencia, sólo la decisión que se ajuste a los axiomas propuestos se considera racional³³.

IV. 2.3. Observar a las personas en su realidad a la hora de tomar decisiones, implica admitir que frecuentemente pasan por alto mínimos principios racionales. A ello se suma que su intuición en relación con el cálculo de probabilidades es muy pobre³⁴; diríamos muy limitado y condicionado por la azarosa situación. Advierte ello la producción de sesgos a la hora de tomar decisiones bajo incertidumbre, lo que se observa palmariamente en la etapa decisional de la negociación-mediación cuando

³² Axiomas SEU: 1. Completud. 2. Transitividad. 3. Independencia de las alternativas irrelevantes. 4. Independencia de las consecuencias contrafácticas. 5. Independencia con respecto a la ganancia esperada. 6. Preferencia estricta mínima. AGUIAR, F. Ob. Cit. pág. 149

³³ SEU sigue siendo el más desarrollado y el que aún cuenta con un mayor número de aplicaciones (y seguidores) en terrenos tan diversos como la economía, la sociología o la ética.

³⁴ Criterio adoptado por TVERSY, A. y KAHNEMAN, D. En *The framing of decision and the psychology of choice*. Science, 211, 1981, págs. 453-458.

se posicionan en sus convicciones, creencias, costumbres, conveniencias; también atajos, trucos, mañas, en lugar de medir los beneficios y perjuicios.

Si se afirma que la teoría de la utilidad esperada subjetiva es una teoría normativa —referida a cómo debemos decidir— y no descriptiva —que muestra cómo decidimos de hecho— se podría sostener que toda decisión que se aparte de principios racionales (por ej. axiomas SEU) es irracional. Sin embargo, no es esta la postura reflejada por los teóricos de la racionalidad que intentan adecuarse a la forma en que las personas toman sus decisiones, por cuanto los modelos racionales aún los más flexibles, al no describir el comportamiento real de las personas, son fallidos y cuestionables. Advertido de ello Herbert Simón³⁵ impulsor de la racionalidad limitada, propuso una concepción *procedimental* de la racionalidad en lugar de la concepción sustantiva de utilidad subjetiva esperada; asegurando asimismo, que el decisor no se preocupa tanto por elegir lo óptimo como por elegir una acción cuyo resultado le satisfaga.

Conteste con esta postura, Raiffa³⁶, uno de los primeros matemáticos en sumar al decisor en su integralidad, sostiene que el error está en el proceso de toma de decisiones en lugar de la mente del tomador de decisiones; en segundo lugar, reemplaza el concepto de maximización por el de satisfacción. Si estas transformaciones son tenidas en cuenta conducen

³⁵ SIMON, Heber. “De la racionalidad sustantiva a la procesal”, en *F. Hahn y M. Hollis (comps.) Filosofía y teoría económica*. México. 1986. págs. 130-171.

³⁶ RAIFFA, Howard. *El Arte y la ciencia de la Negociación. Modelos Analíticos y Resultados Empíricos*. Ed. Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1991. KEENEY, Ralph L, RAIFFA, Howard, HAMMOND, John S. “Las trampas ocultas en la toma de decisiones”. *Harvard Business Review*, Vol. 84, Nº. 1, 2006, págs. 104-112. Sostienen que hay 8 trampas psicológicas, ya que la manera en que funciona el cerebro, sabotea la decisión: Trampa del anclaje, nos lleva a darle un peso desproporcionado a la primera información que recibimos. Trampa del statu quo, nos hace caer en el sesgo de mantener la situación actual, aun cuando existen alternativas mejores. Trampa del costo hundido, nos inclina a perpetuar los errores del pasado. Trampa de la evidencia, corroborante nos lleva a buscar información que respalde una predilección existente y a descartar la información contraria. Trampa del marco de referencia, sucede cuando establecemos incorrectamente un problema, socavando todo el proceso de toma de decisiones. Trampa del exceso de confianza, nos hace sobreestimar la precisión de nuestras predicciones. Trampa de la prudencia, nos hace ser demasiado precavidos cuando hacemos estimaciones de sucesos inciertos. Trampa del recuerdo, impulsa a darle un indebido peso a hechos recientes y dramáticos.

a una teoría descriptiva de la decisión frente al carácter normativo de la doctrina racional SEU. (Pero falta aún ponderar la mente del decisor!)

Volviendo a Simon y según él, nuestras decisiones en general tratan problemas específicos, independientes entre sí. Casi nadie además, toma una decisión aunque sea importante, elaborando situaciones hipotéticas a las que atribuir una distribución de probabilidades subjetivas. Tener que decidir por una cosa u otra (comprar un auto o una casa), nos hace centrar la atención en algunos aspectos de la decisión y no en otros (focal points), y en algunos de nuestros valores y no en otros. No es menor advertir que gran parte del esfuerzo a la hora de tomar una decisión está dedicado a recopilar información. Una teoría de la decisión que tome en consideración todos estos elementos será una teoría, según Simon, de la racionalidad limitada (bounded rationality) cuya labor consistiría en describir los procedimientos mediante los cuales toman los individuos sus decisiones. Muestra un concepto procedimental de racionalidad frente al criterio sustantivo (axiomático) de otros modelos racionales –SEU–, y de ahí que abogue, asimismo, por una teoría descriptiva de la decisión basada en las limitaciones de la racionalidad, ya que no sería posible realizar ordenaciones completas de nuestras preferencias porque ello implicaría una enorme capacidad computacional de la que los individuos carecemos. Sólo podemos aspirar a ordenaciones parciales. Tal los ejemplos expuestos por Aguiar: si deseo comprarme una casa no compraré necesariamente aquella que maximice mi utilidad (expectativa quizás imposible), sino que elegiré para comprar entre un conjunto limitado de casas que por su precio y características me satisfagan (aunque ninguna de ellas maximice mi utilidad en todos los aspectos posibles, es decir, precio, tamaño, entorno, distribución, etc.). Lo que se pierde, pues, en precisión matemática se gana sin duda en realismo del modelo a seguir. Consecuencia: la maximización de la utilidad esperada no es posible. Así como tampoco lo sería elegir teniendo en cuenta la máxima preferencia. No decidir hasta que no se maximicen utilidades o preferencia, es lo mismo que no decidir, decidir no decidir o evadir la decisión.

IV. 3. Teoría de la Decisión racional de naturaleza heurística. La respuesta de las teorías racionales a las críticas de las teorías descriptivas de la decisión contiene la aceptación de que la racionalidad de las personas es limitada, pero se considera que toman sus decisiones como si tuvieran

una racionalidad ilimitada, esto es, una ilimitada capacidad computacional para tomar las decisiones. Argumento que resulta igualmente forzado al imponer una ficción. Por ello las variables descriptivas representadas por ejemplo, por los modelos ecológicos, adaptativos o evolutivos de decisión avanzan pretendiendo ser más realistas, tratando de describir cómo toman las personas reales sus decisiones, poniendo énfasis en el aprendizaje y en el ensayo y error. Admitiendo ab initio, que los habrá.

Al sumarse al escenario decisional la experticia de la psicología y de la economía experimentales, aparece demostrado que la gente asume las limitaciones de la racionalidad y trata de adaptarse a las circunstancias de la elección (dificultad de la misma, tiempo que tiene para tomarla, importancia del problema, etc.), usando reglas sencillas de decisión, incluso «trucos» -de los que antes hablamos- para ahorrarse la búsqueda de nueva información o para tomar decisiones cuando se carece de ella³⁷.

Si bien en la teoría de la racionalidad limitada de Simon se propone un modelo alternativo de peso en ciencias como la sociología o la politología, la perspectiva de la racionalidad ecológica considera que si la racionalidad es limitada no se debe sólo a las limitaciones de la mente humana o a las dificultades para obtener información en contextos complejos, sino a la suma de ambos factores. Dadas las limitaciones cognitivas de las personas, la teoría de la racionalidad ecológica trata de averiguar qué reglas de decisión de naturaleza heurística³⁸ -creativa, orientativa- emplea la mente humana para adaptarse a su entorno de la mejor manera posible (Argentina es campo propicio para esta búsqueda).

El comportamiento humano se acerca más a lo impredecible, sin perjuicio de la predicción que pueda realizarse respecto de algunas conductas habituales, particulares o preferencias individuales, entre individuos que se

³⁷ GIGERENZER, G., TODD, P. et al, Simple Heuristics that Make Us Smart. Oxford University Press. 2000. GIGERENZER, G. y SELTEN, R. (2002), Bounded Rationality. The Adaptive Toolbox. Cambridge, Mass: The MIT Press, citados por AGUIAR, Fernando, en “Teoría de la decisión e incertidumbre: modelos normativos y descriptivos”. *EMPIRIA. Revista de Metodología de Ciencias Sociales*. N° 8, 2004, pág. 152

³⁸ La heurística trata de métodos exploratorios durante la resolución de problemas en los cuales las soluciones se descubren por la evaluación del progreso logrado en la búsqueda de un resultado final. La heurística se relaciona con la creatividad, sirve para orientarse en la toma de decisiones.

conocen, es decir que tienen información el uno del otro³⁹. Y, en general, no cabe suponer, que la gente toma decisiones como si su capacidad fuera ilimitada, sino todo lo contrario. Las personas, mediante reglas adaptativas (no estrictamente racionales) que procuran que la decisión sea rápida y poco costosa en lo que se refiere a la búsqueda de información, tratan de sacar el mayor provecho posible a la estructura informativa del contexto o ambiente en que se mueven.

Aunque no los trataremos aquí, tenemos en cuenta especialmente los condicionantes orgánicos y psicológicos advertidos por ejemplo por Blas Lara⁴⁰, que alerta sobre los frenos y hasta las fobias a la hora de elegir. Y no menos importante resulta poner en la balanza las convicciones éticas de la gente; sus principios morales, que según el área de decisión aparecerán con mayor énfasis. Así Shapiro⁴¹ habla de los siete prismas en que podrían

³⁹ SCHELLING, Thomas C. *La estrategia del conflicto*, Traducción de Adolfo Martín, Editorial Tecnos, Madrid, 1964.

⁴⁰ LARA, Blas. *La decisión, un problema contemporáneo*. Ed. Espasa Calpe, D.L. Madrid. España. 1991.

a. *Fobia a la decisión*, personas que viven en una actitud permanente de evitación defensiva de la decisión. b. *Pánico hipervigilante*, tomar decisiones desproporcionadamente agresivas ante las amenazas imaginarias o triviales de los demás. Cuando en su campo de percepción aparece algo -objeto, persona o situación- que perturba su equilibrio interno -porque vehicula un contenido de amenaza... tienden a magnificar la imagen inquietante. Se crea un estado de desazón y de tensión excesiva del que importa salir cuanto antes. Para desbloquear estas fobias se trabaja en psicología el paso a la etapa racional-voluntaria, cuya plenitud es precisamente la conciencia, estado mental que impondría orden y lógica sobre estas últimas. (Sobre el tema, véase conciencia del conflicto en ENTELMAN, Remo. *Teorías del Conflicto*. Ed. Gedisa, 1ª ed. España, 2002). c. *Falta de personalidad decisoria*, individuos que poseen una escasísima paleta de respuestas personales con que replicar a la variedad de problemas y situaciones que la vida nos plantea. Por pereza o estrechez no critican dictámenes de tradiciones, reglamentos, ideologías, normas morales, modas, costumbres, etcétera; evitan el esfuerzo de elaborar respuestas propias. d. *Parálisis hiperracionalista* del intelectual. El acto de decisión queda fallido e incompleto porque la persona, el decisor, se estanca viendo tantas posibilidades de fracaso que es incapaz de dar el salto a la acción, o exige un tal grado de claridad para pasar a la acción que nunca considera acabados sus análisis. El tal intelectual comete un lamentable error epistemológico. No hay decisión sin riesgo, porque no hay otra aprehensión de las situaciones mundanas que la probabilista. (Es el síndrome del abogado perfecto)

⁴¹ SHAPIRO, David A. *Cómo tomar decisiones correctas*. (Sabiduría práctica para enfrentar los dilemas morales de todos los días). Traducción Elvira Maldonado. Ed. Norma,

basarse las decisiones según la prioridad que se otorgue a los principios que encuadra en siete aristas según las prioridades del decisor. (Extendernos en el desarrollo de estas doctrinas excedería el límite formal del presente)

La teoría de la racionalidad ecológica también ensaya reglas, extraídas de ese comportamiento decisional de la gente, que se basan en criterios heurísticos de toma de decisiones reales. Los más conocidos por simplicidad y continua aplicación son las llamadas *Take The Last -TTL-* y *Take The Best -TTB-* (Toma la última – Toma la mejor-opción-). Si contamos con poca información TTL nos aconseja emplear la más reciente, la última, en función del contexto en que nos hallemos. Así, por ejemplo, si alguien tuviera que elegir qué tres o cuatro artículos de teoría de la decisión leer de todos cuantos se han publicado entre 1950 y 2019, lo más razonable sería empezar por los últimos. Esto es, precisamente, lo que se suele hacer. (El modelo de utilidad subjetiva esperada obligaría, en cambio, a comparar todos los artículos entre sí, los autores, su influencia, etc., antes de haberlos leído y para elegir cuáles leer)

Por su parte, la gente aplicaría TTB cuando carece de información para discriminar entre dos o más opciones. La regla TTB recomienda que escojamos el atributo que, por los motivos que sean, nos convence más y que olvidemos el resto (*take the best and forget the rest*). Si quiero leer tres artículos de teoría de la decisión y no tengo un criterio determinante puedo elegir los más recientes (TTL) de autores americanos (TTB), por ejemplo⁴². Supongamos que son cinco artículos más recientes, todos del mismo año, de autores americanos. Para elegir tres de esos cinco selecciono entonces los de las tres mejores universidades (TTB) y dejo a un lado otro tipo de criterios.

Barcelona. España. 2000. SHAPIRO, David A. “Escogiendo la decisión correcta”. www.resumido.com Última consulta 19-8-2020

⁴² Estas claves y ejemplos por su precisión, volvemos a tomarlas de Aguiar ob. Cit. quien también apunta a que los refranes son buen ejemplo de lo que es una heurística rápida y frugal. Atajos y trucos que impulsan a elegir pronto lo seguro. «Más vale pájaro en mano que ciento volando» o «Más vale malo conocido que bueno por conocer» serían criterios de decisión rápidos, conocidos, poco costosos informativamente y muletillas de confianza transmitidas de generación en generación (Ya lo decía mi abuelo! Más vale un mal acuerdo que un buen juicio). Estas arraigadas posturas resultan determinante para la mayoría de los decisores.

Esta doctrina racional, ecológica y heurística es paramétrica; selecciona, analiza, tiene en cuenta reglas de comportamiento surgidas del accionar actual del individuo. Es decir, siendo descriptiva muestra la conducta voluntaria del elector en lugar de ofrecerle menús racionales de obligado comportamiento para un individuo esencialmente racional.

En negociación y en mediación a efectos de lograr parámetros referenciales que impulsen a decidir, preguntamos utilizando técnicas circulares, por ejemplo, qué haría su padre, su mentor, el juez, o sus opuestos; poniendo límite temporal a esa circularidad traemos la pregunta a referentes cercanos; no preguntamos qué hubiera hecho Aristóteles, San Martín, el juez Marshall o Nerón. Preguntamos también qué piensa o cómo le impactan aquellos ejemplos que vienen de su entorno; y en base a la respuesta de quien tomará la decisión, se vuelve a preguntar y a repreguntar (para lograr mejor descripción) centrando el objetivo en encontrar de entre las opciones consideradas, una elección real, concreta, de posible cumplimiento (TTL –TTB) que lo conduzca a su solución más satisfactoria, dentro del caso problemático actual que lo convoca⁴³.

La teoría de la racionalidad ecológica no ignora que con estas reglas heurísticas se pueden cometer errores a la hora de decidir, esto es, se producen fallos inferenciales que conducen a malos resultados. Pero la cuestión más importante no radica en el hecho de que la heurística pueda provocar fallos, sino en demostrar de manera cierta que las personas reales adoptan este tipo de heurística al tomar sus decisiones. Y con ello, despertar conciencia acerca de la responsabilidad por las decisiones que cada individuo toma y debe tomar antes del atajo judicial. Para ello se necesitará aún más trabajo de campo en la perspectiva de la toma de decisiones en base a la casuística que posibilita el cara a cara de la autocomposición, acercamiento que el medio tecnológico no empaña⁴⁴.

Continuamos en sinergia con Aguiar, ya que entonces para representar decisiones reales, la tendencia es renunciar a la estrictez de la precisión matemática y a la parsimonia metodológica del modelo racional de utilidad subjetiva esperada -SEU-, en favor de considerar el mayor realismo de los supuestos. Ya que la experiencia registrada de trabajo en autocomposición

⁴³ Haciendo uso de atajos y refranes, diremos “no se vaya por las ramas”

⁴⁴ Véase supra acápite III respecto de la experiencia privada de mediación abril-agosto 2020

nos permite avalar que generalmente las personas se apartan de la estrictez de la racionalidad (modelo de la utilidad subjetiva esperada), sin ser por ello irracionales.

Y como las decisiones pueden ser tanto matemáticas como subjetivamente óptimas, según la aplicación práctica y la satisfacción producida al individuo decisor, tampoco podemos asumir en definitiva, que en todo contexto de incertidumbre, el decisor siga siempre una regla de satisfacción en lugar de maximizar su utilidad esperada.

En síntesis: Lo probable es que distintas situaciones de elección bajo incertidumbre precisen reglas distintas de decisión. Reiterando que las personas no sólo deciden por una opción u otra, sino que deciden cómo decidir; agregando ahora que lo hacen adaptándose según el tema, ámbito y relaciones humanas en juego.⁴⁵

Partiendo de todos estos supuestos, a la teoría de la decisión le queda aún por investigar la existencia y convergencia de distintas reglas de decisión –si las hubiera y fuera posible–, así como su precisión –si humanamente puede haberla– y el esfuerzo cognitivo que suponen en términos de información. Quizás se obtengan reglas que exigen un gran esfuerzo cognitivo y otras que exigen mucho menos, que, si bien proporcionen un resultado menos preciso, vendrá al menos influido tal como dijimos, por el contexto en que se apliquen, siendo tanto útiles como satisfactorias para el decisor libre. La cuestión queda abierta.

V. CONCLUSIONES

1.- El conflicto, como fenómeno dinámico, es un proceso de hechos concatenados (incluyendo decisiones tomadas para mantenerlo vigente o terminarlo) que se suceden unos a otros en un segmento temporal, histórico. Resulta complejo advertir que las partes en tales situaciones, cada una por su lado y desde su postura, pueden considerar que sienten satisfacción con su propia elección de permanecer o no en conflicto. Por ello analizar el proceso de toma de decisiones resulta clave.

⁴⁵ Así, frente a teorías de la decisión bajo incertidumbre que tratan de hallar la regla de decisión racional (maximin, SEU, satisfacción), lo que tendríamos, según estos autores, es un decisor que usa reglas diversas, adaptándose así a las mayores o menores dificultades de la elección.

El tema adquiere especial atención hoy, en tanto la hora de los métodos autocompositivos en los que la decisión nace de las partes⁴⁶, por lo cual nuestro campo de estudio que se centra en el consenso, la mediación y la negociación no puede prescindir de la teoría de la decisión⁴⁷.

2.- Cuádruple limitación tamiza la oportunidad del justiciable para su toma de decisión autónoma y autocompuesta: Lo que no se cuenta –aunque tenga relevancia para una solución–; la interpretación del abogado de lo que se cuenta; lo que el juez puede y debe hacer en base a ese ajustado relato⁴⁸, que vuelca luego en un lenguaje casi incomprensible para quien buscó solución⁴⁹, que solo entenderá ante la traducción ganó o perdió, ganó y perdió.

El justiciable que debe decidir en ese contexto no tiene verdadera autonomía ni libertad necesaria. Está restringido a decisiones bajo riesgo e ignorancia o decisiones bajo incertidumbre si logra alguna información relativamente adecuada a su alcance. Estas variables son enfocadas por las teorías normativas de la decisión, que no son propias del ámbito autocompositivo al que se lo convoca.

3.- Aplicando las teorías racionales pueden obtenerse resultados cercanos a la perfección. Pero el ser humano carece de aptitudes computacionales que le permitan acercarse al óptimo decisonal en un problema real que lo convoque. Está condicionado no sólo por su construcción psi, sino por la influencia de las preferencias que va adquiriendo impuestas por el mercado de consumo, por la información masiva, como asimismo por el entorno social y moral, propio y del grupo de pertenencia.

⁴⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Traducción de Arantxa Azurza, Revisión y nota introductoria de Juan Igartua Salaverria, Editorial Civitas, Madrid. España. 1985.

⁴⁷ En otros artículos nos referimos a las teorías del conflicto, de la comunicación, del lenguaje. DI PIETRO, María Cristina. “Juegos complejos: el sistema lenguaje, conflicto, regla y derecho”. *LA LEY* 11/11/2016, 11/11/2016, 1 Cita Online: AR/DOC/3294/2016

⁴⁸ PEYRANO, Jorge W. “Límites reales y ficticios de la actividad decisoria de los jueces civiles”. *La Ley*. Año LXXXIII N° 212. T 2019-F. 11 Noviembre 2019

⁴⁹ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. “Lenguaje jurídico claro: la disyuntiva entre idioma común o corriente e idioma técnico o especializado”. *ED* Año LVII – 285. 23 octubre 2019. Págs. 1 a 3. CUCATTO, Mariana y SOSA, Toribio E. “Instrucción civil preparatoria: la delimitación y la depuración del conflicto previas al juicio”. *ED*. 16 mayo 2017. DI PIETRO, María Cristina. “Juegos complejos: el sistema lenguaje, conflicto, regla y derecho”. *LA LEY* 11/11/2016, 11/11/2016, 1 Cita Online: AR/DOC/3294/2016

Las ciencias duras, en especial la matemática aunque también ramas de la economía, logran representar situaciones fácticas en magníficas y perfectas fórmulas alfanuméricas...

4.- En las decisiones reales, observamos la tendencia a renunciar a la estrictez de la precisión matemática y puramente racional, sin por ello convertirse en irracionales; y pese a las fallas que puede atraer el sistema heurístico –basado en la creatividad- las personas reales lo adoptan al tomar decisiones sostenidas en opciones que surgieron del proceso de mediación.

5.- Como las decisiones pueden ser tanto matemática como subjetivamente óptimas, según la aplicación práctica y la satisfacción producida al individuo decisor, tampoco podemos asumir en definitiva, que en todo contexto de incertidumbre el decisor siga siempre una regla de satisfacción en lugar de maximizar su utilidad esperada. Consideramos entonces que las personas no sólo deciden por una opción u otra, sino que deciden cómo decidir, y lo hacen según el tema, ámbito y relaciones humanas en juego. Siendo probable que distintas situaciones de elección bajo incertidumbre precisen reglas distintas de decisión.

6.- La base del proceso judicial creemos, debiera constituirse por la previa convalidación de la definición y comprensión del tema que el propio justiciable propone. En segundo término su oportunidad para solucionarlo por sí, esto es transitar una etapa autocompositiva de resolución entre los involucrados contendientes, quienes de no lograrlo luego de negociar y mediar su negociación, se encontrarán con el tercero que adjudique la misma.

A medida que avanzamos en el estudio de la Teoría de la Decisión, nos inclinamos a pensar que será un tema de interés central, de reflexión y de aplicación en el siglo próximo. El hombre progresará gradualmente en su conquista de nuevas parcelas de libertad gracias a una más amplia conciencia y a una lucidez nueva sobre sí mismo⁵⁰, sobre su sociedad y sobre la sociedad mundial.

7.- La mediación como método de autocomposición que construye decisiones coadyuvando a su realización, constituye una presentación educativa en justicia instada por el Estado para el ciudadano, a efectos de obtener soluciones para los conflictos al menor grado de sofisticación científica posible. Representando una «píldora», una muestra de la orien-

⁵⁰ LARA, Blas. "La decisión, un problema contemporáneo". Ed. Espasa Calpe, D.L. Madrid. España. 1991.

tación de las políticas jurídicas del próximo siglo, tendientes a invertir la escala de las formas jurídicas, anteponiendo las autocompositivas y reduciendo el proceso contencioso judicial, evitando con ello el consiguiente crecimiento en el número de causas e incremento en recursos humanos afectados al sector justicia.

(Seguramente seguiremos enfrentando críticas a nuestro pensamiento heurístico. Pero,...*sin embargo se mueve...*)

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR, Fernando. “Teoría de la decisión e incertidumbre: modelos normativos y descriptivos”. Ed. Empiria. Revista de Metodología de Ciencias Sociales. N° 8, 2004, págs. 139-16.
- ARMESTO CAMPO, A. “La gestión de los propios conflictos y el derecho Colaborativo”, en Community of Insurance: <https://communityofinsurance.es/2015/05/10/la-gestion-de-los-proprios-conflictos-y-el-derecho-colaborativo/>.
- BALLESTEROS TEMPRANO, Ana. “El Derecho colaborativo: una forma más humana para la solución de controversias” Universidad de Oviedo, 2017 http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/40219/4/TFM_Ballesteros-Temprano%2C%20Ana.pdf Última consulta 19-8-2020
- BELL, David E. RAIFFA, Howard y TVERSKY, Amos. *Toma de decisiones: interacciones descriptivas, normativas y prescriptivas*. Eds., Nueva York - Cambridge University Press, 1988.
- BINMORE, K. *Teoría de juegos*. Ed. McGraw-Hill. Madrid. España. 1994.
- CUCATTO, Mariana y SOSA, Toribio E. “Instrucción civil preparatoria: la delimitación y la depuración del conflicto previas al juicio”. ED. 16 mayo 2017.
- DI PIETRO, María Cristina. “Realidad de la mediación judicial en Córdoba”. La Ley Córdoba. Argentina. Año 29. Número 3. Abril 2012
- _____ *Mediación- Conciliación y el Proceso Judicial*. Tesis Doctoral. Fac. Derecho y Cs Sociales UNC. Expte. 05-00-54943. Córdoba. Argentina. 2012.
- _____ “Juegos complejos: el sistema lenguaje, conflicto, regla y derecho”. LA LEY 11/11/2016, 11/11/2016, 1 Cita Online: AR/DOC/3294/2016
- _____ *La superación del conflicto*. Co-Ed. Facultad de Derecho - Alveroni. 2ª ed. Córdoba. Argentina. 2017.
- _____ “Estragos vs. orden jurídico: consenso superador para la protección de los derechos”. Artículo aceptado, a publicarse en el libro *El Derecho*

- Argentino frente a la Pandemia*. En prensa. Facultad de Derecho. UNC. Córdoba. Argentina. 2020
- ENTELMAN, Remo. *Teorías del Conflicto*. Ed. Gedisa, 1ª ed. España, 2002.
- FISHER, Roger, y otros. *Más allá de Maquiavelo. Herramientas para afrontar conflictos*. 2 ed. Actualizada, Ed. Granica. Buenos Aires, Argentina. 1999
- KENNEDY, Duncan. “La educación legal como preparación para la jerarquía”. <https://www.juridicas.unam.mx/> y http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/ http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/03/la-educacion-legal-como-preparacion-para-la-jerarquia.pdf Última consulta 19-8-2020
- KEENEY, Ralph L, RAIFFA, Howard, HAMMOND, John S. “Las trampas ocultas en la toma de decisiones”. *Harvard Business Review*, Vol. 84, N° 1, 2006, págs. 104-112.
- LARA, Blas. *La decisión, un problema contemporáneo*. Ed. Espasa Calpe, D.L. Madrid, España. 1991.
- También resumen en http://elpais.com/diario/1989/03/20/sociedad/606351604_850215.html Última consulta 19-8-2020
- LUCE, R. D y RAIFFA, H. *Games and Decisions*. Wiley, New York, EE.UU. 1957.
- ILJIKER, María Eva. “Duncan Kennedy y la crítica de los derechos” https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica03.pdf. Última consulta 19-8-2020
- NASH, John. *Equilibrium points in N-Person Games*, Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, EE.UU, 1950.
- OPPENHEIMER, Andrés. ¡Sálvese quien pueda! Cap: *El futuro del trabajo en la era de la automatización*. Ed. Debate, Barcelona. España. 2018.
- PAVESI, Pedro F. J. “Cinco lecturas prácticas sobre algunos problemas del decidir”. *Revista Alta Gerencia*, Año I, Tomo I 199, págs. 15-31
- PEYRANO, Jorge W. “Límites reales y ficticios de la actividad decisoria de los jueces civiles”. *La Ley*. Año LXXXIII N° 212. T 2019-F. 11 Noviembre 2019.
- RAIFFA, Howard. *El Arte y la ciencia de la Negociación. Modelos Analíticos y Resultados Empíricos*. Ed. Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1991.
- RESNIK, Michael D., *Elecciones*. Ed. Gedisa. 1ª Ed. 1998. Barcelona. España. Pág. 79 -84
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. “Lenguaje jurídico claro: la disyuntiva entre idioma común o corriente e idioma técnico o especializado”. *ED Año LVII – 285*. 23 octubre 2019.
- ROMERO, Carlos Giménez. “Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural”. *Migraciones*. Publicación del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones, 2001, N° 10

- SCHELLING, Thomas C. *La estrategia del conflicto*, Traducción de Adolfo Martín, Editorial Tecnos, Madrid, España. 1964.
- SHAPIRO, David A. *Cómo tomar decisiones correctas*. (Sabiduría práctica para enfrentar los dilemas morales de todos los días). Traducción Elvira Maldonado. Ed. Norma, Barcelona. España. 2000.
- _____ “Escogiendo la decisión correcta” www.resumido.com Última consulta 19-8-2020
- SIMÓN, Heber. “De la racionalidad sustantiva a la procesal”, en F. Hahn y M. Hollis (comps.) *Filosofía y teoría económica*. México. 1986. págs. 130-171.
- SUSSKIND Daniel - SUSSKIND Richard. *El futuro de las profesiones*. Teell Editorial, SL. España. 2015.
- SUSSKIND Richard. *Towmorrow’s lawyers*, Oxford University Press, 2013.
- TVERSY, A. y KAHNEMAN, D. *The framing of decisión and the psychology of cholee*. Science, 211, 1981, págs. 453-458.
- VON NEUMANN, J. y MORGENSTERN, O. *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton: Princeton University Press. 1944.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Traducción de Arantxa Azurza, Revisión y nota introductoria de Juan Igartua Salaverría, Editorial Civitas, Madrid. España. 1985.

Programas y Proyectos

- PROGRAMA *Estrategias procesales para la solución efectiva de los conflictos jurídicos civiles y comerciales*, radicado en el CIJS-Conicet, Facultad de Derecho UNC, Resolución CIJS N° 04/2020, Proyectos, 2020 a 2023: 1. Mediación jurídica-judicial en el ámbito civil y comercial. interdependencia de los procesos auto y heterocompositivos. 2. Métodos heterocompositivos para la solución de conflictos jurídicos judicializados civiles y comerciales. 3. Oralidad e inmediatez en los procesos civiles y comerciales en la justicia provincial de la ciudad de Córdoba. Etapa preliminar. Mediación y juicio. 2020
- PROYECTO “Estudio comparativo de la mediación familiar llevada a cabo en las provincias argentinas de Córdoba, Río Negro y San Luis, desde un enfoque jurídico- regional durante los últimos 18 meses” Secyt-Conicet. 2018-2019.
- PROYECTO *Un acercamiento a las teorías de la decisión, aplicadas a la resolución de conflictos interpersonales; durante un proceso autocompositivo. -Provincias de Córdoba y de San Luis-*, radicado en Secretaría Investigaciones SI-UCC-Secyt. 2018-2021

SECCIÓN III

**DERECHO INTERNACIONAL
RELACIONES INTERNACIONALES**

NUEVAS OPORTUNIDADES DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL: EXHORTO ELECTRÓNICO Y *BLOCKCHAIN**

*Aguada, Yasmín** - Jeifetz, Laura Martina****

*“El verdadero progreso es el que pone
la tecnología al alcance de todos”.*

Henry Ford

Resumen: La globalización, el incremento de las relaciones *iusprivatistas* internacionales, y los profundos cambios en cuanto al uso de nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, plantean un escenario en el que el acceso a la justicia cuenta con herramientas y desafíos particulares. La Cooperación Judicial Internacional en general y el uso de exhortos electrónicos o la potencial utilidad del *blockchain*, en particular, cumplen un rol protagónico en miras a alcanzar una justicia ágil, eficaz y accesible que supere los límites propios de los medios tradicionales de tramitación y comunicación en el marco del Derecho Internacional Privado.

Palabras clave: Derecho Internacional Privado, acceso a la justicia; cooperación judicial internacional; exhorto electrónico, *blockchain*.

* Artículo recibido el 10/8/2020 ~ aprobado para su publicación el 31/3/2021.

** Abogada y escribana, Facultad de Derecho UNC, Magíster en Derecho de los negocios Internacionales, Universidad Complutense de Madrid. Adscripta de Derecho Internacional Privado y de Derecho Internacional Público en Facultad de Derecho, UNC. Correo electrónico: yasaguada@gmail.com

*** Abogada, egresada de Facultad de Derecho, UNC. Magíster en Derecho de los Negocios Internacionales, Universidad Complutense de Madrid. Adscripta de DIPr. en Facultad de Derecho, UNC. Becaria The Hague Academy of International Law, enero 2019. Correo electrónico: martina.jeifetz@unc.edu.ar

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2015, los Estados Miembros de las Naciones Unidas aprobaron los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) con el fin principal de eliminar la pobreza, proteger el planeta, y mejorar la calidad de vida de los seres humanos¹. Entre esas metas se encuentra el ODS 16, que aspira a facilitar el acceso a la justicia. La importancia de éste derecho humano fundamental radica en garantizar su real cumplimiento para todos los habitantes del planeta. En esta coyuntura, su protección efectiva contribuye en la construcción de sociedades cada vez más justas².

A la hora actual, si bien el acceso a la justicia debe garantizarse en todos los pleitos, su protagonismo y la necesidad de un debido resguardo aumentan cuando el conflicto alcanza dimensión transnacional. Es que, en un mundo globalizado -tal cual lo conocemos- el crecimiento exponencial de las relaciones *iusprivatistas* internacionales dista de ser una novedad.

Paralelamente, durante el año 2020, la pandemia de COVID-19 ha interpelado numerosas estructuras, entre ellas, la dinámica de funcionamiento de los servicios de justicia a nivel nacional e internacional. Muchos de los obstáculos que se presentaron fueron sorteados, en buena medida, a través del uso de nuevas tecnologías de la comunicación y la información, puestas a disposición y con el objetivo de facilitar, agilizar y garantizar el acceso a la justicia por encima de formalismos rígidos e innecesarios³.

Ante este escenario y de cara al cumplimiento de la Agenda 2030, reflexionar sobre los mecanismos que permiten garantizar la tutela judicial efectiva adquiere importancia sideral. Por ese motivo, en este texto nos

¹ NACIONES UNIDAS. La Agenda para el Desarrollo Sostenible: 17 Objetivos para las personas y para el planeta, en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/> [Consulta: 30/07/2020].

² ECHEGARAY DE MAUSSION, CARLOS E. “Los objetivos del desarrollo sostenible y el acceso a la justicia en la República Argentina” en *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, N° 12, 2020. Disponible en: https://latam.lejister.com/articulos.php?Hash=730764798ae2396c84001e06794928ed&hash_t=d-918f1f026923b7b9a53877035e92b4d [Consulta: 30/07/2020].

³ Para mayor información sobre prácticas de la justicia en tiempos de pandemia, se puede visitar el “Banco de Buenas Prácticas de Gestión en la Justicia del Poder Judicial de Córdoba. Gestión Judicial ante el COVID-19” que agrupa diversas estrategias, a nivel mundial. Disponible en: https://drive.google.com/drive/folders/1Qrxc9xQJL7OXObUtr7rajLCZZD56_Yau [Consulta: 28/07/2020].

proponemos analizar con una mirada innovadora las herramientas utilizadas en la cooperación judicial internacional, al que reconocemos como un ámbito de desafíos y soluciones para el pleno ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

2. COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL Y ACCESO A LA JUSTICIA

Actualmente, las cuestiones procesales y cooperacionales del Derecho Internacional Privado (DIPr.) *“han desplazado en su interés y desarrollo a las que conciernen a la jurisdicción competente y al derecho aplicable al fondo, tradicionalmente consideradas como el contenido esencial de la materia”*⁴.

Cuando un litigio traspasa las fronteras de un estado, comienza su actuar la cooperación judicial internacional (CJI) destinada a lograr reducir el impacto de las barreras idiomáticas, culturales, geográficas y por supuesto, jurídicas⁵. En este marco, la Dra. Dreyzin de Klor define a la CJI como *“la entreeyuda que se prestan los órganos jurisdiccionales de los Estados con el propósito de no interrumpir la continuidad de un proceso incoado ante un tribunal, que –a ese efecto- se ve necesitado de solicitar asistencia a otro tribunal foráneo”*⁶. Es posible reconocer tres niveles de CJI: un primer nivel de asistencia que comprende tanto el auxilio de mero

⁴ FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO. “Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana”. En: PICAND ALBÓNICO, EDUARDO Y LLANOS MANSILLA, HUGO. (coords.), en *Estudios de derecho internacional: libro homenaje al profesor Santiago Benadava*, vol. 2, Santiago de Chile, Librotecnia, 2008, p. 295. Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/293326%20Diego%20Fern%C3%A1ndez%20A.%20def.BIS.pdf> [Consulta: 20-08-2019].

⁵ AGUADA, YASMÍN, HARRINGTON CAROLINA Y JEIFETZ LAURA MARTINA. “Inteligencia artificial: implicancias y desafíos desde el derecho internacional privado” en GRANERO, HORACIO (Dir.), *Inteligencia Artificial y Derecho, un reto social*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Albremática, 2020, pp. 263-276. Para una mirada acabada sobre las barreras idiomáticas, ver: MASTRANGELO, FABIO. “El idioma y el Derecho internacional privado. ¿un obstáculo al libre acceso a la justicia? *La Ley*, Buenos Aires, 2020.

⁶ DREYZIN DE KLOR, ADRIANA. “La cooperación jurídica internacional: instrumento imprescindible para la integración” en OROPEZA GARCÍA, ARTURO (Coord.) *Latinoamérica frente al espejo de su integración*. Secretaría de Relaciones Exteriores.

trámite, información acerca del contenido, vigencia y alcance del derecho extranjero, citaciones, emplazamientos y notificaciones como la cooperación probatoria. Un segundo nivel que comprende la asistencia cautelar internacional; y el tercer nivel de cooperación, que hace al reconocimiento y eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros.

Cuadra resaltar, que la CJI ha adquirido tal importancia en los últimos años, que algunos estudiosos consideran que “*constituye un cuarto tema del DIPr., junto con la jurisdicción internacional, el derecho aplicable y el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras*”⁷.

En este aspecto, desde aquellos principios de reciprocidad y cortesía internacional en los que tradicionalmente se fundaba la cooperación, se ha evolucionado hacia la noción del deber de prestar asistencia jurídica para facilitar el funcionamiento de la justicia en miras a garantizar el derecho de acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva⁸. Así, “la CJI en todos sus grados, viene a constituir un vehículo necesario para alcanzar la tutela efectiva de los derechos disputados por las partes”⁹.

3. EXHORTOS

Centrándonos en la cooperación de primer grado, desde antaño, las “comisiones o carta rogatorias”, “suplicatorias”, “requisitorias”, o el “ex-

UNAM, 2010, p. 264. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2923/19.pdf> [Consulta: 20-08-2019].

⁷ ARGERICH, GUILLERMO. “La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Una red de cooperación jurídica internacional” en *LA LEY*, 30/11/2018, p. 1. Cita Online: AR/DOC/2549/2018.

⁸ Ambos principios han sido consagrados en distintos instrumentos de Derechos Humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, que en sus artículos 8 y 25 que regulan las garantías judiciales y la protección judicial respectivamente.

⁹ HARRINGTON, CAROLINA. “Comunicaciones judiciales directas. Un arma versátil para enfrentar desafíos procesales en el derecho internacional privado de familia” en *LA LEY*, N° 3, octubre 2018. Cita online: AR/DOC/3303/2017.

horto”, se configuran como la vía tradicional para materializar la CJI¹⁰. Para su efectiva transmisión, se han desarrollado diferentes posibilidades como: las llevadas a cabo por agentes diplomáticos o consulares, por funcionarios judiciales, las Autoridades Centrales (AC) e incluso por las propias partes interesadas. El envío por correo privado (Ej.: DHL) resulta la vía más expeditiva, pero a su vez la más onerosa. Por ende, la elección de una vía u otra, dependerá de la solvencia económica de los litigantes¹¹.

De igual modo, en los últimos años, se han ido consolidando una serie de herramientas y mecanismos que, fomentados por los beneficios derivados del empleo de la tecnología en el proceso, persiguen generar una conexión más directa entre las autoridades para efectivizar la asistencia. Claro ejemplo de ello son las comunicaciones judiciales directas internacionales (CJD)¹² que se materializan tanto en forma escrita, a través de correo electrónico o fax, o en forma oral, ya sea por teléfono, videoconferencia u otro medio de transmisión de voz e imagen.

Por otro lado, se conforman las redes de Cooperación que “*deben tener como norte posibilitar una justicia ágil, eficaz y accesible para el ciudadano, en general, y para los operadores judiciales, en particular*”¹³. En este marco, tres son los tipos de redes que han tenido un desarrollo notorio en las últimas décadas: i) las Redes de Autoridades Centrales, organismo clave en el funcionamiento de los Convenios, que facilitan la

¹⁰ SCOTTI, LUCIANA. “Jurisdicción y cooperación jurídica internacional en el Código Civil y Comercial” en *RCCyC, N° 20*, 05/09/2017, 20 - *LA LEY* N° 1, 26/06/2018. Cita Online: AR/DOC/2042/2017.

¹¹ ALL, PAULA Y RUBAJA, NIEVE. “El conflictivo problema de las notificaciones en el extranjero y el delgado equilibrio del acceso a la justicia” en *Revista Derecho Comercial y Obligaciones*, 2019, pp. 249-302.

¹² Se trata de comunicaciones entre dos autoridades judiciales de distintos países que se desarrollan sin la intervención de una autoridad administrativa (autoridades intermedias), como es el caso habitual de los exhortos internacionales que tramitan usualmente a través de Cancillerías y/o Autoridades Centrales designadas por el propio país (generalmente administrativas). Para mayor información puede verse: HARRINGTON, CAROLINA. “Comunicaciones judiciales directas. Un arma versátil para enfrentar desafíos procesales en el derecho internacional privado de familia” en *LLC2018 (octubre)*, 3, 2017. Cita Online: AR/DOC/3303/2017.

¹³ ARGERICH, GUILLERMO. “La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Una red de cooperación jurídica internacional” en *LA LEY*, 30/11/2018, p. 3. Cita Online: AR/DOC/2549/2018.

cooperación jurídica; ii) las Redes de Jueces¹⁴, y las iii) Redes de Puntos de Contacto¹⁵.

Resaltamos, que con la intervención de las AC se logró avanzar en forma significativa, disminuyendo las clásicas demoras que conlleva efectivizar el auxilio judicial internacional; sin embargo -aún en la actualidad- su transmisión continúan realizándose a través de medios postales¹⁶. En consecuencia, se producen demoras innecesarias en el envío de los exhortos de la autoridad requirente a la requerida, por lo que, pese a estos avances, resulta necesario repensar los instrumentos tradicionales de cara a lograr un verdadero acceso a la justicia, efectivo, eficaz e inmediato¹⁷.

En esta línea, corresponde destacar las principales ventajas del empleo de la tecnología en la CJI: evitar los altos costos de transacción y las largas demoras de las que padecen los canales tradicionales de tramitación y que,

¹⁴ Algunos ejemplos son la Red Internacional de Jueces de La Haya, la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed), la Red Judicial Europea en Materia Penal y la Red Judicial Europea en Materia Civil y Mercantil (RJE Civil), entre otras. En el marco de la Red Internacional de Jueces de La Haya, cabe destacar los Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos en materia de la restitución internacional de niños.

¹⁵ La Red de Puntos de Contacto de mayor relevancia es sin dudas la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed -www.iberred.org-). Se trata de una herramienta de cooperación, en materia civil y penal, puesta a disposición de los operadores jurídicos de 22 países Iberoamericanos y del Tribunal Supremo de Puerto Rico.

¹⁶ TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO. “Hacia una necesaria profundización y actualización de la cooperación jurisdiccional internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros en el ámbito interamericano” en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Núm. 32, 2017, pp. 103-124. Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2018/04/Telechea.pdf> [Consulta: 22-08-2019].

¹⁷ En un fallo resuelto la Sala F de la Cámara Nacional Comercial, “Federación Arg. de Asoc. de Anestesia Analgesia y Rean. c. Choice Live Ltd. s/ ordinario” (expte. COM nro. 13394/2014) del 29/05/2018, por diversos embates (falta de cumplimiento de requisitos formales) la notificación del traslado de la demanda en Reino Unido, demoró un año y tres meses. En tanto que, para la notificación de la rebeldía, -luego de once meses de espera-, la actora decidió notificar por correo privado. ALL, PAULA Y RUBAJA, NIEVE. “El conflictivo problema de las notificaciones en el extranjero y el delgado equilibrio del acceso a la justicia” en *Revista Derecho Comercial y Obligaciones*, 2019, p. 294.

en definitiva, atentan contra los principios básicos de acceso a la justicia y dificultan la tutela judicial efectiva.

Un ejemplo del uso de la tecnología en la CJI son los exhortos electrónicos, aquellas solicitudes que se transmiten en el marco de un procedimiento judicial internacional por las que el tribunal de un Estado requiere a un tribunal de otro Estado asistencia judicial o la ejecución un acto procesal (Ej.: notificación, pruebas), y que se formaliza a través de medios electrónicos.

Empero, estos intercambios deben cumplirse sin descuidar determinados parámetros de seguridad necesarios para el control de la circulación internacional de documentos. Asimismo, cabe aclarar que el avance de los exhortos por vía electrónica, viene de la mano de la existencia en cada país de un sistema digital de expedientes y notificaciones electrónicas.

4. MARCO NORMATIVO

La CJI en general, y los exhortos en particular, han sido regulados por numerosos instrumentos de fuente convencional, institucional y también a nivel autónomo¹⁸. El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), establece en su artículo 2612 la asistencia procesal internacional, aludiendo a las comunicaciones mediante exhortos -los que deben efectuarse sin demora- y de manera expresa contempla la posibilidad de comunicaciones directas.

Si bien la aplicación de las nuevas tecnologías no fue considerada al momento de la negociación de la mayoría de las regulaciones, no se vislumbra un obstáculo normativo para su utilización, dado que el funcionamiento de dichos instrumentos se vería sustancialmente optimizado mediante la aplicación de las nuevas herramientas. De este modo, se lograría un intercambio de comunicaciones mucho más fluido y eficaz,

¹⁸ Entre ellos: Convenciones Interamericanas relativas a Exhortos o Cartas Rogatorias (CIDIP I, 1975), Recepción de Pruebas en el Extranjero (CIDIP I, 1975), Cumplimiento de Medidas Cautelares (CIDIP II, 1979), Prueba e Información del Derecho Extranjero (CIDIP II, 1979), el Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (CIDIP II, 1979); los Protocolos del Mercosur de Las Leñas (1992) y de Medidas Cautelares (1994), y a las Convenciones de La Haya sobre Procedimiento Civil (1954), Notificaciones (1965), y Obtención de Pruebas (1970).

con lo cual se aspira a evitar retrasos injustificados en el diligenciamiento de los exhortos¹⁹.

En el ámbito del *soft law*, los Principios de Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP)²⁰, Capítulo 4, “Cooperación interjurisdiccional”, artículo 4.7, dispone al respecto: “*siempre que se garantice la seguridad de las comunicaciones, los jueces y demás operadores de justicia procurarán y favorecerán el uso de las nuevas tecnologías de información y comunicación, tales como comunicaciones telefónicas y videoconferencias, mensajes electrónicos, y cualquier otro medio de comunicación apto para hacer efectiva la cooperación solicitada*”.

Finalmente, en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), se menciona que las comunicaciones a autoridades judiciales se harán por oficio²¹, y aunque no se ha regulado puntualmente

¹⁹ Cabe recordar que, en este sentido, tanto el artículo 12 del Protocolo de Las Leñas como el art. 2612 Código Civil y Comercial de la Nación disponen los exhortos deben tramitarse sin demoras.

²⁰ La Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) reconoce sus inicios en el año 1975 en el marco de la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP I), desarrollada en Panamá. En esa oportunidad, el Profesor Haroldo Valladão, propuso la creación de una asociación que reúna a los especialistas de derecho internacional privado de las Américas. Seguidamente, se fundó Asociación Interamericana de Profesores de Derecho Internacional Privado (AIPDIP) la que no logró perdurar en el tiempo. No obstante, en 2007 por iniciativa de la Profesora Tatiana B. de Maekelt se logró la refundación de AIPDIP y se propuso el cambio de nombre a ASADIP. Entre los objetivos se destacan: fomentar estudios e investigaciones tendientes al avance del DIPr., promover medidas para el intercambio de información relativa al DIPr. de cada Estado de la región, incluyendo la legislación vigente, los proyectos de leyes, la jurisprudencia y la doctrina, cooperar con la Organización de los Estados Americanos en materia de proyectos de reglamentación interamericana sobre la disciplina, etc. ASOCIACIÓN AMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Disponible en: http://www.asadip.org/v2/?page_id=139 [Consulta: 27-07-2020].

²¹ Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN). Artículo 92.- Comunicaciones a autoridades judiciales extranjeras o provenientes de éstas. Las comunicaciones dirigidas a autoridades judiciales extranjeras se harán por oficio. Se dará cumplimiento a las medidas solicitadas por autoridades judiciales extranjeras, cuando de la comunicación que así lo requiera resulte que han sido dispuestas por tribunales competentes según las reglas nacionales de jurisdicción internacional y siempre que la resolución que las ordene no afecte principios de orden público. En su caso, se aplicarán los demás recaudos establecidos en los tratados y acuerdos internacionales.

el oficio electrónico en materia *iusprivatista* internacional, el espíritu del proyecto apunta a la implementación de nuevas tecnologías tales como la notificación electrónica.

Al respecto, es necesario distinguir la tramitación electrónica del exhorto, el cual depende en su mayoría de la aplicación de algunos Convenios, de la notificación electrónica de documentos en el extranjero²². No olvidemos que las modalidades de las notificaciones de cada país, quedan dentro de la dimensión autónoma y, por ende, excluidas de los Convenios de Cooperación Internacional²³.

Ante esto, queremos remarcar que el exhorto electrónico, y más remotamente la tecnología *blockchain*, aplicados a las comunicaciones judiciales entre Estados, surgen como herramientas alentadoras con miras a mejorar y ampliar el derecho de acceso a la justicia.

5. TRANSMISIÓN ELECTRÓNICA DE EXHORTOS Y BLOCKCHAIN

En 2019, el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), encargó a la Oficina Permanente realizar un estudio sobre: si la tecnología de la información mejoraría el funcionamiento de los Convenios y de qué forma; prácticas actuales de transmisión electrónica, barreras legales e informáticas para las transmisiones y su mejor manera de abordarlas, así como una propuesta sobre cómo financiar un posible sistema internacional de comunicación electrónica²⁴.

A su vez, durante el mes de julio del mismo año, se celebró en Medellín, Colombia, la XXI Asamblea Plenaria de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB). La asamblea culminó

²² Convenio de la Haya de Notificaciones de 1965 u Obtención de Pruebas de 1970.

²³ GOICOECHEA, IGNACIO. “Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial” en *Revista de la Secretaría de Tribunal Permanente de Revisión*, Año 4, N° 7, mayo 2016, pp. 127-151. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a4.n7.p127> [Consulta: 27/07/2020].

²⁴ COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY (5-8 March 2019). Conclusions & Recommendations adopted by Council. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/c4af61a8-d8bf-400e-9deb-afcd87ab4a56.pdf> [Consulta: 28-07-2020].

con la firma del Tratado Relativo a la Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional entre Autoridades Centrales.

El Convenio regula el uso de la plataforma electrónica Iber@ como medio formal de transmisión de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre Autoridades Centrales²⁵. La iniciativa implica un gran avance a los fines de enviar información de forma segura y sin dilaciones. No obstante, aún no se encuentra en vigor y posee la gran desventaja de tener carácter facultativo para los Estados contratantes. Detalle mayúsculo de este Tratado, es que, a través de la implementación de la plataforma, intenta suprimir el requisito de transmisión de exhortos en soporte papel disminuyendo notablemente los tiempos de tramitación²⁶. Inicialmente, fue firmado por Argentina, Brasil, Colombia, Chile, España, Paraguay, Portugal y Uruguay.

Ampliando el ámbito de herramientas tecnológicas, surge la necesidad de indagar las posibles bondades que la tecnología *blockchain* aportaría si se implementara un sistema digital para la cooperación legal transfronteriza.

Previo a su definición, aclaramos que si bien su uso se ha reservado para las criptomonedas, hoy es inminente su expansión a otras áreas como los *smarts contracts*²⁷, por solo mencionar un ejemplo. Dentro de la CJI

²⁵ Iber@ es un sistema de comunicación seguro, utilizado por las Autoridades Centrales de IberRed. Se destaca su fácil acceso, confidencialidad y seguridad. Se ingresa con nombre de usuario y contraseña desde cualquier computadora con navegabilidad. La información no se transmite por correo electrónico, sino que se almacena en un espacio securizado al que se accede de forma totalmente controlada y a través de canales de comunicación encriptados. Este sistema ya es utilizado por la Procuraduría General de la Nación. <https://www.mpf.gob.ar/cooperacion-f/iberred/>

²⁶ ALBORNOZ, MARÍA MERCEDES Y PAREDES, SEBASTIAN. “Nuevo Tratado de Medellín: la tecnología de la información al servicio de la cooperación internacional” en *Derecho en acción*, 2019. Disponible en: <http://derechoenaccion.cide.edu/nuevo-tratado-de-medellin-la-tecnologia-de-la-informacion-al-servicio-de-la-cooperacion-internacional/> [Fecha de consulta: 28/07/2020].

²⁷ Estos contratos tienen la particularidad de auto-ejecutarse y fueron creados para disminuir los costos de transacción cumpliendo con niveles de seguridad superior a los de un contrato tradicional. Se constituyen como un instrumento para el cumplimiento automático de ciertas obligaciones vinculadas a una relación subyacente. Vislumbramos aquí nuevos desafíos para el Derecho Internacional Privado. Por ejemplo, determinar la competencia judicial internacional y el derecho aplicable al contrato de base. Así, habrá que prestar especial atención a los acuerdos atributivos de competencia, si nos

si bien estamos lejos -ya que el centro de debate radica en otros sistemas electrónicos de transmisión- creemos que su aplicación no es imposible y por lo tanto, debe ser puesta en escena²⁸.

En primer lugar, es dable aclarar qué es *blockchain* y en qué consiste su funcionamiento. La cadena de bloques –conforme su traducción en español-, se presenta como una base de datos automatizada, descentralizada, replicada en todos los ordenadores de los participantes, sin posibilidad de ser modificada. Está integrada por *nodos*, lo que la hace muy segura, ya que para alterar la información almacenada es necesario modificar el 50% de dichos nodos, lo que resulta prácticamente imposible.

A su vez, todos los bloques que forman la cadena utilizan una contraseña con caracteres numéricos denominada *hash*, tomadas del bloque anterior. Los bloques están ordenados de manera cronológica, lo que incrementa aún más el nivel de seguridad de los datos almacenados²⁹.

Este sistema ofrece grandes ventajas que incluyen: monitoreo de datos, transparencia, privacidad, inmutabilidad, verificación de recepción, seguridad y comunicación directa entre las partes. Todo ello genera mayor confianza entre los usuarios de la red. Sin dudas, estas características tienen la potencialidad de transformar el sistema actual de comunicaciones en la cooperación legal internacional. Utilizar medios de este tipo mejoraría el acceso a la justicia, y se lograría arribar a soluciones más efectivas y en menor tiempo.

Sin embargo, el uso de la tecnología *blockchain* no está libre de desventajas. Una de ellas, es el alto consumo de energía -que surgen del tamaño de los bloques- lo que podría plantear problemas medioambientales y de sustentabilidad.

enfrentamos a una relación de consumo. GRANERO, HORACIO. “Los contratos inteligentes y la tecnología *blockchain* (su encuadre en el Código Civil y Comercial de la Nación)”, en *el Dial*, 2018, Cita online: DC24BB.

²⁸ En este trabajo nos ceñimos al análisis del uso de la tecnología *blockchain* en la Cooperación Judicial Internacional. Sin embargo, advertimos que la implementación de la cadena de bloques podría también revolucionar las transacciones comerciales transfronterizas.

²⁹ GRANERO, HORACIO. “Los contratos inteligentes y la tecnología *blockchain* (su encuadre en el Código Civil y Comercial de la Nación)” en *el Dial*, 2018. Cita online: DC24BB.

Una alternativa para sortear estas consecuencias negativas sería “crear una red digital privada, administrada por organismos internacionales—como la HCCH-. En ella sólo podrían operar autoridades previamente designadas y acreditadas (Ej.: autoridades centrales), las que serían las encargadas de gestionar las transmisiones a las autoridades extranjeras”³⁰.

Lo mismo podría ser aplicado dentro del ámbito del Mercosur. Los Estados miembros, de manera conjunta podrían diseñar un sistema de tramitación común con los parámetros de seguridad apuntados. Luego, las oficinas encargadas de cada país podrían establecer un sistema con similares características, que permita a las autoridades de los Poderes Judiciales provinciales una comunicación más directa, y sin demoras.

Es decir, la autoridad encargada, designada por cada Poder Judicial se encontraría habilitada para canalizar los pedidos de cooperación judicial internacional - o las Oficinas de Cooperación- de manera electrónica. Una vez llegada la solicitud a Cancillería o la Autoridad Central, esta tendría a su cargo el diligenciamiento en el sistema general, elaborado dentro del Mercosur. Por este motivo, resaltamos la importancia de crear organismos u oficinas de CJI en la esfera judicial de cada provincia³¹.

Sin dudas, la digitalización administrada, aceleraría las notificaciones en el extranjero e incluso el pedido de diligencias probatorias. No solo

³⁰ BUCU YUKSEL, RIPLEY - HEINDLER, FLORIAN. “Use of Blockchain Technology in Cross-Border Legal Cooperation under the Conventions of the Hague Conference on Private International Law (HCCH)” en *Research Seminar-University of Aberdeen*, 2019. Disponible en: <https://www.abdn.ac.uk/law/blog/use-of-blockchain-technology-in-crossborder-legal-cooperation-under-the-conventions-of-the-hague-conference-on-private-international-law-hcch/> [Consulta: 27/07/2020].

³¹ En la Provincia de Córdoba, funciona Oficina de Cooperación Judicial Internacional del Tribunal Superior de Justicia, a cargo de la Jueza de enlace de la Red Internacional de La Haya, Graciela Tagle de Ferreyra. Esta repartición tiene como fin facilitar las comunicaciones judiciales directas, lograr la celeridad en la cooperación mediante la difusión y aplicación de los instrumentos normativos. Cobra gran protagonismo en los procedimientos de Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes. A su vez, durante el periodo de pandemia brindó asistencia a representaciones diplomáticas a los fines de la repatriación de sus nacionales. TAGLE DE FERREYRA, GRACIELA, CASTELLI, MARÍA FERNANDA, SEOANE DE CHIODI, MARÍA Y GARCÍA VIGO STELLA MARIS. “Restitución internacional de menores, régimen de visitas o contacto internacional” en *Comercio y Justicia*, 2020. Disponible en: <https://comercioyjusticia.info/blog/opinion/restitucion-internacional-de-menores-regimen-de-visitas-o-contacto-internacional/> [Consulta: 28/07/2020].

para garantizar la efectividad en el acceso a la justicia, sino también para proporcionar mejoras en la vida diaria de los justiciables. No obstante, reconocemos que este cambio de modalidad generará grandes desafíos tales como el desarrollo tecnológico, la financiación y capacitación de los operadores.

Consecuentemente y si de desafíos se trata, en los últimos años se detecta un gran avance de la Inteligencia Artificial en esta disciplina, que -por más descabellado que parezca- encuentra un campo fértil en el ámbito de la cooperación judicial internacional. Ahora bien, hay quienes sostienen que las iniciativas de progreso tecnológico en la CJI, en muchas ocasiones fracasan por no formar parte de la agenda política de los diferentes gobiernos. Este dilema, se acompaña del precepto que, la puesta en marcha de nuevas plataformas, no resulta del todo eficiente, sino que complejiza aún más la actividad de las AC. Desde esta perspectiva, corresponde reflexionar sobre las verdaderas trabas burocráticas existentes en la CJI³².

6. COLOFÓN

El pedido de asistencia jurisdiccional internacional plantea ciertos retos. Entre ellos, asegurar el efectivo y eficaz acceso a la justicia de todos los individuos. Históricamente, los medios de transmisión tradicionales -como el exhorto- se vehiculizaron por vías diplomáticas, judiciales, particulares, y autoridades especializadas.

En las últimas décadas, la puesta en escena de las Autoridades Centrales, ha permitido acelerar significativamente el auxilio judicial internacional. Pese a ello, la transmisión de las rogatorias continúa realizándose por medio postal lo cual insume gastos y tiempo excesivos.

En el contexto actual y bajo la perspectiva de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la celeridad en la realización de la justicia y la tutela judicial efectiva exigen la aplicación de medios electrónicos, tanto para la transmisión de los exhortos, cuanto para otras comunicaciones entre

³² FOLKMAN, TED. “From the perspective of a lawyer in private practice, this seems perhaps like a solution in search of a problem” en *Letters Blogatory*, 2019. Disponible en: <https://lettersblogatory.com/2019/08/23/blockchain-central-authorities/#more-28630> [Consulta: 28/07/2020].

las autoridades centrales referidas a su cumplimiento³³. Indudablemente, los últimos acontecimientos a nivel mundial han puesto de manifiesto, la necesidad de un enfoque dinámico, innovador y superador, capaz de utilizar los medios y herramientas disponibles en aras de alcanzar metas de manera más eficiente.

Está claro que aún queda un largo camino para alcanzar la agilidad y efectividad deseada en materia de CJI. Como detallamos, las herramientas tecnológicas existentes subrayan que la transmisión de exhortos electrónicos se ha de convertir en un instrumento indispensable a los fines de garantizar y dinamizar la cooperación judicial internacional. Hoy, la digitalización de los sistemas judiciales y administrativos ha dejado de ser una alternativa para devenir en una necesidad categórica e impostergable.

³³ En el Mercosur el Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, Decisión CMC 02/96, art. 6.2, solución ya aplicada entre Brasil y Uruguay, contempla que las solicitudes de cooperación puedan ser transmitidas por télex, facsímil, correo electrónico o similares.

DESAFÍOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ANTE EL DESARROLLO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL*

*María Eugenia Ferreyra** y Camila Segura****

Resumen: El artículo aborda la vinculación entre la inteligencia artificial y el derecho internacional privado, teniendo en cuenta que el desarrollo de la IA se realiza en el ciberespacio que se caracteriza por la inexistencia de fronteras y soberanía. Modificando así la perspectiva de la eficacia territorial y extraterritorial del derecho, (esta última característica del DIPr.) ya que la IA no se aplica en ningún territorio en sentido estricto. Abordando entonces la necesidad de ampliar la noción del DIPr.

Palabras clave: Territorialidad; Extraterritorialidad; Derecho internacional privado; Ciberespacio; Dimensiones del derecho internacional privado; Jurisdicción; Derecho comparado.

I.- Introducción. **II.-** La extraterritorialidad en el DIPr. **III.-** El ciberespacio como nuevo escenario del DIPr. **IV.-** Una dimensión en el DIPr. para el ciberespacio. **V.-** Jurisdicción en el ciberespacio. **VI.-** Derecho Aplicable en el ciberespacio. **VII** Derecho Comparado. **VIII.-** Conclusión.

* Artículo recibido el 31/7/2020 ~ aprobado para su publicación el 8/3/2021.

** Abogada litigante, Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales, Especialista en Derecho Procesal, Entrenadora del equipo de Arbitraje Comercial Internacional y miembro de la Cátedra A de Derecho Internacional Privado, todo de la Universidad Nacional de Córdoba Argentina. Correo: mef.dipr@gmail.com

*** Abogada, escribana adscripta en la Ciudad de Villa Carlos Paz de Córdoba, Argentina. Entrenadora del equipo de Arbitraje Comercial Internacional y miembro de la Cátedra A de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de Córdoba Argentina. Correo: seguracamila2@gmail.com

I.- INTRODUCCIÓN

El planteo del problema de investigación elegido surge como un dilema en el que confluyen varias aristas que requieren precisión a los fines de relacionar dos cuestiones principales; la inteligencia artificial (en adelante IA) que si bien nace a mediados del siglo XX posee términos, métodos y consecuencias que recién están siendo abordadas y comprendidas por quienes no pertenecemos al ámbito de la tecnología y el Derecho Internacional Privado (en adelante el DIPr.) una institución cuya concepción, términos, métodos y consecuencias datan de la época del renacimiento del derecho romano con un abordaje propio de la ciencia jurídica.

El desafío se presenta en lograr relacionar ambas aristas de una manera eficaz, flexibilizando los conceptos y prejuicios referidos a un funcionamiento conjunto entre IA y el DIPr.

En el marco teórico de este planteo, tendremos en cuenta que la IA se desarrolla en el Ciberespacio. El cual se caracteriza por la inexistencia de fronteras y soberanía, modificando así, la característica de la eficacia territorial y extraterritorial del derecho, esta última típica del DIPr. La IA no se aplica en ningún territorio en sentido estricto.

Resulta entonces necesario, ampliar la noción del DIPr, tomando como punto de partida la necesidad de redefinir conceptos y teniendo en cuenta la función jurisdiccional en un nuevo escenario; el ciberespacio.

En este contexto se plantean los desafíos a los que posiblemente se tendrá que enfrentar el DIPr. para finalmente brindar una conclusión.

II.- LA EXTRATERRITORIALIDAD EN EL DIPR.

Es un principio reconocido del derecho internacional moderno que cada Estado independiente y soberano posee jurisdicción absoluta y exclusiva sobre todas las personas y cosas dentro de sus propios límites territoriales. Esta jurisdicción no está calificada por las diferencias de nacionalidad, y se extiende a las personas y propiedades de sujetos y extranjeros por igual.¹ El principio de extraterritorialidad, consiste en que en un país no se aplica solo el derecho privado propio, sino que existe

¹ Información sobre Extraterritorialidad en la Enciclopedia Online Encarta.

la posibilidad de aplicar derecho privado extranjero, cuando el propio derecho lo autoriza².

Lo anteriormente mencionado hace a la exclusividad y a la relatividad del DIPr. como características propias de la materia.

La relación jurídico privada internacional objeto del DIPr. puede definirse como aquella que presenta una vinculación entre dos o más derechos, es decir que pone en relación a distintos sistemas jurídicos a través de uno o más elementos extranjeros. El elemento extranjero implica que el caso jusprivatista multinacional debe vincularse a través de por lo menos uno de sus elementos personales, reales o voluntarios con el derecho de un Estado extranjero³.

La necesidad de caracterizar así el caso, radica en que solo en la órbita del Derecho Privado rige el *principio de extraterritorialidad*, consistente en que en un país no se aplica solo el derecho privado propio, sino que existe la posibilidad de aplicar derecho privado extranjero cuando el propio derecho lo autoriza. Por ello se afirma que el DIPr. Está indisolublemente unido al principio de extraterritorialidad del derecho.⁴

Obviamente, la territorialidad y la extraterritorialidad presuponen necesariamente un territorio como un área (incluyendo tierras, aguas y espacio aéreo) poseída por una persona física o jurídica, sea una organización, una institución, o un Estado.⁵

Con la IA el escenario para las relaciones jurídico privadas deja de presuponer un territorio y pasa a desenvolverse en el ciberespacio.

² DREYZIN DE KLOR, Adriana. "El derecho internacional privado actual. Tomo I. Pág. 29. Ed. Zavalía.

³ DREYZIN DE KLOR, Adriana. "El derecho internacional privado actual. Tomo I. Pág. 29. Ed. Zavalía.

⁴ DREYZIN DE KLOR, Adriana. "El derecho internacional privado actual. Tomo I. Pág. 29. Ed. Zavalía.

⁵ GEIGER, Pedro (1996). Territorio. Globalización y Fragmentación. Hucitec.

III.- EL CIBERESPACIO COMO NUEVO ESCENARIO DEL DIPR.

El ciberespacio; *es el ámbito de información que se encuentra implementado dentro de los ordenadores y de las redes digitales de todo el mundo.*⁶

En la Cumbre de la OTAN en Varsovia 2016, y en medio de un debate de extraordinaria intensidad, el ciberespacio se reconoció como un nuevo dominio de las operaciones, al lado de los de tierra, mar, aire y espacio⁷. Y se lo describió de la siguiente manera:

*“Se refiere a menudo a los objetos e identidades que existen dentro de la misma red informática mundial. Así que se podría decir, metafóricamente, que una página web “se encuentra” en el ciberespacio. Según esta interpretación, los acontecimientos que tienen lugar en Internet no están específicamente ocurriendo en los países donde los participantes o los servidores se encuentran físicamente, sino en el ciberespacio: un área intangible sin territorio fijo y donde cualquier persona puede acceder con un ordenador desde su hogar, su lugar de trabajo o dispositivos móviles. Este parece un punto de vista razonable, una vez que se extiende el uso de servicios distribuidos (como Freenet), ya que por el momento la identidad y localización física de los participantes resulta imposible (o muy difícil de determinar) debido a la comunicación generalmente anónima o bajo un pseudónimo. Por ello, en el caso de Internet, **no se podrían o no se deberían aplicar las leyes de ningún país determinado.**”⁸*

Como consecuencia de lo expresado, el 8 de febrero de 1996, en Davos, Suiza, John Perry Barlow escribió la Declaración de independencia del ciberespacio en la que exhortaba a los gobiernos a no ejercer soberanía sobre este, definido por él mismo como “El nuevo hogar de la mente”.⁹

Entre los intentos de reglamentar el Ciberespacio podemos mencionar el Convenio de Ciber-Etica con el fin de controlar el uso, abuso y administración de lo que circula en el Ciberespacio; también es menester

⁶ Definición disponible en: <https://www.ciencia-ficcion.com/glosario/c/ciberesp.htm>. Consultada el 30/08/2019.

⁷ Disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2016/DIEEEO-79bis-2016_CumbreOTAN_Varsovia_Moliner.pdf. Consultada el 08/03/2021.

⁸ Disponible en: <https://es.linkfang.org/wiki/Ciberespacio>. Consultado el 08/03/2021.

⁹ Disponible en: <https://www.nato.int/docu/comm.htm>. Consultado el 30/08/2019.

mencionar el Convenio de Budapest (Tratado sobre Ciber-Delincuencia), convenio internacional que quizás sea el más conocido y al que Argentina adhirió recientemente. El principal objetivo de éste es la cooperación mutua entre los países firmantes, para el intercambio y suministro de evidencia digital e informaciones de todo tipo sobre un usuario, empresas o servidores de cualquier parte del mundo. Un ejemplo claro de ello sería que, en un caso de Grooming que se esté instruyendo en Argentina, y necesitándose una prueba ubicada en Alemania, este nuevo instrumento lo resolvería en el momento, en lugar de aguardar mecanismos formales de comunicación que son muy lentos.

IV.- UNA DIMENSIÓN EN EL DIPR. PARA EL CIBERESPACIO.

En el DIPr. clasificamos cuatro dimensiones de fuentes siguiendo a los Dres. Fernández Rosas y Sánchez Lorenzo¹⁰, cuando nos referimos a fuentes, hacemos alusión al ámbito de producción jurídica, teniendo en cuenta el foro en el que se generan, así encontramos:

- a.- La autónoma.
- b.- La convencional.
- c.- La institucional¹¹.
- d.- La transnacional.

Teniendo en cuenta la definición y características del ciberespacio como nuevo escenario del derecho en general y en particular del DIPr. nos preguntamos si podemos ubicarlo en alguna de las dimensiones ya existentes o ¿Será necesario crear una quinta dimensión del DIPr.?

De las cuatro dimensiones mencionadas, la más cercana y aparentemente apropiada resulta la transnacional, que es el ámbito de producción de normas del comercio internacional, por la acción de los particulares o de organizaciones privadas. Se trata de un derecho espontáneo, producto

¹⁰ FERNÁNDEZ ROSAS, José. SÁNCHEZ LORENZO Sixto. “Derecho Internacional Privado”. 1ª Ed. Pág. 53.

¹¹ Dimensión incorporada en 1996 por la Dra. Adriana Dreyzin de Klor, a través de su tesis doctoral: “El Mercosur: generador de una nueva fuente de derecho internacional privado.”

de la práctica comercial internacional que tiene origen en fuentes propias basadas en los usos comerciales.¹²

V.- JURISDICCIÓN EN EL CIBERESPACIO

El concepto de jurisdicción en el DIPr. alude al *poder de las autoridades de un estado para conocer y decidir en un caso ius privatista con elementos extranjeros*¹³. Es uno de los tres poderes del Estado y accede necesariamente al territorio.

En el DIPr. la cuestión de la jurisdicción es uno de los tres pilares de la materia, junto a la cuestión del derecho aplicable y del reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros.

La función esencial que reconocen las normas de jurisdicción internacional es determinar si los tribunales de un Estado son o no competentes para conocer un litigio o asunto internacional.¹⁴

El interrogante es; si la jurisdicción judicial es un poder del Estado. ¿Puede haber jurisdicción judicial para el ciberespacio?

¿O la jurisdicción debería derivar de la autonomía de la voluntad? Como es característico en la dimensión transnacional. En este último caso la jurisdicción más apropiada podría ser la arbitral, con árbitros y tribunales especializados en IA.

Claro ejemplo de esto es lo logrado por el Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI que, en un caso traído a su conocimiento en 2008, adaptó su reglamento arbitral para dar solución a una controversia suscitada por la Asociación Internacional de Gestión Colectiva de Obras Audiovisuales, buscando así adaptarlo a las necesidades de los titulares de los derechos, que eran representados por esa asociación. Con esto queremos hacer ver la gran y necesaria flexibilidad que ofrece la jurisdicción arbitral, la cual

¹² DREYZIN DE KLOR, Adriana. SARACHO CORNET, Teresita. “Trámites judiciales internacionales”. Pág. 35. Ed Zavalía.

¹³ DREYZIN DE KLOR, Adriana. “El Derecho Internacional Privado Actual. Tomo I. Pág. 104. Ed. Zavalía.

¹⁴ DREYZIN DE KLOR, Adriana. “El derecho internacional privado actual. Tomo I. Pág. 103. Ed. Zavalía

es impensada para la jurisdicción judicial. Pensemos adaptar un código de procedimientos a una controversia en particular.

VI.- DERECHO APLICABLE EN EL CIBERESPACIO

Si seguimos el razonamiento anterior, de la dimensión transnacional y la jurisdicción arbitral parecería que la técnica legislativa apropiada sería la de Soft Law, que incluso permitía ir creando usos y costumbres en el ciberespacio. Ya que el Soft Law o derecho blando no tiene coactividad porque emana de instituciones sin capacidad normativa, solo pueden ser coactivas si las partes en un contrato declaran que resulta aplicable o si son incorporadas por los Estados a su ley positiva, por medio de una ley interna¹⁵.

En el caso del ciberespacio y ante la falta de jurisdicción de un Estado determinado, el Soft Law podría resultar aplicable por la voluntad contractual de las partes.

Uno de los interrogantes jurídicos que ya se han planteado, surgen del profesor universitario Peter Blok, de la universidad de Utrecht, quien se centró en quién tiene derecho a la patente en el caso de invenciones desarrolladas por la IA.

Comenzó su presentación planteando los posibles candidatos al derecho a la patente:

- El programa informático.
- El dueño del programa informático.
- El usuario.

El programa informático no es una persona y como tal no puede tener derecho a la patente, Si el creador del programa informático tuviera derecho a la patente, la extensión de los derechos exclusivos sería demasiado amplia y tendría efectos negativos. Descartados los anteriores, el único candidato razonable, en su opinión es el usuario, aquel que emplea el programa de inteligencia artificial como una herramienta en las manos

¹⁵ DREYZIN DE KLOR, Adriana. "El derecho internacional privado actual. Tomo I. Pág. 41. Ed. Zavalía

del inventor, de un humano, el cuál identifica el problema, “enseña” a la inteligencia artificial y selecciona los resultados.¹⁶

En respuesta a la pregunta podemos analizar como opiniones más relevantes la de los representantes estadounidenses quienes manifiestan que la situación actual en USA, es prácticamente imposible lograr la patentabilidad de este tipo de invenciones, debido a varias sentencias dictadas por el tribunal supremo de ese país.¹⁷

VI.- DERECHO COMPARADO

Respecto al derecho de autor en diferentes países ya se ha comenzado a establecer tendencias:

- a.- En Estados Unidos, la Oficina de Derecho de Autor ha declarado que “registrará una obra original de autoría, siempre que la obra haya sido creada por el ser humano”. Esta posición emana de la jurisprudencia (**Feist Publications c. Rural Telephone Service Company, Inc. 499 U.S. 340 (1991)**), que especifica que el derecho de autor solo protege “el fruto del trabajo intelectual” que “se basa en el poder creativo de la mente¹⁸”.
- b.- En Australia, en el caso **Acohs Pty Ltd c. Ucorp Pty Ltd**, el tribunal declaró que una obra generada con la intervención de una computadora no podía estar protegida por el derecho de autor porque no había sido producida por el ser humano¹⁹.

¹⁶ MUÑOZ Mauro y BELDA Leopoldo. “Conferencia sobre patentes e Inteligencia Artificial organizada por la oficina europea de patentes”. Blog Patentes y Marcas, 20 de julio de 2018. Fundación para el conocimiento Madrid. Disponible en: <http://www.madrimasd.org/blogs/patentesymarcas/2018/conferencia-sobre-patentes-e-inteligencia-artificial-organizada-por-la-oficina-europea-de-patentes/>

¹⁷ GUADAMUZ Andrés. “La Inteligencia Artificial y el Derecho de autor.” OMPI Revista, octubre 2017. Edición número 5/17 artículo 3. Disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2017/05/article_0003.html

¹⁸ Fallo disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/499/340>. Consultado el 08/03/2021.

¹⁹ Disponible en: <https://iknow.cch.com.au/document/atagUio916660sl48691501/acohs-pty-ltd-v-ucorp-pty-ltd-ors>. Consultado el 08/03/2021.

c.- En Europa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha declarado en varias ocasiones, en particular en su histórica decisión **Infopaq** (asunto C-5/08, Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening), que el derecho de autor solo se aplica a las obras originales y que la originalidad debe reflejar la “creación intelectual propia del autor”. Por lo general, esta expresión se entiende en el sentido de que una obra original debe reflejar la personalidad del autor, lo que significa claramente que debe haber un autor humano para que exista una obra protegida por el derecho de autor.²⁰”

d.- En Hong Kong, la India, Nueva Zelanda y Reino Unido se concede la autoría al programador. Este enfoque se describe claramente en la legislación británica sobre el derecho de autor, en particular en el artículo 9.3 de la ley de Derecho de Autor, Diseños y Patentes que dispone lo siguiente; “*En el caso de una obra literario, dramático, musical o artística generada por computadora, se considerará que el autor es la persona que realiza los arreglos necesarios para la creación de la obra*”.²¹

VII.- CONCLUSIÓN

Cuando iniciamos este trabajo destacamos la necesidad de flexibilizar conceptos y vencer prejuicios para lograr la interacción de los dos temas centrales de este trabajo IA y DIPr. En cuanto a conceptos creemos necesario reformular todos aquellos que impacten en la relación y funcionamiento de ambos pilares, y en lo que a prejuicios se refiere, haciéndonos eco de una opinión colectiva, creemos que el temor que subyace, es aquel por el cual la sociedad teme ser reemplazada por maquinas, particularmente en la administración de justicia perdiendo sus fuentes de trabajo. Consideramos que es una cuestión de perspectiva y que podemos elegir; mantenernos en ese temor y demonizar la tecnología o comprender estos avances como desarrollo y soporte en aspectos de posible automatización que optimizarían

²⁰ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX-%3A62008CJ0005>. Consultado el 08/03/2021.

²¹ GUADAMUZ Andrés. “La Inteligencia Artificial y el Derecho de autor.” OMPI Revista, octubre 2017. Edición número 5/17 artículo 3. Disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2017/05/article_0003.html

el rendimiento laboral dejando a cargo del recurso humano las actividades que requieran menos tiempo, menos esfuerzo y criterio axiológico en la toma de decisiones, perfeccionando el proceso humano de decidir, que en algunos casos por la falta de tiempo se ve afectada ya que el recurso humano debe abocarse a todas las tareas sin abocarse realmente a ninguna. Pensamos que la postura temerosa proviene de una creencia colectiva que postula que, sin esfuerzo el trabajo no sirve, en vez de comenzar a pensar que también es una opción disfrutar del trabajo, realizando solo las tareas que nos gustan, manteniendo un bienestar del operador jurídico humano que repercutirá en la calidad de su producto.

En lo que hace específicamente al DIPr. consideramos que una de las materias que se verá en la encrucijada de captar y resolver casos mixtos con IA, será el DIPr. será necesario para ello adaptar o transformar conceptos tradicionales.

En lo personal coincidimos que:

- 1.- El concepto de principio de extraterritorialidad debería ampliarse a un principio de transnacionalidad.
- 2.- Que la dimensión que mejor capta hoy el fenómeno de la IA es la dimensión transnacional.
- 3.- Que la jurisdicción más adecuada sería la arbitral con árbitros técnicos.
- 4.- Que la técnica de regulación sería el Soft Law.

LA RELACIÓN DE CONSUMO. SU TRASCENDENCIA INTERNACIONAL. EL LEGADO DEL DERECHO ROMANO*

Edgardo García Chiple¹ – Amalia U de Martinoli² – Adriana Zavatti de Rougier³ - Laura E. Salomón⁴ - María Valeria Sala Mercado⁵ - Lorena Sanchez⁶- Eduardo Villafañe Molina⁷ – Gonzalo Crespo⁸.

Resumen: La complejidad que presenta la relación de consumo cuando trasciende fronteras, tanto físicas como virtuales, requiere un adecuado sistema de protección que contemple los intereses de las partes y garantice la defensa de sus derechos. Este artículo, producto del proyecto de investigación cuyo tema se refiere a “**La relación de consumo transnacional: análisis de la compatibilidad entre los ordenamientos jurídicos internos de la región y el sistema latinoamericano. Propuestas de superación.**”⁹, presenta el marco regulatorio de las relaciones de consumo transnacionales en algunos Estados de la región, tanto su normativa interna como internacional, a los fines de analizar las bases comunes y sus divergencias; abordamos también en el presente trabajo, los

* Artículo recibido el 18/8/2020 ~ aprobado para su publicación el 4/3/2021.

¹ Doctor en Derecho y Cs. Ss (UNC). Prof. Titular Derecho Romano. Docente investigador. Director Proyecto Consolidar. E-mail: edchiple@hotmail.com

² Dra. en Derecho y Cs. Ss. (UNC), Secretaria de Ciencia y Técnica, Facultad de Derecho (UNC), E mail: martinoliamalia1@gmail.com

³ Abogada, Escribana. Prof. Titular DIPr. Docente investigador. E-mail: zavatti.adriana@gmail.com

⁴ Abogada. Docente. Integrante equipo de investigación. E-mail: salomon.laura@gmail.com

⁵ Abogada. Prof. D.I.Pr. Docente investigador. E-mail:mvsalam@hotmail.com

⁶ Abogada. Especialista. Integrante equipo de investigación

⁷ Abogado. Magister. Integrante equipo de investigación

⁸ Abogado. Especialista. Integrante equipo de investigación

⁹ Proyecto acreditado ante la SECYT de la Facultad de Derecho de la UNC, subsidiado, sujeto al Programa de Incentivos a los Docentes investigadores, proyectos Consolidar 2018-2021.

antecedentes heredados del Derecho romano, cuyas instituciones protectorias fundan y conforman la base de la legislación actual.

Palabras clave: relación de consumo – protección – normativa

I. LA HERENCIA ROMÁNICA EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

Introducción

Es sabido que, en el mundo, hace unas décadas, se comenzó a conformar una rama del derecho que, por su evolución en la protección, pasó a tener un anaquel independiente de otras en las que, antes, tenía cobijo. Es así como, a través de los años, empezó a cobrar protagonismo lo que hoy conocemos, como derecho del consumidor. Sin embargo, creemos que el hecho de que hoy veamos aumentada su innegable realidad no se debe a un invento de la modernidad de posguerra sino, más bien, al reconocimiento paulatino de las protecciones que se le fueron otorgando a quienes, en términos contemporáneos, tenían una posición contractualmente desventajosa.

Desde el derecho romano, podemos encontrar un basamento primigenio, como en la mayor parte del Derecho, elementos que dieron comienzo a ese progresivo andar del derecho del consumidor a través de la instrumentación de medidas protectorias, muchas de ellas, influenciadas por el cristianismo y la filosofía estoica¹⁰.

Esto posibilitó el comienzo de un sendero humanista del derecho que venía de un ordenamiento romano antiguo en el que la Ley de las XII Tablas permitía al acreedor, a través de la *legis actio per manus iniunctionem*, esclavizar a un deudor que no podía, por cualquier razón, solventar su deuda y hasta tenía el derecho de matarlo o desmembrarlo, a una flexibilización basada en la equidad y en la evolución de la sociedad

¹⁰ Según Elguera, se admite que la buena fe debe primar en los contratos y, al finalizar la época clásica, llegó a ser un elemento fundamental en todos los contratos que implicasen un acuerdo bilateral en su constitución, pues es de advertir que aún no se hacía el distingo entre contratos y “cuasi contratos”, continuándose caracterizando el concepto de contrato por su efecto coercitivo y no por su elemento voluntario. en: ELGUERA, E.R. (1964). “El cristianismo en el “Corpus Iuris Civilis””. Anales de la Universidad del salvador. (p. 126) Recuperado de: https://racimo.usal.edu.ar/1763/1/08_Elguera.pdf

romana y su derecho por obra de los pretores, el *ius gentium*, y los ediles curules, para culminar con su instauración en la magna obra Justiniana.

1) El mercado romano y las leyes edilicias

El ámbito que propició la protección de quien se encontraba en una posición débil en las relaciones comerciales fue sin duda el mercado Romano¹¹, cuyos orígenes se remontan a Rómulo y/o Servio Tulio, con una finalidad religiosa al principio y que fue ampliándose a lo jurídico y finalmente a lo comercial y social, con espectáculos, artesanos que ofrecían su propio arte, noticias, intercambio de información, chismes, etc., en días estipulados (fastos) y en lugares públicos o en terrenos privados autorizados por medio de concesiones por parte de la autoridad. Era todo un acontecimiento social, económico y político que involucraba a toda la comunidad.¹²

Al mismo tiempo, la concesión de estos espacios comerciales permitió a las autoridades romanas tener el control de los sitios donde se realizaban estas actividades de intercambio que, a través de los ediles curules, que tenían la jurisdicción sobre ellos, ejercían el control de los precios, los productos y las modalidades de contratación.

Allí, aparecen los antecedentes de la protección de los que ahora se denominan “usuarios” y “consumidores”. Las leyes edilicias¹³ (denominadas de esa manera porque provienen de los Ediles) son un valioso antecedente, con acciones para la protección de quien, aparecía como la parte más débil en la negociación, estas son *actio redhibitoria*, *actio quanti*

¹¹ LOPEZ-RENDO RODRIGUEZ, M.C. – AZAUSTRE FERNANDEZ, M.J., (2016) “Algunas consideraciones sobre las Ferias y Mercados en el Derecho Romano y su recepción en el Derecho Español” Revista Internacional de Derecho Romano, Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Derechos y Ciencias Sociales, Área del Derecho Romano de Ciudad Real, ISSN 1989-1970, <http://ridrom.uclm.es>, www.ridrom.uclm.es, p.145.

¹² MACROBIO, (2010) *SATURNALES* (1-16-32 a 35), Introducción, Traducción y Notas de Fernando Navarro Antolín, ISBN 978-84-249-0428-9, Ed. Gredos, Madrid, p.205 y ss.

¹³ WALLINGA, T., (2020) *La Protección del Consumidor de Roma a la Unión Europea, en Fundamentos Romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*, T.1, Dir. y Coord. María del Carmen López, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal- Bol Of. del Estado – Oviedo, ISBN: 978-84-17445-77-5 U.Oviedo.Vol I.

minoris (reducción del precio), *actio empti*, y *hasta la laesio enormis* (todas receptadas por Justiniano en el Digesto y en el Código).

La casuística es abundante tanto en los derechos reales como en los obligacionales y tienen como principios rectores la equidad y el *favor debitoris*¹⁴.

En materia obligacional, el comprador puede protegerse contra los defectos ocultos de la cosa, peticionando al vendedor una garantía explícita, incorporada como cláusula en el acuerdo, pero después se estableció el criterio que la cosa vendida tenía que tener las características necesarias para su uso habitual sin la necesidad de incorporar cláusula alguna.¹⁵

De aquí deriva una medida de protección que rige actualmente y es que el vendedor no solamente entrega una cosa, vasija, tinaja, un producto, etc., sino que debe procurar que ella sea apta para el uso que normalmente se espera de ella, de lo contrario debía responder.¹⁶

Otro ejemplo citado en las fuentes¹⁷ está relacionado con la venta de ganado y esclavos en el mercado que demuestra el funcionamiento de la *actio redhibitoria* y la *quanti minoris*¹⁸, específicas para este tipo de cosas. El Digesto al tratar sobre el Edicto edilicio, y en particular la acción redhibitoria y la reducción del precio¹⁹, dice: “los que venden caballería digan clara y simplemente qué enfermedad o qué vicio tiene cada una de ellas y

¹⁴ ALVAREZ, M. B. “Favor Debitoris, origen romanístico del principio de protección al más débil”, Revista Jurídica de Buenos Aires: Principios Generales del Derecho, Coord. Aberasty P.- Vigevano M. (2025), Facultad de Derecho UBA, Dpto. Publicaciones, ISSN:0326-7431, p.3

¹⁵ D.19.1.6.4: “Si me hubieses vendido una vasija diciendo que cabía en ella una cierta medida, o que tenía cierto peso, si es menos lo que entregas podré demandar por la acción de compra. Pero si me hubieses vendido una vasija afirmando que estaba entera, y no lo estuviese quedarás obligado también a indemnizarme lo que hubiera perdido con ello. Pero si no se había convenido que me la entregaras íntegra, entonces quedarás obligado a indemnizarme solamente por dolo”.

¹⁶ WALLINGA, Obra citada.

¹⁷ GARCÍA DEL CORRAL I.L. (1898). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, Barcelona, España.

¹⁸ Por medio de la *actio redhibitoria*, se obtenía la resolución de la venta, esto es la devolución del precio contra la restitución de la cosa. Con la *actio quanti minoris* la venta no se resolvía, sino que se obtenía una disminución en el precio de venta.

¹⁹ D.21.1.38.pr.

serán entregadas a los compradores lo mejor que hayan sido enjaezadas²⁰ para ser vendidas. Si alguna cosa no se hubiera hecho así (...) daremos una acción dentro de los sesenta días; por causa de enfermedad o vicio dentro de seis meses para deshacer la compra o bien, para la reducción del precio dentro del año (...)” Estas acciones específicamente estipuladas para la venta de ganado y esclavos, con Justiniano se extendieron a la compraventa de cualquier objeto, aunque los autores discrepan en este punto porque la fuente de donde surge se encuentra interpolada²¹. Lo cierto es que fueron absorbidas, en cuanto a sus efectos por la *actio empti* en la época de Justiniano, sin eliminarlas como remedios legales, lo que ocasionó alguna confusión en glosadores y comentaristas.

Por medio de la *actio empti*, el vendedor estaba obligado a pagar al comprador el daño total que le ha causado si ha vendido dolosamente una cosa defectuosa. Pero si el vendedor tampoco conocía el defecto, la acción operaba como una reducción de precio y debería, entonces, la diferencia de precio entre la cosa en buen estado y la que le vendió defectuosa.²²

Cuestión similar ocurre respecto a los vicios ocultos. Dicen las fuentes que si el vicio oculto de la cosa hace que esta no responda a las expectativas del comprador, el vendedor debe responder por la acción de compra hasta la medida “...que me hubiese interesado haberlo sabido...”²³ En este caso la cosa –en el ejemplo era un esclavo que tenía la maña de robar y delinquir, lo sabía el vendedor y lo ocultó-, no era lo que el comprador esperaba – aunque no hubo daño por acción del esclavo-, el vendedor, por su parte, debió advertirle y no lo hizo. Entonces por la *actio empti*, consigue el mismo efecto que la *actio redhibitoria* y resuelve el contrato.

Como aclaramos, la casuística es profusa. Pero podemos decir que toda ella se enrola en un principio elemental para el derecho de consumo que es el *favor debitoris*, receptado en Roma y plasmado en el *Corpus Iuris Civilis* en particular en el Digesto, en el Libro Cincuenta, en el título que trata “De las Diversas Reglas del Derecho Antiguo”, en el título 17.

²⁰ Enjaezar: adornar, calidad de una cosa.

²¹ Tema que excede este trabajo y que no afecta el desarrollo.

²² D.19.1.13.pr.

²³ D.19.1.4.pr.

Numerosas son las reglas que hacen referencia a este noble principio. Como ser la aplicación, en casos dudosos, de la ley más benigna²⁴, o el pasaje de Marcelo que expresa: “en los casos dudosos, no solamente es más justo, sino más seguro atenerse a la interpretación más benigna²⁵; Javoleno:²⁶”se ha de elegir lo que tenga menos injusticia”, o Paulo²⁷ “ciertamente que, en todos los casos, pero principalmente en los del derecho se ha de atender a la equidad”, etc.

Podemos ver la aplicación práctica del principio en el *Corpus Iuris Civilis*: así, en D.50.15.34: “en las estipulaciones y en los demás contratos, nos atenemos siempre a lo que se trató, o, si no apareciera lo que se trató, será consiguiente que nos atengamos a lo que es frecuente en la región en que se trató. Luego ¿qué se dirá si no apareciera costumbre de la religión, porque hubo diversidad? La suma deberá ser reducida a su mínimo importe”.

Como vemos, este pasaje es muy enriquecedor ya que nos otorga una regla interpretativa de la cual se valían los romanos frente a las relaciones comerciales y contractuales en todo el imperio, con pueblos diferentes, que, sometidos a Roma, no renunciaban a sus costumbres. Observamos además esa capacidad de abarcar todas las diferencias con una clara impronta romanista, lo que ha trascendido hasta nuestros días.

2) Otras instituciones que receptan los principios protectorios

Teniendo en cuenta el marco general explicitado, advertimos que, en la evolución del derecho en Roma, en particular en el período republicano

²⁴ D.50.17.56

²⁵ D.50.17.191.1

²⁶ D.50.17.200 influencia que se puede ver en nuestro Código Civil y Comercial en sus arts. 959 y 961. Principios este que se vincula con la cita de Ulpiano que rescata García Chiple – Giovannini Ulpiano D.2.14.7.7 “dice el Pretor: “mantendré los pactos convenidos que no se hubieran hecho ni con dolo, ni contra las Leyes y plebiscitos, Senadoconsultos, Edicto de los Príncipes, y por los que no se cometa fraude contra cualquiera de ellos” GIOVANINNI, I. y GARCIA CHIPLÉ, E. Transculturación jurídica-romana. Como cultura esencial de trascendencia en el sustrato del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Advocatus, Córdoba, 2017.

²⁷ D.50.17.90

una tendencia, impulsada por el pretor a través del Derecho Honorario y Derecho de Gentes, a la protección de las personas que, en determinadas circunstancias y, en relación a diferentes vínculos jurídicos, se encontraban en una posición vulnerable o, si se quiere, desventajosa.

Así tenemos que, frente al principio “*error iuris nocet*” (error de derecho perjudica), se establecieron excepciones atendiendo a personas que se encontraban en posiciones de desventaja, como ser las mujeres que habían obtenido recientemente el *ius liberorum*, los soldados recién llegados de la guerra, y el mayor de 14 años debido a su inexperiencia.

En Roma, la pubertad se adquiría a los 14 años. A partir de allí, se consideraba un *sui iuris* (que no está sometido a potestad alguna), un adulto que tiene pleno ejercicio de todos los derechos de los que es titular y que, hasta ese momento, eran ejercidos por el tutor. Mayores jurídicamente, pero inexpertos. Al advertirse la situación de vulnerabilidad que atravesaban estos jóvenes adultos en un negocio jurídico en razón de su inexperiencia, que, evidentemente, los colocaba en peligro de perder el patrimonio, se les otorgó también protección jurídica.

La solución vino de la mano de dos leyes proteccionistas: una que acarrea la nulidad del acto o negocio jurídico si se demostraba el abuso del tercero que contrataba con el joven adulto, colocándolo en una situación de desventaja y desproporcionalidad respecto al negocio (*Lex Plaetoria*). Acción que ejercía el propio damnificado. Y, se integró con una medida procesal de carácter general, denominada restitución por entero (*in integrum restitutio*), que implicaba volver las cosas al estado anterior al hecho generador del menoscabo.

Vemos que la posición de vulnerabilidad está dada por la inexperiencia y la protección tiene fundamento en la equidad, por lo que no podemos hablar aquí estrictamente de consumidor o usuario, pero se rescata la visión pretoriana hacia aquellos que se encontraban en situaciones de debilidad que ocasionaba serios desequilibrios al principio “*par conductio creditorum*”, en miras a lograr la seguridad jurídica en las transacciones comerciales y la paz social, tan preciada en Roma.

3) Control de precios

Finalmente, otro de los aspectos más relevantes a la cuestión protectoria que ejerció el estado romano fue a través del control de precios.

Este constituye uno de los ejes de la relación obligacional entre las partes, ya que es y ha sido objeto de normas reguladoras para garantizar así el consumo. Asimismo, forman parte del marco normativo protectorio del consumidor, el deber de información²⁸ y obligación de exhibir los precios.²⁹

En el año 132 A.C. el tribuno de la plebe Cayo Sempronio Graco consiguió promulgar la *Lex Frumentaria* para controlar el precio del trigo y mantenerlo a un precio constante y moderado. Establecía la distribución de granos a cargo del Estado a un precio fijo inferior al del mercado libre, para todos los ciudadanos de Roma. La ley era criticada, acusándola de vaciar las cajas del Estado y de animar a la plebe al ocio.³⁰

Durante la crisis del siglo III, la moneda romana se había devaluado gravemente, afectando el consumo. Debido a ello, el emperador Diocleciano dicta el Edicto sobre precios máximos, conocido como el Edicto de Diocleciano, promulgado en el año 301, que fijaba los precios máximos para más de 1300 productos, además de establecer el costo de la mano de obra para producirlos.³¹ Junto con esta norma, dictó diversos edictos fiscales y monetarios con la intención de reformar el sistema impositivo, estabilizar la moneda, e impedir que los grandes terratenientes se aprovecharan de muchas vidas humanas en tiempos de escasez de alimentos, y de los trabajadores en tiempos de exigua mano de obra. Eran los Ediles curules, encargados de la policía de los mercados, quienes controlaban el cumplimiento de estos precios³². Es decir que debían asegurar un precio justo por las mercaderías vendidas, y además debían vigilar que los pesos

²⁸ Art. 4 Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

²⁹ Art. 3 Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, art. 12 inc. i Ley 22.802 de Lealtad Comercial (Plexo normativo de defensa del consumidor, junto a la ley de Defensa de la Competencia), y Resolución 915-E/2017 de la Secretaría de Comercio, dependiente del Ministerio de Producción.

³⁰ AVIAL CHICHARRO, LUCÍA: “Breve historia de la vida cotidiana del Imperio romano. Costumbres, cultura y tradiciones”, 2018, en <https://www.academia.edu/35690705>.

³¹ GOMEZ, ALEJANDRO: “Precios “cuidados” en el Imperio Romano”, Instituto Cato, 3 de junio de 2014, <http://www.elcato.org/precios-cuidados-en-el-imperio-romano>.

³² MAYNZ, CARLOS: *Curso de Derecho Romano*, Ed. Jaime Molinas, Valencia, 1892, T. II, p.241.

y medidas usados en las transacciones fueran correctos y correspondieran a los estándares oficiales romanos³³.

Cabe destacar también, en esta materia, la acción de reducción del precio, o *actio quanti minoris* ó *aestimatoria*, que tenía en Roma el comprador durante un año para reclamar una disminución en el precio por los defectos que pudieran verificarse en la cosa. La disminución se hacía en proporción de la extensión y de la importancia de los defectos de los cuales tenía derecho a quejarse el comprador.³⁴

En este sentido, Elguera nos dice que: “San Ambrosio enseñaba que “no era lícito obtener ventajas para sí en daño de otro”. (De Off. 3. 6. 37). Esta enseñanza, que ya predicaría antes de publicar la obra, gravitó en Valentino, muy vinculado a aquél, que fue electo obispo de Milán bajo su reinado, al dictar un rescripto llamando la atención a los obispos para que vigilaren a los comerciantes, a fin de que no se “excedieren de la moderación al comerciar”. (C. 1. 4. 1). Es también esta doctrina la que ha influido en los compiladores para interpolar en dos constituciones de Diocleciano, el principio del “justo precio”. (C. 4. 44. 2 y 8). No se trata del “*aestimatum pretium*” de la época clásica ni de una “*iusta aestimaio*”, conforme al valor venal del mercado, sino de un precio de acuerdo al valor de la cosa, por su costo y rendimiento y a la naturaleza de la misma, sin considerar la depreciación que pudiera tener en un momento dado, por circunstancias económicas accidentales. Este principio tuvo gran repercusión en el derecho intermedio que estableció el recurso de la “lesión enorme”; luego suprimido por nuestro Código Civil.³⁵

II. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LOS ESTADOS PARTE (EP) DEL MERCOSUR

El Tratado de Asunción, en su Preámbulo, expresa entre sus intereses comunes, el de lograr un desarrollo económico con justicia social, en toda

³³ PEREZ ZURITA, ANTONIO D., *La edilidad en la Roma republicana*, Ed. Arco/Libros SRL, Madrid, 2014, p. 37.

³⁴ MAYNZ, CARLOS, *Obra cit.* p.246.

³⁵ ELGUERA, E. R. (1964). “El cristianismo en el “Corpus Iuris Civilis””. *Anales de la Universidad del Salvador*. (p. 126) Recuperado de: https://racimo.usal.edu.ar/1763/1/08_Elguera.pdf (consultado el 03/08/20)

la extensión de su territorio, lo que supone la creación de un espacio común de libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, con el fin de generar mejoras en los precios y en la calidad de los productos y servicios, beneficiando así a los consumidores, mediante el establecimiento de una serie de medidas económicas³⁶ y jurídicas. En relación con estas últimas, se propuso armonizar las legislaciones pertinentes en aras de lograr el perfecto desarrollo del mercado integrado.

Como dijimos en trabajos anteriores³⁷, en el MERCOSUR, el proceso de armonización de legislaciones en el área de defensa del consumidor se origina con el nacimiento mismo del Mercado ampliado.

Así, el Grupo Mercado Común, en el año 1994, dicta la **Res. 126/94**, en virtud de la cual dispone que: *“Hasta tanto no sea aprobado un Reglamento Común para la Defensa del Consumidor, cada Estado Parte aplicará su propia legislación tuitiva del consumidor a los productos y servicios que se comercialicen en su territorio, con la salvedad que en ningún caso se podrá imponer a los bienes provenientes de los Estados Parte exigencias superiores a las que se aplica a los productos y servicios oriundos de terceros países.”*

Esta Resolución, de derecho transitorio, sienta como principio que la aplicación de las normas nacionales no debe ser contraria a los objetivos de la integración y del mercado común, mencionados en el artículo 1 del Tratado de Asunción. Además, disponía continuar los trabajos destinados a la elaboración de un proyecto de Reglamento Común para la Defensa del consumidor del Mercosur.

En ese sentido, se elaboró y aprobó dos años después, el Protocolo de Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (Dec CMC 10/96), que si bien no está en vigencia, es un valioso instrumento, específico sobre el tema que nos ocupa en esta oportunidad³⁸; últimamente, en el año 2017, el Consejo Mercado Común aprobó el Acuerdo sobre ley

³⁶ Las medidas económicas se orientaron a la eliminación de derechos aduaneros y restricciones no arancelarias que restrinjan la circulación de mercaderías, al establecimiento de un arancel externo común, y a la coordinación de posiciones económico-comerciales en foros regionales e internacionales.

³⁷ Ver URIONDO DE MARTINOLI, A y otros: “El acceso a la justicia del consumidor transnacional”, en Anuario XVII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Fac. Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, ISSN 1667-6122, p.495.

³⁸ Ver URIONDO DE MARTINOLI y otros, obra citada p. 506.

aplicable en materia de contratos internacionales de consumo (Decisión 36/2017), ambos pendientes de aprobación por los E.P del Mercosur³⁹.

En base a estos antecedentes, abordaremos muy sucintamente los ordenamientos jurídicos de algunos Estados Parte del Mercosur, especialmente las regulaciones de DIPr., y las de derecho privado interno en la materia.

III. LEGISLACIÓN ARGENTINA

1) Concepto de consumidor

El art.1 de la ley 24.240 de defensa del consumidor⁴⁰, lo define como toda persona física o jurídica (hombres, mujeres, entidades, instituciones, empresas) que, en virtud de un acto jurídico oneroso, adquieren, disfrutan o utilizan bienes o servicios como destinatarios finales y no con fines comerciales (de intermediación), ni industriales (de transformación). Con la reforma de la ley 26.361⁴¹, el art. 1 abarca en el término consumidor o usuario: a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Con la modificación del art. 1, se determina en forma más clara y específica el concepto jurídico global del consumidor, se amplía la calidad de consumidores y usuarios, y se identifica a quienes no revisten esa calidad.

El Código Civil y Comercial de la Nación⁴² (en adelante, CCCN) estructura en el art. 1092 la categoría del consumidor con una doble característica “uso privado, familiar o social”, fuera del contexto de una actividad profesional o comercial y como “destinatario final” del bien o servicio adquirido. Sobre los mismos ejes, construye la noción el art. 2 del proyecto de la ley de Defensa del Consumidor⁴³: “la persona humana

³⁹ Ver <https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/decisiones/>

⁴⁰ BO 15/10/1993.

⁴¹ BO 7/4/2008.

⁴² Aprobado por ley 26.994, entró en vigencia el 1 de agosto de 2015.

⁴³ El 29/08/ 2019 ingresó al Senado el proyecto que modifica la Ley de Defensa del Consumidor. De ser aprobada, implicará una reforma integral de la ley 24.240.

o jurídica que adquiere, de modo gratuito u oneroso, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”. También equipara al consumidor, a quien “sin ser parte de una relación de consumo originaria, como consecuencia o en ocasión de ella utiliza bienes o servicios, de manera gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”, alcanzando al sujeto expuesto a una relación de consumo a los efectos de la información, la publicidad, las prácticas abusivas y la seguridad. Se reconoce la categoría del “consumidor hipervulnerable” –vgr. ancianos, niños y personas enfermas- y se le otorga mayor protección. La conceptualización argentina de la figura del consumidor, coincide con la respuesta legislativa de los otros socios del MERCOSUR, como se verá mas adelante.

2) Mandato constitucional de proteger al consumidor

La protección de los consumidores y usuarios de bienes y servicios argentinos, se consolidó en el año 1994 en función del taxativo reconocimiento constitucional, fundamentalmente con las directrices de los artículos 42 y 43 y otras de carácter supra legal en virtud del art. 73, inc.22. El contenido del art. 42 se distribuye en tres párrafos que engloban distintas situaciones. El primero, establece los derechos básicos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios en la relación de consumo: “la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno”. El alcance y la amplitud de los derechos enunciados en la disposición, debe hacerse de forma complementaria a lo dispuesto por las normas internacionales de derechos humanos. Los principios de la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos que fueron proclamados por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, se traduce en el sector de los consumidores, con el siguiente alcance: “Dignidad significa trato justo en la relación de consumo, con respeto a

Con 184 artículos se amplía la regulación del deber de información, se protege al “sujeto expuesto” y se consagran nuevas reglas sobre comercio electrónico. Cfr. Comercio y Justicia 28 de julio de 2020.

la vida, salud, e integridad física de las personas”⁴⁴. El trato equitativo y digno, se entiende sin distinciones y sin discriminación alguna.

El segundo párrafo, contiene una serie de directivas (mandatos obligatorios) que compete a los Poderes Públicos respecto a la protección de los derechos antes enunciados, la educación para el consumo, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales, el cuidado por la calidad y eficiencia en los servicios públicos, y a la formación de asociaciones de consumidores y de usuarios.

El párrafo final, encomienda a la legislación el establecimiento de procedimientos eficaces para prevenir y solucionar conflictos y de los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional. Prevé la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios de las provincias interesadas, en los organismos de control.

El art. 43, hace extensiva la acción expedita y rápida de amparo “en lo relativo a los derechos que protegen [...] al usuario y al consumidor”, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo. Para lograr esa protección privilegiada, “el acceso y la tutela no pueden ser solamente formales, sino que tienen que ser reales y útiles, liberados de trabas y bloqueos de toda índole. De lo contrario, se estaría negando la efectividad de la tutela del derecho fundamental, y la esencia del amparo, quedaría desvirtuada, no cumpliendo el fin para el cual fue concebido”⁴⁵.

3) Código Civil y Comercial de la Nación

a) Jurisdicción internacional

El CCCN denomina la sección 12 “Contratos de consumo” –Título IV, disposiciones de DIPr., Capítulo 3, Parte especial– Se observan diferencias en la redacción de los dos preceptos contenidos en dicha sección:

⁴⁴ TAMBUSI, C.E.: “Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos”, Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, 2014, vol. 12, N° 13, pp. 89-112.

⁴⁵ KLEKAILO, M. G.: “El amparo como garantía real y efectiva de nuestros derechos”, Sistema Argentino de Información Jurídica: www.infojus.gov.ar

al momento de decidir cuándo serán competentes los tribunales argentinos, el art. 2654 refiere a relaciones de consumo, mientras que para individualizar el derecho aplicable, el art. 2655 alude al contrato de consumo. En ninguna de las dos categorías, se ha incorporado algún elemento que permita calificar al contrato de internacional.

Cuando la parte débil actúa como demandante, se instauran varios criterios procesales, seleccionando el lugar: i) de celebración del contrato; ii) del cumplimiento de la prestación del servicio; iii) de la entrega de bienes; iv) del cumplimiento de la obligación de garantía; v) del domicilio del demandado; vi) donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato; vii) de la sucursal, agencia, representante, cuando intervinieron en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual. Se elimina de forma explícita el acuerdo de elección de foro.

Si bien se concede al consumidor una amplia legitimación activa, no se ha incluido de modo expreso el contacto de su domicilio o residencia habitual (*foro actoris*) que el art. 164 del proyecto de ley de Defensa del Consumidor lo incluye entre las distintas opciones abiertas a su favor para promover las acciones judiciales de consumo.

b) Derecho aplicable

El CCCN contiene una norma de conflicto para determinar el derecho aplicable a los contratos concluidos por consumidores, en la que se afirma que diferencia entre el consumidor activo y el consumidor pasivo⁴⁶, aunque otra interpretación restringe el alcance de la protección a este último, “es decir, a aquel que es buscado por el proveedor”⁴⁷.

El art. 2655 del CCCN, declara aplicable el derecho del Estado del domicilio del consumidor, siempre que se configuren ciertas situaciones alternativas que presenten un vínculo con ese territorio. Es necesario que se trate de una oferta, publicidad o actividad realizada en el Estado del

⁴⁶ SCOTTI, S. L.: *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2017, pp. 789.

⁴⁷ FERNANDEZ ARROYO, D. P.: “Contratos de consumo”, en J. C. Rivera/G. Medina (directores) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo VI, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 959.

domicilio del consumidor y que el contrato se haya celebrado en ese entorno, en el marco de las actividades del proveedor de los bienes o servicios (letra a). Se hace referencia a la forma de actuar por parte del profesional en el lugar del domicilio del consumidor, donde éste ha cumplido los actos necesarios para la conclusión del contrato, dando a entender que el profesional es consciente de que está actuando en un mercado ajeno al de su Estado y, por lo tanto, acepta que el conflicto surja en dicho país⁴⁸.

Resulta indiferente la forma en que el profesional realice su actividad comercial o profesional en ese concreto mercado, puede ejercerla mediante establecimientos permanentes –sucursales, agencias o cualquier otra forma de representación comercial– establecimientos temporales –ferias, exposiciones– por medio de vendedores ambulantes enviados al Estado del domicilio del consumidor o ventas por catálogos expedidos a ese lugar⁴⁹. Se añade como otra condición espacial, que el proveedor haya recibido el encargo o la petición del consumidor en el país del domicilio de este último (art. 2655, letra b).

El derecho del Estado del domicilio del consumidor, es el derecho de previsible aplicación tanto para él como para el profesional, siendo también el que regula el contrato de consumo celebrado por un consumidor que fue inducido por el proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar allí su pedido (art. 2655, letra c). En este caso, la contratación puede haber sido precedida por cualquier negociación o actividad por parte del proveedor o productor, en especial, el envío de publicidad, correspondencia, e-mails, premios, invitaciones a ofertar y demás actividades semejantes dirigidas a la comercialización de productos y servicios y a la atracción de clientela⁵⁰.

Finalmente, el precepto incluye los contratos de viajes organizados, que son aquellos que, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento. Se mantiene el mismo punto de conexión, el domicilio del consumidor, al momento de fijar el derecho

⁴⁸ URIONDO DE MARTINOLI A., / MARTINOLI URIONDO, E.: *Lecciones de derecho internacional privado. Contratos internacionales*, Córdoba, Lerner, 2019, pp.328.

⁴⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pp. 278.

⁵⁰ Art. 9 del Proyecto de Convención presentado por Brasil al Foro de Expertos para la preparación de la VII Conferencia Interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP VII).

aplicable al contratante de un paquete turístico, por ser la parte más débil de la relación jurídica (art. 2655, letra d). El resto de los servicios turísticos – excursiones guiadas, *city tours* - quedan regidos por el derecho del país del lugar de cumplimiento y, en su defecto, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración⁵¹.

Si el contrato de consumo no se ajusta a los supuestos mencionados, el domicilio del consumidor desaparece como conexión para designar el derecho aplicable y asoma la del lugar de cumplimiento. Si no pudiera precisarse dicho lugar, emerge el lugar de celebración como última conexión del art. 2655 para seleccionar el derecho rector del contrato. Cuando se trata de un contrato entre ausentes, la perfección de la relación jurídica “se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada” (art. 2652 *in fine*).

En los contratos de consumo sin puntos de contacto internacional, la venta fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos, el lugar de cumplimiento “es aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación” (art. 1109). Ello implica que el CCCN ha previsto la contratación por medios electrónicos (arts. 1105 a 1109) no obstante, el Título IV comprensivo de las disposiciones de DIPr., carece de las reglas básicas para determinar la jurisdicción y la ley aplicable en la materia. Esta omisión ha dado lugar a numerosas propuestas doctrinarias y a una innumerable actividad jurisprudencial⁵².

En cambio, el proyecto de ley de Defensa del Consumidor, introduce varios ajustes en la protección contractual del consumidor (oferta, publicidad, garantías, cumplimiento e incumplimiento, garantías por vicios, etcétera), armonizándose las soluciones legales con las normas del CCCN. El artículo 73 expresa: Portales de venta o subasta on line. De conformidad con las reglas de conexidad, la exención de responsabilidad del operador electrónico sólo será posible cuando: 1. No ha desempeñado un rol activo en la operación jurídica-económica, limitándose a proporcionar únicamente un foro de transacciones, informando ello de forma clara, destacada y fácilmente comprensible; 2. No ha generado una particular confianza en el consumidor.

⁵¹ BOGGIANO, A: *Tratado de Derecho Internacional Privado- Tomo II*, Buenos Aires, La Ley, 2017, pp. 746.

⁵² FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L.: “Internet y Derecho aplicable”, *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, elDial.com* 2004.

4) Sentencia sobre derecho aplicable a un contrato de viaje: CNCom., sala A, 30/12/19, “Faes, Nicolás c. Buenas Vibras S.R.L”

Nicolás Faes contrató con la empresa Buenas Vibras S.R.L. un paquete turístico con destino a la India, por la suma de u\$s 3.311, pero no pudo viajar el día en que partió el contingente por carecer de la visa requerida. Adujo que se le había proporcionado información incorrecta sobre el sitio donde tramitar la visa y que el coordinador (Juan Francisco Reyes) confirmó erróneamente que la documentación con la que contaba el actor era suficiente para poder viajar. Por lo que interpuso demanda contra “Buenas Vibras S.R.L” persiguiendo el cobro de las sumas de \$ 105.000 y u\$s 3.311, con más sus intereses, daño punitivo y las costas del juicio.

La Magistrada de grado invocó la Convención internacional sobre los contratos de viaje (Bruselas de 23/04/70) que contempla, por un lado, el contrato de organización de viaje, y por el otro, el contrato de intermediario de viaje. Resolvió rechazar la acción intentada por *Nicolás Faes* contra *Buenas Vibras S.R.L.*, a quien absolvió. Contra dicho pronunciamiento se alzaron ambas partes, la empresa se quejó del modo en que fueron impuestas las costas.

La CNCom., sala A, estima que se trata de un contrato de intermediación de viaje internacional que según sus características, puede inscribirse en la categoría de los contratos de consumo internacionales y bajo este encuadramiento legal, es preciso señalar el derecho aplicable a las prestaciones comprometidas. Así, puntualiza que en el ámbito del DIPr. convencional, Argentina ha denunciado la Convención de Bruselas el 16/12/2008 y que no media otro instrumento vigente entre los Estados eventualmente involucrados en el conflicto que resulte aplicable al caso. También, señala que si bien nuestro país es parte del Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación de 14/03/1978, éste sólo nos liga con Francia, Países Bajos y Portugal. En defecto de fuente convencional manifiesta que deviene aplicable al caso el CCCN cuyo art. 2655, letra d) prevé solo al contrato “de organización de viaje internacional”, cuando se refiere “al contrato de viaje, por un precio global, que comprende prestaciones combinadas de transporte y alojamiento” y lo somete a la ley del domicilio del consumidor. Hallándose el accionante domiciliado en Argentina, la Ley N° 18.829 que

regula la actividad de los agentes de viaje⁵³ y su decreto reglamentario N° 2.182⁵⁴ conforman la ley especial con relación a la materia que se trata. Considera también aplicable la Ley de Defensa del Consumidor 24.240⁵⁵, en tanto que disciplina los contratos de consumo de manera genérica. Las pruebas producidas en la causa (testimonial y pericial) le permiten sostener que la parte demandada habría cumplido razonablemente con el deber de información; que no aparece configurada conducta u omisión que autorice a atribuirle responsabilidad por el perjuicio sufrido por el actor al no poder realizar el viaje programado, lo que determina la suerte adversa del recurso por éste planteado y la confirmación del rechazo de la demanda.

IV. LEGISLACIÓN DE BRASIL

La Constitución brasileña de 1988 establece como uno de los deberes del Estado la defensa del consumidor. Específicamente, en el Título II, sobre los derechos y garantías fundamentales, capítulo I que trata de “Los derechos y deberes individuales y colectivos”, encontramos tal manda cuando en el artículo 5 se establece que “*Todos somos iguales para la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileros y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad en los siguientes términos: ...XXXII -el Estado promoverá, en forma de ley, la defensa del consumidor*”⁵⁶.

Como consecuencia de ello, en marzo de 1991, entró en vigor el Código de Defensa del Consumidor-Ley 8.078/90 del 11 de septiembre de 1990, y modificatorias⁵⁷-que dispone sobre la protección al consumidor y

⁵³ B.O. 19/11/70.

⁵⁴ B.O. 28/04/72.

⁵⁵ B.O. 15/10/93.

⁵⁶ TÍTULO II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” CAPÍTULO I DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS Art. 5º “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:...XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;...*”

⁵⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm#art118

de otras providencias, reconociendo su vulnerabilidad en las relaciones del mercado. Dicha normativa pretende garantizar la acción gubernamental con la finalidad de darle una protección efectiva al consumidor. Presenta dos aspectos relevantes: por un lado, la reglamentación de la defensa de los consumidores, que permite la reparación de los daños causados, en forma ágil, por parte de los organismos que desarrollan esta actividad. Por otro lado, la orientación e información de los consumidores como forma de prevención y protección en las relaciones de consumo.

La ley nº 9 8078⁵⁸, define el consumidor como: “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza producto o servicio como destinatario final”. Además, se permite una extensión o un alargamiento del concepto cuando se refiere a la equiparación de determinados sujetos a la figura del consumidor, prescindiendo del vínculo contractual generado en una típica relación de consumo con el proveedor (artículos 2 -párrafo único- 17 y 29). Brinda protección jurídica al tercero no contratante, que se ve afectado por la relación de consumo⁵⁹.

El Código de Defensa del Consumidor (CDC) reconoce los derechos básicos del consumidor, incluyendo además otras situaciones que puedan causar daños, y sin perjuicio de lo reconocido en tratados o convenciones internacionales (art. 7). Puntualmente el art. 6º refiere a la protección de la vida y de la salud; la educación para el consumo; a la elección de productos y servicios; al derecho de información; a la protección contra la publicidad falsa y abusiva; a la protección contractual; al derecho de indemnización; al acceso a la Justicia; a la facilitación de la defensa de sus derechos; y a la calidad de los servicios públicos.⁶⁰

⁵⁸ 11/09/1990.

⁵⁹ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S.L. /KLEIN VIEIRA, L.: “La noción de consumidor en el Mercosur”. Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 3, Nº 2, España, 2011, pp. 71-84.

⁶⁰ Textualmente dice: “São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a

En cuanto a los consumidores hipervulnerables o “doblemente vulnerables”, el código brasileño reconoce la noción de *vulnerabilidade agravada* al referirse a niños (art. 37, párrafo 2º) y a la fragilidad derivada de la edad, salud, conocimiento o condición social de algunos consumidores (art. 39, IV), respecto a la prohibición de la práctica de la publicidad abusiva o engañosa.⁶¹

El Departamento de Protección y Defensa del Consumidor (DPDC) del Ministerio de Justicia coordina la política de protección al consumidor, ejecutada por diversos organismos públicos de la Nación, de los Estados y de los Municipios que organizan y controlan la producción, industrialización, distribución y publicidad de los productos y servicios y por las entidades privadas de defensa del consumidor. Todos ellos integran el Sistema Nacional de Defensa del Consumidor (SNDC). Además, el Ministerio del Medio Ambiente actúa en fomento del consumo sostenible y las Secretarías Estatales y Municipales del Medio Ambiente son las encargadas de desarrollar actividades de fiscalización de la producción y programas de tratamiento de residuos, etc. Asimismo, además de la Justicia común, el consumidor dispone de Juzgados Especiales, quienes deciden conflictos referentes a derechos patrimoniales, siempre que el valor de la causa no sobrepase 40 salarios mínimos. Si el monto fuere inferior a 20 salarios, el ciudadano no necesita patrocinio letrado-abogado. Las Fiscalías de Justicia del Ministerio Público son los responsables de garantizar el cumplimiento de la legislación que protege al consumidor y actúan en las

*modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; IX - (Vetado); X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do **caput** deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)”*

⁶¹ LUCIANE KLEIN VIEIRA: El consumidor “especialmente hipervulnerable” y el derecho internacional privado, https://unctad.org/meetings/en/Contribution/cicplp2nd_c_brazilcon_vul_esp.pdf

cuestiones colectivas que involucren intereses sociales. En muchos Estados existen Comisarías de Policía especializadas que actúan en la represión de los delitos practicados contra el consumidor y en algunas ciudades del país cuentan con comisarías especializadas para atender a extranjeros.⁶²

V. LEGISLACIÓN DE PARAGUAY

La Constitución de 1992 de la República del Paraguay consagra en su artículo 38 el derecho de toda persona de reclamar individual o colectivamente a las autoridades la defensa de intereses difusos, entre los cuales se mencionan los intereses de los consumidores como derechos difusos de especial protección. Además de ello, los arts. 28 y 72, completan la protección consagrando el derecho a informarse y garantizando el control de calidad de los alimentos y medicamentos, respectivamente.

El DIPr de Paraguay, de fuente interna (C.C.P), no contiene regulación sobre protección del consumidor; al igual que Uruguay y Argentina, son Estados ratificantes de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940, aunque para las situaciones privadas que los vinculan, se rigen por el instrumento de 1940. Además en Paraguay también rigen las Resoluciones aprobadas en el ámbito del Mercosur en la especie⁶³.

La Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario N° 1334⁶⁴, surge como normativa de orden público con un campo de acción sui generis, instauro sistemas administrativos sancionatorios, y se integra a la normativa del derecho común y a las normas y reglamentos sobre provisión de bienes y servicios⁶⁵. Además, cuenta con regulación específica sobre el comercio y la contratación realizados por medios electrónicos entre proveedores de bienes y servicios, intermediarios y los consumidores y

⁶² <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/guia-do-consumidor-estrangeiro-espanhol.pdf>

⁶³ Ver <https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/normativa/>

⁶⁴ Ley 1334, promulgada el 27/10/1998; publicada el 30/10/1998. Fue ampliada mediante Ley 2340/03 el 26 de diciembre de 2003. <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/897/de-defensa-del-consumidor-y-del-usuario>

⁶⁵ DOS SANTOS MIRANDA, M: “La protección legal de los consumidores en Paraguay”. <https://www.pj.gov.py/ebook//monografias/nacional/civil/>

usuarios (Ley 4868 del 26/2/13). Ninguna de estas normas contempla las relaciones de consumo transnacionales.

La ley 1.334 brinda en su art. 4 definiciones de consumidor y usuario, proveedor, productos, servicios, anunciante, actos de consumo, intereses colectivos, entre otros. Atiende también al carácter finalista del concepto de consumidor, al disponer que es: “[...] toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza”. El precepto debe ser examinado de forma conjunta con el art. 5 que explica; “Relación de consumo es la relación jurídica que se establece entre quien a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final”. La protección comprende a la persona física o jurídica que haya contratado a título oneroso, quedando desprotegidos aquellos que lo hagan a título gratuito.

VI. LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY (ROU)

Este país fue el último de los E.P del Mercosur en aprobar una ley protectora de los consumidores en su ordenamiento interno⁶⁶. Las autoridades públicas uruguayas invocan como fundamento de esta regulación la Resol. 39/248 de Naciones Unidas⁶⁷.

⁶⁶ Sólo existía una regulación administrativa en materia del consumo, la ley 10940 del año 1947, que creó el Consejo Nacional de Subsistencias y Contralor de Precios, con amplios poderes de control sobre los productos de consumo de primera necesidad, el control de precios y el juicio de expropiación. En septiembre de 1999 aprobó la ley 17189 de Relaciones de consumo, que posteriormente fue derogada por la ley 17250 vigente en la actualidad.

⁶⁷ Ver Manual de defensa del consumidor en Uruguay, publicación oficial. www.mef.gub.uy. El artículo 1° de la Resolución N° 39/248 de Naciones Unidas dispone: “Teniendo en cuenta los intereses y las necesidades de los consumidores de todos los países en desarrollo, las directrices persiguen los siguientes objetivos: ayudar a los países a lograr mantener una protección adecuada a sus habitantes en calidad de consumidores, facilitar las modalidades de protección y distribución, instalar a los proveedores a que adopten estrictas normas éticas de conducta, ayudar a los países miembros a poner freno a las prácticas comerciales abusivas, facilitar la cooperación internacional en la esfera de protección al consumidor, promover mercados que den a los consumidores una mayor selección de precios”

El sistema legislativo uruguayo sobre protección del consumidor, se integra actualmente con normas de derecho privado interno, normas de derecho privado internacional de fuente autónoma, y algunas normas de fuente convencional aprobadas en foros regionales (Congresos de Montevideo de 1889 y 1940) e institucionales (Mercosur). La Constitución Nacional carece de reconocimiento al respecto.

La ROU al igual que muchos Estados iberoamericanos, ha venido actualizando su sistema de Derecho Internacional Privado (DIPr), cuyas normas basadas en los textos de los dos Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889⁶⁸ y 1940⁶⁹, integraban un Apéndice al Título Final del Código (arts. 2393 al 2404). Actualmente, la Ley General de Derecho Internacional Privado⁷⁰, que fuera aprobada definitivamente por la Cámara de Representantes el 17 de noviembre de 2020⁷¹, contiene las disposiciones de fuente interna que regulan las relaciones privadas internacionales.

La regulación de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940 en materia contractual, es de aplicación general a todo tipo de contratos, que vinculen a los Estados parte de los mismos; no aluden específicamente a los contratos de consumo, atento que la noción de derecho del consumidor apareció en la década del '60. Por lo tanto, las soluciones del D.I.Pr uruguayo de fuente convencional, resultan poco favorables en orden a la defensa de los derechos del consumidor o usuario transnacional⁷².

⁶⁸ Aprobado por ley 2.207 del 3/10/1892 (ROU) –

⁶⁹ Aprobado por Dcto.ley 10.271 del 12/11/1942 (ROU)

⁷⁰ Ver <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/38377>. La Ley Gral de DIPr de Uruguay, entrará en vigor a los 90 días de su publicación en el Diario Oficial, previa promulgación del Poder Ejecutivo.

⁷¹ El Proyecto contaba con la aprobación de la Cámara de Senadores desde el 1 de septiembre de 2020.

⁷² Específicamente las normas sobre jurisdicción internacional (art. 56 de ambos tratados), determinan que en las acciones personales son competentes los jueces del lugar de cumplimiento del contrato o los del domicilio del demandado; a lo que se agrega en 1940, la prórroga de jurisdicción. En cuanto al derecho aplicable, determinan el lugar de cumplimiento del contrato, calificando este último de manera autárquica. (Ver arts.34 y 37 del TDCIM 1889 y 38 y 42 del TDCIM1940)

En el orden interno, para las relaciones de consumo nacionales, locales, Uruguay aprobó la Ley 17250⁷³ de defensa del consumidor, y la ley 18507⁷⁴ sobre el procedimiento aplicable en las causas judiciales originadas en las relaciones de consumo reguladas por la ley de fondo.

1) Ley 17250

Conforme lo prescribe el art.1, esta ley es de orden público, es decir, no puede ser derogada por acuerdo de las partes; en los temas no previstos por ella, los consumidores deben remitirse al Código Civil, ya que se considera la relación de consumo como una contratación civil y no comercial⁷⁵.

El carácter de orden público de la ley se funda en que el legislador persigue la protección de los derechos del hombre, de sus intereses más importantes, que pertenecen o se extienden a todos o a una inmensa mayoría de los integrantes de una comunidad⁷⁶; por ello, esos derechos son regulados por normas imperativas cuya finalidad es la preservación de valores como la equidad, la justicia, la igualdad, etc.

El objetivo primordial de esta ley es tutelar la relación entre el consumidor y proveedor; por ello se ocupa de los sujetos, de la relación en sí misma y del órgano de aplicación⁷⁷ de la ley, creado para controlar el cumplimiento de la misma

El ámbito de aplicación de la ley es descripto en el art. 2 (consumidor), art.3 (proveedor), art. 4 (relación de consumo) y art.5 (concepto de producto y de servicio).

⁷³ Promulgación: 11/08/2000 – Publicación: 17/08/2000- Reglamentada por Dcto. 244/000 (24/8/06)

⁷⁴ Promulgación: 26/06/2009 – Publicación: 07/07/2009

⁷⁵ VILLAYERDE, HÉCTOR: “Defensa del consumidor en Uruguay: contextualización histórica, legislación e instituciones públicas y sociales”. Rev. Análisis y propuestas, Fundación Friedrich Ebert Stiftung, Enero 2008.

⁷⁶ Ver MERCADER PIZZORNO, T.: “Aspectos generales de la Ley número 17250 de Relaciones de Consumo”. www.revista.fder.edu.uy- Texto del artículo- 920-1-10-2014, pág. 141

⁷⁷ Área de defensa del consumidor del Ministerio de Economía y Finanzas, Gobierno de la R.O.U.

La ley 17.250 considera como consumidor a la persona física o jurídica. La clave de la noción se encuentra en la expresión “destinatario final”, o sea el sujeto que adquiere productos o servicios para su utilización o disfrute final (art. 2). El segundo párrafo excluye considerar consumidor a aquel que, “sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización”.

El art. 3 define al proveedor como “*toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo*”. El elemento más importante de la definición de proveedor, radica en la profesionalidad; ello aproxima en forma evidente al proveedor con el comerciante.⁷⁸

A su vez, el art. 4 define la “relación de consumo” centrándose en tres aspectos: los sujetos de la relación (proveedor y consumidor o usuario), el objeto (proveer un producto o prestar un servicio) y la onerosidad. Concordantemente con lo dispuesto en el art. 1, incluye como relación de consumo, a “*la provisión de productos y la prestación de servicios que se efectúan a título gratuito, cuando ellas se realizan en función de una eventual relación de consumo, se equiparan a las relaciones de consumo.*”; por ende, quedan también alcanzadas por el carácter de orden público de la ley⁷⁹.

También, el art. 5 define qué se entiende por producto y servicio, siendo producto, todo bien corporal o incorporeal, mueble o inmueble; y servicio cualquier actividad remunerada prestada en el mercado de consumo, con excepción, únicamente, de las que resultan de las relaciones laborales.

Entre otros aspectos de la relación de consumo, la ley regula la oferta, las garantías, prohíbe las prácticas abusivas, la publicidad engañosa, etc. El incumplimiento de las obligaciones legales, está contemplado en el art. 32, cuyo objetivo es el equilibrio de los contratantes y la prevención de

⁷⁸ BADO CARDOZO, V.- LÓPEZ RODRIGUEZ, C. E.: “Introducción a la ley 17250/2000, de 11 de agosto, de Relaciones de Consumo (LRC). www.derechocomercial.edu.uy/ClaseConsumidor

⁷⁹ MERCADER PIZZORNO, T.: obra citada, p. 141

daño a los consumidores. La ley 17250 no crea instituciones de particular relevancia para la protección de los consumidores, como las existentes en otras partes del mundo: tribunales arbitrales de consumo, y los tribunales de menor cuantía.⁸⁰

2) Ley General de Derecho Internacional Privado (LGDIPr.)

Como anticipáramos en el título anterior, en noviembre de 2020 la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay aprobó el Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado, considerado por los parlamentarios como un instrumento jurídico de vanguardia, porque tuvo por finalidad modernizar la normativa regulatoria de las relaciones privadas internacionales y armonizarla con las soluciones contenidas en Convenciones y Tratados Internacionales ratificados por Uruguay.

En materia contractual, la L.G.D.I.Pr., define los elementos relevantes que hacen a la internacionalidad de los contratos en general⁸¹ (Título IX. Sección I. Obligaciones contractuales. Art. 44). Respecto a la regulación de las relaciones de consumo, tiene soluciones especiales⁸², no sujetas a la normativa general de los contratos internacionales. Establece como ley aplicable a los contratos de consumo una conexión conductista, “*ley del Estado donde los bienes se adquieren o los servicios se utilizan por parte*

⁸⁰ VILLAYERDE, H.: obra citada, p. 15.

⁸¹ IX. OBLIGACIONES. SECCIÓN I. OBLIGACIONES CONTRACTUALES Artículo 44. (Internacionalidad del contrato).- *Se entiende que un contrato es internacional si las partes tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados diferentes o el contrato tiene vínculos objetivos relevantes con más de un Estado. El contrato no puede ser internacionalizado por mera voluntad de las partes.*

⁸² “Artículo 50. (Soluciones especiales).- *No son aplicables las normas anteriores del presente capítulo a los siguientes contratos aunque revistan la calidad de internacionales, los cuales se regirán por las normas que a continuación se indican: ...5) Los contratos otorgados en relaciones de consumo se rigen: A) Por la ley del Estado donde los bienes se adquieren o los servicios se utilizan por parte del consumidor. B) En caso de que los bienes se adquirieran o los servicios se utilicen en más de un país o no pudiere por otras circunstancias determinarse dicha ley, se regirán de conformidad por la ley del lugar del domicilio del consumidor. C) En los contratos celebrados a distancia, así como cuando la celebración ha sido precedida de ofertas o publicidad específica en el domicilio del consumidor, se aplicará la ley de este Estado, siempre que el consumidor hubiere prestado su consentimiento en él.”*

del consumidor”; subsidiariamente, en caso de que no puedan determinarse estas leyes, se aplica la ley del domicilio del consumidor. Seguidamente prevé: “C) *En los contratos celebrados a distancia, así como cuando la celebración ha sido precedida de ofertas o publicidad específica en el domicilio del consumidor, se aplicará la ley de este Estado, siempre que el consumidor hubiere prestado su consentimiento en él.*”

Respecto a la jurisdicción internacional, determina los supuestos de acciones en los que serán competentes los tribunales uruguayos, asignando también una norma especial para las relaciones de consumo: “Art. 59 (Soluciones especiales). D) *En materia de relaciones de consumo, si el consumidor es el demandante en tanto en la República se hubiere celebrado el contrato; o se hubiere efectuado en la República la prestación del servicio o la entrega de los bienes objeto de la relación de consumo*”

VII. CONCLUSIONES

A través de este trabajo se pretendió, en apretadísima síntesis y de manera evolutiva mostrar, cómo se comenzó a gestar lo que hoy conocemos como derecho del consumidor, evidenciando, de manera indiscutible, sus principios rectores en el derecho romano.

Estas protecciones encontraron un contexto espacial como el mercado, un lugar propicio para el control de parte del derecho que, a través de la equidad, pudo desarrollar el principio del *favor debitoris* y con él la incorporación de valores universales de la mano del cristianismo y la filosofía estoica.

El desarrollo exponencial de las relaciones de consumo transfronterizas en las últimas décadas, reveló la necesidad de una regulación acorde a sus características y necesidades. Por ello señalamos que el D.I.Pr., es la rama jurídica que por su función y objeto, debe proporcionar las soluciones justas y adecuadas a dichas relaciones.

Si bien los países americanos mayoritariamente cuentan con leyes internas de defensa del consumidor, y en algunos casos con reconocimiento constitucional, carecen de legislación especial de Derecho Internacional Privado (autónoma o convencional) para la tutela de los consumidores. Las reglas generales aplicables a los contratos internacionales no resultan adecuadas a los contratos de consumo.

Sustancialmente, se advierten diferencias en el nivel de protección de los ordenamientos internos. Esta situación incide también en el proceso de armonización de las legislaciones, previsto como herramienta para el desarrollo y fortalecimiento del Mercosur, que cobra relevancia cuando la relación se genera entre proveedor y consumidor/usuario, residentes en distintos Estados Parte.

Por ello, es preciso a los fines de la armonización, establecer los criterios y principios jurídicos que deben considerarse insoslayables a la hora de ofrecer al consumidor transfronterizo la regulación más adecuada, que garantice su protección en una relación equitativa y equilibrada, y al mismo tiempo, sin afectar el libre comercio.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALVAREZ, M. B. Favor Debitoris, origen romanístico del principio de protección al más débil, *Revista Jurídica de Buenos Aires: Principios Generales del Derecho*, Coord. Aberasty P.- Vigevano M. (2025), Facultad de Derecho UBA, Dpto. Publicaciones.
- AVIAL CHICHARRO, LUCÍA, *Breve historia de la vida cotidiana del Imperio romano. Costumbres, cultura y tradiciones*, 2018, en <https://www.academia.edu/35690705>.
- BADO CARDOZO, V.-LÓPEZ RODRIGUEZ, C. E.: “Introducción a la ley 17250/2000, de 11 de agosto, de Relaciones de Consumo (LRC). www.derechocomercial.edu.uy/ClaseConsumidor
- BOGGIANO, A.: *Tratado de Derecho Internacional Privado- Tomo II*, Buenos Aires, La Ley, 2017
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009
- CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Hammurabi. Buenos Aires. 2016
- DOS SANTOS MIRANDA, M: “La protección legal de los consumidores en Paraguay”. <https://www.pj.gov.py/ebook//monografias/nacional/civil/>
- ELGUERA, E. R. (1964). *El cristianismo en el “Corpus Iuris Civilis”*. Anales de la Universidad del salvador.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L: “Internet y Derecho aplicable”, *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, elDial.com 2004*
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L./KLEIN VIEIRA,L.: “La noción de consumidor en el Mercosur”. Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 3, Nº 2, España, 2011.

- FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.: “Contratos de consumo”, en J. C. Rivera/G. Medina (directores) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo VI, Buenos Aires, La Ley, 2015
- GARCÍA DEL CORRAL, I. (1890) *Corpus del Derecho Civil romano*. Trad y notas: Jaime Molinar editor. Barcelona.
- GIOVANINNI, I. y GARCIA CHIPLE, E. (2017) *Transculturación jurídica-romana. Como cultura esencial de trascendencia en el sustrato del nuevo Código civil y comercial de la Nación Argentina*. Advocatus, Córdoba.
- GOMEZ, ALEJANDRO, Precios “cuidados” en el Imperio Romano, Instituto Cato, 3 de junio de 2014, <http://www.elcato.org/precios-cuidados-en-el-imperio-romano>
- IGLESIAS, J (1993), “Derecho Romano. Historia e Instituciones”. 11° Edición, Ariel Derecho, Barcelona.
- ISLER SOTO, E. (2019). *Del favor debilis al favor consumatore: consideraciones históricas*. Universidad de Talca (Chile). Revista de la facultad de derecho N° 82. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/20836/20553>
- KLEKAILO, M. G. “El amparo como garantía real y efectiva de nuestros derechos”, Sistema Argentino de Información Jurídica: www.infojus.gov.ar
- KLEIN VIEIRA, L.: El consumidor “especialmente hipervulnerable” y el derecho internacional privado, https://unctad.org/meetings/en/Contribution/cicplp2nd_c_brasilcon_vul_esp.pdf
- LOPEZ-RENDO RODRIGUEZ, M.C. –AZAUSTRE FERNANDEZ, M.J.,(2016) “*Algunas consideraciones sobre las Ferias y Mercados en el Derecho Romano y su recepción en el Derecho Español*” Revista Internacional de Derecho Romano, Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Derechos y Ciencias Sociales, Área del Derecho Romano de Ciudad Real, ISSN 1989-1970, <http://ridrom.uclm.es>, www.ridrom.uclm.es
- MACROBIO: *SATURNALES* (1-16-32 a 35), Introducción, Traducción y Notas de Fernando Navarro Antolín (2010), ISBN 978-84-249-0428-9, Ed. Gredos, Madrid, MAYNZ, CARLOS, (1982): *Curso de Derecho Romano*, Ed. Jaime Molinas, Valencia
- MERCADER PIZZORNO, T.: “Aspectos generales de la Ley número 17250 de Relaciones de Consumo”. www.revista.fder.edu.uy- Texto del artículo-920-1-10-2014
- MISTRETTA, Carolina V.: *La protección del consumidor en el Derecho Internacional Privado*. Tesina Dpto. Investigaciones. Universidad de Belgrano. Año 2012
- PAVAN, Luis C.: “La protección del consumidor en el Mercosur”: Análisis comparativo de los sistemas de Argentina, Brasil y Chile. Publicación del

- INSTITUTO NACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (INAP). Serie II. Estado y Sociedad. Documento N°. 31 DIRECCION NACIONAL DE ESTUDIOS Y DOCUMENTACION. DIRECCION DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES Buenos Aires 1997.
- PEREZ ZURITA, ANTONIO D. (2014), *La edilidad en la Roma republicana*, Ed. Arco/Libros SRL, Madrid.
- PIZARRO, RAMÓN DANIEL, (2011) *“El “regreso” al derecho civil para la protección de débiles y vulnerables”*, Revista Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Tomo L.
- SCOTTI, L. B.: *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2017
- SCOTTI, L.B.: “Avances con miras a la protección de los consumidores en el Mercosur”. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 16/Nº 49-2019. Anual. Impresa ISSN 0075-7411-Electrónica ISSN 2591-6386
- TAMBUSSI, C.E: “Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos”, Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, 2014, vol. 12, Nº 13
- TRUSCELLO, Pablo M.: “Evolución y actualidad del derecho del consumidor en Argentina y el Mercosur”. Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado. Año I, Nº 2, 2013. ISSN: 2347-0151
- URIONDO DE MARTINOLI, A./ MARTINOLI URIONDO, E.: *Lecciones de derecho internacional privado. Contratos internacionales*, Córdoba, Ed. Lerner, 2019.
- VILLAVERDE, Héctor: “Defensa del consumidor en Uruguay: contextualización histórica, legislación e instituciones públicas y sociales”. Rev. Análisis y propuestas, Fundación Friedrich Ebert Stiftung, Enero 2008.
- WALLINGAT T., (2020) *La Protección del Consumidor de Roma a la Unión Europea*, en *Fundamentos Romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*, T.1, Dir. y Coord. María del Carmen López, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal- Bol Of. del Estado – Oviedo.

LA FIFA COMO ACTOR INTERNACIONAL Y SUS ACCIONES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS*

*Carlos Juárez Centeno** y Adrián Tuninetti****

Resumen: El presente artículo analiza y describe, en primer lugar, a la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA) como actor internacional desde la visión de las relaciones internacionales. En segundo término, cómo ha receptado en su ordenamiento interno el acatamiento a la normativa internacional de derechos humanos. Finalmente, se hace un recorrido por aspectos de su accionar relacionado con esta temática: su pretendido apoliticismo político, los problemas derivados en la organización de la Copa Mundial de Fútbol, las políticas para luchar contra toda forma de discriminación en el fútbol y las acciones para lograr una igualdad de género en la disciplina.

Palabras clave: relaciones internacionales- derechos humanos- FIFA- apoliticismo político- discriminación en el fútbol- igualdad de género.

* Artículo recibido el 30/7/2020 – aprobado para su publicación el 27/2/2021.

** Carlos Juárez Centeno es abogado por la Universidad Nacional de Córdoba y especialista en Derechos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid, profesor titular regular en el área de Estudios Internacionales del CEA-FCS-UNC, profesor titular de Derecho Político Cátedra A de la Facultad de Derecho UNC y director de la Maestría en Relaciones Internacionales del Centro de Estudios Avanzados de la Facultad de Ciencias Sociales UNC. Investigador Categoría 1. Correo electrónico: cjuarezcenteno@gmail.com

*** Adrián Tuninetti es abogado, egresado de la facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y profesor Asistente Facultad de Ciencias Sociales UNC. Adscripto en la Facultad de Derecho UNC. Magíster en relaciones internacionales de la Maestría en Relaciones Internacionales del Centro de Estudios Avanzados de la Facultad de Ciencias Sociales UNC. Correo electrónico: adriantuninetti@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, en el campo de estudio de las relaciones internacionales, se entendía que los únicos actores con capacidad de actuación en tal ámbito eran los Estados. Es decir, al momento de consolidarse como disciplina, las relaciones internacionales lo tuvieron como principal objeto de estudio y como único actor capaz de influir en el sistema internacional. En tal sentido, esa visión estadocentrista se focalizaba únicamente en tratar de explicar los motivos, causas y consecuencias de los conflictos internacionales exclusivamente entre éstos, es decir, sobre los estudios de la paz y de la guerra, como una característica del sistema “westfaliano”¹.

Pero, como lo señalan autores como Esther Barbé (1995: 18), entre otros, debido a nuevos desafíos que se presentaron en el contexto internacional, fueron surgiendo nuevos actores que comenzaron a tener una mayor influencia en la escena internacional. Por ello, los Estados empezaron a perder esa prevalencia en cuanto a la capacidad para la solución y manejo de problemáticas que cuestionaban el sistema global en su totalidad.

Al respecto, comenzaron a surgir diferentes organizaciones internacionales que no sólo tienen la premisa de agrupar a los Estados en torno a temas específicos (por ejemplo, organizaciones en torno a comercio internacional, salud, educación, armas, etc.) sino que también comenzaron a tener cada vez mayor influencia otros organismos en torno a diferentes actividades tanto económicas, comerciales, políticas, sociales y culturales, entre las cuales las de origen deportivas cobraron también mayor vigor, entre ellas la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA).

El deporte es hoy uno de los componentes más significativos de la cultura humana, alcanzando en las últimas décadas una difusión e importancia mundial, fundamentalmente, a través de los denominados *mega eventos deportivos*² (en adelante, MED), especialmente, los Juegos Olímpicos y las Copas Mundial de Fútbol de la FIFA.

¹ Este orden westfaliano caracterizó el escenario internacional desde la segunda mitad del siglo XVII y se prolonga hasta mediados del siglo pasado (Juárez Centeno, 2009: 357).

² Al hablar de mega eventos deportivos en este trabajo, nos estamos refiriendo específicamente a los Juegos Olímpicos y a las Copas Mundiales de Fútbol Masculino de la FIFA. Sin dejar de señalar que existen otros eventos que podrían considerarse como tales entre ellos, la Fórmula 1, el circuito tenístico anual, etc.

Siguiendo a lo que señala Pierre Milza para entender el deporte contemporáneo, éste *“es más mucho más que un juego, va más allá de una victoria o una derrota (...) fenómeno de masas, presente actualmente en todas las regiones del planeta, atravesado por todas las ideologías, indicador de soberanía y declino de las naciones, a veces revelador, a veces manipulador de sentimiento público, sustituto de la guerra e instrumento de diplomacia, el deporte es el centro de la vida internacional. Pero además es su constituyente, un reflejo de la vida internacional y un medio de política de las relaciones exteriores”* (Milza, 1984: 155).

Siendo el fútbol uno de los deportes más populares del mundo y practicado por hombres, mujeres y niños en cualquier rincón del planeta, la Copa Mundial de Fútbol de la FIFA, la máxima cita futbolística, ha atraído un interés sustancial de los medios de comunicación y de socios comerciales, ya que es un gran evento mediático, tal como la misma entidad declara: *“Ningún otro deporte se ha convertido en tan pocas décadas en un producto televisivo universal: el balompié y la evolución de su transmisión por televisión es una historia de triunfos”* (FIFA, 1997).

La FIFA, es el ente máximo del fútbol a nivel mundial. Fue fundada el 21 de mayo de 1904 en París, y tiene su sede actualmente en Zúrich, Suiza. Se trata de un organismo internacional que, según el Art. 1 de su Estatuto es *“...una asociación inscrita en el registro comercial de acuerdo a los arts. 60 y ss. del Código Civil Suizo”* (FIFA, 2019), y que tiene presencia en todo el planeta a través de objetivos tales como el mejoramiento constante del fútbol mundial, regulando y organizando las competencias de este deporte, creando sus reglamentos y la promoción de valores que rijan la actividad.

La entidad está organizada en base a las diferentes confederaciones por cada continente, existiendo en la actualidad seis: la CAF (*Confédération Africaine de Football*); la CONCACAF (*The Confederation of North, Central America, and Caribbean Association Football*); la CONMEBOL (*Confederación Sudamericana de Fútbol*); la OFC (*Oceania Football Association*); la AFC (*Asian Football Confederation*) y la UEFA (*Union des Associations Européennes de Football*).

Dentro de estas asociaciones, se afilian las diferentes federaciones de fútbol que representarán a cada país o territorio en las diferentes competencias oficiales que regule la FIFA. En la actualidad, el número de asociaciones afiliadas se eleva a 211 (FIFA, s/f). Con sólo ver ese número

podemos inferir la enorme importancia que tiene este organismo a nivel internacional, ya que posee más miembros que la propia Naciones Unidas, que reconoce 193 Estados³.

Algunas de las federaciones vinculadas al ente rector del fútbol tienen controversias con su reconocimiento por parte de la comunidad internacional, pero a pesar de este impedimento, su afiliación a la FIFA es posible porque en su estatuto, acepta la integración de regiones que aún no tengan declaradas su independencia, siempre y cuando sean aceptadas como federaciones miembros por parte de las confederaciones a las que por términos geográficos pertenezcan⁴. En este caso, podemos señalar los ejemplos, entre otros, de las federaciones de Gibraltar, Kosovo, Hong Kong, Taipei, Nueva Caledonia y, especialmente, la selección de Palestina⁵.

Observando en esta breve descripción su importancia global⁶, en el presente trabajo en primer lugar se pretende caracterizar a la FIFA como un actor en la escena internacional, a la luz de las relaciones internacionales. En segundo término, se describe brevemente el concepto y alcance de los derechos humanos y la recepción en su ordenamiento interno de la normativa internacional en esta materia. Luego, se hace un recorrido exploratorio en diferentes aspectos relacionados a los derechos humanos que tienen que ver con el ente rector del fútbol mundial: su mentado apoliticismo y alcances; los problemas sociales derivados de la organización de la Copa Mundial de Fútbol; la lucha contra distintas formas de discriminación y finalmente, las políticas de género aplicadas durante los últimos años, así como los objetivos planteados a futuro. Se concluye detectando la relevancia e importancia que esta entidad despliega como actor internacional,

³ El listado completo de miembros: <https://www.un.org/es/member-states/index.html>. Recuperado 06/06/2020.

⁴ Artículo 11.6 del Estatuto de la FIFA: “con la autorización previa de la federación miembro del país del que dependa, la federación de fútbol de una región que aún no haya obtenido su independencia podrá solicitar su admisión en la FIFA” (FIFA, 2019).

⁵ En este caso, vale la pena resaltar que ante este reconocimiento y para evitar posibles reacciones violentas en virtud de las profundas diferencias religiosas, económicas e históricas, la FIFA ha hecho afiliar a la selección de Israel a la UEFA y no a la Confederación de Fútbol de Asia.

⁶ Tanto es así que el propio Henry Kissinger alguna vez bromeó: “*El único cargo con el que aún sueño es el de presidente de la FIFA*”. Recuperado 06/06/2020 en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/libero/10-668-2003-02-24.html>

y la puesta en práctica de una nueva política en derechos humanos a partir de 2017, fruto de un proceso de recambio de la institución luego de la crisis interna desatada en 2015.

LA FIFA COMO ACTOR INTERNACIONAL

En primer lugar, se debe dejar en claro qué se entiende como actor internacional. Tomamos para ello la definición de Rafael Calduch para quien un actor internacional es *“todo grupo social que, considerado como una unidad de decisión y actuación, participa eficaz y significativamente en aquellas relaciones definidas previamente como fundamentales para la estructuración y dinámica de una determinada sociedad internacional”* (Calduch, 1991). Así, en la disciplina de las relaciones internacionales se suele clasificar tradicionalmente a los actores internacionales en organizaciones internacionales y en organizaciones no gubernamentales.

En el primer grupo, tomando la definición de Esther Barbé se trata de *“una asociación de Estados establecida mediante un acuerdo internacional por tres o más estados, para la consecución de unos objetivos comunes y dotada de estructura institucional con órganos permanentes, propios e independientes de los estados miembros...”* (1995: 154); Por otro lado, respecto de las organizaciones no gubernamentales esta misma autora las señala como *“asociaciones o grupos, constituidos de modo permanente por particulares (individuos o colectivos) de diversos países (mínimo tres), que tienen objetivos no lucrativos de alcance internacional”* (Barbé, 1995: 177). A su vez, esta definición puede ser complementada con otras definiciones que resaltan el hecho de que las ONG’s deben tener *“(…) una sede permanente y un órgano de gobierno”* (Reinalda, 2011: 21).

Analizando ambas definiciones, la FIFA no cumple con ninguna de esas premisas. En el primer caso, porque sus afiliados no son los Estados, sino las federaciones de fútbol (y en algunos casos, como vimos, incluso con Estados no reconocidos por la comunidad internacional), además el hecho de que no posea un tratado constitutivo como acuerdo formal, hacen que no pueda catalogarse a la misma como una organización internacional, en el sentido que es señalado por Barbé.

En cuanto a la segunda, esta entidad deportiva cumple con algunas características mencionadas precedentemente, como el hecho de su enfoque internacional, bajo el objetivo de propender a un bien público (como

es la promoción del fútbol para el mejoramiento de la sociedad mundial, según el Art. 2 del Estatuto), poniendo énfasis en los sectores más pobres del mundo. Posee una sede ubicada en Zúrich (Suiza) y tiene órganos de gobierno (el Congreso de FIFA-su órgano máximo-; el Consejo; el presidente; el Secretario General y diferentes comisiones y comités establecidos en el Estatuto). Sin embargo, la FIFA no puede catalogarse como una organización no gubernamental, ya que sus miembros reciben una retribución económica por sus servicios, razón por la cual no está compuesta por voluntarios. Se evidencia así un contraste con la formación voluntaria de una ONG, que está conformada “(...) *por grupos de personas o sociedades, creadas libremente por iniciativa propia, que persigue un interés en aspectos que trascienden las fronteras nacionales y no buscan un ánimo de lucro.*” (Charnovitz, 1996). Refuerza esta aseveración en el hecho de que la FIFA, a pesar de autodenominarse como una “(...) *comunidad sin ánimo de lucro*” (FIFA, 2014), ha obtenido ganancias sólo en el período 2007-2010 de 2.357 millones de dólares (FIFA, 2011)⁷.

Por lo expuesto, la caracterización de la FIFA como un actor internacional sigue siendo ambigua en el ámbito de las relaciones internacionales. Así, hay que sostener que es una organización de carácter *híbrido*, y generar por tanto nuevas categorías de análisis. Por lo cual, siguiendo a Brauer & Haywood (2010: 12) podemos sostener que la FIFA es una *Organización No Soberana Territorial*. Tomando esto se concluye que es una organización no territorial, no sujeta a ningún Estado (en cuanto a la hegemonía de su tema de dominio), que elabora las reglas y normas para ello, teniendo autoridad para hacerlas cumplir.

Como se observa, existe aún una falta de sustento teórico para analizar organizaciones como el ente rector del fútbol. Es decir, el mundo académico de las relaciones internacionales debe crear nuevas categorías de análisis para actores que tienen cada vez mayor influencia en el sistema internacional, y que se destacan en temáticas que no son tradicionales en la disciplina, como lo es el fútbol.

⁷ Estos recursos son destinados al mejoramiento del fútbol con programas como *Football for Hope*, *Football for the Planet*, *Fair Play*, y también como ayuda a las federaciones, especialmente las más desfavorecidas, para lograr el objetivo del desarrollo social del fútbol en las diferentes asociaciones a través de proyectos como el *Programa Goal, Challenger, Win – Win*, Fondo de solidaridad, entre otros.

La máxima cita futbolística global es la Copa del Mundo del Fútbol. Analizar este evento deportivo de gran envergadura, y con el impacto internacional que tiene para un Estado su organización, podemos evidenciar así una primera interacción entre el deporte y la política de un Estado, lo que puede caracterizarse dentro del concepto de *soft power* o poder blando, entendido como la “*capacidad de atraer y cooptar al resto para obtener lo que se desea*” (Keohane y Nye, 1998: 98). Es decir, la capacidad de un Estado de obtener resultados en la política internacional, por medio de que otros países aspiren a su nivel de prosperidad, admirar su identidad y que acaben por adoptar sus valores o políticas⁸.

Este concepto se complementa con el despliegue de un abanico de estrategias de diplomacia cultural y, más específicamente, deportiva. La misma puede ser utilizada por los países para crear una identidad nacional o para restablecer las relaciones diplomáticas entre Estados, al decir de Sobrino (2015: 4), es utilizar “*...el deporte para tratar de conseguir los objetivos que cada país establezca internacionalmente*”. Así la diplomacia deportiva puede entenderse como “*una gama de acciones formales e informales centradas en la implementación de la política exterior a través del deporte. Por ejemplo, esto podría significar respaldar o condenar grandes eventos deportivos; fortalecer los sentimientos nacionalistas; desarrollar o refinar los conceptos de estados nacionales e identidades nacionales; pero también, para comunicar mensajes políticos, promover el diálogo y alentar la integración dentro de sociedades multiculturales*” (Luša, 2017: 78)⁹.

⁸ Nye sugiere que los Estados deben encontrar una combinación exitosa entre el poder duro y el poder blando, llegando a obtenerse un “poder inteligente”. Este es entendido como una síntesis de las fuentes tradicionales de poder duro, que se integra de recursos militares y económicos, junto al *soft power*, que, incluye a las instituciones, la cultura, las ideas, la percepción de legitimidad y los valores. El poder inteligente entonces “*es la habilidad de combinar los recursos del poder duro y blando en estrategias efectivas*” (Nye, 2008: 94).

⁹ En este sentido podemos citar dos ejemplos importantes a lo largo del siglo XX: uno de ellos, es la llamada “*diplomacia del Ping Pong*” que posibilitó el acercamiento entre EEUU y la China comunista durante la Guerra Fría. También se puede mencionar la organización de los Juegos Olímpicos de Berlín en 1936 y la Copa del Mundo de Alemania en 1934, eventos que sirvieron como medio y método de propaganda política del partido nacionalsocialista.

En este evento deportivo organizado directamente por un Estado, la supervisión y regulación está bajo estricta mirada de la FIFA, debiendo seguir el país organizador cada uno de los lineamientos expuestos en el *Reglamento FIFA de Seguridad en los Estadios* (FIFA, 2013). Es decir, los Estados, tienen que acatar cada una de las exigencias de la entidad, por lo cual, este organismo internacional pasa a tener una importancia transnacional, ya que los países que quieran acoger una Copa Mundial deben muchas veces modificar sus ordenamientos jurídicos para satisfacer las exigencias de la FIFA, como se verá más adelante.

DERECHOS HUMANOS

Se adopta como concepto de Derechos Humanos a los fines de este artículo el de “*prerrogativas o pretensiones de individuos o grupos de individuos que se presentan como derechos no renunciables que corresponden a sus titulares por la simple razón de ser hombres o agrupaciones de hombres*” (Juárez Centeno, 2011: 213).

Una de las características fundamentales de los derechos humanos es su *universalidad*, entendida, por un lado, como de aplicación colectiva, y por el otro, su vigencia territorial, es decir, que rige en todo el mundo, sin distinciones (Wlasic, 2006: 127).

Dentro de ese carácter de universalidad, se encuentran abarcados la diversidad cultural, entendida como una diversidad política, jurídica, religiosa, lingüística, histórica, étnica, etc. (Wlasic, op. cit: 127). Esto implica nuevos desafíos en la concepción actual de los derechos humanos, englobando al deporte -como parte de la cultura- y por ende al fútbol. Ciertamente la realidad global de las últimas décadas demuestra la relevancia de éste y los MED como parte importante de la realidad histórico-social.

El fútbol es uno de los deportes más populares del planeta, con sólo mencionar los niveles de audiencia de la última edición de la Copa Mundial de Rusia 2018, es posible entender esta afirmación. Al respecto, según la propia FIFA unos 3.572 millones de personas presenciaron ese evento (FIFA, 2018). La Federación es la entidad encargada de regular la disciplina alrededor del planeta a través de la organización de competencias, elaborar los reglamentos del deporte y su aplicación, como establece en sus objetivos, según el Art. 2 del Estatuto de la FIFA (FIFA, 2019).

En lo relativo a los derechos humanos, el Art. 3 del Estatuto expresamente establece: “*Derechos humanos. La FIFA tiene el firme compromiso de respetar los derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional y se esforzará por garantizar el respeto de estos derechos*”. Y complementando, el Art. 4: “*Lucha contra la discriminación, igualdad y neutralidad I. Está prohibida la discriminación de cualquier país, individuo o grupo de personas por cuestiones de raza, color de piel, origen étnico, nacional o social, género, discapacidad, lengua, religión, posicionamiento político o de cualquier otra índole, poder adquisitivo, lugar de nacimiento o procedencia, orientación sexual o por cualquier otra razón, y será sancionable con suspensión o expulsión (...)*” (FIFA, 2019).

Consecuentemente, en mayo de 2017 el Consejo de la FIFA aprobó el documento “Política de Derechos Humanos de la FIFA”¹⁰ que reglamenta el mencionado Art 3 del Estatuto. El mismo define y refuerza el compromiso de la FIFA con los derechos humanos, y tiene como objetivo servir de guía para la labor de la entidad en materia de derechos humanos (FIFA, 2017).

Asimismo, en el Apartado 2 se receptan los principales documentos internacionales en la materia, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Además, también considera los derechos y principios internacionales de las personas que pertenecen a grupos o poblaciones específicas que requieren una atención especial, incluyendo a “*pueblos indígenas, mujeres, minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, niños, personas discapacitadas, trabajadores migrantes y sus familias y defensores de los derechos humanos*” (FIFA, 2017). Finalmente, también declara que respetará los estándares del derecho internacional humanitario cuando su accionar se despliegue en territorios o Estados bajo situaciones de conflicto armado.

¹⁰ La Política de Derechos Humanos fue elaborada en colaboración con la Comisión de Gobernanza de la FIFA y examinado por el Consejo Asesor sobre Derechos Humanos de la institución y una amplia variedad de actores externos, procedentes de organizaciones internacionales, sindicatos, organizaciones de la sociedad civil, academias y patrocinadores de la FIFA (FIFA, 2017).

A continuación, se hace referencia a diferentes aspectos que la entidad ha enfrentado durante su historia respecto a acciones en materia de Derechos Humanos y que, motivaron a la FIFA a adoptar el citado reglamento en materia de Derechos Humanos en 2017. A saber:

- 1-el denominado apoliticismo que enuncia en sus postulados;
- 2-los casos de corrupción recientes y los problemas derivados de la organización de las distintas ediciones de la Copa Mundial de Fútbol;
- 3-las políticas destinadas a la lucha contra el racismo y la homofobia, y,
- 4-la implementación de políticas de género en la organización.

1-La FIFA y la práctica del apoliticismo

La entidad rectora del fútbol mundial, ha tenido la idea desde su creación de autodenominarse como “apolítica” y así lo expresa en su Estatuto, en el Art. 4 Apdo. 2 declara: “*La FIFA se declara neutral en materia de política y religión. Se contemplan excepciones en los casos que afecten a los objetivos estatutarios de la FIFA*” (FIFA, 2019).

Para conceptualizar lo que entendemos como apoliticismo deportivo, tomamos lo referido por Jean Meynaud quien considera a este término como “*la voluntad de establecer una separación entre el mundo político en cuanto tal y el sector de las actividades deportivas*” (Meynaud, 1972: 280).

El organismo ha ejercido ese principio, intentando que los conflictos políticos no interfieran con la competencia deportiva. Esto se aplica especialmente a las federaciones nacionales miembro, ya que éstas deben desplegar sus funciones libres de toda injerencia gubernamental, debiendo la legislación nacional respetar esa autonomía.

Por lo tanto, el discurso oficial de la FIFA, de las federaciones, de los clubes o de los jugadores suele ser el de que el fútbol no tiene que ser interferido con cuestiones relativas a la política. Se marca entonces una distancia entre ambos campos, evitando ser juzgados por actitudes y decisiones que pueden generar críticas que minen las relaciones económicas del mundo del fútbol. El apoliticismo pretende apartar del fútbol los conflictos políticos, religiosos o de clase en el plano nacional y la rivalidad entre los Estados en el plano internacional, en aras de no perjudicar el desarrollo del negocio deportivo.

El anterior presidente de la entidad, Joseph Blatter, ha declarado en varias ocasiones en tal sentido: “*Más allá del incuestionable respeto que ha de guardar a las leyes nacionales, el mundo del fútbol debe mantenerse sumamente vigilante de cara a los intentos de control del deporte más popular del planeta por parte de los gobiernos y/o de las organizaciones gubernamentales supranacionales...*”¹¹. El mismo suizo también expresó, haciendo gala de ese apoliticismo e importancia internacional de la entidad, diciendo en 2008 que en “*la FIFA somos como las Naciones Unidas, pero con más poder. Tenemos 208 miembros contra 192 o 193. Y cuando tomamos una decisión, se implementa directamente*”¹².

Este principio está reglamentado en el Código de Ética de la FIFA en su artículo 14: “*Deber de neutralidad 1. En sus relaciones con instituciones gubernamentales, organizaciones nacionales e internacionales, asociaciones y agrupaciones, las personas sujetas al presente código, además de observar las normas generales del art. 13, tendrán la obligación de mantener una posición política neutral, conforme a los principios y los objetivos de la FIFA, las confederaciones, las federaciones, las ligas y los clubes y, en general, actuar de una manera que sea compatible con su función e integridad*” (FIFA, 2019).

Sin embargo, durante su historia la institución ha tenido varias controversias con regímenes políticos autoritarios, como, por ejemplo, la visita al dictador iraquí Saddam Hussein por parte del ex presidente de la FIFA, el brasilero João Havelange, o los vínculos de éste con la dictadura cívico militar argentina para organizar la Copa Mundial de 1978¹³.

Havelange, cuando fue cuestionado por su relación con regímenes dictatoriales afirmó:

Primeiro eu nunca fiz política, não entra. Segundo, eu respeitei o sentimento de cada um, sobre aspecto de cultura e política eu não tenho nada a ver com isso, eu administro. (...) Eu acho que a gente quando é um atleta não tem que ver se a política é isso ou aquilo, ou então a

¹¹ Recuperado 15/06/2020 en: <https://www.emol.com/noticias/deportes/2006/10/18/233245/blatter-llama-a-defender-la-autonomia-del-futbol-ante-gobiernos.html>

¹² Recuperado 15/06/2020 en: <http://www.elmundo.es/elmundodeporte/2008/02/18/futbol/1203357637.html>

¹³ Recuperado 18/06/2020 en: <http://revistauncanio.com.ar/un-cano-investiga/la-basura-de-havelange/>

senhora não vai ao país. Eu vou no país, eu vou respeitar. Eu fui muitas vezes ao Sadam Housseim, não era fácil. Mas nunca deixei de ir, sempre me recebeu. Nos primeiros momentos era mais violento, desagradável, depois se acalmava. Eu não tenho nada a ver com Israel, nem com “A”, nem com “B”; não faço política (Gonçalves Magalhaes, 2019).

Pero también, durante sus más de cien años de existencia ha ejercido presiones sobre regímenes totalitarios, como por ejemplo el caso de la suspensión y posterior expulsión de Sudáfrica de la entidad durante los años del régimen del *apartheid*¹⁴. El fútbol, como casi todos los órdenes de la vida social, estuvo sometido a este sistema de segregación racial, bajo el dominio de la comunidad blanca y eurodescendiente. Así, se había creado la *Football Association of Southern Africa* (FASA) bajo esas normas de segregación. Como consecuencia de las presiones internacionales sobre el gobierno africano, la FIFA primero suspendió y luego, en la década del setenta del siglo pasado, expulsó de su seno a la federación sudafricana, mientras se mantuviera vigente ese sistema opresivo. Finalmente, una vez que se superó esta oscura etapa de la historia sudafricana, se creó la *South African Football Association* (SAFA) en 1991, sin discriminación racial lo que llevó a que la FIFA la re admitiera en 1992.

La expulsión de la federación sudafricana, fue una herramienta de presión sobre el gobierno sudafricano para dejar sin efecto las normas del régimen del *apartheid*. En paralelo, la figura de Nelson Mandela fue fundamental no sólo para la unificación del país, sino también para entender el papel trascendental del deporte en ello¹⁵. Respecto al fútbol declaró, cuando Sudáfrica fue anunciada como sede de la Copa Mundial de Fútbol: “*En la isla de Robben, sólo podíamos seguir el Mundial por la radio. El fútbol era la única alegría de los prisioneros*” (FIFA, 2009).

¹⁴ El régimen del Apartheid o separación, fue “una política de segregación racial aplicada en Sudáfrica entre 1944 y 1990 con el fin de separar las razas al interior del país, estableciendo una jerarquía encabezada por los blancos. Tal distinción de razas implicó que los sudafricanos negros pudieran asentarse sólo en determinados territorios y que se vieran privados de la poseer la ciudadanía legal” (Nardi, 2014: 1).

¹⁵ Recordar en este punto, la organización de la Copa Mundial de Rugby en Sudáfrica, en 1995.

Lo cuestionable de ese supuesto posicionamiento apolítico de la FIFA, es que sólo en determinadas circunstancias se posicionan frente a gobiernos autoritarios, mientras que, en otros casos, se escuda bajo ese discurso apolítico, para no referirse a determinados hechos y que el mismo pueda perjudicar sus intereses en el negocio del fútbol.

2-Los problemas de los mundiales: Casos de corrupción, inversiones millonarias y reformas legales

El mayor escándalo que atravesó la institución fue en mayo de 2015, y que generó la detención de siete dirigentes -incluido su vicepresidente-, como así también de ex dirigentes y allegados a la organización y que culminó con un Congreso Extraordinario de la entidad en la cual se eligió al nuevo presidente, Gianni Infantino en junio de 2016¹⁶. Los arrestos en la ciudad de Zúrich se produjeron conforme a una orden de detención por parte de fiscales de los Estados Unidos que acusaron a esos dirigentes de aceptar más de 150 millones de dólares a cambio de otorgar los derechos de hospedar la Copa Mundial de la FIFA desde el año 1999; Los casos se referían a las ediciones tanto de Alemania, Sudáfrica, Brasil, y, en especial, de Rusia y Catar.

En Catar las sombras de corrupción acompañaron a la elección de esa sede desde el momento mismo de anunciarse su designación. Sumado a ello, se ha cuestionado también el momento de realización del torneo, ya que históricamente los mundiales de fútbol se desarrollan durante los meses de junio/ julio. Por lo cual, la FIFA tuvo que exigir a Catar que la disputa del torneo sea durante los meses de noviembre/diciembre de 2022, debido a las extremas temperaturas en la región en los meses de disputa tradicional del evento, y que no serían adecuadas para la práctica del deporte al máximo nivel.

Por otra parte, también se ha debatido su designación con motivo de violaciones a los derechos humanos en ese país arábigo, especialmente en lo que tiene que ver con las condiciones laborales extremas en las que

¹⁶ Para tener una noción más acabada y minuciosa de los hechos de corrupción que envolvieron a la entidad, se recomienda la lectura de Fernández Araya y Soto Acosta. Disponible en: <file:///C:/Users/user/Google%20Drive/FIFA/articulos/futbol/cronologia%20de%20escandalo%20fifa%202015.pdf>

se exponen los trabajadores de la construcción, la gran mayoría de los cuales provienen de países del sur de Asia. La campaña *Play Fair Qatar* denunció que entre 2012 y 2014 murieron 1200 obreros provenientes de Nepal, India y Bangladesh¹⁷.

En el mismo sentido, esa controversia en cuanto a la decisión de otorgar a Catar la organización del Mundial de 2022 ha significado un enorme perjuicio económico para la FIFA, motivada por la pérdida de varios contratos de patrocinio firmados con empresas multinacionales¹⁸.

Como respuesta a las críticas que fue objeto la entidad y el país sede, acordaron entre sí estrategias de sustentabilidad, las cuales abarcan todas las áreas funcionales y proyectos necesarios en el marco de los preparativos del torneo, así como las actividades posteriores al evento.

En ese sentido, se definieron cinco compromisos de sustentabilidad:

1. desarrollar el capital humano y salvaguardar los derechos de los trabajadores;
2. ofrecer un torneo inclusivo;
3. catalizar el desarrollo económico;
4. introducir soluciones medioambientales innovadoras; y
5. ser un referente de buena gobernanza y prácticas empresariales éticas (FIFA, s/f).

Gracias a la implementación de estos compromisos por parte de Catar, en octubre de 2019 el país aprobó una reforma laboral por medio de la cual se puso fin al sistema laboral denominado *kafala*¹⁹, hecho que fue bien recibido por las autoridades de la OIT quienes habían criticado

¹⁷ Recuperado 14/07/2020 en: <https://www.lanacion.com.ar/deportes/futbol/mundial-2022-qatar-niega-sobornos-pero-admite-nid2351962>

¹⁸ Recuperado 14/07/2020 en: <https://www.newsweek.com/three-more-companies-drop-fifa-sponsorship-deals-301621>

¹⁹ Sistema laboral que es muy común en los países de origen musulmán y consiste en otorgarles amplias prerrogativas a los empleadores sobre la vida de los trabajadores, en particular cuando éstos tienen escasa calificación, incluyendo la potestad de expedirles o negarles el permiso que requieren si desean salir del país de manera temporal o definitiva. Es decir, el empleador asume el rol de patrocinador del trabajador y se hace responsable por su visado y situación legal, lo que en la práctica impide que éste cambie de empleador. La misma fue evidenciada con motivo de la llegada masiva de obreros para la construcción de la infraestructura necesaria para la Copa Mundial de 2022.

las condiciones laborales a las que estaban sometidos los trabajadores²⁰. Mediante esta reforma, se permitió a estos la posibilidad de cambiar libremente de empleador.

Siguiendo en línea con la relación de la FIFA con los países anfitriones, la organización de una Copa Mundial de Fútbol exige a los Estados reformas de infraestructura que, en muchas ocasiones, significan el atropello a poblaciones vulnerables.

Tomando solamente el ejemplo de Sudáfrica para la preparación de la edición de 2010, se dispuso el desplazamiento de población de barrios vulnerables hacia asentamiento que tenían carácter provisorio, denominados *Temporary Relocation Area* (TRA) lo que significó un doloroso recordatorio de los traslados forzosos bajo el régimen del apartheid (Paula, 2014: 67). En el de caso de Ciudad del Cabo, se desalojaron familias enteras para dar paso a la construcción del área de estacionamiento del Estadio de Athlone²¹.

La organización del Mundial de 2010, en Sudáfrica, significó por parte del Estado millones de dólares en inversiones de infraestructura en un país con enormes índices de desigualdad y pobreza. No obstante, la FIFA no duda en calificar de éxito rotundo la organización de ese evento al recaudar 3.655 millones de dólares para la entidad. Mientras que al país organizador sólo le significó contribuciones directas por un valor de 226 millones de dólares y de un fondo de legado para diversos proyectos de desarrollo por 100 millones de dólares (FIFA: 2010). Esta escasa ventaja económica de organizar el campeonato, se reflejó especialmente por la decisión de la FIFA que en octubre de 2007 le quitó al país organizador la venta y recaudación de todas las entradas (tal como venía ocurriendo

²⁰ Según la OIT, una investigación contra Catar, constataron salarios impagos o retrasos sistemáticos de los mismos, confiscación de pasaportes y graves restricciones para salir del país, hechos que violaban los convenios de la OIT contra el trabajo forzoso y sobre las inspecciones laborales. Esos hechos según sindicatos y entidades de derechos humanos representaban dos millones de personas, de un total de 2,7 millones de habitantes.

²¹ Recuperado 12/07/2020 en: <http://www.ipsnoticias.net/2010/03/sudafrica-mujeres-desalojadas-por-torneo-de-fifa/>

hasta la edición de 2006), creando a tal efecto la compañía *2010 FIFA World Cup Ticketing Ltd*²².

Para finalizar este punto, entre las exigencias que demanda la institución para organizar el máximo torneo futbolístico, se encuentran reformas en el ordenamiento jurídico interno. Tomando como ejemplo lo acontecido en el Mundial de Brasil 2014, todas esas medidas fueron plasmadas en la denominada Ley General de la Copa ("*Lei Gral da Copa*"), sancionada en el año 2012²³. La controversia estuvo dada ya que para su aprobación fue necesario dejar sin efecto o derogar disposiciones locales con miras a satisfacer los intereses de la FIFA. El proceso fue muy discutido internamente en el país, tanto es así que el ex Secretario General de la entidad Jerome Vlacke llegó a decir que, en el proceso de organización de la copa en Brasil, "*demasiada democracia puede ser un obstáculo cuando se organiza un Mundial*"²⁴.

Los temas más álgidos estuvieron relacionados a las modificaciones propuestas al "Estatuto del Hinchista" (*Estatuto do Torcedor*)²⁵ del año 2003 y el Código de Defensa del Consumidor de Brasil promulgado en 1990²⁶.

El citado estatuto establecía a los fanáticos el derecho a la seguridad en los estadios donde se realizan los eventos deportivos antes, durante y después de los partidos, un acceso a los estadios en forma segura y limpia, el establecimiento de un Defensor de la Competición ("*Ouvidor da Competição*"), medidas de seguridad personal, la posibilidad de obtener tickets a bajo precio, entre otras medidas siempre a favor del hinchista.

Toda esta normativa entraba en conflicto con los intereses de la FIFA, que exigió mediante la Ley General de la Copa (en adelante, LGC), una serie de cambios en esta legislación vigente. Entre los que podemos citar, entre otros, delegar a la entidad madre del fútbol la protección y el uso de

²² Recuperado 12/07/2020 en: <http://www.laprensa.com.ar/360243-El-Mundial-economico-ya-es-un-exito.note.aspx>

²³ Recuperado 10/07/2020 en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12663.htm

²⁴ Recuperado 10/07/2020 en: https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2013/04/130425_ultnot_fifa_mundial_jerome_valcke_democracia_dp

²⁵ Recuperado 11/07/2020 en: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2003/lei-10671-15-maio-2003-496694-publicacaooriginal-1-pl.html>

²⁶ Recuperado 11/07/2020 en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm

los derechos comerciales del torneo (Arts. 3 a 10 de la LGC); el establecimiento de áreas de exclusividad comercial cuyos ingresos serían exclusivos de la FIFA en un radio de 2 kilómetros alrededor de los estadios (Art. 11 LGC); sanciones civiles por ciertas infracciones de las normas (Arts. 16 a 18 LGC); el otorgamiento sin restricciones del ingreso al país de miembros de la FIFA, delegaciones, prensa y aficionados que tengan las entradas a los escenarios ya adquiridas (Art 19 LGC) y hasta sanciones penales por diversas infracciones a las normas (Arts. 30 a 36 LGC).

De la misma manera, debemos mencionar que, por medio de los requerimientos de la FIFA, se derogó provisionalmente del Estatuto del Hincha lo relativo al precio de las entradas. Así, el organismo deportivo se arrogó el derecho de determinar el valor, así como todo lo relativo a la venta de esas entradas al público (Arts. 25 a 27 LGC).

No obstante, y dado que Brasil es una república federal, la LGC mantuvo un privilegio que rige en algunos estados brasileros y consagrado en el Estatuto del Hincha. Este permite a un determinado sector de la ciudadanía obtener las entradas a las competencias futbolísticas a mitad de precio. Los beneficiarios son los estudiantes, las personas con edad igual o superior a sesenta años y quienes participan del Programa Federal de Transferencia de Recursos (“*Programa Federal de Transferência de Renda*”), un subsidio que se otorga a personas de bajo recursos. Derogar este privilegio hubiera sido una violación por parte del gobierno federal de esas leyes estaduais y que se consagraron en el referido estatuto.

Otro aspecto a destacar, fue lo relativo a la venta de bebidas alcohólicas en los estadios. Al respecto, el Estatuto del Hincha establece expresamente que se prohíbe el ingreso de objetos o líquidos que puedan causar acciones de tipo violentas (Art. 13 Estatuto del Hincha), entendiéndose implícitamente, que esta prohibición abarca a las bebidas alcohólicas. Esta regulación entraba en contradicción con lo solicitado por la FIFA de no prohibir la venta de bebidas alcohólicas en los estadios, exigencia no negociable por parte de la entidad rectora del fútbol mundial, ya que uno de los principales patrocinadores de la organización era la marca de cerveza Budweiser. Finalmente, prevaleció la postura de la FIFA y durante el evento se vendieron dentro de los escenarios bebidas alcohólicas²⁷.

²⁷ Recuperado 16/07/2020 en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/2014/06/14/el-poder-fifa-brasil-cambio-ley-para-permitir-venta-de-alcohol-en-estadio-y-no-afectar-a-auspicios.shtml>

Finalmente, otra medida muy criticada fue que la FIFA estaba exenta de impuestos, aranceles o cualquier otro cargo federal sobre los derechos de importación y exportación (Art. 55 inc. 9 LGC), permitiendo a la delegación de la entidad, los patrocinadores, proveedores de servicios y a las diferentes federaciones, el movimiento de mercancías y equipaje exentos de impuestos. Según el Tribunal Federal de Auditoría (TCU), desde 2010 hasta 2014, la FIFA y sus socios privó al estado brasileño de impuestos federales por valor de 558 millones de reales (291 millones de USD) en impuestos federales²⁸.

3-Discriminación: Racismo y homofobia

La FIFA recepta en su Estatuto su política de lucha contra las diferentes formas de discriminación. El Art. 4 del mismo establece: “*Está prohibida la discriminación de cualquier país, individuo o grupo de personas por cuestiones de raza, color de piel, origen étnico, nacional o social, género, discapacidad, lengua, religión, posicionamiento político o de cualquier otra índole, poder adquisitivo, lugar de nacimiento o procedencia, orientación sexual o por cualquier otra razón, y será sancionable con suspensión o expulsión*”. Sobre la base de este artículo, la entidad dictó la Resolución sobre la Lucha contra el Racismo y la Discriminación en el marco del 63º Congreso de la FIFA celebrado en Mauricio en el año 2013.

En esa resolución se dictaron los siguientes lineamientos (FIFA, 2013):

- Educación: los organizadores de las competiciones elaborarán un plan de acción, el cual reflejará su intención de combatir todas las formas de racismo y discriminación entre jugadores, oficiales y aficionados.
- Prevención: estableciendo que en el reglamento de las competiciones se deberá prever la inclusión de un oficial especializado que determinará los posibles actos de racismo y el trato discriminatorio en los estadios, con el fin de aliviar la presión que pesa sobre los árbitros y

²⁸ Recuperado 16/07/2020 en: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/noticia/FIFA/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/9/%2520?uuiid=8f4e1440-cc6a-11ea-8615-99fa16e48b6a>

proporcionar pruebas para que los órganos jurisdiccionales adopten sus decisiones.

-Sanción: las sanciones para todas las asociaciones miembro previstas en el Código Disciplinario de la FIFA (CDF), ofrecen a los órganos jurisdiccionales futbolísticos la competencia necesaria para decidir sobre casos concretos de conducta incorrecta por parte de los hinchas²⁹.

Gracias a esta resolución, el sistema de vigilancia antidiscriminación de la FIFA se convirtió en una herramienta sólida para identificar incidentes discriminatorios en virtud del Art. 4 del Estatuto de la FIFA (FIFA: 2019).

También podemos contar entre los hechos que originan cuestionamientos al ambiente del fútbol global, la discriminación en virtud de la orientación sexual. Está muy arraigada en los cánticos de cancha, el referirse al rival y al equipo arbitral en forma despectiva y haciendo referencia constantemente hacia ellos mediante gritos homofóbicos. Al respecto, como se expresara anteriormente, la FIFA intenta luchar contra esta concepción al receptar en el Art. 4 del Estatuto la condena por parte de la entidad cualquier discriminación por orientación sexual y, consecuentemente, la conducta de los hinchas dentro de un estadio. Esta situación ha costado a diferentes asociaciones nacionales sanciones por parte de la FIFA, como, por ejemplo, las multas a la Federación Mexicana de Fútbol por los gritos de sus aficionados ante cada saque de puerta del arquero rival durante el mundial de fútbol de Brasil 2014. También se ha sancionado a Argentina, Chile, Perú y Uruguay, apelando al Art. 61 del Estatuto según el cual *“toda violación de las disposiciones anteriores se sancionará de acuerdo con el Código Disciplinario de la FIFA”*.³⁰

²⁹ No obstante, con objeto de uniformar la aplicación de sanciones éstas deberán, en principio, aplicarse en dos etapas: en el caso de la primera infracción o de infracción menor, se aplicarán sanciones que comprendan advertencias, multas o disputa de partidos a puerta cerrada. Mientras que en caso de reincidencia o de incidentes de gravedad, se aplicarían la deducción de puntos, la exclusión de la competición o el descenso de categoría. Además, se suspenderá al menos durante cinco partidos a las personas (jugadores, oficiales, árbitros, etc.) que cometan infracciones de gravedad, suspensión que podrá combinarse con la prohibición de acceso a los estadios, tal como prevé el CDF.

³⁰ Recuperado 16/07/2020 en: https://elpais.com/deportes/2017/10/03/actualidad/1507019743_846645.html

4-Cuestiones de Género

Respecto de las cuestiones de género, la FIFA ha sido una institución que, desde el principio de su existencia, ha relegado a la mujer de roles protagónicos. Desde su inicio, el tema de la práctica del fútbol femenino, la incorporación de la mujer en la gobernanza de las entidades futbolísticas e incluso la presencia de la mujer como espectadora del deporte, ha sido invisibilizada.

Fruto del proceso de recambio de la FIFA llevó a que, en el año 2016 en una Asamblea Extraordinaria se aprobaran reformas estatutarias, apuntando a incluir obligaciones para promover y apoyar al fútbol femenino y a las mujeres en el fútbol en general. Así, ahora es un requisito elegir al menos un representante femenino por confederación para el Consejo de la FIFA. Infantino en su discurso agregó: *“el fútbol femenino es una prioridad”* y urgió a la comunidad futbolística a *“aumentar la presencia de la mujer en los puestos de decisión para asegurar el futuro de este deporte”*³¹.

Como consecuencia de esos cambios, en junio de 2016 la senegalesa Fatma Samoura³² fue designada como la primera mujer que asumió como Secretaria General de la FIFA, cargo destinado a las funciones administrativas y operativas, erigiéndose en el órgano ejecutivo de la institución³³.

La inclusión de mujeres en posiciones destacadas en la gestión del deporte es un fuerte respaldo de la entidad en favor de la inclusión y el fortalecimiento de la figura femenina en el mundo del fútbol. La misión

³¹ Recuperado 17/07/2020 en: <https://www.20minutos.es/deportes/noticia/gianni-infantino-futbol-femenino-prioridad-fifa-2691737/0/>

³² Esta mujer se había desempeñado anteriormente en la ONU, y entre sus cargos allí se cuentan: funcionaria logística en el Programa Mundial de Alimentos; luego, como directora nacional de ese programa para Yibuti, Camerún, Guinea; coordinadora de Asuntos Humanitarios en Chad y Níger; coordinadora residente de la ONU del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) para Madagascar. Y antes de empezar su trayectoria en la FIFA, Samoura pasó la primera parte del año 2016 ejerciendo la labor de coordinadora humanitaria del PNUD para Nigeria (FIFA, s/f).

³³ Según el Art. 36 Apdo. 3 del Estatuto de la FIFA, sus actividades consisten entre otras, organizar las competiciones; negociar y ejecutar los contratos comerciales; ofrecer soporte administrativo a las comisiones permanentes de la entidad; administrar la gestión diaria y realizar todas las labores administrativas necesarias para el funcionamiento y organización de la FIFA (FIFA, 2019).

deportiva y también social de la FIFA en este contexto es resumida por Samoura: “*Como entidad deportiva del deporte más popular del planeta, representamos a millones de personas, independientemente del género, origen, status social o creencia religiosa. Debemos ser humanos, punto final*” (FIFA, 2017).

La mirada de la entidad se resume en los postulados de la Misión FIFA para el fútbol femenino: “*La FIFA promueve el desarrollo del fútbol femenino y promete apoyar financieramente el fútbol femenino, dar a las jugadoras, entrenadores, árbitros y funcionarios la oportunidad de participar activamente en el fútbol. La FIFA está ayudando a popularizar el juego, aumentando la concientización pública y realizando campañas de información, así como superando los obstáculos sociales y culturales para las mujeres, con el objetivo final de mejorar la posición de las mujeres en la sociedad*” (FIFA, s/f).

La Federación estableció varios objetivos para los años subsiguientes en materia del fútbol femenino (FIFA, s/f):

- *Aumentar la participación*: Incrementar el grado de participación femenina en el fútbol por todo el mundo es un punto clave de la FIFA, con el objetivo de alcanzar 60 millones de jugadoras en 2026.
- *Potenciar el valor comercial*: Determinar nuevas fuentes de ingresos y optimizar las ya existentes en torno a las competiciones femeninas permitirá la expansión de las iniciativas de desarrollo.
- *Construir los cimientos*: Crear un ecosistema del fútbol femenino más sofisticado y fomentar las posiciones de liderazgo para las mujeres modernizará la gestión del balompié.

Estos objetivos se proyectan en cinco misiones prioritarias: desarrollar al fútbol femenino en su práctica en todas las federaciones miembro; visibilizar aún más la disciplina, aprovechando la popularidad de la Copa Mundial de Fútbol Femenina, con nuevas competiciones; promover que se conozca más a las mejores futbolistas y realzar la imagen del fútbol femenino potenciando la participación, aprovechando la tecnología; garantizar la representación de las mujeres en el gobierno del fútbol y, finalmente, crear alianzas con ONG y entidades gubernamentales para elaborar proyectos sostenibles que mejoren las vidas de las mujeres. Tomando como guía esos cinco pilares de la Estrategia de Fútbol Femenino, la FIFA intenta garantizar, a través del fútbol, que se erradique la discriminación contra mujeres y niñas, que puedan jugar al deporte o trabajar en la industria del

fútbol y que tengan modelos de conducta a las que poder admirar y, algún día, emular (FIFA, s/f).

La última edición de la Copa Mundial Femenina de la FIFA desarrollada en 2019 en Francia arrojó números que batieron los récords de la competencia, mostrando el creciente interés y popularidad que el fútbol femenino está adquiriendo³⁴. Al término de esa edición, se publicó que la cobertura mediática oficial—en televisión y plataformas digitales—fue de 1.120 millones de espectadores. Este progreso quedó plasmado en una audiencia media por partido de 17,27 millones, más del doble de los 8,39 millones de media que tuvo Canadá 2015 (FIFA, 2019).

La final entre Estados Unidos y Países Bajos se convirtió en el encuentro más visto de la historia de la disciplina, con una audiencia media de 82,18 millones, un 56 % por ciento más que la final de 2015. Además, tuvo un total de 263,62 millones de espectadores únicos. *“Más que un evento deportivo, la Copa Mundial Femenina de la FIFA 2019 fue un fenómeno cultural. El haber superado la barrera de los mil millones demuestra el poder de atracción que tiene el fútbol femenino y que, si promocionamos y retransmitimos fútbol de clase mundial a gran escala, ya sea masculino o femenino, los aficionados siempre van a querer verlo”*, señaló Gianni Infantino (FIFA, 2019).

CONCLUSIONES

Como corolario podemos afirmar que, a consecuencia de los efectos de la globalización y especialmente con la masividad de los MED, dentro de los cuales la Copa Mundial de la FIFA ocupa uno de los principales

³⁴ De aprovechar estas oportunidades se encarga Sarai Bareman, directora de fútbol femenino de la FIFA, quien señaló que *“el 2019 ha sido un año increíble para el fútbol femenino, tanto dentro como fuera del terreno de juego. La Copa Mundial Femenina de la FIFA en Francia fue lo más destacado. Fue muy emocionante ver todo lo que habíamos conseguido hacer por el fútbol femenino y la gran repercusión que tendría en mujeres y niñas de todo el mundo en los próximos años. Las estadísticas hablan por sí solas, claro, pero los beneficios intangibles también han sido formidables. Me encuentro a diario con gente que me dice que era la primera vez que veía fútbol femenino, que estaba por todas partes, y que ahora se ha aficionado a este deporte. Ahora, lo más importante es que la FIFA dedique el éxito cosechado en 2019 a dar un espaldarazo al crecimiento del fútbol femenino e invierta a todos los niveles”* (FIFA, 2019).

lugares en cuanto a audiencias y repercusiones a nivel planetario, el deporte mundial se ha convertido en las últimas décadas en un instrumento para consolidar el poder que han adquirido en la escena internacional actores que no son los tradicionales en este ámbito, como es el caso de la FIFA, por un lado; y, por el otro, en una vía para el ejercicio de la aplicación de una política genuina y duradera que promueva los derechos humanos, la comprensión cultural y la paz sostenible por medio de las organizaciones deportivas mundiales (como el Comité Olímpico Internacional, la FIFA y otros).

El sistema internacional ha reconocido en los últimos tiempos una creciente influencia de actores no tradicionales, tales como la FIFA o el Comité Olímpico Internacional. Esta consolidación, ha sido posible mediante el fortalecimiento de un fenomenal negocio que ha llevado a estas instituciones, que tienen el monopolio del gobierno del deporte mundial, a presionar a los Estados para obtener ganancias para sí mismos, sus patrocinadores y la televisación del deporte. En el caso de la FIFA, ese crecimiento también se vio reflejado en su economía interna. Según datos de la misma entidad, para el año 2018 el resultado anual de ingresos ascendió a un total de 1.814 millones de USD, 65 % más de lo presupuestado. Además, durante el período 2015-2018 reportó 2.745 millones de USD en reservas, siendo un +66 % de lo presupuestado, representando un 80 % más que el registro a la conclusión del ciclo 2011-2014 (FIFA, 2018: 14). Esto permitió que durante la pandemia de Coronavirus la entidad aprobara una ayuda financiera a sus federaciones miembros de 150 millones de USD (FIFA, 2020)³⁵.

Con sólo observar estos números es posible dimensionar su peso en la escena global. Y, a partir de ello, sumado al monopolio del gobierno del deporte más popular del planeta, puede conseguir que los Estados que quieran acoger la Copa Mundial de Fútbol se comprometan a realizar grandes inversiones en infraestructura para lograr cumplir sus exigencias siendo también capaz de suspender un Estado por cuestiones políticas, al excluirlo de participar en eventos organizados por la institución.

³⁵ Según su presidente, esto es posible “(...) gracias al trabajo que venimos realizando (...) durante los últimos cuatro años, actualmente nos encontramos en una situación financiera muy sólida” (FIFA, 2020).

Asimismo, la FIFA comenzó un proceso de reforma luego de la peor crisis de su historia, producto del destape de los casos de corrupción, y que culminó con la inclusión explícita de un apartado específico de derechos humanos en sus estatutos internos a partir de abril de 2016. Esto permite ejemplificar cómo estos organismos deportivos internacionales pueden contribuir desde su seno a la protección y defensa de los derechos humanos. Por lo tanto, la proclamación de un compromiso con los derechos humanos puede constituirse como una limitación propia de la entidad para evitar en el futuro que se repitan esas acciones.

Lo expresado le sirvió a la FIFA como oportunidad única para renovarse y, de esa forma, cumplir y centrarse plenamente en la verdadera misión de la institución: *promover el fútbol en todo el mundo* (Art. 1, Estatuto de la FIFA).

En ese sentido, destacamos la puesta en práctica de una nueva Política de Derechos Humanos de la entidad, que puede resumirse en los siguientes términos: “*La FIFA tiene el firme compromiso de respetar los derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional y se esforzará por garantizar el respeto de estos derechos*” (FIFA, 2017). Esta recepción normativa, evidencia la forma en que los últimos años la temática de los derechos humanos ha sido una cuestión central en las organizaciones internacionales.

A través de esa premisa, se detecta la enorme influencia que la entidad despliega en el plano internacional como organismo de carácter global, la que debería ser aprovechada para que, por medio del deporte, pueda colaborar en la construcción de una sociedad más justa e igualitaria.

BIBLIOGRAFÍA

- Barbé, Esther (1995). “Relaciones Internacionales”. Editorial Tecnos, 1° ed. Madrid.
- Brauer, Jurgén & Haywood, Robert (2010). “*Non-state Sovereign Entrepreneurs and Non-territorial Sovereign Organizations*”, *United Nations University UNU-WIDER*. Obtenido de United Nations University UNU-WIDER. Disponible en <https://www.wider.unu.edu/sites/default/files/wp2010-09.pdf>
- Bützler, Bodo P. y Schöddert, Lisa. (2020) “*Constitutionalizing FIFA: Promises and Challenges*” 25 *Tilburg Law Review* 40. Recuperado 28/06/2020 en: <http://doi.org/10.5334/tilr.192>

- Calduch Cervera, Rafael (1991). “Relaciones Internacionales”. Edit. Ediciones Ciencias Sociales, Madrid.
- Charnovitz, Steve (1996). “*Non governmental Organizations and International Law*”. *The American Journal of International Law*, 100 (2), 348 - 372.
- Cox, Adam (2014). “*Sochi 2014: Exploring the Impact of the LGBT Controversy on the Olympics & the IOC*”. Senior thesis, Pomona College. Recuperado 14/07/2020 en: https://www.academia.edu/7034545/Sochi_2014_Exploring_the_Impact_of_the_LGBT_Controversy_on_the_Olympics_and_the_IOC
- Fernández Araya, Josué y Soto Acosta, Willy (2018). “La FIFA: ¿del “*fair play*” a una estructura de crimen organizado?”. En *Política Global y Fútbol*, publicado por CLACSO, 2018. Recuperado 01/07/2020 en: <file:///C:/Users/user/Google%20Drive/FIFA/articulos/futbol/cronologia%20de%20escandalo%20fifa%202015.pdf>
- FIFA (1997). “Fútbol y Televisión - una historia de gran éxito”. Recuperado 30/06/2020 en: <https://es.fifa.com/news/futbol-television-una-historia-gran-exito-76069>
- FIFA (2009). “El fútbol en Robben Island”. Recuperado 18/06/2020 en: <https://es.fifa.com/worldcup/news/futbol-robben-island-1140549>
- FIFA (2010). “Informe de Finanzas de la FIFA 2010”. Recuperado 15/07/2020 en: <https://resources.fifa.com/image/upload/informe-sobre-las-finanzas-fifa-2010-1392047.pdf?cloudid=bsjeg3il85nf9t20ngm>
- FIFA (2011). “*FIFA Financial Report 2010*”. Recuperado 22/02/2021 en: [https://www.fifa.com/mm/document/affederation/administration/01/39/20/45/web_fifa_fr2010_esp\[1\].pdf](https://www.fifa.com/mm/document/affederation/administration/01/39/20/45/web_fifa_fr2010_esp[1].pdf)
- FIFA (2013). “Reglamento FIFA de Seguridad en los Estadios”. Recuperado 29/06/2020 en: <https://resources.fifa.com/image/upload/reglamento-fifa-seguridad-los-estadios-515404.pdf?cloudid=dowmtomvs3wbsgldhcka>
- FIFA (2014). FIFA Competición y finanzas. Recuperado 22/02/2021: <https://es.fifa.com/who-we-are/videos/competicion-y-finanzas-2477120>
- FIFA (2017). “Samoura: “Estamos dando a las mujeres un papel protagonista”. Recuperado 15/07/2020 en: <https://es.fifa.com/womens-football/news/samoura-estamos-dando-a-las-mujeres-un-papel-protagonista-2874958>
- FIFA (2017). “La FIFA publica una histórica Política de Derechos Humanos”. Recuperado 06/07/2020 en: <https://es.fifa.com/who-we-are/news/la-fifa-publica-una-historica-politica-de-derechos-humanos-2893541>
- FIFA (2017). “Política de Derechos Humanos de la FIFA”. Recuperado 18/07/2020 en: <https://img.fifa.com/image/upload/kr05dqyhwr1uhqy2lh6r.pdf>
- FIFA (2018). “Más de la mitad del planeta disfrutó de un Mundial incomparable en 2018”. Recuperado 13/07/2020 en: <https://es.fifa.com/worldcup/news/mas-de-la-mitad-del-planeta-disfruto-de-un-mundial-incomparable-en-2018>

- FIFA (2018). “Informe de Finanzas FIFA 2018”. Recuperado 22/02/2021 en: <https://img.fifa.com/image/upload/nmdyuwbkzuetujfyzu4.pdf>
- FIFA (2019). “Estatutos de la FIFA. Edición junio 2019”. Recuperado 10/07/2020 en: <https://resources.fifa.com/image/upload/fifa-statutes-5-august-2019-en.pdf?cloudid=ncteibnpru6dnvuodvmt>
- FIFA (2019). “FIFA. Código de Ética, edición 2019”. Recuperado 11/07/2020 en : <https://resources.fifa.com/image/upload/fifa-code-of-ethics-2019-version.pdf?cloudid=otbwcexddssbx bqghtlf>
- FIFA (2019). “Un año de avances en el fútbol femenino”. Recuperado 15/07/2020 en: <https://es.fifa.com/womens-football/news/doce-meses-de-avances-en-el-futbol-femenino-3063718>
- FIFA (2019). “Medidas antidiscriminación de la fase preliminar de la Copa Mundial de la FIFA Catar 2022”. Recuperado 14/07/2020 en: <https://resources.fifa.com/image/upload/no-1678-medidas-antidiscriminacion-de-la-fase-preliminar-de-la-copa-mundial-de-l.pdf?cloudid=glpctoi4xxvn2jv7xrtq>
- FIFA (2020). “La FIFA ofrece apoyo económico inmediato a las federaciones miembro como respuesta a la COVID-19”. Recuperado 22/02/2021 en: <https://es.fifa.com/who-we-are/news/la-fifa-ofrece-apoyo-economico-inmediato-a-las-federaciones-miembro-como-respuestas>
- FIFA (s.f.). “Federaciones y confederaciones”. Recuperado 06/06/2020 en: <https://es.fifa.com/associations/>
- FIFA (s.f.). “*Who we are: general secretary*”. Recuperado 14/07/2020 en: <https://es.fifa.com/who-we-are/general-secretary/>
- FIFA (s.f.). “La FIFA y el anfitrión Catar presentan su estrategia conjunta de sustentabilidad de la Copa Mundial de la FIFA”. Recuperado 10/07/2020 en: <https://es.fifa.com/what-we-do/sustainability/strategy/>
- FIFA (s.f.). “Misión y objetivos”. Recuperado 15/07/2020 en: <https://es.fifa.com/womens-football/mission/>
- FIFA (s.f.). “Estrategia de Fútbol Femenino”. Recuperado 15/07/2020 en: <https://resources.fifa.com/image/upload/women-s-football-strategy.pdf?cloudid=jor8jikrnmjuldmyoip>
- Gonçalves Magalhaes, Lívia. (2019). “¿Héroes o cómplices? Reflexiones sobre futboleros bajo dictadura (Brasil y Argentina)”. Cuadernos de Aletheia (3), 51-60. En Memoria Académica. Recuperado 10/07/2020 en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.9693/pr.9693.pdf
- Juárez Centeno, Carlos (2009). “Derechos Humanos y Relaciones Internacionales: Reflexiones sobre el entrecruzamiento de estas disciplinas en la teoría y prácticas internacionales”. En Anuario XI 2008 Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdo-

- ba, 1° Ed., La Ley, Buenos Aires. Recuperado 11/06/2020. Disponible en: <https://cijis.derecho.unc.edu.ar/2018/12/16/anuario-xi/>
- Juárez Centeno, Carlos (2011). En Manual de Derecho Constitucional de Haro, Ricardo y otros. 1° Ed., Advocatus, Córdoba.
 - Luša, Đana (2017). “*Olympic Diplomacy and the Emerging States: Striving for Influence in the Multipolar World*”. En *Croatian International Relations Review*. Noviembre 2017. Recuperado 13/07/2020 en: file:///C:/Users/user/Downloads/CIRR_79__ana_Lusa.pdf
 - Meynaud, Jean (1972). “El deporte y la política”. Ed. Hispano Europea, Barcelona.
 - Milza, Pierre (1984). “*Sport et relations internationales*,” *Relations Internationales*, n. 38, París.
 - Nardi, Valentina (2014). “Sudáfrica post-Mandela y el desafío de superar el apartheid económico y social”. Anuario en Relaciones Internacionales 2014, Instituto de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Rosario. Recuperado 10/07/2020 en: <http://docplayer.es/84993065-Sudafrica-post-mandela-y-el-desafio-de-superar-el-apartheid-economico-y-social.html>
 - Nye, Joseph S. (2008) “*Public Diplomacy and Soft Power*”, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 616(1): 94-109.
 - Paula, Marilene de (2014). “*Copa para quem e para quê? Um olhar sobre os legados dos mundiais de futebol no Brasil, África do Sul e Alemanha*”. Marilene de Paula, Dawid Danilo Bartelt (organizadores). Fundação Heinrich Böll, Rio de Janeiro. Recuperado 12/07/2020 en: http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2016/03/copa_para_quem2_web_boll_brasil_1.pdf
 - Keohane, Robert O., & Nye, Joseph. S. (1998). “*Power and interdependence in the information age*”. *Foreign Affairs*, 81-94.
 - Reinalda, Bob (2011). “*The Ashgate Research Companion to Non-State Actors*”. Ashgate Publishing Limited, Farnham.
 - Sobrinho, Javier (2015). “Deporte y diplomacia. El deporte en las relaciones internacionales”. Recuperado 07/07/2020 en: <http://www.munideporte.com/imagenes/documentacion/ficheros/0219A960.pdf>
 - Wlasic, Juan Carlos (2006). “Manual crítico de Derechos Humanos”. Ed. La Ley, 1° Ed. Buenos Aires.

CIBERESPACIO Y DERECHO INTERNACIONAL*

*María Pilar Llorens***

Resumen: ¿Qué es el ciberespacio? No caben dudas de que se trata de nuevo dominio donde los Estados se disputan el poder y como resultado de ello aún no existe una delimitación precisa de la normativa aplicable en él. En este trabajo se sostiene que esta problemática se debe a una falta de comprensión acabada de los alcances de la propia noción de ciberespacio. Consecuentemente se persigue explicitar un concepto de ciberespacio así como precisar su naturaleza jurídica, ya que se trata de cuestiones que se encuentran íntimamente ligadas a la determinación de la normativa internacional aplicable en este ámbito.

Palabras clave: ciberespacio – derecho internacional – definición – naturaleza jurídica - soberanía

SUMARIO: I. Introducción. - II. ¿Qué es el ciberespacio? Algunas precisiones conceptuales - III. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del ciberespacio? III.1. El ciberespacio como una entidad soberana. III.2. El ciberespacio como un espacio de interés internacional. III.3. El ciberespacio como un espacio bajo la soberanía del Estado. - IV. La normativa aplicable al ciberespacio. - V. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

En lo cotidiano es casi imposible concebir la vida sin un dispositivo electrónico. Las acciones de miles de millones de personas y de cientos de Estados se desenvuelven en el ciberespacio. Al mismo tiempo, su uti-

* Artículo recibido el 21/8/2020 ~ aprobado para su publicación el 4/3/2021.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Becaria postdoctoral CONICET. Profesora ayudante A – Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, UNC; Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, CIJS (CONICET-UNC), UNC, Facultad de Derecho. Caseros 301, 1º piso, Contacto: mplllorens@derecho.unc.edu.ar

lización supone asumir riesgos, ya que al ser un ámbito dual¹ puede ser utilizado para el bien y para el mal según las intenciones del usuario. Esto implica que habitualmente tienen lugar cientos de operaciones cibernéticas –tal como el phishing, el ransomware o el cryptojacking– sin importar quienes sean sus objetivos (v.g. personas privadas, empresas privadas o bien entes estatales). A modo de ejemplo se puede señalar que en la primera mitad del año 2020 tuvieron lugar una treintena de operaciones cibernéticas que se sospecha han sido patrocinadas por Estados².

Es indudable que el ciberespacio constituye un nuevo ámbito sobre el que los Estados ejercen y se disputan el poder. Ante ello es preciso que exista una identificación clara del ordenamiento jurídico aplicable a los fines de evitar confrontaciones entre los sujetos internacionales. Ello es especialmente relevante si se tiene en cuenta que las propias características del espacio (v.g. la virtualidad, el anonimato con el que se desenvuelven las actividades, así como su falta de territorialidad) llevan a considerar que se trata de un entorno que los Estados no pueden controlar y, por lo tanto, es un ámbito que no está sujeto a reglas. Una suerte de “lejano oeste”³ tal como ha sido descrito en varias oportunidades.

Uno de los problemas que se plantea a la hora de establecer si el ciberespacio puede o debe ser regulado, y en tal caso cómo debe llevarse adelante esta regulación, se encuentra en el hecho de la falta de precisión conceptual sobre el entorno. A pesar de existir una prolífica producción

¹ VON HEINEGG, WOLFF HEINSCHEL: “Legal Implications of Territorial Sovereignty in Cyberspace” en CZOSSECK, C., OTTIS, R., Y ZIOLKOWSKI, K. (EDS.): *2012 4th International Conference on Cyber Conflict*, NATO CCD COE Publications, Tallin, 2012, pp. 7-19, p. 18.

² Un recuento de operaciones cibernéticas que se atribuyen a los Estados puede encontrarse en el sitio web del *think tank Council on Foreign Relations*: <https://www.cfr.org/cyber-operations/#Takeaways> Último acceso: 21 de julio de 2020.

³ La idea del lejano oeste como una construcción promovida por los propios Estados con el fin de justificar y legitimar las acciones de control que llevan adelante en el ciberespacio es analizada por Mainwaring en su trabajo: *Always in control? Sovereign states in cyberspace*. Mainwaring, Sarah: “Always in control? Sovereign states in cyberspace” *European Journal of International Security*, 2020, pp. 1-8.

académica⁴ y estatal⁵ en torno al ciberespacio no existe un concepto unívoco acerca de qué debe entenderse por tal. Al mismo tiempo, indagar sobre el concepto de ciberespacio lleva a preguntarse acerca de su naturaleza jurídica. Las respuestas a estas preguntas son importantes porque influyen en la determinación del ordenamiento jurídico aplicable al ciberespacio.

Si bien desde finales de la década de 1990 se ha procurado precisar si el ordenamiento jurídico internacional podría regular las actividades que se desarrollan en el ciberespacio, es recién en la década de 2010 que los Estados han logrado acordar que el “derecho internacional es aplicable al ciberespacio”. No obstante, no existen precisiones acerca de cómo debe aplicarse el ordenamiento jurídico internacional en este ámbito: no está claro si la normativa actual es suficiente o si bien es preciso desarrollar un nuevo conjunto de normas a estos efectos.

En este trabajo se argumenta que la imprecisión que existe a la hora de determinar el marco normativo internacional para la regulación del ciberespacio se encuentra en la falta de un concepto unívoco de este entorno. En consecuencia, se persigue precisar el concepto y la naturaleza jurídica del ciberespacio con el fin de establecer los parámetros que permitirán una posterior determinación del ordenamiento jurídico internacional aplicable a dicho ámbito. A estos efectos el trabajo se estructura de la siguiente manera. En primer lugar, se examina la definición de ciberespacio. En segundo lugar, se describen las diferentes teorías que explican la naturaleza jurídica de este entorno, señalando sus ventajas y desventajas. Y en tercer lugar se esbozan las principales características del ordenamiento

⁴ Las obras académicas mencionadas en el presente trabajo son un pequeño ejemplo de la producción académica que existe en torno al ciberespacio.

⁵ Entre ellos se pueden mencionar: Argentina, *Estrategia Nacional de Ciberseguridad de la República Argentina*, 2019, disponible en: [http://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/203df3042bad9c40032578f6004ed613/1e2bd1ba24f72e9b03258408003abee3/\\$-FILE/anexo%201.pdf](http://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/203df3042bad9c40032578f6004ed613/1e2bd1ba24f72e9b03258408003abee3/$-FILE/anexo%201.pdf), último acceso: 21 08 2020; Estados Unidos, *National Cyber Strategy of the United States of America*, 2018, disponible en: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2018/09/National-Cyber-Strategy.pdf>, último acceso: 21 08 2020; Estonia, *Cybersecurity Strategy, Republic of Estonia, 2019-2022*, 2019, disponible en: https://www.mkm.ee/sites/default/files/kyberturvalisuse_strateegia_2022_eng.pdf, último acceso: 21 08 2020; Reino Unido, *National Cyber Security Strategy, 2016-2021*, 2016, disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/567242/national_cyber_security_strategy_2016.pdf, último acceso: 21 08 2020.

jurídico internacional con relación a este ámbito. Finalmente se avanzan unas consideraciones finales.

II. ¿QUÉ ES EL CIBERESPACIO? ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES

Miles de millones de interacciones tienen lugar en el ciberespacio todos los días abarcando todo el espectro de usuarios: individuos, empresas, organizaciones no gubernamentales, organizaciones internacionales, Estados, entre otros. A pesar de este uso intensivo y de la extensa producción académica relativa a este ámbito no existe una noción clara y unívoca acerca de qué es el ciberespacio⁶; aun cuando una definición precisa sea necesaria porque influye en la determinación del derecho aplicable.

El término ciberespacio fue utilizado por primera vez en la década de 1980 en el contexto de la ciencia ficción. Apareció en las obras *Burning Chrome* (1982)⁷ y *Neuromancer* (1984)⁸ del escritor William Gibson. En esta última novela el autor lo describió como:

Una alucinación consensual experimentada diariamente por billones de legítimos operadores, en todas las naciones, por niños a quienes se enseña altos conceptos matemáticos... Una representación gráfica de la información abstraída de los bancos de todos los ordenadores del sistema humano. Una complejidad inimaginable. Líneas de luz clasificadas en el no-espacio de la mente, conglomerados y constelaciones de información. Como las luces de una ciudad que se aleja...⁹

El concepto de ciberespacio, entonces, surgió como una noción ficcional y no como una noción técnica¹⁰. Sin embargo, en los años siguientes la utilización del término excedió el ámbito de la narrativa y se convirtió

⁶ DUCHEINE, PAUL A. L., "Military Cyber Operations" en GILL, TERRY D. y FLECK, DIETER (eds.), *The Handbook of the International Law of Military Operations* (2º ed.), Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 456-475, p. 457.

⁷ GIBSON, WILLIAM, "Burning Chrome", *Omni*, Julio 1982, p. 72.

⁸ GIBSON, WILLIAM, *Neuromancer*, Ace Books, 1984.

⁹ GIBSON, WILLIAM, *Neuromante*, Minotauro, 1997, p.

¹⁰ DELERUE, FRANÇOIS, *Cyber Operations and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 10.

en un vocablo común en otras áreas¹¹. Ello llevó a que tanto los autores como los Estados procuraran establecer una definición de este concepto.

Entre las muchas definiciones que se han propuesto se encuentran las siguientes:

Entorno o dominio conceptual que se refiere a un ambiente teórico compuesto de Internet junto con otras redes de computación y de telecomunicación, conectadas a Internet o no¹².

Dominio global en el entorno de la información consistente en la interdependencia de redes de infraestructura de tecnología de la información e información residente, incluyendo Internet, redes de telecomunicación, sistemas de computación y procesadores y controladores embebidos¹³.

Dominio global y dinámico compuesto por las infraestructuras de tecnología de la información, incluida Internet, las redes y los sistemas de información y de telecomunicaciones, tiene entre otras, como características esenciales, su dimensión global y transfronteriza, su naturaleza dual, su masividad y su vertiginosa y constante evolución¹⁴.

[D]ominio global dentro del ambiente de la información cuyo carácter único y distintivo está enmarcado por el uso de la electrónica y el espectro electromagnético para crear, almacenar, modificar intercambiar, y explotar información por medio de redes interdependientes e interconectadas usando tecnología de la información y la comunicación¹⁵.

¹¹ STRATE, LANCE, "The Varieties of Cyberspace: Problems in Definitions and Delimitation", *Western Journal of Communication*, vol. 63, n° 3, pp. 382-412, p. 382.

¹² DELERUE, FRANÇOIS, *op. cit.* (n. 11) p. 12. Traducción propia.

Cyberspace is only a notional environment or domain that refers to a theoretical environment comprised of the Internet together with other computers and telecommunications networks, connected to the Internet or not.

¹³ Estados Unidos, *DOD Dictionary of Military and Associated Terms*, US Department of Defense, 2020, p. 55. Traducción propia.

A global domain within the information environment consisting of the interdependent networks of information technology infrastructures and resident data, including the Internet, telecommunications networks, computer systems, and embedded processors and controllers.

¹⁴ Argentina, *op. cit.* (n. 5), pp. 2-3.

¹⁵ KUEHL, DANIEL T., "From Cyberspace to Cyberpower: Defining the Problem" en KRAMER, FRANKLIN D., STARR, STUART H. Y WENTZ, LARRY K., *Cyber power and National Security*, National Defense University Press y Potomac Books, Washington, 2009, pp. 24-42, p. 28. Traducción propia.

Espacio artificial construido sobre la infraestructura de las TIC para apoyar a las personas en el desarrollo de variadas actividades de información relacionadas con las TIC en ese espacio. La infraestructura de las TIC incluye Internet, varias redes de telecomunicación y sistemas de comunicación, varios sistemas de comunicación y las redes de radio y televisión, varios sistemas de computadoras, procesadores y controladores embebidos entre varios establecimientos industriales claves. Las actividades de información incluyen la creación, almacenamiento, cambio, transmisión, uso, exhibición y otras operaciones vinculadas con la información¹⁶.

Como se puede apreciar, la mayoría de las definiciones propuestas reflejan que el ciberespacio es un ámbito/entorno/espacio artificial que permite la comunicación y la interacción y que se compone, además, de diversas capas. También destacan como sus características principales: la interconectividad, el anonimato y la facilidad, simplicidad y rapidez con la que se puede acceder a él¹⁷.

Estas definiciones al describir las estructuras sobre las que se asienta el ciberespacio (de comunicaciones e información y las redes digitales interconectadas¹⁸) adicionalmente resaltan su aspecto físico. Lo que, a su

[A] global domain within the information environment whose distinctive and unique character is framed by the use of electronics and the electromagnetic spectrum to create, store, modify, exchange, and exploit information via interdependent and interconnected networks using information-communication technologies.

¹⁶ FANG, BIXING, *Cyberspace Sovereignty: Reflections on Building a Community of Common Future in Cyberspace*. Science Press – Springer, Beijing – Singapore, 2018, p. 51. Traducción propia.

Cyberspace is an artificial space built on ICT infrastructure to support people in carrying out various ICT-related information activities in the space. The ICT infrastructure includes the Internet, various telecommunication networks and communication systems, various communication systems and radio and television networks, various computer systems, and embedded processors and controllers among various key industrial facilities. The information activities include the creation, storage, change, transmission, use, display and other operations directed to information.

¹⁷ ROGUSKI, PRZEMYSŁAW, “Layered Sovereignty: Adjusting Traditional Notions of Sovereignty to a Digital Environment” en MINÁRIK, T., ALATALU, S., BIONDI S., SIGNORETTI, M., TOLGA, I., VISKY G. (eds.) *2019 11th International Conference on Cyber Conflict: Silent Battle*, NATO CCD COE Publications, Tallin, 2019, pp. 347-359, p. 351; KILOVATY, IDO, “Cyber Warfare and Ius Ad Bellum Challenges: Evaluation in the Light of the Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare”, *National Security Law Brief*, vol. V, num. 1, 2014, pp. 91-124, pp. 94-95.

¹⁸ GOURLEY, STEPHEN K., “Cyber Sovereignty” en YANNAKOGEORGOS, PANAYOTIS A. Y LOWTHER, ADAM B. (ed.), *Conflict and Cooperation in Cyberspace. The Challenge to*

vez, pone de relieve la composición en capas del ciberespacio como uno de sus rasgos fundamentales. La importancia de este último elemento radica en que señala que este ámbito se caracteriza por la interacción de sus diversos componentes. Entre los autores¹⁹ existe consenso de que el ciberespacio se compone de al menos tres capas²⁰ (una de infraestructura física, una de infraestructura lógica y una de contenido²¹ o social²²) por lo que la mayoría de las definiciones hacen referencia a estos elementos.

La infraestructura física se refiere a los componentes físicos del ciberespacio como por ejemplo: computadoras, cables o routers. La infraestructura lógica, por su parte, se relaciona con los programas de las computadoras, es decir el *software* que maneja la estructura física y que permite la comunicación de la infraestructura de contenido. Esta última, también denominada infraestructura social se vincula con las personas que

National Security, Taylor and Francis Group, Boca Ratón, 2014, pp. 277-289, p. 278. Este autor señala que las definiciones que se asientan en los componentes físicos son inadecuadas, ya que dejan de lado la percepción que tienen la mayoría de los usuarios acerca de que el ciberespacio es un espacio universal, etéreo y abierto. Por ello propone distinguir entre el ciber dominio que se refiere al aspecto físico y el ciber espacio que se refiere al espacio virtual donde se desarrollan las ciber actividades (ver pp. 277-278).

¹⁹ DEMCHACK, CHRIS Y DOMBROWSKI, PETER, “Cyber Westphalia: Asserting State Prerogatives in Cyberspace”, *Georgetown Journal of International Affairs*, International Engagement on Cyber III: State Building on a New Frontier (2013-14), pp. 29-38; LIAROPOULOS, A., “Exercising State Sovereignty in Cyberspace: An International Cyber-Order under Construction?”, *Journal of Information Warfare*, tomo 12, n° 2, 2013, pp. 19-26, p. 21; LIBICKI, MARTIN, *Conquest in Cyberspace. National Security and Information Warfare*. Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 8-9.

²⁰ Algunos autores señalan que se compone de cinco capas, mientras que otros señalan que su composición es de siete capas. Ducheine (*op. cit.*, n. 6, p. 457-459) describe un modelo de cinco capas interrelacionadas: geográfica, física –la infraestructura física de redes–, lógica –sistemas operativos, información y software–, ciberpersona –identidades virtuales (v.g. direcciones de correo electrónico, cuentas de redes sociales)–, persona –personas reales operando en el ciberespacio–.

El modelo de siete capas se corresponde con el modelo de interconexión de sistemas abiertos (OSI por sus siglas en inglés): físico, enlace de datos, red, transporte, sesión, presentación y aplicación. Ver: WU, TIM, “Cyberspace sovereignty? - The Internet and the International System”, *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 10, n° 3, 1997, nota 51, p. 659.

²¹ EICHENSEHR, KRISTEN E.: “The Cyber-Law of Nations” *The Georgetown Law Journal*, vol. 103, n° 2, 2015, pp. 317-380.

²² ROGUSKI, PRZEMYSŁAW, *op. cit.* (n. 17) nota 29, p. 351.

usan el ciberespacio, es decir que esta capa se conforma por aquello que es transmitido a través de cualquier sistema de comunicación.

La interrelación entre las diversas capas implica que en la conformación del ciberespacio existe un gran componente virtual; sin embargo, ese componente virtual se sustenta en componentes físicos (v.g. computadoras) que conectan el ciberespacio con el mundo físico. Esta interrelación entre el mundo virtual y el mundo físico genera interrogantes a la hora de determinar la normativa aplicable a este ámbito, ya que no es claro cuáles deberían ser las normas que regulen el aspecto virtual del ciberespacio; aun cuando este interrogante sea relevante dada la multiplicidad de actores que participan en él como Estados, empresas, organizaciones no gubernamentales, organizaciones internacionales o individuos. Por su parte, la normativa aplicable a la infraestructura y los componentes físicos es la de los ordenamientos jurídicos de los Estados en cuyo territorio se asienten, ya que en virtud del principio de soberanía son aquellos quienes tienen las competencias necesarias para legislar sobre estos aspectos.

Para poder precisar el ordenamiento jurídico aplicable debe tenerse presente que adoptar una u otra definición de ciberespacio no es neutral, dado que la conceptualización de este ámbito pone de relieve aquellas características que se consideran que deben ser reguladas. A su vez, la definición también identifica la naturaleza jurídica del ciberespacio y con ello el conjunto de normas relevantes para su regulación. Consecuentemente, es necesario precisar la conceptualización desde un punto de vista jurídico.

A estos efectos, se considera que una definición jurídica del ciberespacio debe poner de relieve su composición en capas. Entender al ciberespacio como un ámbito conformado por capas interrelacionadas permite identificar de una manera más precisa los diversos ámbitos que deben ser regulados por el ordenamiento jurídico²³.

Consecuentemente se entiende por ciberespacio al *espacio artificial construido sobre la infraestructura de las tecnologías de la información y el conocimiento que utilizan el espectro eléctrico y electromagnético para que los usuarios puedan crear, almacenar, modificar intercambiar, y explotar información por medio de redes interdependientes e interconectadas.*

²³ En el mismo sentido: DUCHEINE, *op. cit.* (n. 6) p. 459; este autor señala que la definición del ciberespacio en capas permite una adecuada comprensión de las cuestiones legales que surgen en relación con las ciberoperaciones.

III. ¿CUÁLES LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CIBERESPACIO?

Afirmar que el ciberespacio es un espacio artificial lleva a preguntarse: ¿A quién pertenece? Esta pregunta, se vincula estrechamente con una de las cuestiones más controvertidas en la actualidad²⁴ en la comunidad internacional y que se refiere a la posibilidad de aplicar las normas de soberanía a este espacio. Dependiendo cómo se lo entienda, es decir definiendo su naturaleza jurídica, será el conjunto de normas que regirán las actividades en ese ámbito.

En torno a esta cuestión se han ensayado tres respuestas: a) el ciberespacio constituye en sí mismo una entidad soberana; b) el ciberespacio es un *global commons*, es decir un espacio de interés internacional sobre el que los Estados no pueden ejercer su soberanía; c) el ciberespacio es un ámbito que puede encontrarse bajo la soberanía del Estado.

III.1. El ciberespacio como una entidad soberana

Una primera corriente entiende que el ciberespacio podría ser considerado como una entidad soberana. En este sentido se señala que este espacio es más que una mera infraestructura física con la que interactúan los usuarios. Este ámbito cuenta además con una dimensión conceptual y perceptual^{25,26}; lo que da lugar a que pueda ser considerado como nuevo espacio o ámbito que es inhabitado pero que al mismo tiempo puede ser

²⁴ MOYNIHAN, HARRIET: “The Application of International Law to State Cyberattacks. Sovereignty and Non-Intervention”, *Research Paper*, Chatham House, The Royal Institute of International Affairs, 2019, p. 4, disponible en: <https://www.chathamhouse.org/publication/application-international-law-state-cyberattacks-sovereignty-and-non-intervention>, Último acceso: 21 08 2020; ROGUSKI, PRZEMYSŁAW, *op. cit.* (n. 17) p. 348.

²⁵ TSAGOURIAS, NICHOLAS, “The Legal Status of Cyberspace” en TSAGOURIAS, NICHOLAS Y BUCHAN, RUSSELL, *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2015, pp. 13-29, p. 22.

²⁶ La dimensión conceptual corresponde *al sentido de espacio generado en la mente a medida que el usuario interactúa con la tecnología computacional*; mientras que la dimensión perceptual refiere *al sentido de espacio generado por la interfaz de usuario de la computadora por medio de una combinación de los sentidos*. STRATE, LANCE, *op. cit.* (n. 11) pp. 385-386. Traducción propia.

experimentado o vivenciado por las personas que se encuentran en el mundo físico²⁷.

A partir de esta comprensión es factible preguntarse si el ciberespacio así entendido podría ser considerado como una entidad soberana ya sea porque la comunidad de usuarios le asigna ese carácter a través de una declaración de libre determinación o bien porque los Estados lo doten de ese carácter mediante un reconocimiento²⁸.

Esta posición fue adoptada, por ejemplo, en los comienzos de la expansión de Internet y se vio reflejada en la Declaración de Independencia del Ciberespacio²⁹ que elaboró John Perry Barlow en 1996³⁰. En ella, se puso de relieve que el ciberespacio es un ámbito que no se encuentra sujeto a la soberanía de los Estados y, por ende, se trata de un espacio que los Estados no pueden regular.

La falta de capacidad de los Estados para regular el ciberespacio no implica que se trate de un entorno sin reglas. Estas se forman sobre la base de la autorregulación; es decir, es la propia comunidad de usuarios la que fija el conjunto de normas que van a regir el funcionamiento del ciberespacio conforme a las necesidades propias de este ámbito. De esta forma, los Estados –como un usuario más– deberán adaptarse a las reglas que se fijen de manera consensuada no pudiendo imponer su autoridad.

No obstante, entender que el ciberespacio es una entidad soberana es problemático en muchos aspectos. Por un lado, la soberanía es un concepto que se encuentra íntimamente asociado con el ejercicio de las competencias estatales. Esto implica que el ciberespacio debería crear una estructura de gobierno que permitiera el ejercicio de competencias

²⁷ TSAGOURIAS, NICHOLAS: *op. cit.* (n. 25), p. 22.

²⁸ GOURLEY, STEPHEN K., *op. cit.* (n. 18), pp. 286-287. Este autor señala cuáles son los requisitos que debería cumplir el ciberespacio para ser considerado una entidad soberana.

²⁹ El texto de la declaración puede consultarse en el sitio web de Electronic Frontier Foundation: <https://www EFF.ORG/ES/cyberspace-independence>. Último acceso: 21 08 2020.

³⁰ Un análisis del contexto en el que surgió la Declaración puede verse en: KREISS, DANIEL, “A Vision of and for the Networked World: John Perry Barlow’s *A Declaration of the Independence of Cyberspace at Twenty*” en BENNETT, JAMES Y STRANGE, NIKI, *Media Independence. Working with Freedom or Working for Free?*, Routledge, Nueva York, 2015, pp. 117-136.

estatales y que, además, lo habilítase a ejercer soberanía en este ámbito; situación que no es probable³¹.

Por otro lado, asumiendo que el ciberespacio pudiera ser concebido como un ente, se encuentra la cuestión acerca de cómo alcanzar la calidad o estatus soberano. Tanto el ejercicio del derecho de libre determinación como el reconocimiento por parte de los Estados presentan inconvenientes. En el primer caso es difícil identificar a la comunidad de usuarios como un conjunto organizado de personas, y aún más arduo es poder considerarla como un pueblo que tenga la capacidad de ejercer el derecho a libredeterminarse, ya que no reúne ninguno de los caracteres para considerarlo como tal: tradición histórica común, identidad racial o étnica, unidad lingüística, homogeneidad cultural, entre otras³². En cambio, parecería más sencillo que el estatus soberano se alcanzara a través de un reconocimiento por parte de los Estados, dado que estos cuentan con la capacidad de crear nuevos sujetos de derecho internacional. Sin embargo, parece difícil que los Estados estén dispuestos a crear una entidad soberana en el ámbito del ciberespacio³³.

III.2. El ciberespacio como un espacio de interés internacional

Una segunda corriente entiende que el ciberespacio puede ser considerado como un espacio de interés internacional. En este aspecto se plantea la posibilidad de que sea tratado como un *global commons* o bien como una *res communis*; en ambos casos se trata de concepciones que señalan que se trata de espacios sobre los que ningún Estado puede ejercer su soberanía porque su explotación es de interés para la comunidad internacional en su conjunto.

La diferencia entre ambos conceptos radica en que la *res communis* es una cosa de uso común, es decir un espacio que puede ser apropiado por los Estados. Mientras que un *global commons* puede ser definido como un *recurso natural fuera de las jurisdicciones nacionales como los*

³¹ GOURLEY, STEPHEN K., *op. cit.* (n. 18), p. 287.

³² Un análisis más completo en el que el autor detalla una serie de problemas que pueden encontrarse al caracterizar al ciberespacio como una entidad soberana, puede encontrarse en: TSAGOURIAS, NICHOLAS, *op. cit.* (n. 25), pp. 22-24..

³³ GOURLEY, STEPHEN K., *op. cit.* (n. 18), p. 287.

océanos, el espacio exterior y la Antártida³⁴; aunque debe tenerse presente que no se trata de un concepto que sea aceptado de manera unívoca por los autores³⁵. En general, se entiende que la particularidad de los *global commons* es la de ser un recurso natural que además reúne los caracteres de no exclusión (*non-excludability*) y consumo de rivalidad (*rivalry consumption*); es decir, es un recurso al que pueden acceder todos pero que, al mismo tiempo, su utilización por una persona reduce la capacidad de las demás de usar dicho recurso³⁶.

Los autores que adhieren a esta corriente manifiestan que si bien se trata de conceptos desarrollados para referirse a recursos naturales bien podrían adaptarse al ciberespacio³⁷. No obstante, no ahondan en las justificaciones de la naturaleza de este espacio.

Son varias las críticas que se le han realizado a esta corriente: por un lado, existe un problema terminológico porque no queda claro cuál es el alcance que tanto Estados como académicos le otorgan a la expresión *global commons*. Al no existir un significado único es posible que el ciberespacio así como las competencias estatales relativas a dicho ámbito sean comprendidas de un modo diferente. Por otro lado, esta corriente no tiene en cuenta que la infraestructura física del ciberespacio se encuentra ubicada en el territorio de los Estados y que en muchos casos es de propiedad de los particulares³⁸.

Señalar que el ciberespacio es un espacio de interés internacional implica sustraerlo de la soberanía y de la jurisdicción de los Estados. Como resultado de ello los Estados pierden la capacidad de controlar las actividades que se desarrollan en este ámbito. Debido a la diversidad de

³⁴ United Nations Statistic Division: *Environment Glossary* (online), Global commons, disponible en: <https://unstats.un.org/unsd/environmentgl/gesform.asp?getitem=573> Último acceso: 21 08 2020. Traducción propia.

Natural assets outside national jurisdiction such as the oceans, outer space and the Antarctic.

³⁵ FRANZESE, PATRICK W., "Sovereignty in Cyberspace: Can it Exist?", *The Air Force Law Review*, vol. 64, 2009, pp. 1-42, p. 15.

³⁶ EICHENSEHR, KRISTEN E., *op. cit.* (n. 21), p. 337.

³⁷ MURPHY, TARA, "Security Challenges in the 21st Century Global Commons", *Yale Journal of International Affairs*, vol. 5, n° 2, 2010, pp. 28-43. En contra: LEWIS, JAMES A., "Sovereignty and the Role of Government in Cyberspace", *The Brown Journal of World Affairs*, vol. 16, n° 2, 2010, pp. 55-65.

³⁸ EICHENSEHR, KRISTEN E., *op. cit.* (n. 21), p. 339-340.

visiones que existen sobre el ciberespacio como un espacio de interés internacional la corriente no cuenta con una posición única en relación con la forma en que debería regularse. Así, se concuerda en el hecho de que el ciberespacio no se autorregula, sino que debe existir un consenso estatal entorno a su regulación. Tres son las alternativas desarrolladas en este aspecto: a) la normativa se puede establecer por medio de la adopción de acuerdos internacionales³⁹; b) los Estados pueden decidir no adoptar ninguna regulación en específico⁴⁰; c) establecer una serie de reglas/directrices para regular el comportamiento de los Estados⁴¹.

III.3. El ciberespacio como espacio sujeto a la soberanía estatal

Finalmente, una tercera corriente, donde se enrola la mayoría de la doctrina⁴² y también es la posición adoptada en el presente trabajo, sostiene que el ciberespacio es un ámbito donde los Estados pueden ejercer su soberanía. Se entiende que esta es una regla fundamental del derecho internacional y como tal debe aplicarse al ciberespacio. Ello se refleja, por ejemplo, en la regla 1 del Manual de Tallin 2.0⁴³.

Sin embargo, en el seno de esta corriente existen discrepancias en torno a qué alcance debe dársele al concepto de soberanía. Básicamente se plantean tres modos de entender dicho concepto. Por un lado, se sostiene que la soberanía constituye una regla fundamental del derecho internacional que tiene existencia autónoma de otras reglas como por ejemplo la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza; por lo que a partir de

³⁹ TSAGOURIAS, NICHOLAS, *op. cit.* (n. 25), p. 25.

⁴⁰ EICHENSEHR, KRISTEN E., *op. cit.* (n. 21), p. 353-354.

⁴¹ EICHENSEHR, KRISTEN E., *ibid.*, p. 363-365.

⁴² Ver, por ejemplo, SCHMITT, MICHAEL N. Y VIHUL, LIIS: "Respect for Sovereignty in Cyberspace", *Texas Law Review*, vol. 95, n°7, 2017, pp. 1639-1671; SCHMITT, MICHAEL N. (ed.): *Tallinn Manual 2.0 on International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017; EICHENSEHR, KRISTEN E., *op. cit.* (n. 21).

⁴³ El denominado "proceso de Tallin" constituye una iniciativa auspiciada por el Centro Cooperativo de Excelencia para la Ciberdefensa de la OTAN (NATO CCD COE) por medio de la cual se elaboraron dos manuales (el Manual de Tallin (2013) y el Manual de Tallin 2.0 (2017)) que, a través del trabajo de un grupo de expertos, pretenden expresar la *lex lata* en relación con las operaciones cibernéticas en tiempos de paz y en tiempos de guerra.

ella se derivan derechos y obligaciones para los Estados⁴⁴. Por otro lado, hay quienes entienden que la soberanía no es una regla autónoma del derecho internacional sino un principio que constituye la base sobre la que se asientan otros principios del derecho internacional de los que derivan los derechos y las obligaciones del Estado; como resultado de ello no puede ser ejecutado en sí mismo⁴⁵. Y finalmente se encuentran aquellos que consideran que la soberanía es un principio que depende del ámbito sobre el que se ejerza y de las necesidades prácticas de los Estados; como resultado de ello no constituye un regla uniforme del derecho internacional más bien es una regla que se aplica (y por ende varía) conforme a la práctica interestatal⁴⁶.

De esta manera, los diferentes puntos de vista dentro de esta corriente suponen diversas formas de encarar la regulación del ciberespacio, lo que a su vez se vincula estrechamente con los modelos de gobernanza del ciberespacio. Los modelos de gobernanza del ciberespacio⁴⁷ se pueden distinguir en dos grandes grupos: el modelo de gobernanza multilateral donde los Estados son los que deciden las normas aplicables al ciberespacio, lo que permite un mayor control de las actividades que se realizan en este ámbito y el modelo de gobernanza de múltiples actores que permite la participación de todos los actores relevantes (Estados, organizaciones no gubernamentales, empresas, entre otros) en la toma de decisiones en relación con la regulación del ciberespacio. Como resultado de ello, los Estados que favorecen el modelo intergubernamental de regulación (como la República Popular China) justifican esta opción sobre la base del principio de soberanía⁴⁸, ya que les permite ejercer mayor control tanto sobre la infraestructura como sobre las actividades que se realizan en el ciberespacio⁴⁹.

⁴⁴ Esta es la posición adoptada por el Manual de Tallin 2.0. Schmitt, Michael N. (ed.), *op. cit.* (n. 42) pp. 11 y ss.

⁴⁵ MOYNIHAN, HARRIET, *op. cit.* (n. 24) p. 9.

⁴⁶ JENSEN, ERIC TALBOT: "The Tallinn Manual 2.0: Highlights and Insights", *The Georgetown Journal of International Law*, vol. 48, n° 3, 2017, pp. 735-778, pp. 741-744.

⁴⁷ Sobre este tema ver: EICHENSEHR, KRISTEN E., *op. cit.* (n. 21) pp. 346-352.

⁴⁸ TSAUGOURIAS, NICHOLAS: "Law, Borders and the Territorialisation of Cyberspace", *Indonesian Journal of International Law*, vol. 15, n° 4, 2008, pp. 523-551, p. 547.

⁴⁹ Sobre la política china en el ciberespacio ver: TSAUGOURIAS, NICHOLAS: *ibid.*, pp. 545-548.

La pregunta sobre cómo se aplican las normas del derecho internacional permanece como una cuestión no resuelta. Si bien es cierto que los Estados reconocen la aplicación del principio de soberanía al ciberespacio⁵⁰, no existe acuerdo entre los autores sobre a qué partes de este entorno se aplica. Algunos sostienen que las normas relacionadas con la soberanía territorial se aplican a la infraestructura física, así como también a la infraestructura social, ya que el Estado puede ejercer soberanía y, por ende, jurisdicción sobre los objetos y las personas que se encuentren en su territorio. Por lo tanto las actividades en el ciberespacio⁵¹ pueden ser reguladas.

Un enfoque más interesante es presentado por Roguski⁵², quien argumenta a favor de una comprensión de la soberanía en capas. Así, la infraestructura física quedaría cubierta por la soberanía territorial, que le permitiría al Estado ejercer sus competencias exclusivas sobre los componentes físicos del ciberespacio ubicados en su territorio. Mientras que la infraestructura lógica y social quedarían alcanzadas por el ejercicio jurisdiccional del Estado en virtud del principio de proximidad. De este modo si el Estado pudiera probar la existencia de un vínculo estrecho con un objeto digital o con una ciberpersona podría ejercer su jurisdicción sobre ellas. Este enfoque, en una primera aproximación, presenta ventajas porque permite que el Estado ejerza su soberanía y las competencias que de ella derivan siempre que exista una relación estrecha entre el Estado y la actividad, la persona o el objeto que se pretenda regular.

IV. UNA APROXIMACIÓN A LA NORMATIVA APLICABLE AL CIBER-ESPACIO

Como ya se ha señalado, dos son las formas principales de regulación del ciberespacio que se han propuesto y que coinciden con la concepción

⁵⁰ UNGA, 'Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional' (24 06 2013) UN Doc A/68/98, p. 9, párrafo 19; UNGA, 'Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional' (22 07 2015) UN Doc A/70/174, p. 14, párrafo 27.

⁵¹ MOYNIHAN, HARRIET, *op. cit.* (n. 24), pp. 13-14.

⁵² ROGUSKI, PRZEMYSŁAW, *op. cit.* (n. 17).

que se adopte sobre su naturaleza jurídica. Por un lado, se encuentra la autorregulación y, por otro lado, se propone la regulación estatal. La primera forma supone que los Estados no tienen injerencia en el ciberespacio y es la propia comunidad de usuarios la que crea las reglas necesarias para su funcionamiento; propuesta que, a su vez, se identifica con el ciberespacio como un ente soberano. La segunda forma, en cambio, supone que los Estados tienen la capacidad y la obligación de regular las actividades que se desarrollan en el ciberespacio; sin embargo, dentro de esta corriente existen divergencias respecto a cómo se debe lograr esa regulación, tal como se refleja en la comprensión del ciberespacio como un *global commons* o bien como un ámbito sujeto a la soberanía del Estado.

Esta divergencia en el modo de entender el ciberespacio provocó que hasta hace relativamente poco tiempo ni los autores ni los Estados acordaran sobre la aplicabilidad del derecho internacional al ciberespacio; esto es acerca de la posibilidad de que las normas del ordenamiento jurídico internacional pudieran ser utilizadas en este nuevo ámbito.

No obstante, en la actualidad, existe consenso tanto en la literatura⁵³ como en la práctica estatal acerca de que el derecho internacional es aplicable al ciberespacio. Por ejemplo, ello fue reconocido en los informes de los Grupos de Expertos Gubernamentales en los desarrollos en el campo de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional de 2013⁵⁴ y 2015⁵⁵. Así como también fue confirmado por numerosos Estados en sus comentarios al Secretario General

⁵³ Entre otros: TSAGOURIAS, NICHOLAS: “The Slow Process of Normativizing Cyberspace”, *AJIL Unbound*, vol. 113, 2019, pp. 71-75, pp. 71-72; EFRONY, DAN Y SHANY, YUVAL: “A Rule Book on the Shelf? Tallinn Manual 2.0 on Cyberoperations and Subsequent State Practice”, *The American Journal of International Law*, vol. 112, n° 4, 2018, pp. 583-657 (en este artículo los autores realizan una evaluación de la aplicación de las normas del Manual de Tallin por parte de los Estados y por ende de la aplicabilidad del derecho internacional por parte de los Estados).

⁵⁴ UNGA, UN Doc A/68/98, *op. cit.* (n. 50), p. 9 párrafo 19.

⁵⁵ UNGA, UN Doc A/70/174, *op. cit.* (n. 50), p. 14, párrafo 24.

de las Naciones Unidas⁵⁶ y en sus estrategias nacionales de ciberdefensa y ciberseguridad⁵⁷.

Al menos desde finales del siglo XX ha existido una preocupación en la comunidad internacional acerca de la regulación del ciberespacio. ¿El ciberespacio es un ámbito que pueda ser regulado? ¿Cómo? ¿El derecho internacional es un ordenamiento jurídico aplicable? Son algunas de las preguntas que se han planteado tanto autores como Estados respecto de este espacio.

Este acuerdo relativo a la aplicabilidad del derecho internacional en el ciberespacio es relevante porque ha fijado un parámetro de actuación para los Estados en este ámbito. A pesar de ello, el acuerdo no es suficiente para precisar el ordenamiento jurídico aplicable porque aún resta determinar cómo deben aplicarse las normas del derecho internacional. Es decir, se debe establecer cuál será *la interpretación y la aplicación específica*⁵⁸ de estas normas en este ámbito.

Esta cuestión es controvertida tanto a nivel doctrinario como en la práctica estatal. Ello se debe a que existen diferentes visiones acerca de la

⁵⁶ UNGA, 'Informe del Secretario General en relación con los Avances en la esfera de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional (Adición)' (09 09 2013) UN Doc A/68/156/Add.1; UNGA, 'Informe del Secretario General en relación con los Avances en la esfera de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional' (30 06 2014) UN Doc A/69/112; UNGA, 'Informe del Secretario General en relación con los Avances en la esfera de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional (Adición)' (18 09 2014) UN Doc A/69/112/Add.1.

⁵⁷ Entre otros se pueden mencionar: Argentina, *Estrategia Nacional de Ciberseguridad de la República Argentina* (n. 5), p. 3; Australia, *Australia's Cyber Security Strategy 2020*, Department of Home Affairs, 2020, p. 26, párrafo 50, disponible en: <https://www.homeaffairs.gov.au/cyber-security-subsite/files/cyber-security-strategy-2020.pdf>, último acceso: 21 08 2020; Estonia, *Cybersecurity Strategy, Republic of Estonia, 2019-2022*, 2019, p. 59, disponible en: https://www.mkm.ee/sites/default/files/kyberturvalisuse_strategia_2022_eng.pdf, último acceso: 21 08 2020; Federación Rusa, *Doctrine of Information Security of the Russian Federation*, 2016, párrafo 34, disponible en: www.mid.ru/en/foreign_policy/official_documents/-/asset_publisher/CptfCk6BZ29/content/id/2563163, último acceso: 21 08 2020; Reino Unido, *National Cyber Security Strategy, 2016-2021*, 2016, p. 25, 4.5 principios, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/567242/national_cyber_security_strategy_2016.pdf.

⁵⁸ DELERUE, FRANÇOIS, *op. cit.* (n. 10), p. 2.

necesidad de adaptar las normas internacionales al ciberespacio⁵⁹, así como también sobre la diferente interpretación que los Estados le asignan a las normas internacionales⁶⁰. Así, por ejemplo, Estados como la Federación Rusa, la República Popular China y Cuba no consideran que las normas relativas al uso de la fuerza y el Derecho Internacional Humanitario sean aplicables al ciberespacio⁶¹; mientras que la mayoría de los Estados europeos y Estados Unidos las consideran plenamente aplicables⁶².

De esta forma, es posible señalar que el ciberespacio puede ser regulado a través del derecho internacional. No obstante, la falta de consenso en la comunidad internacional acerca del modo en que deben ser aplicadas las normas del ordenamiento jurídico internacional impide que pueda ser aplicado de manera uniforme.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Es innegable la importancia que tiene el ciberespacio para los Estados en la actualidad; se trata de un ámbito donde diariamente tienen lugar un sinnúmero de interacciones interpersonales e interestatales, lícitas e ilícitas.

⁵⁹ TSAGOURIAS, NICHOLAS: *op. cit.* (n. 25) p. 13. En este aspecto es posible preguntarse si es necesario realizar pequeñas modificaciones sobre las normas ya existentes o si lo que se requiere es la adopción de un tratado internacional que contenga una regulación específica para el ciberespacio. Son variadas las propuestas tendientes a la adopción de un tratado internacional para el ciberespacio: por ejemplo, en 2011 la Federación Rusa propuso la adopción de la Convención en Seguridad Internacional de la Información; en 2017 Microsoft propuso la adopción de una Convención de Ginebra Digital.

⁶⁰ DELERUE, FRANÇOIS, *op. cit.* (n. 10), p. 2.

⁶¹ Por ejemplo, el Estado cubano se opuso a la adopción de un párrafo en el informe del Grupo de Expertos Gubernamentales de 2016-2017 que se refería a las contramedidas, la legítima defensa y el derecho internacional humanitario, señalando que el ciberespacio no debía convertirse en un teatro de operaciones militares ni tampoco se debía legitimar las acciones punitivas unilaterales. Cuba, '71 UNGA: Cuba at the Final Session of Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security' (Representaciones Diplomáticas de Cuba en el Exterior, 23 de Junio de 2017) disponible en: <https://misiones.minrex.gob.cu/en/un/statements/71-unga-cuba-final-session-group-governmental-experts-developments-field-information>, último acceso: 21 08 2020.

⁶² Ver el análisis que François Delerue (*op. cit.* (n. 10), pp. 14-19) realiza sobre el fracaso de la última reunión del Grupo de Expertos Gubernamentales de las Naciones Unidas (2016-2017) en donde examina las posiciones encontradas de los Estados.

Como resultado existe un interés creciente de los Estados por controlar este espacio; lo que, a su vez, ha provocado su transformación en un nuevo escenario donde tiene lugar la disputa de poder entre los sujetos internacionales. Ello se refleja en la necesidad de precisar la regulación del ciberespacio a los fines de fijar las normas que guíen el comportamiento en este ámbito.

Como se ha señalado, el establecimiento de este marco normativo es complejo debido no solo a las propias características del espacio sino también a la falta de una definición precisa de lo que se entiende por ciberespacio. Conceptualización que también influye en la identificación de la naturaleza jurídica de este ámbito.

Una definición de ciberespacio es esencial porque ayuda a distinguir qué elementos se consideran fundamentales para su existencia; al mismo tiempo, identifica aquellas situaciones que deben ser reguladas por la legislación. En este sentido, cualquier conceptualización del ciberespacio debe incorporar su característica conformación en capas. Es decir, debe señalar que el ciberespacio es producto de la interrelación de las diversas infraestructuras que permiten su funcionamiento: los componentes físicos, el *software* y el componente humano. Con ello es posible identificar de una manera más sencilla los ámbitos que deben ser regulados por los Estados.

En consecuencia se propone entender al ciberespacio como el: *espacio artificial construido sobre la infraestructura de las tecnologías de la información y el conocimiento que utilizan el espectro eléctrico y electromagnético para que los usuarios puedan crear, almacenar, modificar intercambiar, y explotar información por medio de redes interdependientes e interconectadas*. Utilizar esta definición genera algunos desafíos a la hora de considerar la naturaleza jurídica del ciberespacio porque se pueden plantear dos modelos de regulación: o bien, este ámbito es autónomo o independiente de la regulación estatal o bien se trata de un espacio que puede y debe ser regulado por los Estados.

Sin embargo, se entiende que la definición propuesta permite adscribir a la opción de la regulación estatal, ya que el componente físico y el componente humano pueden encontrarse sujetos sin problemas a los ordenamientos jurídicos nacionales, así como al ordenamiento jurídico internacional. En consecuencia, se considera que la opción más apropiada al momento de explicar la naturaleza jurídica del ciberespacio es la que señala que el ciberespacio es un ámbito sujeto a la soberanía del Estado. La

(poca) práctica estatal y el consenso académico existente en la actualidad indican que los Estados consideran que el derecho internacional, incluyendo el principio de soberanía, es plenamente aplicable al ciberespacio; aunque aún no hay acuerdo acerca del modo en que deben aplicarse las normas del ordenamiento jurídico internacional.

En este aspecto se considera que la concepción de la soberanía en capas puede ayudar a comprender y delimitar de una mejor manera las competencias del Estado en el ciberespacio, particularmente en lo que refiere a su infraestructura lógica. De esta forma, el Estado podrá ejercer su soberanía territorial sobre los componentes físicos del ciberespacio; mientras que para ejercer su soberanía sobre la infraestructura lógica y social deberá probar la existencia de un vínculo estrecho con los objetos virtuales y las personas.

Solo precisando estos aspectos es posible empezar a comprender y plantear alternativas sobre el ordenamiento jurídico aplicable al ciberespacio. Es indudable que entender que el ciberespacio es un ámbito sujeto a la soberanía estatal supone asumir que el derecho internacional es el ordenamiento jurídico internacional por excelencia para regularlo. A pesar de ello, los interrogantes se mantienen en relación con el modo en que debe llevarse.

LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER EN LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: ENTRE LA PRUDENCIA Y EL SINSENTIDO*

*Luciano Pezzano***

Resumen: El propósito de este artículo es indagar en el tratamiento que la Responsabilidad de Proteger ha tenido en los debates de la Comisión de Derecho Internacional y los efectos que su consideración por el órgano ha tenido y puede tener sobre el desarrollo del concepto en las Naciones Unidas. Con tal fin, se analizan los amplios debates en la Comisión sobre el tema “protección de personas en caso de desastre”, que culminaron con la correcta exclusión del concepto –la prudencia–, y su inexplicable ausencia en la discusión de la Comisión sobre el tema “crímenes de lesa humanidad” y el proyecto de artículos redactado al efecto –el sinsentido–.

Palabras clave: Responsabilidad de Proteger – Comisión de Derecho Internacional – protección de personas en caso de desastre – crímenes de lesa humanidad

1. INTRODUCCIÓN

La Responsabilidad de Proteger (RDP), adoptada por las Naciones Unidas (NU) en el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 (DF), se planteó como un concepto novedoso en las relaciones internacionales, destinado a superar la discusión sobre la denominada “intervención humanitaria”, encauzándola dentro del marco de legalidad de la Carta de las NU y poniéndola en un contexto mucho más amplio que incluye un fuerte componente de prevención.

* Artículo recibido el 20/8/2020 ~ aprobado para su publicación el 22/2/2021.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Becario postdoctoral CONICET/CIJS-UNC. Profesor Ayudante “A” de Derecho Internacional Público (UNC). Profesor Asociado de Derecho Internacional Público y de la Integración (UCES San Francisco). Correo electrónico: lucianopezzano@gmail.com

Aunque no es una norma, la RDP está sólidamente fundada en el derecho internacional vigente y propone un marco para una lectura conjunta de varias normas de diferentes áreas del ordenamiento jurídico. En este sentido, creemos, su tratamiento y discusión por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en la medida en que los temas de su programa de trabajo lo ameriten, resultan pertinentes y necesarios a los fines de ayudar a la Asamblea General (AG) en el desempeño de sus funciones relativas al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional.

Sin embargo, la relación entre la RDP y la CDI es compleja y hasta podría considerarse traumática. Aunque el concepto ha estado de alguna manera presente en los debates del órgano casi desde su adopción en el DF, no fue nunca objeto de atención directa y su tratamiento estuvo destinado principalmente a excluirlo de algunos tópicos de la agenda, bajo diferentes argumentos que analizaremos aquí.

El propósito de este artículo es, entonces, indagar en el tratamiento que la RDP ha tenido en los debates de la CDI y los efectos que su consideración por el órgano pueden tener sobre el desarrollo del concepto en la NU. Debemos subrayar el carácter exploratorio de este estudio, dado que ningún otro autor abordó específicamente esta cuestión desde la perspectiva propuesta¹. Aunque en la doctrina son numerosas las menciones a los debates de la CDI sobre la RDP en el tema “protección de personas en caso de desastres”², ningún autor se pregunta sobre los efectos de estos en el concepto ni pretende un análisis más pormenorizado de la cuestión.

¹ La única excepción que podemos mencionar es el trabajo de Pronto, pero que, por lo temprano de su publicación, en 2013, apenas pudo incluir las discusiones de la CDI en torno a la RDP en el marco del tema de protección de personas en caso de desastres, así como alguna consideraciones de temas vinculados, pero en los que la RDP no fue invocada (PRONTO, ARNOLD N.: “The International Law Commission”, en ZYBERI, GENTIAN (Ed.): *An Institutional Approach to the Responsibility to Protect*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 179-196).

² BARTOLINI, GIULIO: “A universal treaty for disasters? Remarks on the International Law Commission’s Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 99, N°906 (2017), pp. 1103-1137; BENTON HEATH, J.: “Disasters, Relief, and Neglect: The Duty to Accept Humanitarian Assistance and the Work of the International Law Commission”, *International Law and Politics*, Vol. 43 (2011), pp. 419-477; PATNAIK, DABIRU SRIDHAR: “Towards an International Legal Framework for the Protection of Individuals in the Event of Disasters: An Initial Inquiry”, en HEINTZE, HANS-JOACHIM y ZWITTER, ANDREJ (Ed.): *International Law and Humanitarian Assistance. A Crosscut Through Legal Issues*

Con tal fin, centraremos nuestro análisis en dos temas: comenzaremos por el tópico que más debates sobre la RDP suscitó, y continuaremos luego con el tema en el que la RDP debería haber sido central pero pasó desapercibida, para concluir con las consideraciones que podemos extraer del análisis.

2. LA RDP EN EL TÓPICO “PROTECCIÓN DE PERSONAS EN CASOS DE DESASTRES”: UNA CORRECTA EXCLUSIÓN

El tópico del programa de trabajo de la CDI en el que más se discutió la RDP fue “protección de las personas en caso de desastre”, incluido en 2007. No es casual que así haya sido, dado que las situaciones de desastre pueden implicar sufrimiento humano a gran escala y el Estado afectado puede no estar en condiciones de proteger a su población, lo que de inmediato plantea un interrogante: ¿se justificaría una prestación coactiva de asistencia humanitaria de parte de la comunidad internacional en ese caso? En su formulación original de la RDP, la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE) había contemplado esa posibilidad³, pero desapareció al pasar a las NU; sin embargo, el debate continuó.

Pertaining to Humanitarianism, Springer, Heidelberg, 2011, pp. 129-141; PATNAIK, DABIRU SRIDHAR: “Issues of state consent and international humanitarian assistance in disasters: the work of the International Law Commission”, en ZWITTER, ANDREJ *et al.* (Ed.): *Humanitarian Action. Global, Regional and Domestic Legal Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 107-122; CUBIE, DUG: “An Enchanted Tool?: Humanitarian Assistance and the ILC Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters”, *Irish Yearbook of International Law*, Vol. IX-V (2009-2010), pp. 119-151; FANAKI, ANGELICA: “Recent developments in International Disaster Response Laws: ILC’s Work and IDRL Rules in Disaster Relief”, *Tilburg Law Review*, Vol. 18 (2013), pp. 86-105; ZORZI GIUSTINIANI, FLAVIA: “The Works of the International Law Commission on ‘Protection of Persons in the Event of Disasters’. A Critical Appraisal”, en DE GUTTRY, A. *et al.* (Ed.): *International Disaster Response Law*, Asser Press, La Haya, 2012, pp. 65-84.

³ La CIISE incluyó dentro del criterio denominado “causa justa” a “*las catástrofes naturales o ecológicas de grandes proporciones, a las que el Estado no quiera o no pueda hacer frente ni solicitar asistencia, y que provoquen o puedan provocar importantes pérdidas humanas*” (CIISE: *La Responsabilidad de Proteger. Informe de la Comisión sobre Intervención y Soberanía de los Estados*, Ottawa, 2001, p. 37).

La RDP aparece por primera vez en este contexto en la propuesta de la Secretaría sobre la inclusión del tema en 2006:

*“La asistencia humanitaria, incluido el socorro en casos de desastre, se presta, en particular, en el contexto normativo más amplio de la protección de las víctimas de los desastres, incluidos los desastres naturales, cuestión que sigue siendo objeto de debate entre las entidades que se ocupan del socorro en casos de desastre. No obstante, la actual propuesta debe considerarse como parte de la reflexión actual sobre **un nuevo principio que conlleva la responsabilidad de proteger, principio que, aunque se formula primordialmente en el contexto de los conflictos, puede ser también de aplicación a los desastres**”⁴ (negrita añadida).*

Es significativo, no obstante, que la propuesta no haga referencia alguna al DF, que circunscribe específicamente el ámbito material de la RDP al genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Al mismo tiempo, la llama “un nuevo principio”, circunstancia que nos permite advertir que la propuesta fue formulada en una época temprana de la recepción de la RDP por las NU, cuando aún no había sido diseñada una estrategia clara para su implementación⁵.

Dos años después, en su primer informe sobre el tema, el Relator Especial (RE) Eduardo Valencia Ospina tomó nota con mucha cautela de este enfoque⁶:

“Como señaló la Secretaría en su propuesta sobre el tema, la protección de las personas puede considerarse como parte de la reflexión actual sobre un nuevo principio que conlleva la responsabilidad de proteger. Este último concepto trae aparejada las responsabilidades de prevenir,

⁴ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006*, Vol. II (2ª parte), anexo III, párr. 9, ONU, 2013, p. 225.

⁵ Es lo que denominamos el “período de expansión” de la RDP en las Naciones Unidas (PEZZANO, LUCIANO: *La Responsabilidad de Proteger en las Naciones Unidas. Un análisis constructivista de las posiciones de los actores internacionales*, CEA-UNC/Advocatus, Córdoba, 2016, p. 79).

⁶ Enfoque que para ese entonces había cambiado, dado que en el memorando que la Secretaría preparó para la CDI se incluyó: “debe señalarse que el concepto de la “responsabilidad de proteger”, como se recoge en el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, no se concibió para aplicarla en el contexto de los desastres”, (CDI: *Protección de las personas en casos de desastre. Memorando de la Secretaría*, documento A/CN.4/590, ONU, 2007, párr. 250, p. 166).

reaccionar y reconstruir, que corresponden, respectivamente, a las tres fases de una situación de desastre. Sin embargo, la conveniencia de extender el concepto de la responsabilidad de proteger y su pertinencia en relación con este tema exigen un examen detenido. Incluso si se reconociera la responsabilidad de proteger en el contexto de la protección y la asistencia de las personas en casos de desastre, sus consecuencias serían inciertas. Por ejemplo, ¿hasta qué punto generaría esa responsabilidad derechos para terceros? ¿Cuál sería el contenido de esos derechos? ¿Qué circunstancias los harían exigibles? ¿Se trataría de derechos individuales o colectivos?''⁷.

Aunque no se inclinó por un rechazo explícito a la consideración de los desastres dentro del ámbito material de la RDP, las dudas que planteó y la exigencia de un “examen detenido” sobre la pertinencia del concepto indicaron una posición en ese sentido.

En su exposición inicial ante la CDI, el RE reprodujo los términos de su informe al insistir en que la pertinencia del concepto y la posibilidad de extenderlo a la protección de las personas en casos de desastre, mucho más allá del contexto estricto de conflicto armado⁸ dentro del cual se desarrolló, no parecen ser evidentes y requieren una cuidadosa reflexión⁹.

En este primer debate, se advierten al menos tres corrientes principales de pensamiento entre los miembros de la CDI. En primer lugar, quienes, en línea con el pensamiento del RE, van a considerar que la RDP no es pertinente para el tópico, como sostuvo McRae¹⁰, por cuanto los desastres están

⁷ *Informe preliminar sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial, documento A/CN.4/598, párr. 55, en CDI: Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2008, Vol. II (1ª parte), ONU, 2013, p. 161.*

⁸ Al referirse al “conflicto armado” como contexto de la RDP, el Relator Especial parece optar por una interpretación demasiado restrictiva del concepto, más de lo que se incluye en el DF, que en ningún momento se refiere a conflictos en el marco de la RDP. Si bien los crímenes de guerra –que por definición solo pueden ser cometidos en un conflicto armado– integran el alcance material de la RDP, los demás crímenes no requieren dicho contexto para su comisión.

⁹ *Acta resumida de la 2978ª sesión, párr. 42, en CDI: Anuario... 2008, Vol. I, ONU, 2015, p. 145.*

¹⁰ *Acta resumida de la 2980ª sesión, párr. 87, en CDI: Anuario... 2008, Vol. I, p. 169.*

fuera de su alcance material, como fue el caso de Vázquez Bermúdez¹¹, o requiere actuar con mucha cautela, como indicaron Al Marri¹², Saboia¹³ y Hassouna¹⁴. Hmoud sostuvo que incluso los más fervientes partidarios de la RDP no sostienen que el derecho a prestar socorro humanitario exista en derecho internacional y agregó que los acontecimientos recientes [en referencia a los efectos del ciclón Nargis en Myanmar¹⁵] indicaban que no hay una *opinio juris* entre los Estados en el sentido de que hay un derecho de intervenir en caso de desastre¹⁶.

En segundo lugar, una posición —muy minoritaria— que considera que sería oportuno aprovechar la ocasión para ampliar el alcance de la RDP también a los desastres.

Así, Escameia consideró que la RDP equivalía más a un principio que a una norma que se pueda hacer cumplir. Si existe un derecho a la asistencia humanitaria, debe existir una obligación correlativa. Planteó algunas cuestiones, relativas a quién debe la obligación —si el Estado o también

¹¹ *Acta resumida de la 2982ª sesión*, párr. 14, en CDI: *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 185.

¹² *Acta resumida de la 2979ª sesión*, párr.33, en CDI: *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 156.

¹³ *Acta resumida de la 2980ª sesión*, párr. 71, en CDI: *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 167.

¹⁴ *Acta resumida de la 2981ª sesión*, párr. 74, en CDI: *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 183.

¹⁵ En 2008, con motivo de la negativa del gobierno militar de Myanmar de permitir el acceso internacional para la distribución de ayuda humanitaria entre las víctimas del ciclón Nargis, el ministro de Relaciones Exteriores francés, Bernard Kouchner (uno de los creadores del *devoir d'ingérence*, antecedente de la RDP), invocó la RDP para que el CS autorizara la distribución forzosa de la ayuda. La iniciativa no tuvo apoyo y la cuestión se resolvió a través de la ASEAN, fundamentalmente por presión china a la junta birmana. Sin embargo, el representante de Francia justificó la invocación de la RDP en el CS: “*Hay quien se sorprendió cuando Bernard Kouchner invocó la responsabilidad de proteger. Sin embargo, como hemos tenido la oportunidad de subrayar, existe el riesgo de que la no asistencia a una persona en peligro pase a ser un crimen de lesa humanidad. ¿Es necesario realmente llegar a ese límite para que el Consejo se ocupe de una situación? Lo diré claramente, no es el concepto de las Naciones Unidas ni el concepto de Consejo de Seguridad que defiende Francia*” (CS: *Acta literal de la 5898ª sesión*, documento S/PV.5898, ONU, 2008, p. 20). Al respecto, v. COHEN, ROBERTA: “The Burma Cyclone and the Responsibility to Protect”. *Global Responsibility to Protect* Vol.1 (2009), pp. 253-257; FORD, STUART: “Is the Failure to Respond Appropriately to a Natural Disaster a Crime Against Humanity? The Responsibility to Protect and Individual Criminal Responsibility in the Aftermath of Cyclone Nargis”, *Denver Journal of International Law & Policy* Vol. 38, N°2 (2010), pp. 227-276.

¹⁶ *Acta resumida de la 2980ª sesión*, párr. 39, en CDI: *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 162.

otros sujetos—, el contenido de la obligación —si abarca la prevención, la reacción y la reconstrucción¹⁷—, cuándo nace la obligación, y los medios disponibles para hacer cumplirla en el plano nacional o internacional. En todo caso, sostuvo, la RDP no se podía desconocer, y el RE haría bien en presentar un informe separado acerca del tema. Consideró que la idea de una RDP había sido aceptada ampliamente y que parecía aceptarse en general que los Estados tienen una obligación de proteger a las personas presentes en su territorio y que las entidades extranjeras pueden prestarles asistencia en la tarea, con la condición de que los Estados lo consientan, pero las opiniones se hallan profundamente divididas en cuanto a si las entidades extranjeras pueden proteger a las personas sin su consentimiento, o incluso si existe la obligación de que lo hagan¹⁸.

Pellet se mostró convencido de un planteamiento dinámico y audaz de la RDP, de la que, a su juicio, la protección de las personas en casos de desastre es solo un aspecto. Opinó que la soberanía no debe ser un pretexto para oponerse a la ayuda en caso de desastre humanitario¹⁹.

Jacobsson felicitó al RE por plantear la cuestión de la prevención y poner en claro este importante aspecto del concepto de RDP, porque, a su juicio, la RDP es un concepto importante en lo que se refiere a la adopción de medidas preventivas que hagan frente a la vez a las causas profundas y directas de las crisis que ponen en peligro a la población²⁰.

Finalmente, quienes, enrolados en principio en la primera posición, se valen de esta para expresar su rechazo general a la RDP, aunque con distintos argumentos.

Nolte consideró que la RDP debe entenderse a la luz de una interpretación clásica del derecho; sigue siendo principalmente un concepto

¹⁷ Esta separación en tres responsabilidades, también presente en el informe del Relator Especial, había sido formulada originalmente por la CIISE, pero no fue receptada en el DF. Cuando el Secretario General Ban diseñó su estrategia para hacer efectiva la RDP, con posterioridad a estos primeros debates de la CDI, adoptó una estructura de tres pilares basada en el DF que no coinciden con esta separación (PEZZANO, LUCIANO: *op. cit.*, p. 229).

¹⁸ *Acta resumida de la 2979ª sesión*, párr. 2, 7 y 8, en CDI: *Anuario... 2008*, Vol. I, pp. 152-153.

¹⁹ *Acta resumida de la 2981ª sesión*, párr. 12, en CDI: *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 172.

²⁰ *Ibidem*, párr. 58, en CDI: *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 181.

político y moral que no ha alterado el derecho relativo al uso de la fuerza, y que no sería apropiado que la CDI propusiera cambios en esta esfera²¹.

En la misma línea, Vasciannie sostuvo que el concepto de la RDP se ha desarrollado fuera del concepto del socorro en casos de desastre para ocuparse de un dilema particular bien conocido: los abusos groseros de derechos humanos. De ahí que, incluso si forma parte actualmente del derecho, no sea fácilmente transferible al ámbito del socorro en casos de desastre sin un claro apoyo de los Estados²². Agregó que debe distinguirse la intervención humanitaria del socorro en casos de desastre, en que el gobierno del Estado víctima debe hacer frente a la crisis y al mismo tiempo queda a merced de los Estados de mayor tamaño²³.

Wisnumurti partió de considerar que la RDP es un eufemismo para la intervención humanitaria. Se refirió a los párrafos 138 y 139 del DF y subrayó la necesidad de que la AG siguiera considerando la posibilidad de proteger en ese contexto. Por lo tanto, entendió, resulta claro que, si bien las NU reconocen la RDP, no está vigente todavía, y que el Secretario General (SG) había iniciado el proceso de elaborar ese principio. En ese proceso debe reconocerse que la acción colectiva contra un país acusado de haber cometido esos crímenes graves, de conformidad con el principio de la RDP, puede operar solamente con el consentimiento del gobierno en cuestión²⁴. Agregó que en el derecho actual, los Estados no tienen atribuciones para imponer la asistencia humanitaria a los Estados afectados contra su voluntad. En estas condiciones, concluyó, no corresponde ampliar el alcance del tema de manera de incluir el principio de la RDP²⁵.

Perera compartió con el RE que la CDI debía mostrarse prudente respecto de la RDP, pues se trata de un concepto esencialmente político y jurídicamente mal definido que puede hacer que sus trabajos se vean envueltos en una controversia política. Observó que el concepto se había

²¹ *Acta resumida de la 2980ª sesión*, párr. 18, en CDI: *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 160.

²² *Ibíd.*, párr. 29, en CDI: *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 162.

²³ *Ibíd.*, párr. 43, en CDI: *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 162.

²⁴ Esta es una interpretación forzada y antojadiza de la RDP que no se ajusta a los términos del DF que el propio orador citó. Si se requiriera el consentimiento de los Estados que no protegen a su población desaparecería la fuerza del concepto en lo que se refiere a la responsabilidad de la comunidad internacional.

²⁵ *Acta resumida de la 2980ª sesión*, párr. 98, en CDI: *Anuario... 2008*, Vol. I, pp. 170-171.

elaborado en un marco político y podía prestarse a abuso con esos fines, y recordó que el DF la menciona en relación con situaciones muy concretas y extremas de violaciones manifiestas de los derechos humanos: genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra²⁶.

Singh definió²⁷ a la RDP como “el derecho de la comunidad internacional a intervenir en un país en que una situación de crisis exige medidas drásticas”. Sostuvo que eso planteaba cuestiones fundamentales: ¿quién decidirá la gravedad de la situación y determinará lo más apropiado para el problema del país, y cómo velará el país que interviene por un funcionamiento apropiado dentro del país interesado si la decisión de intervenir es unilateral? Se trata de cuestiones difíciles y delicadas que no se pueden dejar de lado. Consideró que el concepto no es apropiado para incluirlo dentro del ámbito del tema, por cuanto la responsabilidad primordial de la protección de las personas en su territorio o dentro de su jurisdicción incumbe al Estado interesado²⁸.

La CDI tuvo especial consideración de este primer debate sobre la RDP en el contexto del tópico, incluyendo en su informe anual lo siguiente:

“Aun tomando nota de que el Relator Especial parecía fundamentar provisionalmente el tema en la responsabilidad de proteger²⁹, algunos miembros, teniendo en cuenta la concepción amplia del tema, señalaron que era inevitable ocuparse de la pertinencia de la responsabilidad de proteger y de abordar las diversas cuestiones polémicas. El Relator Especial podría referirse a este aspecto en un futuro informe y, a este respecto, se mencionaron otras novedades pertinentes en este campo. [...] Otros miembros pusieron en duda la existencia de la responsabilidad de

²⁶ *Acta resumida de la 2981ª sesión*, párr. 66, en CDI: *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 182.

²⁷ Es otro caso de una definición limitada y forzada de la RDP que no se ajusta a los términos del DF. La RDP se plantea precisamente como “responsabilidad” para que no sea entendida como “un derecho”; no solamente recae sobre la comunidad internacional sino, principalmente, sobre el Estado; no solamente implica “intervenir”, sino un cúmulo de medidas en que la intervención es la *ultima ratio*; y no cubre cualquier “situación de crisis que exige medidas drásticas”, sino solamente los crímenes y actos especificados en el DF.

²⁸ *Acta resumida de la 2982ª sesión*, párr. 22-23, en CDI: *Anuario... 2008*, Vol. I, pp. 186-187.

²⁹ La versión en español del informe de la CDI menciona el “deber de proteger”. Dado que la versión en inglés expresa “responsibility to protect”, entendemos que es un error de traducción y hemos optado por corregirla.

proteger, en particular en el contexto de los desastres. Su aparición como principio se limitaba a circunstancias extremas, a saber, situaciones de violaciones persistentes y manifiestas de los derechos humanos, que no se podía transponer fácilmente al socorro en casos de desastre sin el apoyo del Estado. Se recordó además a este respecto que el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 invocaba la responsabilidad de cada Estado de proteger a sus poblaciones contra el genocidio, los crímenes de guerra, la limpieza étnica y los crímenes de lesa humanidad. Toda medida de la comunidad internacional se aplicaría en el marco de las Naciones Unidas, que actuarían de conformidad con los Capítulos VI y VII de la Carta de las Naciones Unidas. Algunos miembros estimaron que no había ninguna razón ineludible que impidiera hacer extensivo o transponer la responsabilidad de proteger a situaciones en caso de desastre. Algunos miembros consideraron que la responsabilidad de proteger guardaba relación con la intervención humanitaria. La Comisión, por tanto, debía proceder con cautela. Otros miembros señalaron que ese deber aún era fundamentalmente un concepto político y moral cuyos parámetros jurídicos estaban por determinar y que no modificaba el derecho relativo al uso de la fuerza. En opinión de otros miembros, sin embargo, la responsabilidad de proteger existía como obligación jurídica sin extenderse necesariamente al uso de la fuerza. Otros miembros destacaron que se podía tratar el tema independientemente de la cuestión de si existía o no una responsabilidad de proteger”³⁰.

En su segundo informe, el Relator Especial, además de reseñar las menciones que habían tenido lugar respecto de la RDP en la CDI y en la Sexta Comisión de la AG, llamó la atención sobre

“El informe del Secretario General sobre cómo hacer efectiva la responsabilidad de proteger. Remitiéndose a los párrafos 138 y 139 del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, el apartado b del párrafo 10 del informe explica que: ‘A menos que los Estados Miembros decidan otra cosa, la responsabilidad de proteger únicamente es aplicable a los cuatro crímenes o actos especificados: el genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. La tentativa de ampliarlo para abarcar otras calamidades como el VIH/SIDA, el cambio climático o los desastres naturales redundaría en desmedro

³⁰ CDI: *Anuario... 2008*, Vol. II (segunda parte), ONU, 2014, párr. 247-250, pp.149-150.

*del consenso de 2005 y extendería el concepto hasta un punto en que ya no sería reconocible ni tendría utilidad práctica alguna”*³¹.

La opinión del SG en su informe³² pareció decisiva para el enfoque del RE. Al momento de su presentación, expresó que, aunque la RDP había sido mencionada como uno de los principios que debían informar la labor de la CDI, el informe del SG y los debates en la CDI y la Sexta Comisión han dado a entender que quizás no fuera aplicable en el contexto de los desastres. Consideró que la tajante afirmación expresada por el más alto funcionario de las NU en su informe, dedicado exclusivamente a esta materia, era una indicación fehaciente de que la RDP no puede ser considerada como el principio nuclear del presente tema, y que la CDI no necesitaba basar el proyecto de artículos en la doctrina de la RDP, puesto que hay otros fundamentos jurídicos más sólidos y pertinentes en los que apoyarse. A lo sumo, concluyó, la CDI podría encauzar su labor de modo que no prejuzgue un eventual acuerdo futuro entre los Estados para hacer extensivo dicho principio a las situaciones de desastre³³.

En la discusión se advierten las mismas tres corrientes de pensamiento que se expresaron durante el primer debate. La mayoría de los miembros de la CDI compartió el enfoque del RE, en el sentido de que la RDP no era pertinente para el tema. Así lo hicieron Saboia³⁴, Hmoud³⁵, Singh³⁶ y Vargas Carreño³⁷.

Solamente Escarameia conservó su apoyo a la pertinencia de la RDP. Señaló que en la Sexta Comisión varias delegaciones estimaron que el concepto era pertinente³⁸, y aclaró que los Estados no pueden intervenir

³¹ *Segundo informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial*, documento A/CN.4/615, en CDI: *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), párr. 14, ONU, 2015, p. 202.

³² BAN, KI-MOON: *Hacer efectiva la responsabilidad de proteger. Informe del Secretario General*, documento A/63/677. ONU, 2009, párr. 10.

³³ *Acta resumida de la 3015ª sesión*, párr. 5 y 23-25, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2009*, Vol. I, ONU, 2015, pp. 120 y 123.

³⁴ *Acta resumida de la 3015ª sesión*, párr. 43, en CDI: *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 126.

³⁵ *Acta resumida de la 3018ª sesión*, párr. 70, en CDI: *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 161.

³⁶ *Acta resumida de la 3019ª sesión*, párr. 11, en CDI: *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 164.

³⁷ *Ibid.*, párr. 3, en CDI: *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 163.

³⁸ *Acta resumida de la 3016ª sesión*, párr. 82, en CDI: *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 142.

militarmente en otros Estados, sino que solo el CS está facultado para ello si estima que la situación constituye una amenaza para la paz y la seguridad. El mismo argumento se aplica en el caso de la RDP, que no implica la necesidad de una intervención militar. Si conviene analizar más a fondo la RDP, es porque ciertas situaciones de desastre pueden dar lugar a delitos que constituyen infracciones de la RDP y porque esta esfera se halla en plena evolución³⁹.

Centrándonos en las opiniones que, además de considerar su falta de pertinencia en el tema, critican a la RDP, vemos en ellas ciertos rasgos comunes. En primer lugar, la insistencia en que se trata de un concepto político, y no jurídico, como planteó Nolte, quien consideró que la CDI debía descartar la cuestión de la RDP como fuente posible de obligaciones para los Estados, aun cuando esto no significara que no existieran otras fuentes de derechos y obligaciones de los terceros Estados en caso de desastre; así, opinó, cuando un Estado permanece indiferente ante una hambruna que afecta a una parte de su territorio y provoca la muerte de un gran número de personas, su indiferencia no constituye quizá un genocidio, pero puede muy bien constituir una violación de una norma imperativa del derecho internacional de los derechos humanos que, a su vez, autorice y obligue a los terceros a exigir la responsabilidad del Estado o, por lo menos, imponga a este último la obligación de aceptar ayuda, aunque sin que ello implique el uso de la fuerza⁴⁰. En segundo lugar, su caracterización como un concepto “frágil” sobre el que aún no hay consenso⁴¹, como sostuvo Sir Michael Wood⁴². En tercer lugar, una identificación directa de la RDP con la intervención humanitaria, como hicieron Wisnumurti⁴³ y Petric⁴⁴, sin argumentar el porqué de esa identificación. Y, finalmente, los riesgos de abuso y trato desigual por parte de los Estados poderosos, como sostuvo Vasciannie⁴⁵.

³⁹ *Acta resumida de la 3018ª sesión*, párr. 63, en CDI: *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 160.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 21 y 53, en CDI: *Anuario... 2009*, Vol. I, pp. 154 y 159.

⁴¹ La pretendida falta de consenso aparece como uno de los principales argumentos de los opositores de la RDP (PEZZANO, LUCIANO: op. cit., pp. 275-278).

⁴² *Acta resumida de la 3018ª sesión*, párr. 33, en CDI: *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 156.

⁴³ *Ibid.*, párr. 8 y 62, en CDI: *Anuario... 2009*, Vol. I, pp. 151 y 160.

⁴⁴ *Acta resumida de la 3017ª sesión*, párr. 57, en CDI: *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 149.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 46, en CDI: *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 158.

En su resumen al finalizar el tratamiento del tema, el RE afirmó que estaba claro que la intervención forzosa es ilícita según el derecho internacional, en defecto de la legítima defensa o de la acción del CS, incluso si se invoca la RDP, un principio que, en cualquier caso, la mayoría de los miembros de la CDI ha dejado de lado por no ser pertinente para el tema examinado⁴⁶.

El resultado del debate se reflejó en el informe de la CDI:

*“Hubo acuerdo con las conclusiones del Relator Especial relativas a la inaplicabilidad del concepto de “responsabilidad de proteger”, aunque algunos miembros expresaron la opinión de que la decisión que la Comisión adoptara en tal sentido debía entenderse sin perjuicio de la eventual pertinencia del concepto en el futuro”*⁴⁷.

En su tercer informe, el RE no se refirió a la RDP más que para recordar la posición adoptada por la CDI y por la mayoría de los Estados en la Sexta Comisión⁴⁸. Sin embargo, algunos miembros igualmente mencionaron el concepto.

Wisnumurti señaló que el RE había sido consecuente con la conclusión, compartida por los miembros, de que el concepto de RDP no entraba dentro del tema⁴⁹, mientras que Vasciannie insistió en que la mayoría de los Estados aceptan que la RDP no se extiende a los casos de desastre, y que aceptarlo implicaría el riesgo de abuso de parte de algunos Estados poderosos⁵⁰.

Fomba recordó que se había concluido que el concepto de RDP no era pertinente para la labor, pero consideró que debía reconocerse que el tema planteaba cuestiones de fondo: si, en caso de desastre, un Estado no puede o no quiere proteger y ayudar a las víctimas de manera apropiada, ¿qué podrían o deberían hacer los otros Estados? ¿Tendrían cabida en

⁴⁶ *Acta resumida de la 3019ª sesión*, párr. 22, en CDI: *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 166.

⁴⁷ CDI: *Anuario... 2009*, Vol. II (segunda parte), ONU, párr. 164, p.149.

⁴⁸ *Tercer informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial*, documento A/CN.4/629 párr. 3 y 7, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2010*, Vol. II (primera parte), ONU, 2015, pp. 406-407.

⁴⁹ *Acta resumida de la 3056ª sesión*, párr. 56, en CDI: *Anuario... 2010*, Vol. I, ONU, 2016, p. 157.

⁵⁰ *Acta resumida de la 3057ª sesión*, párr. 25, en CDI: *Anuario... 2010*, Vol. I, p. 166.

derecho internacional conceptos como los de rechazo o incapacidad de prestar asistencia a poblaciones en peligro, o de obligación individual o colectiva de prestar esa asistencia, y cuáles podrían o deberían ser sus consecuencias jurídicas? En otros términos, se trataría de abordar directamente la inquietante y espinosa cuestión del “derecho” u “obligación” de injerencia humanitaria. Aunque no daba la misma interpretación que la CDI a la RDP, expresó que respetaba el consenso adoptado⁵¹.

La decisión de la CDI de excluir a la RDP de su labor sobre el tema fue respetada de tal modo que al redactar el párrafo 1 del Art. 9 del Proyecto de artículos sobre el tópico, relativo a los deberes del Estado afectado por el desastre, el Comité de Redacción decidió referirse al “deber” del Estado por temor de que el empleo del término “responsabilidad”⁵² creara confusión, al ser un término técnico que suele tener una connotación diferente y por la necesidad de evitar cualquier relación con el concepto de RDP⁵³. En esta línea, la CDI aclaró en su informe que la “responsabilidad primordial del Estado afectado” de proteger a su población en caso de desastre, no era la RDP: *“Se recordó que la Comisión había excluido la aplicabilidad del concepto de la «responsabilidad de proteger» del ámbito de aplicación del proyecto de artículos en 2009”*⁵⁴.

Si bien el RE no se refirió a la RDP en su cuarto informe⁵⁵, el debate en la CDI se reabrió brevemente. Así, Pellet se manifestó sorprendido y decepcionado por la ausencia de la RDP, un concepto que consideró fructífero y prometedor, cuando —afirmó— debería constituir la idea rectora de todo el proyecto: permitiría reorientar los comentarios, reafirmar los razonamientos y evitar actitudes de prudencia que no tienen razón de ser. Sostuvo que el RE parecía admitir que un Estado cuya población es víctima de un desastre podría negarse a movilizar sus recursos para ayudar a esa población, y opinó que no lo puede hacer en absoluto, puesto que este es

⁵¹ *Acta resumida de la 3056ª sesión*, párr. 72, en CDI: *Anuario... 2010*, Vol. I, p. 159.

⁵² La propuesta original del Relator Especial en su tercer informe se refería a la *“la responsabilidad primordial respecto de la protección de las personas y la prestación de asistencia humanitaria en su territorio”*.

⁵³ *Acta resumida de la 3067ª sesión*, párr. 61, en CDI: *Anuario... 2010*, Vol. I, p. 269.

⁵⁴ CDI: *Anuario... 2010*, Vol. II (segunda parte), ONU, 2015, párr. 318, p.196.

⁵⁵ *Cuarto informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial*, documento A/CN.4/643, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2011*, Vol. II (1ª parte), ONU, 2016.

el punto fundamental de la RDP: un Estado debe proteger a su población y no es admisible que pueda no hacerlo⁵⁶.

Sir Michael Wood señaló que la CDI había rechazado la RDP⁵⁷, lo que Pellet negó: se trata en primer lugar de la responsabilidad del Estado territorial de proteger a su población, pero también es un deber que incumbe a la comunidad internacional de ayudar al Estado a proteger a esta población y eventualmente obligarlo a ello⁵⁸.

Wisnumurti⁵⁹ y Hmoud⁶⁰, en línea con Wood, señalaron que la RDP no era pertinente para el tema, sino para los crímenes internacionales, lo que también sostuvieron Al Marri⁶¹ y Vázquez Bermúdez⁶². Vasciannie compartió esta opinión, pero agregó su insistencia en que el derecho debía proteger a los débiles⁶³.

Nolte opinó que el RE evita nombrar el concepto de RDP, objeto de debate político, pero retoma sus principales elementos, que provienen de otras fuentes –obligación de proteger en la esfera de los derechos humanos o principios de cooperación y solidaridad– para aplicarlos a la esfera de la protección de las personas en casos de desastre⁶⁴. Del mismo modo, McRae expresó que si la CDI mencionaba deberes en ese ámbito, haría de manera indirecta una contribución mucho más útil al desarrollo de la noción de la RDP que si la trataba directamente⁶⁵.

Petric recordó que la CDI ya había adoptado la decisión de no basarse en la RDP⁶⁶, posición compartida por Murase, quien insistió en que los conceptos de intervención humanitaria o de RDP no eran pertinentes⁶⁷.

⁵⁶ *Acta resumida de la 3102ª sesión*, párr. 38-40, en CDI: *Anuario... 2011*, Vol. I, ONU, 2017, pp. 194-195.

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 43, en CDI: *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 195.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 44, en CDI: *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 195.

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 45, en CDI: *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 195.

⁶⁰ *Acta resumida de la 3103ª sesión*, párr. 36, en CDI: *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 202.

⁶¹ *Ibid.*, párr. 52, en CDI: *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 214.

⁶² *Acta resumida de la 3105ª sesión*, párr. 42, en CDI: *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 223.

⁶³ *Ibidem*, párr. 29 y 39, en CDI: *Anuario... 2011*, Vol. I, pp. 201 y 202.

⁶⁴ *Acta resumida de la 3102ª sesión*, párr. 47, en CDI: *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 196.

⁶⁵ *Acta resumida de la 3104ª sesión*, párr. 28, en CDI: *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 210.

⁶⁶ *Ibid.*, párr. 48, en CDI: *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 196.

⁶⁷ *Ibid.*, párr. 52, en CDI: *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 196.

Por su parte, Hassouna aprobó la idea de no tratar explícitamente el concepto de intervención humanitaria y de la RDP, mientras se recurre implícitamente a elementos de ese concepto. Este concepto, propuesto por Bernard Kouchner⁶⁸, sigue siendo objeto de controversia; en la CDI había un amplio consenso de no adoptarlo, pero podía ser conveniente referirse a él y a sus implicaciones en el comentario del proyecto de artículos⁶⁹.

Por otro lado, Fomba insistió en que la RDP merecía ser tomada en consideración, aunque tal planteamiento implicara un desarrollo progresivo algo más audaz. Los principios en que se basaba el tema eran sin duda los de RDP y había que buscar respuestas apropiadas a las cuestiones de quién debe proteger a las víctimas en caso de desastre, sobre qué bases jurídicas y con arreglo a qué condiciones. La RDP comprende dos obligaciones: la obligación del Estado afectado de proteger y asistir a la población damnificada y la obligación de la comunidad internacional de asistir al Estado afectado debilitado o, de ser necesario, de compelerlo a aceptar la asistencia⁷⁰.

Dugard cuestionó enérgicamente la afirmación de que la CDI había adoptado una postura firme contra la RDP: simplemente se decidió que no era apropiado invocarlo en el contexto de los desastres, puesto que dicho principio se ha desarrollado específicamente en relación con el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad⁷¹.

Al resumir el debate, el RE recordó su opinión personal de que la idoneidad de la ampliación del concepto de la RDP y su pertinencia para el tema en cuestión requerían un examen detenido. Aunque se reconociera la RDP en el contexto de la protección y la asistencia de las personas en casos de desastre, sus consecuencias no estarían claras. Repitió la posición del SG en su informe, y expresó que tanto él como la CDI la habían hecho

⁶⁸ Como señalamos más arriba, Kouchner propuso tomar el caso de Myanmar a la luz de la RDP. Su posición, no obstante, no era novedosa, considerando que desde los años '80 planteaba la resignificación de la intervención humanitaria desde un "derecho a intervenir" a un "deber de injerencia". V. KOUCHNER, BERNARD y BETTATI, MARIO: *Le devoir d'ingérence*, Denoël, Paris, 1987.

⁶⁹ *Acta resumida de la 3105ª sesión*, párr. 32, en CDI: *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 223.

⁷⁰ *Acta resumida de la 3103ª sesión*, párr. 46, en CDI: *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 203.

⁷¹ *Acta resumida de la 3105ª sesión*, párr. 55, en CDI: *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 225.

suya⁷². No obstante lo extenso del debate, la única mención a la RDP en el informe de la CDI fue con referencia a esta posición del RE⁷³.

En su quinto informe, el RE comentó:

“Los Estados hicieron suya la opinión de la Comisión, basada en la posición del Secretario General de las Naciones Unidas de que el concepto de «responsabilidad de proteger» quedaba fuera del alcance del tema y se aplicaba solo a cuatro delitos concretos: genocidio, crímenes de guerra, depuración étnica y crímenes de lesa humanidad. Para el Secretario General, ampliar el concepto de «responsabilidad de proteger» para incluir la respuesta a los desastres naturales sería extenderlo hasta un punto en que ya no sería reconocible ni tendría utilidad práctica alguna. No obstante, una delegación [Polonia] señaló que, dado que la «responsabilidad de proteger» era uno de los conceptos más innovadores y con un desarrollo más dinámico en la esfera de las relaciones internacionales, se debía examinar más detenidamente la pertinencia de ampliarlo a los desastres naturales”⁷⁴.

Al introducir el informe en la CDI, el RE comentó un ensayo escrito por Vasciannie en el que este planteaba que la CDI no había podido resolver la cuestión de si los Estados pueden utilizar la fuerza a fin de asegurarse de que un país afectado por un desastre sea obligado a aceptar la asistencia externa. El RE opinó que tal debate no había tenido lugar en los términos planteados, y que la cuestión fue resuelta definitivamente por la CDI, que desde el comienzo respaldó la posición del RE, de la no aplicabilidad de la RDP en el contexto de la respuesta a los desastres⁷⁵.

Kittichaisaree se refirió a los debates en la Sexta Comisión sobre la pertinencia o no de la RDP respecto al tema: algunas delegaciones apoyaron la opinión de la CDI, basada en la posición del SG, de que el concepto de la RDP queda fuera del alcance del tema y se aplica únicamente a cuatro crímenes específicos; no obstante, la delegación de Polonia dijo que había

⁷² *Acta resumida de la 3107ª sesión*, párr. 12, en *CDI: Anuario... 2011*, Vol. I, p. 239.

⁷³ *CDI: Anuario... 2011*, Vol. II (segunda parte), ONU, 2016, párr. 286, p. 168.

⁷⁴ *Quinto informe sobre la protección de personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial*, documento A/CN.4/652, párr. 16, en *CDI: Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2012*, Vol. II (1ª parte), ONU, 2018, p. 15.

⁷⁵ *Acta resumida de la 3138ª sesión*, párr. 23, en *CDI: Anuario... 2012*, Vol. I, ONU, 2019, p. 59.

llegado el momento de considerar la posibilidad de ampliar el concepto e incluir en él las catástrofes naturales⁷⁶. Varios Estados señalaron que el empleo del término “deber” en el proyecto era conveniente para evitar cualquier confusión con el concepto de “responsabilidad”. Al parecer, sostuvo, a los Estados Miembros les preocupaba que la CDI confundiera ambos regímenes⁷⁷.

Para Sturma, la CDI distinguió acertadamente el tema de la RDP, aun cuando el rechazo de mala fe de la asistencia, pueda, como consecuencia de los sufrimientos que causa a numerosas víctimas, desembocar en una situación comparable a las que justifican el establecimiento de la RDP⁷⁸.

Luego de una pausa de cuatro años, recién en 2016, durante la segunda lectura del proyecto de artículos, volveremos a encontrar menciones de la RDP en los trabajos de la CDI sobre el tópico. En su octavo informe, el RE reseñó las posiciones de los Estados al respecto:

*“La decisión de la Comisión de excluir el concepto de “responsabilidad de proteger” del ámbito de aplicación del proyecto de artículos recibió el respaldo de China, Colombia, Cuba, la República Checa, Ghana, Irlanda, la República Islámica del Irán, Israel, el Japón, Myanmar, la Federación de Rusia, España, Sri Lanka, Tailandia y Venezuela. Por el contrario, Polonia opinó que el concepto debía aplicarse a las situaciones de desastre. Hungría, Finlandia (en nombre de los Estados nórdicos) y Portugal propusieron que el concepto se tuviera en cuenta. Austria, tras reconocer que la Comisión había excluido el concepto, observó que era concebible que el derecho internacional evolucionara”*⁷⁹.

En la CDI, Forteau, que no había participado en los anteriores debates, expresó su apoyo por incluir explícitamente el concepto de RDP en el proyecto, pero notó que, en general, los Estados no compartían esa

⁷⁶ AG: Sexta Comisión. Sexagésimo sexto período de sesiones, documento A/C.6/66/SR.21, ONU, 2011, párr. 85.

⁷⁷ *Acta resumida de la 3138ª sesión*, párr. 72-73, en CDI: *Anuario... 2012*, Vol. I, pp. 65-66.

⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 56, en CDI: *Anuario... 2012*, Vol. I, p. 75.

⁷⁹ CDI: *Octavo informe sobre la protección de personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial*, documento A/CN.4/697, ONU, 2016, párr. 10.

opinión, aunque consideró que el concepto aparecía de forma implícita⁸⁰. Esta última referencia llevó a Kittichaisaree a pedirle que clarificara a qué se refería con esta referencia implícita, pues fue la inclusión del concepto de la RDP fue una cuestión controversial en la Sexta Comisión. Como surgía del DF y del informe del SG de 2009, la RDP se apoyaba en tres pilares y se limitaba a la protección de las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y la depuración étnica. Temía, expresó, que la Sexta Comisión pudiera creer que el concepto caía dentro del alcance del proyecto, pese a que el RE había afirmado lo contrario⁸¹. En su respuesta, Forteau explicó que no estaba proponiendo que el concepto de RDP se incluyera explícitamente en el proyecto, pero que nada impedía a la CDI de extender el principio subyacente a tal concepto al área de los desastres, y que le parecía que el principio nuclear de la RDP podía encontrarse en el proyecto, como varios miembros de la CDI lo habían observado desde el inicio de los debates⁸². La réplica de Kittichaisaree se limitó a recordar que las reacciones de los Estados en la Sexta Comisión eran inequívocas: la RDP no es aplicable a las situaciones cubiertas por el proyecto⁸³.

Nolte señaló que el derecho internacional había reconocido desde hace mucho que el principal propósito y responsabilidad del Estado era proteger a su pueblo. Aunque esa obligación había sido a veces ensombrecida por un erróneo debate acerca de la RDP⁸⁴, la CDI no necesitó involucrarse en ese debate en el contexto del tema. La idea de que los Estados tienen una obligación general de proteger, en virtud de su soberanía, ya había sido articulada hacía casi un siglo, en el caso de la Isla de Palmas⁸⁵, y con posterioridad al reconocimiento universal de los derechos humanos, la

⁸⁰ CDI: *Acta resumida de la 3292ª sesión*, documento A/CN.4/SR.3292, ONU, 2016, p. 3.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 3-4.

⁸² *Ibid.*, p. 7.

⁸³ CDI: *Acta resumida de la 3294ª sesión*, documento A/CN.4/SR.3294, ONU, 2016, p. 3.

⁸⁴ La posición de Nolte no es novedosa; ya la había adelantado en las etapas iniciales de la RDP en las Naciones Unidas al criticar la noción de “soberanía como responsabilidad” (NOLTE, GEORG: “Sovereignty as Responsibility?”, *American Society of International Law - Proceedings of the Annual Meeting*, Vol. 99 (2005), pp. 389-392).

⁸⁵ “... territorial sovereignty [...] has as a corollary a duty: the obligation to protect within the territory the rights of other States” (*Island of Palmas case (Netherlands, USA)*, 4 de abril de 1928, *RIAA*, Vol. II, pp. 829-871).

obligación general de proteger⁸⁶ no estuvo más limitada a las relaciones interestatales. Sin embargo, agregó, no está centrada en la prevención de crímenes internacionales, ni implica un posible derecho de los Estados a intervenir en los asuntos internos de otros⁸⁷.

Hmoud sostuvo que la decisión de la CDI de no incluir el concepto de la RDP en el proyecto de artículos demostró ser el enfoque correcto. Esto no implicaba negar que las metas de la RDP, que consideró no era aún una doctrina de derecho internacional, apuntalaban algunas de las disposiciones del proyecto sin dar lugar a derechos u obligaciones. Ese enfoque era apropiado en cuanto la RDP había emergido en un contexto diferente y estaba apuntada a detener los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto⁸⁸.

Kolodkin expresó que en el centro del proyecto yacía el deber del Estado afectado de asegurar la protección de las personas en su territorio. Aunque algunas disposiciones evocaban la noción de RDP, iban de la mano con la garantía de que, de conformidad con el principio de soberanía, la asistencia podría ser prestada solo con el consentimiento del Estado⁸⁹.

Varios miembros reiteraron que la CDI ya había decidido no incluir el concepto por no ser pertinente al tema, como Hassouna⁹⁰, Jacobsson⁹¹, Sturma⁹², Huang⁹³, Vázquez-Bermúdez⁹⁴, Kamto⁹⁵ y Singh⁹⁶.

Candioti –en su única intervención en el tema que menciona la RDP– se refirió al proyecto de artículo relativo a la competencia, función

⁸⁶ Es evidente que la “obligación general de proteger” a la que se refiere Nolte no es la RDP, pero sí es uno de sus fundamentos en el derecho internacional y, a diferencia de lo que sostiene el jurista alemán, creemos que sí implica la prevención de crímenes internacionales.

⁸⁷ CDI: *Acta resumida de la 3293ª sesión*, documento A/CN.4/SR.3293, ONU, pp. 9-10.

⁸⁸ CDI: *Acta resumida de la 3294ª sesión*, documento A/CN.4/SR.3294, ONU, 2016, p. 5.

⁸⁹ *Ibíd.*, pp. 8-9.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 13.

⁹¹ *Ibíd.*, p. 15.

⁹² *Ibíd.*, p. 18.

⁹³ *Ibíd.*, p. 20.

⁹⁴ CDI: *Acta resumida de la 3295ª sesión*, documento A/CN.4/SR.3295, ONU, 2016, p. 5.

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 11.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 13.

y obligaciones de los Estados afectados, en el que la palabra “rol” podría reemplazarse con una expresión más técnica, pero debería evitarse cualquier mención a la palabra “responsabilidad”, para prevenir una confusión con la RDP⁹⁷.

El resultado de la labor de la CDI, si bien es correcto desde la perspectiva de la RDP, en cuanto los desastres no están incluidos dentro de su alcance material⁹⁸, reveló una postura en extremo cauta –por no decir *hostil*– del órgano respecto al concepto, que afectó –gravemente, en nuestra opinión– el tratamiento de tópicos donde sí era pertinente, como veremos más adelante.

En ese sentido, al analizar lo que identificamos como las tres corrientes de pensamiento en la CDI, de inmediato nos focalizamos en aquellos que no solamente consideraron que la RDP no era pertinente al tema, sino que además aprovecharon para criticar al concepto, en varias ocasiones, recurriendo a tergiversaciones o interpretaciones forzadas acerca del contenido y alcance de la RDP. Es por eso que nos preguntamos: ¿por qué realizar comparaciones tendenciosas con la intervención humanitaria o definiciones erróneas de la RDP pudiendo limitarse a afirmar que los desastres estaban fuera de su alcance material, como surge claramente del DF?

No puede presumirse, evidentemente, que los miembros de la CDI ignoren el derecho internacional ni los desarrollos respecto de la RDP y que simplemente se hayan equivocado en sus apreciaciones. Las tergiversaciones fueron tan deliberadas como innecesarias, no solo porque –insistimos– el tópico no lo hacía pertinente, como claramente lo demostró el RE, sino porque –si se quería criticar el concepto– resultaba más sencillo y correcto negar que la RDP tuviera valor jurídico, como sí hicieron otros miembros.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 14.

⁹⁸ Parte de la doctrina, en línea con lo que sostuvieron algunos miembros de la CDI, considera que la RDP sigue ofreciendo un marco implícito para entender el proyecto (ALLAN, CRAIG y O'DONNELLY, THÉRÈSE: “A Call to Alms?: Natural Disasters, R2P, Duties of Cooperation and Uncharted Consequences”, *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 17, N°3 (2012), pp. 337-371). Por nuestra parte, pensamos que ciertas obligaciones estatales de proteger los derechos humanos de su población subyacen a ambos conceptos (en la misma línea, v. DAVIES, SARA E.: “A Responsibility to Protect Persons in the Event of Natural Disasters”, en DAVIES, SARA E. y GLANVILLE, LUKE (Ed.): *Protecting the Displaced. Deepening the Responsibility to Protect*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010, pp. 163-184).

En estas condiciones, no vemos otra alternativa que pensar que la finalidad de algunos miembros de la CDI era minar el desarrollo normativo de la RDP, no solo en este tema puntual, sino en toda su extensión. Como veremos a continuación, ese esfuerzo, aunque desplegado por una minoría, resultó exitoso.

3. LA RDP EN EL TÓPICO “CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD”: LA OPORTUNIDAD PERDIDA

Está fuera de toda discusión que los crímenes de lesa humanidad integran el ámbito de alcance material de la RDP. El propio DF lo menciona *cuatro veces* y ningún autor o Estado niegan que exista la responsabilidad estatal de proteger a su población de crímenes de lesa humanidad⁹⁹.

Sin embargo, la RDP estuvo prácticamente ausente en las discusiones del tema en la CDI, no solo del proyecto de artículos que elaboró y sus comentarios, sino de los debates mismos, lo que, *a priori*, resulta inexplicable.

La CDI decidió incluir el tema “Crímenes de lesa humanidad” en su programa de trabajo en 2014 y nombró RE a Sean D. Murphy. En ninguno de sus cuatro informes, el RE menciona expresamente la RDP¹⁰⁰, y las menciones en los debates fueron muy esporádicas.

En el debate de 2015, Kolodkin consideró que la obligación de prevenir los crímenes de lesa humanidad debía ser detallada más específicamente y que la disposición debía estipular que las medidas preventivas

⁹⁹ De hecho, una iniciativa doctrinaria sobre una propuesta de Convención sobre la Prevención y Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad en 2010 incluyó un estudio sobre la RDP, cuyas vinculaciones quedaron plasmadas parcialmente en el Proyecto. Al respecto, v. SADAT, LEILA NADYA: *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, Nueva York, 2011, y en especial, el capítulo de David Scheffer, “Crimes Against Humanity and the Responsibility to Protect” (pp. 305-322).

¹⁰⁰ Si bien los informes mencionan –sin analizar– el Artículo VIII de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio –de relevancia en el contexto de la RDP–, y se refiere a la competencia de los órganos de las Naciones Unidas para considerar cuestiones relativas a los crímenes de lesa humanidad en su tercer informe, jamás llamó a la RDP por su nombre ni vinculó dichas cuestiones con el concepto. Sobre las competencias del CS y la RDP en este contexto, v. DUBLER, ROBERT Y KALYK, MATTHEW: *Crimes against Humanity in the 21st Century. Law, Practice and Threats to International Peace and Security*, Brill, Leiden, 2018, pp.573-637.

debían ser tomadas de conformidad al derecho internacional. Tal lenguaje específico, opinó, no era superfluo a la luz de las discusiones sobre el uso de la fuerza, la intervención humanitaria y la RDP¹⁰¹.

Por su parte, Petric, desde una visión más favorable, consideró que aunque la RDP no es un concepto jurídico o una obligación, da a los Estados la autoridad para intervenir, sujeta a la aprobación del CS, para proteger a la población civil de otro país. Este concepto se había vuelto una realidad, con la intervención militar en Libia, lo cual planteaba la cuestión de si la obligación de prevenir los crímenes de lesa humanidad significaba la prevención exclusivamente interna o también en otros Estados¹⁰².

En el debate de 2016, Hassouna consideró que sería útil tratar la relación entre una convención sobre crímenes de lesa humanidad y el concepto de RDP¹⁰³. En similar sentido, Petric volvió a insistir en la cuestión al señalar que el consenso general, basado en la necesidad de prevenir y sancionar los crímenes de lesa humanidad también en el derecho internacional estableciendo la obligación de los Estados de penalizarlos en sus leyes nacionales y establecer jurisdicción sobre ellos, parecía estar cristalizándose. En ese contexto, agregó, el DF era digno de mencionarse, y también afirmó que existía una creciente práctica y *opinio iuris* en apoyo de la prevención y sanción de tales crímenes a nivel nacional e internacional, incluso en el contexto de la cooperación interestatal¹⁰⁴.

En 2017, la CDI aprobó en primera lectura su Proyecto de artículos, cuyo Art. 4 era relativo al deber de prevención. La única mención a la RDP aparece en el comentario a este artículo, y es indirecta:

*“En cuanto a las medidas específicas que deberá adoptar un Estado, en 2015 el Consejo de Derechos Humanos aprobó una resolución sobre la prevención del genocidio que aporta información sobre el tipo de medidas que se espera que se adopte para dar cumplimiento al artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Entre otras cosas, en la resolución: a) se reiteró **“la responsabilidad de cada Estado a título individual de proteger a su población contra el genocidio, lo que conlleva la prevención de este***

¹⁰¹ CDI: *Acta resumida de la 3257ª sesión*, documento A/CN.4/SR.3257, ONU, 2015, p. 6.

¹⁰² *Ibid.*, p. 10.

¹⁰³ CDI: *Acta resumida de la 3298ª sesión*, documento A/CN.4/SR.3298, ONU, 2016, p. 5.

¹⁰⁴ CDI: *Acta resumida de la 3300ª sesión*, documento A/CN.4/SR.3300, ONU, 2016, p. 11.

crimen, incluida la incitación a cometerlo, por los medios que sean apropiados y necesarios”... ”¹⁰⁵ (negrita añadida).

Es decir, solamente recuerda que el Consejo de Derechos Humanos se refirió a la RDP en una resolución sobre genocidio y no la menciona en el contexto específico de los crímenes de lesa humanidad, respecto de los cuales podría haber mencionado el DF.

Durante la segunda lectura del proyecto, en 2019, solo dos miembros se refirieron a la RDP. Petric consideró que se tenía que tomar debida cuenta de las implicancias del concepto de RDP en los comentarios, con relación a la cuestión de la prohibición del uso de la fuerza¹⁰⁶. Pero quien más insistió en el concepto fue Jalloh, quien señaló que debería quedar claro en el comentario al proyecto que la obligación de prevenir no solamente era un asunto interno, sino que podía aplicarse externamente, con relación a otros Estados, y quizás, pensó, debía incluirse alguna consideración acerca de las implicancias del DF y la doctrina emergente de la RDP para el deber proactivo de prevenir crímenes de lesa humanidad, como sugirió Sierra Leona¹⁰⁷ en sus observaciones¹⁰⁸. En esa línea, circuló una propuesta de modificación del comentario al proyecto de Art. 4, apuntada a reflejar esas sugerencias, relativas en particular a la RDP, dado que entendía que la obligación de tomar medidas para prevenir crímenes de lesa humanidad podía en el futuro entrañar medidas adicionales de parte de los Estados que fueran más allá de las discutidas en el comentario, advirtiendo que tales medidas debían tomarse en plena conformidad con el derecho internacional, incluyendo la Carta de las NU. En vista de las limitaciones de tiempo de la labor de la CDI, decidió retirar su propuesta, en el entendimiento de que el alcance de la obligación de prevenir, como fue adoptada por la CDI en segunda lectura, era sin perjuicio de las reglas existentes o futuras sobre la RDP¹⁰⁹.

¹⁰⁵ CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 69º período de sesiones*, documento A/72/10, ONU, 2017, p. 55, párr. 15.

¹⁰⁶ CDI: *Acta resumida de la 3457ª sesión*, documento A/CN.4/SR.3457, ONU, 2019, p. 9.

¹⁰⁷ Estado del que Charles Jalloh es nacional.

¹⁰⁸ CDI: *Acta resumida de la 3458ª sesión*, documento A/CN.4/SR.3458, ONU, 2019, p. 11.

¹⁰⁹ CDI: *Acta resumida de la 3499ª sesión*, documento A/CN.4/SR.3499, ONU, 2019, p. 3.

En el Proyecto aprobado en segunda lectura, la única mención a la RDP fue la referencia indirecta que ya se encontraba en el comentario al Art. 4, sin modificación alguna¹¹⁰.

De inmediato nos preguntamos qué pudo llevar a la CDI a ignorar prácticamente por completo a la RDP en el contexto de uno de los temas centrales que integran su ámbito material, no solo en el resultado final, sino en sus discusiones, sobre todo considerando que en el caso del tema de desastres, la discusión había sido amplia y se extendió por varios años.

Nos permitiremos esbozar una serie de factores que pudieron influir en este resultado, el que no dudamos en considerar como lamentable y un duro golpe al desarrollo normativo de la RDP. Estos factores son tanto internos como externos a la CDI.

El primero de ellos, de carácter interno, es la falta de mención al concepto por parte del RE. Es conocido que los relatores especiales son un verdadero motor de la labor de la CDI respecto de los temas que debe tratar y los ejemplos abundan en las siete décadas de historia del órgano. Esto significa que si el RE no propuso un enfoque que tuviera en cuenta la RDP, difícilmente se habría podido avanzar en la consideración del concepto en el contexto del tema; como vimos, incluso Valencia Ospina, no obstante su acercamiento cauto a la RDP, la había mencionado en su informe preliminar como una cuestión que debía ser examinada cuidadosamente, lo cual se hizo, y se llegó a la correcta conclusión de que no era pertinente en la protección de personas en caso de desastre. Sin embargo, Sean Murphy optó por no hacer ninguna referencia a la RDP –sin importar que esta vez sí fuera pertinente al tema¹¹¹–, muy probablemente debido a su propia posición escéptica respecto a la RDP, que parte de cierta identificación –errada a nuestro entender– con la intervención humanitaria, noción

¹¹⁰ CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 71° período de sesiones*, documento A/74/10, ONU, 2019, p. 62, párr. 9.

¹¹¹ Se hicieron llegar al Relator Especial algunas sugerencias en favor de la RDP, así como otros aspectos del proyecto, que mencionó en su cuarto informe, pero en ningún caso en referencia a la RDP (MORELLO, ROMINA, y PEZZANO, LUCIANO: *Recommendations for the draft articles for a Convention on Crimes Against Humanity*, Noviembre 2018. Inédito).

de la que es muy crítico¹¹². No obstante, esto no termina de explicar por qué omitió mencionarla, aclarando, en todo caso, por qué no la utilizaría.

Esto nos lleva a tener en cuenta un primer factor externo, que son las opiniones de los Estados, tanto en sus observaciones enviadas a la CDI como en los debates en la Sexta Comisión, en las que la RDP estuvo virtualmente ausente. Aquí es muy significativo que prácticamente ningún Estado favorable a la RDP la introdujera. Uno de los que sí la mencionó fueron los Estados Unidos, que si bien no se opone en la actualidad al concepto, ciertamente no se encuentra entre los principales promotores de la RDP. En sus observaciones escritas, se refirieron a la RDP, acompañado de una nota donde se citan los párrafos pertinentes del DF, y proponiendo que se incluya en el comentario al proyecto¹¹³. Solamente Sierra Leona se dedicó con profundidad a la cuestión, dedicando varios pasajes de sus observaciones a la RDP, en el contexto de la obligación de prevención y de la solución de controversias¹¹⁴, mencionando al DF y las resoluciones de la AG y del CS que invocaron la RDP¹¹⁵.

En la Sexta Comisión, solamente dos delegaciones se refirieron expresamente a la RDP en este contexto. En el 73º período de sesiones, el observador de la Santa Sede invocó los términos del DF y sostuvo que cuando la intervención diplomática no puede impedir la comisión de los crímenes de lesa humanidad, los autores deben rendir cuentas de sus actos y alentó a la CDI a que prosiguiera sus esfuerzos por elaborar una nueva convención mundial sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, que ayudaría a la comunidad internacional a cumplir su RDP a las poblaciones contra los crímenes de lesa humanidad mediante

¹¹² MURPHY, SEAN D.: “Criminalizing Humanitarian Intervention”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 41 (2009), pp. 341-377.

¹¹³ CDI: *Crímenes de lesa humanidad. Comentarios y observaciones adicionales recibidos de Gobiernos, organizaciones internacionales y otros interesados. Adición*, documento A/CN.4/726/Add.2, ONU, 2019, p. 11.

¹¹⁴ Se efectúa la misma crítica en MORELLO, ROMINA, y PEZZANO, LUCIANO: op. cit. V., en la misma línea, ZIMMERMANN, ANDREAS y BOOS, FELIX: “Bringing States to Justice for Crimes against Humanity. The Compromissory Clause in the International Law Commission Draft Convention on Crimes against Humanity”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 16 (2018), 835-855.

¹¹⁵ CDI: *Crímenes de lesa humanidad. Comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos, organizaciones internacionales y otros interesados*, documento A/CN.4/726, ONU, 2019, p. 31, 64-65 y 128.

la acción colectiva y diplomática¹¹⁶. En el 74º período de sesiones, y en consonancia con sus observaciones escritas, el representante de Sierra Leona se refirió a la necesidad de abrir un debate sobre el DF y la RDP¹¹⁷.

Como se advierte, ninguna delegación se opuso al concepto, pero la falta de un grupo considerable de Estados que promovieran su tratamiento en la CDI, marcó el destino de la RDP en el proyecto.

Esto es en sí mismo un problema, y nos lleva a un segundo factor externo a analizar, que es la pérdida general de fuerza del concepto, como consecuencia de la intervención en Libia —que culminó en un cambio de régimen y dejó al país sumido en el caos—, y el fracaso de invocar la RDP en Siria¹¹⁸. Esta circunstancia sin duda influyó tanto en los Estados como en los miembros de la CDI para pensar en no vincular un proyecto de codificación sobre una materia tan importante a un concepto indudablemente pertinente pero que estaba en un marcado declive en el campo político.

Finalmente, y lo que entendemos surge de las consideraciones aquí efectuadas, debemos señalar un segundo factor interno, y es la herencia de los debates en la CDI sobre el tema de desastres, en lo que consideramos como un esfuerzo de algunos miembros de minar la RDP mucho más allá del tópico que se estaba discutiendo, esfuerzo que terminó resultando exitoso.

En suma, si bien es claro que no se puede atribuir solamente a la CDI el fracaso de la RDP en su seno, tampoco puede soslayarse el papel que desempeñaron algunos de sus miembros en desacreditar el concepto.

4. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis que antecede revela una clara tendencia de la CDI a evitar que la RDP pueda filtrarse en los temas de su programa de trabajo. Si bien

¹¹⁶ AG: *Sexta Comisión, 73º período de sesiones. Acta resumida de la 28ª sesión*, documento A/C.6/73/SR.28, ONU, 2018, párr. 23-25.

¹¹⁷ AG, *Sexta Comisión, 74º período de sesiones. Acta resumida de la 27ª sesión*, documento A/C.6/74/SR.27, ONU, 2019, párr. 5.

¹¹⁸ Consideramos que estos factores llevaron a un período que denominamos “moderación y reflexión” de la RDP, el tercero de su desarrollo en las Naciones Unidas (PEZZANO, LUCIANO: op. cit., pp. 159-160). Sin embargo, todo parece indicar que ya hemos entrado en una cuarta etapa, tal vez de declive o resignificación del concepto.

esta fue una actitud prudente y correcta en el caso de la protección de personas en caso de desastre –único verdadero debate sobre el concepto en el órgano–, resultó totalmente inadmisibles en el caso de los crímenes de lesa humanidad, los que, no dejaremos de insistir, integran indiscutiblemente el ámbito material de la RDP. Es más, si los Estados Miembros de las NU, reunidos al más alto nivel en la Cumbre Mundial 2005, acordaron que los Estados tienen la RDP a su población de los crímenes de lesa humanidad, haciendo hincapié en la prevención, ¿cómo es posible que la RDP esté ausente en la discusión sobre el primer tratado internacional destinado precisamente a esa finalidad específica? Nos cuesta comprender el sentido de la actitud de la CDI en ese caso.

Tal vez debamos acordar con Pronto, cuando, en su temprano análisis sobre esta cuestión –anterior a muchas de las menciones a la RDP aquí reseñadas– adelantaba una posible razón para el comportamiento de la CDI al respecto: la CDI se ve a sí misma como “guardiana” del derecho internacional tradicional, desarrollado a lo largo de siglos de práctica, un derecho internacional estatocéntrico y basado, incluso en su forma contemporánea, en las nociones de soberanía y no intervención; desde esta perspectiva, el concepto de RDP es relativamente, un “recién llegado”, que no emergió del tradicional proceso legislativo, sino de una resolución de la AG, que no constituye una fuente del derecho¹¹⁹. Eso explica las constantes referencias de algunos miembros a que es solamente un concepto político sin contenido jurídico, o el escepticismo de los que ven solamente otro nombre para la intervención humanitaria.

El enfoque claramente conservador de algunos miembros de la CDI, y que fuera criticado por Pellet durante las discusiones sobre el tema de protección de personas en caso de desastre –en el que, paradójicamente, la actitud de la CDI reveló prudencia–, no es más que un reflejo del escaso interés de los Estados en desarrollar estructuras normativas que evolucionen hacia la protección de valores comunes de la comunidad internacional. De allí que el propio Pellet cuestione el carácter de la CDI como un órgano de expertos “independientes”¹²⁰, si en lugar de propender al desarrollo

¹¹⁹ PRONTO, ARNOLD N.: op. cit., p. 180.

¹²⁰ La posición crítica de Pellet con la CDI en general puede verse en PELLET, ALAIN: “The ILC Adrift? Some reflections from inside”, en POGACNIK, MIHA (Ed.): *Challenges of Contemporary International Law and International Relations. Liber Amicorum in Honour of Ernest Petric*, Evropska Prvana Fakulteta, 2011, pp. 299-312.

progresivo el derecho internacional, algunos miembros parecen más preocupados por no “incomodar” a los Estados con propuestas novedosas.

¿Qué sucedería, nos preguntamos, si la AG, siguiendo el mandato del DF de seguir examinando la RDP, solicitara la asistencia jurídica de la CDI? El panorama que ofrecen las discusiones que aquí reseñamos no es nada alentador para el desarrollo ulterior del concepto y, de continuar la tendencia, ese improbable caso podría significar el fin de la RDP.

Insistimos, no es posible atribuir a la CDI responsabilidad por la situación actual de la RDP. En todo caso, su conducta actual bien puede verse como una *consecuencia* de esa situación más que como una causa, pero eso no soslaya que las primeras críticas en el órgano son muy anteriores a la crisis del concepto. Así, la CDI nunca fue un lugar propicio para el desarrollo de la RDP, y ello se debió, como lo ilustran estas páginas, a un claro esfuerzo de parte de algunos miembros en minar el concepto.

Quienes aún creemos en el potencial de la RDP, no como norma jurídica, pero sí como un concepto marco sólidamente fundado en el derecho internacional, pensamos que la CDI puede tener mucho que aportar para su desarrollo si es que logra superar ciertas concepciones. Incluso quienes rechazan la denominada “intervención humanitaria” deberían ver la oportunidad de demostrar su ilicitud, abandonando identificaciones erróneas con la RDP y entendiéndola como una visión superadora de aquella, que solamente existe dentro de los límites de la Carta de las Naciones Unidas. Así, la CDI también ejercería, desde el marco de su competencia, su propia responsabilidad como órgano de las NU para ayudar a proteger a las poblaciones.

EL MODELO SOCIAL Y EL SEGUIMIENTO DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA SUDAMÉRICA – AVANCES Y RETROCESOS*

*Carla Saad***

Resumen: Tomando como punto de partida los preceptos del modelo social y su relevante influencia en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el trabajo aborda una conclusión respecto del seguimiento por la Comisión internacional sobre el resultado del compromiso asumido por los Estados partes de Sudamérica, sus avances y retrocesos.

Palabras clave: Derechos Humanos – Modelo social – Personas con discapacidad – CDPD.

Sumario: I. Introducción – II. Los modelos de la discapacidad- III. El modelo social y el seguimiento de la CDPD en Sudamérica, avances y retrocesos – IV. Conclusiones.

I.- INTRODUCCIÓN

Los Derechos Humanos de la población con discapacidad, en la moderna concepción, deben estar dirigidos a equilibrar el acceso al ejercicio pleno de sus derechos y oportunidades en una sociedad dentro de la cual puedan desarrollar libremente y con dignidad sus propios planes y proyectos de vida. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) es un tratado internacional de derechos huma-

* Artículo recibido el 25/8/2020 ~ aprobado para su publicación el 3/3/2021.

** Investigadora, Categorizada II, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Profesora de “Teorías del Conflicto y de la Decisión. Métodos de Resolución de Conflictos”, Secretaria de la Revista de la Facultad, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Email: carla-saad@derecho.unc.edu.ar.

nos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006¹. En la actualidad, tiene 164 Estados signatarios, 182 partes y cuenta con la ratificación de todos los países sudamericanos². Como consecuencia, los Estados partes deben presentar informes periódicos al *Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad* a fin de examinar sobre cómo se están aplicando los derechos consagrados en la Convención. El Comité examina cada informe y hace sugerencias y recomendaciones generales, remitiendo sus observaciones finales al Estado Parte interesado.

Nos proponemos en este trabajo acompañar las observaciones y recomendaciones del Comité como uno de los modos de monitorear la situación en Sudamérica, pretendiendo que las conclusiones sean orientadoras y quizás un punto de partida para repensar la construcción de acciones pero nunca sentencias definitivas sobre situaciones de los países en particular. Persiguiendo como perspectiva el ejercicio de los Derechos Humanos³ que, en la moderna concepción, deben estar dirigidos a concretar el acceso pleno de sus derechos y oportunidades, en una sociedad dentro de la cual puedan desarrollar libremente y con dignidad sus propios planes y proyectos de vida.

II.- LOS MODELOS DE LA DISCAPACIDAD

El constructo de leyes que comprenden la relación derechos- discapacidad responde necesariamente a modelos teóricos que fundamentan su conceptualización. Es que “discapacidad” es un concepto dinámico en permanente formación y puesto en tensión entre los propios actores. Son varios los modelos que se postulan, pero vamos a centrar nuestro análisis en tres: el “Modelo de prescindencia”, el “Modelo médico-rehabilitador”

¹ Se abrió a las firmas el 30 de marzo de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008 tras la ratificación del veintavo Estado parte.

² Para mayores datos ver https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en (búsqueda del 3 de marzo de 2021).

³ VICTORIA MALDONADO, JORGE. “El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, Madrid, 2013, p. 817.

y el “Modelo social”. En un interesante trabajo Pérez Dalmeda y Chhabra⁴ identifican a estos modelos como los “tradicionales”. Las autoras realizan una clasificación general desde dos perspectivas: la individualista y la social. En la perspectiva individualista, la discapacidad está explicada desde la afectación del individuo tanto por causas religiosas como por causas patológicas. En cambio, desde la perspectiva social se mueve el eje conceptual desde lo individual hacia la relación “persona con discapacidad-sociedad” y ésta clasificación será la clave que guiará nuestro análisis.

Como primera observación debo destacar que a lo largo del trabajo usaremos el término “personas con discapacidad” y no “personas en situación de discapacidad” atento que el análisis se centrará en las leyes que regulan sus derechos y que así se designan en los textos normativos.

El “Modelo de prescendencia” atribuía la discapacidad de las personas a causas religiosas, considerada como un defecto derivado de un castigo divino causado por un pecado. Algunos autores sostienen que el modelo tuvo dos etapas, la eugenésica donde la solución planteada era el exterminio y la de marginación cuando la doctrina religiosa inclina su eje hacia la caridad y la solución se encuentra en altos niveles de exclusión sometiendo a las personas a la marginación social y a su reclusión en hospicios.

El “Modelo médico-rehabilitador” es el paso de lo religioso a lo científico. Así, en el siglo XX, la relevancia de la teoría genética, los avances en la tecnología y el diagnóstico, y la fe en la ciencia y la medicina dieron reconocimiento y legitimidad al modelo médico de discapacidad⁵. La conceptualización de la discapacidad gira en torno a un sujeto biológico, enfermo e impedido, y será objetivo del modelo realizar los esfuerzos necesarios en torno a la normalización del sujeto, es decir, el punto de protección debía estar puesto en la rehabilitación que lleve al individuo a gozar –lo más próximo posible- de estándares preestablecidos científicamente como índices de normalidad. El objetivo pasó a ser, entonces, rehabilitar a las personas impedidas con independencia del origen de las deficiencias.

⁴ Desarrollado en el trabajo de PEREZ DALMEDA, MARÍA ESTHER- CHHABRA, GAGAN. “Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas”, *Revista Española de Discapacidad*, 7 (I), 2019, ps.7-27.

⁵ Ob.Cit., P. 10.

Tanto el modelo de prescindencia como el médico-rehabilitador, ponen el eje conceptual de la discapacidad en el individuo, las causas eran atribuidas al comportamiento o a la patología y, por lo tanto, las respuestas a esas causas eran también de origen individual, es decir tenemos un sujeto que debía ser “excluido-castigado” o “traído a la mayor normalidad posible” mediante su rehabilitación.

Como respuesta a estos modelos y con activa participación del colectivo, aparece en escena un nuevo enfoque superador, el llamado modelo social. Grupos activistas de Gran Bretaña y Estados Unidos se organizan contra la segregación sufrida por la aplicación de políticas orientadas en los modelos anteriores y sus logros se plasman en el modelo que considera que la discapacidad deja de ser un atributo del individuo para ser una construcción social, es decir una respuesta negativa de la sociedad que no incluye las diferencias humanas naturales. Este modelo, basado en la autonomía personal y la autodeterminación, tiene como meta compartida principal, la inclusión e igualdad de derechos⁶.

Las claves del modelo podemos resumirlas en:

- La persona en sociedad.
- Considerar la discapacidad como una construcción social
- Barrera social que puede ser eliminada.
- Autonomía personal.
- Respeto por la autodeterminación.
- Igualdad de oportunidades (igualdad material).

Entonces, la discapacidad sería un hecho social en que las características médicas y biológicas tienen importancia en la medida en que evidencian la incapacidad de la sociedad de dar respuesta a sus necesidades. Para Burchardt el modelo social rechaza la noción de funcionalidad normal ya que para entender la discapacidad no debe relacionarse el concepto a una noción predefinida de normalidad.

Sin dudas el modelo social significó un cambio de paradigma conceptual, de allí radica su importancia. Varios fueron los modelos que lo sucedieron pero –sin dudas- nacieron del impulso dado por éste, entre otros

⁶ LOPEZ BASTIAS, JOSÉ LUIS. “La conceptualización de la discapacidad a través de la historia: una mirada a través de la evolución normativa”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXIX, Número 273, Enero-Abril 2019, México, p.835.

podemos señalar el “Modelo de la diversidad”, nacido al calor del Foro de Vida Independiente (FVI) de España, que entiende a la discapacidad como parte de la diversidad humana. El eje teórico es la dignidad de las personas que pertenecen a la diversidad -en este caso- a la diversidad funcional. Dignidad que es inherente a todos los seres humanos y que no está vinculada a la capacidad. Sostiene Romañach⁷ que se descarta la utilización de la capacidad de las personas como eje conceptual de definición de colectivo, para convertirlo en una cuestión de dignidad; una dignidad que tiene dos vertientes: la dignidad intrínseca o moral que se sustenta en dar el mismo valor para todas las vidas de todos los seres humanos y la dignidad extrínseca o jurídica, que se obtiene al dar los mismos derechos y las mismas oportunidades a todas las personas. Otro es el de Brogna⁸, llamado “Modelo de la encrucijada” que tiene una mirada compleja sobre la concepción de la discapacidad. Su conceptualización depende de la conjunción de tres elementos que se interrelacionan: *Particularidad biológica y de conducta; *La organización política y económica y *la cultura y la normatividad de la sociedad en la que viven las PCD.

III. EL MODELO SOCIAL Y EL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS

El modelo social irrumpe y avanza con espíritu de inclusión en el marco del reconocimiento de los derechos humanos y esto se plasma normativamente en las diferentes convenciones, en especial en el año

⁷ Para profundizar sobre el modelo se puede consultar: ROMAÑACH CABRERO, JAVIER. “El Modelo de la Diversidad: una herramienta para la emancipación y la plena de ciudadanía de las personas con diversidad funcional (discapacidad)”, 2017, p.3 <http://www.ub.edu/demoment/jornadasfp2008/PDFs/4-diversidadfuncional.pdf> (búsqueda del 1 de junio de 2019), en coautoría con Agustina Palacios, “El modelo de la diversidad una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)”, *Intersticios: Revista sociológica de pensamiento crítico*, Vol. 2, N°. 2, 2008 (Ejemplar dedicado a: Encrucijadas y bifurcaciones), ps. 37-47; entre otras.

⁸ Para profundizar sobre el modelo se puede consultar: BROGNA, PATRICIA. “La discapacidad un obra escrita por los autores por los actores de reparto” el paradigma de la discapacidad: Realidad o Utopía en el nuevo escenario Latinoamericano (Tesis de maestría). Universidad Nacional Autónoma de México. 2006; “Protección de discapacidad: los aporte de la Convención”, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2468/11.pdf>, entre otros.

2006, en el marco de las Naciones Unidas (ONU), la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (CDPD) que instrumentaliza el cambio del modelo médico al modelo social, al reconocer a la discapacidad como una construcción social producida por la interacción entre la persona y las barreras sociales que impiden su desarrollo. Sin embargo, todavía los pasos firmes y positivos siguen repensando la terminología utilizada y su sentido en relación al modelo. Claro ejemplo de ello es la contradicción de la concepción del modelo social con el término “deficiencia” que la CDPD utiliza para describir a las personas que integran el colectivo como “aquellas que tengan deficiencias...”, término propio del modelo médico-rehabilitador centrado en la enfermedad.

Previo a la CDPD, en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA) nace la *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad* (CIPCD-1999). El enfoque de la convención interamericana está centrado en la protección contra todo acto de discriminación que sufran las personas con discapacidad. Poniendo el acento sobre “discriminación”, se conceptualiza la “discapacidad” como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. Y por “discriminación” contra las personas con discapacidad (art.I.2.) “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”. Aclara que no será discriminación: las medidas positivas que tome el estado en razón de la “integración” y desarrollo social de las PCD, con la condición que éstas no signifiquen una discriminación entre las personas del colectivo y que éstas no se vean obligadas a aceptar la distinción o preferencia.

La convención interamericana centraliza el objetivo de su regulación en el compromiso de los Estados firmantes para adoptar medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la inclusión en varios aspectos de la vida de la persona, siendo un precedente valioso de la CDPD.

Ambos enfoques están dados sobre el modelo social, sin embargo pensamos que la convención internacional es un avance sobre la convención americana, ya que la primera reconoce una persona sujeto de derechos humanos, en amplio reconocimiento de derechos, autonomía y decisión, mientras que la americana dictada en el seno de la OEA tiene como bien jurídico protegido también la interacción persona-sociedad pero con foco en las acciones discriminatorias. Sticca⁹ destaca que es posible distinguir entre los casos resueltos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) antes de la entrada en vigencia de la CIPCD y los casos resueltos luego de la vigencia de CDPD, permitiéndole afirmar que la entrada en vigor de la Convención Internacional implicó un cambio en el abordaje de la temática a nivel regional.

¿Qué impacto tienen las convenciones en los sistemas normativos internos? ¿Cuáles son sus avances? ¿sus retrocesos?

Como expresamos anteriormente, el órgano de control convencional en el ámbito de la ONU es el *Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* que realiza un seguimiento de la CDPD y el control sus objetivos a través de los informes que presentan los estados y las organizaciones de la sociedad civil que acreditan tal posibilidad, según las fechas programadas para cada país. Puestos los informes para el análisis, el Comité redacta un documento sobre observaciones y recomendaciones dirigidas al país presentante¹⁰.

Debemos en estos momentos hacer una aclaración, el problema que representa plantear un análisis desde esta perspectiva es la correlación entre los tiempos de la producción de los informes finales según el procedimiento establecido en la CDPD y los avances legislativos que puedan producirse en cada país. Sin embargo, nos parece de utilidad este acercamiento ya

⁹ STICCA, ALEJANDRA. “Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Un tema prioritario en la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad*, Vol. XI. Nro.1, Nueva Serie II (2020), p. 137.

¹⁰ Recordemos que el Comité de los derechos de las personas con discapacidad es el órgano de expertos independientes que interpreta y supervisa la aplicación de la Convención. El Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. También le agrega como mandato, la realización de investigaciones en el caso de pruebas fehacientes de violaciones graves y sistemáticas de la Convención <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/crpd/Pages/CRPDindex.aspx> (18 de agosto de 2020).

que las observaciones realizadas por el Comité, que están orientadas a facilitar la interpretación, aplicación y protección de los derechos de la Convención, son directrices a la hora de analizar un sistema normativo en un momento determinado. Con base en los informes del Comité de cinco países, a nuestro parecer, representativos de Sudamérica: Brasil¹¹, Colombia¹², Chile¹³, Perú¹⁴ y Argentina¹⁵ (2012), hemos elegido para el análisis los tópicos relativos a armonización normativa, construcción de políticas públicas, igualdad y no discriminación, mujeres con discapacidad, toma de conciencia, accesibilidad, situaciones de riesgo y emergencias humanitarias, reconocimiento de la capacidad, acceso a la justicia, educación, trabajo y empleo, datos estadísticos y observamos que presentan las siguientes problemáticas en común:

Frente al cumplimiento del compromiso asumido respecto de la armonización de la normativa interna de los países con relación a la CDPD:

Se observa ausencia de una estrategia de armonización legislativa de los sistemas normativo internos con la Convención sobre los derechos de las PCD, con distintos grados de problemáticas, marcando la persistencia del “modelo médico” en las legislaciones internas de los países. En el caso

¹¹ CRPD/C/BRA/CO/1, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Brasil*, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU), 29 de septiembre de 2015, último informe publicado a la fecha.

¹² CRPD/C/COL/CO/1, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia*, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU), 30 de septiembre de 2016, último informe publicado a la fecha.

¹³ CRPD/C/CHI/CO/1, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile*, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU), 13 de abril de 2016, último informe publicado a la fecha.

¹⁴ CRPD/C/PER/CO/1, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Perú*, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU), 16 de mayo de 2012, último informe publicado a la fecha.

¹⁵ CRPD/C/ARG/CO/1, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina*, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU), 19 de octubre de 2012, último informe publicado a la fecha. Es importante destacar que Argentina, tanto Estado y Organizaciones acreditadas, presentaron informes respectivo en cumplimiento de un nuevo período, sin haberse publicado a la fecha las Observaciones finales del Comité para el período.

de Chile, Colombia (nosotros sumamos a Argentina¹⁶) se destaca que aún conviven en las leyes el uso de términos peyorativos (invalidez, incapaces, dementes). Dichas adecuaciones también competen a las Constituciones políticas de los países, como es el caso de Chile.

También nos parece importante destacar la falta de adecuación de la definición con la CDPD. Si bien es un punto destacado en las Observaciones realizadas a Chile y Perú, pensamos que es importante repensar el tópico a la hora de analizar los sistemas normativos y su coherencia en cada legislación nacional.

- Respecto de la construcción y armonización de políticas públicas:

Se observa falta de consulta a personas con discapacidad para la adopción de políticas públicas que las afectan. Así también una falta de seguimiento y evaluación periódica del cumplimiento de políticas y programas dirigidos al colectivo.

Las recomendaciones del Comité son adoptar mecanismos vinculantes de consulta permanente a PCD en general en todos los países, destacándose distintos grados de incumplimiento según el país y prestar especial interés por parte del Estado en la elaboración de políticas públicas para personas con discapacidad pertenecientes a grupos de indígenas y de minorías, en particular mujeres y niños que viven en zonas rurales o remotas, así como los afrodescendientes¹⁷ (múltiples formas de discriminación).

Observa el Comité una gran complejidad burocrática y costosa para concretar la participación efectiva (mecanismos de consulta) de organizaciones de personas con discapacidad en la construcción de políticas públicas.

- Respecto de los principios de igualdad y no discriminación:

Esta dimensión forma parte de los principios de la convención. Coincidimos con Palacios en considerarlos como un faro y un parámetro a tener en cuenta tanto al momento de interpretar, como de aplicar la

¹⁶ Para ampliar respecto de nuestra postura ver SAAD, CARLA- MINI, EMMA. “Consideraciones sobre el impacto de los derechos fundamentales en los derechos de las relaciones de dependencia de los trabajadores con discapacidad”, *Anuario CIJS* en <https://derecho.unc.edu.ar/anuarios-del-c-i-j-s/>; SAAD, CARLA - “Una cuestión de Derechos Humanos: Acceso al trabajo de personas con discapacidad”, *Revista de la Facultad*, Facultad de Derecho, UNC <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/24422>

¹⁷ CRPD/C/BRA/CO/1, P.2; CRPD/C/PER/CO/1, P. 2.

CDPD¹⁸ ya que a pesar que se plasman en el artículo 5 de la Convención, sus fundamentos siguen de modo transversal a lo largo del articulado al momento de garantizar cada derecho sustantivo que la misma protege¹⁹.

Las recomendaciones coinciden en la necesidad de incluir en las legislaciones nacionales normativas que reconozcan como forma de discriminación la denegación de ajustes razonables en todas las esferas de la vida de las personas con discapacidad y, en el caso de Colombia²⁰, se insta al país a reconocer las dimensiones múltiples e interseccionales de discriminación.

Hace resalto la Comisión en la falta de medidas de lucha contra la discriminación de las personas indígenas y afrodescendientes con discapacidad. Menciona en las Observaciones del Estado de Brasil²¹ un alto grado de aislamiento de las comunidades indígenas en condiciones de exclusión extrema.

- Accesibilidad

La accesibilidad es otra parte medular de la Convención, pensada como una condición de acceso a los derechos e incluida como un principio en el artículo 3. En términos de la Convención, la accesibilidad, artículo 9, se define como un instrumento a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones con los demás.

Creemos que como primer paso los desafíos que se plantean los Estados y la comunidad en general, entorno a la accesibilidad son respecto de las barreras arquitectónicas (edificios, transporte y otras instalaciones exteriores e interiores) y comunicacionales. En este aspecto, la Comisión realizó varias observaciones:

¹⁸ PALACIOS, AGUSTINA. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008, P. 274 y ss.

¹⁹ PALACIOS, AGUSTINA-FERNANDEZ, SILVIA-IGLESIAS, MARÍA GRACIELA. *Situaciones de discapacidad y Derechos Humanos*, 1era Edición, La Ley, CABA, 2020, P.26.

²⁰ CRPD/C/COL/CO/1, P.3.

²¹ CRPD/C/BRA/CO/1, P. 2.

La necesidad de incluir la variable accesibilidad en el transporte, las edificaciones e instalaciones públicas, la información y la comunicación tanto en ciudades como en las áreas rurales, con plazos concretos y sanciones por incumplimiento. Como recomendación importante en torno a analizar el alcance de la obligatoriedad de la Convención, se destaca el mandato a los Estados de velar porque las entidades privadas se sumen a las acciones sobre accesibilidad en sus entornos. Otra Recomendación importante es la que se realiza en el documento a Colombia²². Se solicita al Estado que incluya la accesibilidad como requisito vinculante en la concesión de licencias para la prestación de servicios y bienes públicos.

Si bien prevalecen en los informes las observaciones y recomendaciones orientadas al cumplimiento de la accesibilidad arquitectónica, en el caso de Argentina²³ se avanza ampliando el sentido de la accesibilidad y se recomienda que el Estado vele por que las entidades privadas tengan debidamente en cuenta todos los aspectos relacionados con la accesibilidad de las personas con discapacidad.

El concepto de accesibilidad es más amplio que solo considerar su aspecto físico, o lo que es decir, la adaptabilidad de los entornos físicos y así lo prescribe el artículo 9²⁴ de la Convención, entonces será motivo

²² CRPD/C/COL/CO/1, P.5.

²³ CRPD/C/ARG/CO/1, P.4.

²⁴ CDPC, artículo 9, Accesibilidad. 1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo; b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia. 2. Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para: a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público; b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad; c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan

de próximos controles del Comité los avances que los Estados concreten en sus sistemas normativos.

- Respeto de los derechos de las mujeres con discapacidad:

La CDPD reconoce, en el artículo 6, las múltiples formas de discriminación a las que están sometidas las mujeres con discapacidad por esto, los Estados partes se obligan a tomar medidas que aseguren el pleno desarrollo, adelanto y potenciación con el propósito de garantizarle el ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales.

En este sentido, las observaciones realizadas por la Comisión se ajustan a dos tópicos: perspectiva y violencia de género.

Con relación a la perspectiva, se destaca la falta de inclusión de la dimensión de la discapacidad en políticas de género que afecta directamente a las mujeres con discapacidad.

Con relación a la violencia, se recomienda a los Estados tomar medidas para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres y niñas con discapacidad, subrayando en las Observaciones del Brasil²⁵ que el Estado no dispone de estrategias para garantizar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de las mujeres con discapacidad.

- Respeto de las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias.

La situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad se acrecienta frente a hechos imprevistos que multiplican las situaciones de riesgo para la población en general. Preservar los derechos en emergencia humanitarias ha sido una de las preocupaciones a la hora de construir la

las personas con discapacidad; d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión; e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público; f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información; g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet; h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo.

²⁵ CRPD/C/BRA/CO/1, P. 3.

CDPD, reflejada en el desarrollo del artículo 11. De los países que analizamos son Chile²⁶ y Colombia²⁷ son los que recibieron algunas Observaciones en relación a dos situaciones particulares en esos países, en Chile por sus fenómenos geológicos y en Colombia debido a su situación social.

De las recomendaciones realizadas por la Comisión encontramos dos importantes puntos: a) La necesaria realización de manuales y guías prácticas para el apoyo de las personas con discapacidad en situaciones desastres (posibles terremoto y maremotos), sumado a realizar una capacitación permanente al personal de protección civil en materia de derechos humanos de las personas con discapacidad, en el caso de Chile, y b) la necesaria inclusión del enfoque de la discapacidad en todos los programas de asistencia y reparación de víctimas y en consulta con las propias víctimas con discapacidad y las organizaciones que las representan, en el caso de Colombia.

Más allá de las observaciones realizadas a los países en particular, el Comité refuerza su función de seguimiento de la Convención ejecutando distintas actividades. En la actualidad, atravesados por la pandemia de COVID-19, se realiza una importante *Declaración Conjunta: Personas con Discapacidad y COVID-19 por el Presidente del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en representación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad*²⁸ recordando que: el artículo 11 de la CDPD establece que los Estados partes tomarán todas las medidas posibles para garantizar la protección y seguridad de las personas con discapacidad en la respuesta nacional a situaciones de riesgo y emergencias humanitarias. Esto comprende medidas en todas las áreas de la vida de las personas con discapacidad, incluida la protección de su acceso al más alto nivel posible de salud sin discriminación, bienestar general y prevención de enferme-

²⁶ CRPC/C/CHL/CO/1, P.4.

²⁷ CRPC/C/COL/CO/1, P. 5.

²⁸ “Declaración Conjunta: Personas con Discapacidad y COVID-19 por el Presidente del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en representación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad”, <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25765&LangID=S>, (búsqueda del 19 de agosto de 2020).

dades infecciosas, medidas para garantizar la protección contra actitudes negativas, aislamiento y estigmatización que pueden surgir en medio de la crisis. En este importante documento, entre otras exhortaciones, se pide a los Estados parte acelerar las medidas de desinstitucionalización de las personas con discapacidad de todo tipo de instituciones por los elevados riesgos de contagios que trae aparejado el encierro, como también garantizar el acceso de las personas con discapacidad a los servicios de salud y proporcionarles la misma variedad, calidad y nivel de atención médica que se brinda a otras personas.

Si bien el análisis que proponemos tiene fuente documental previa al momento histórico en que se está desarrollando la pandemia COVID-19, parece importante la mención en este contexto ya que nos ayuda a comprender el espíritu integral de una Convención, que intentar proteger todos los supuestos que pueden dar origen a una vulneración de derechos.

- Reconocimiento de la capacidad.

Grandes aportes conceptuales brinda el modelo social para comprender el cambio de paradigma que realiza la CDPD respecto de reconocer la capacidad de las personas. Anteriormente, a la hora de exponer nuestra consideración sobre los fundamentos del modelo, sostuvimos que son conceptos fundantes del mismo la autonomía y autodeterminación de las personas con discapacidad. En ese razonamiento cobra especial relevancia el tratamiento de la capacidad jurídica en los sistemas normativos internos. Quizás, a modo de comentario, sea una de las rémoras del modelo médico en las legislaciones internas de los Estados, la forma de limitar o sustituir la capacidad jurídica de personas adultas.

El artículo 12 de la Convención adopta el sistema de apoyo en la toma de decisiones²⁹ y hay mucho por comentar sobre este tema pero nuestro

²⁹ En este sentido, Palacios opina que el texto definitivo del artículo 12 de la Convención ha quedado redactado incorporando, sin dudas, el modelo de apoyo en la toma de decisiones, que junto con los principios de autonomía, dignidad e igualdad y el artículo que recepta el derecho a vivir de forma independiente, plasman el modelo social de discapacidad en un aspecto central de la vida de las personas: como es la de ser partícipes, al igual que el resto de la humanidad, de las decisiones que atañen al destino de sus propias vidas. PALACIOS, AGUSTINA – FERNANDEZ, SILVIA- IGLESIAS, MARÍA GRACIELA. Ob.cit., P. 235.

trabajo nos limita a centrar el análisis en las Observaciones y Recomendaciones de los países elegidos. En ese sentido, la Comisión recomienda:

La derogación de toda legislación que limite total o parcialmente la capacidad jurídica de personas adultas³⁰ y adoptar modelos de toma de decisiones con apoyos, que respete la autonomía, la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad.

En algunos países se observan limitaciones particulares respecto de la negativa al ejercicio del derecho al consentimiento informado, tratamientos médicos o intervenciones a pesar de estar regulados en leyes particulares³¹; y en no reconocer capacidad para contraer matrimonio a las personas sordomudas, sordociegas y ciegomudas, con discapacidad mental o deterioro mental³².

- Respeto del trabajo y empleo.

Hemos dicho³³ que reconocer que el colectivo integrado por personas con discapacidad es uno de los severamente afectados en su inclusión al mercado laboral no es un problema nuevo. Ya en el 2015 un informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) advertía que las personas con discapacidad representaban por entonces, aproximadamente, un

³⁰ Posterior al documento que analizamos, Argentina reforma el Código Civil y Comercial en el año 2014. Con el régimen anterior una persona era capaz o absolutamente incapaz sustituyéndose su voluntad mediante un tutor o un curador. Actualmente, el artículo postula la capacidad de las personas como regla general y solo en casos justificados su restricción. Así adopta el sistema de capacidad restringida con apoyos, regulada en la Sección 3ª (artículos 31 a 50) del CCCN. Previo a su sanción, el Comité en la expresó su preocupación por “las inconsistencias contenidas en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial con la Convención, ya que conserva la figura de la interdicción judicial y deja a total discreción del juez la decisión de designar un curador o de determinar los apoyos necesarios para la toma de decisiones de las personas con discapacidad” e instó “al Estado parte a que el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial elimine la figura de la interdicción judicial y que garantice en dicho proceso de revisión la participación efectiva de las organizaciones de personas con discapacidad”, CRPD/C/ARG/CO/1, P.4.

³¹ CRPC/C/CHL/CO/1, P.6.

³² CRPD/C/PER/CO/1, P. 5.

³³ SAAD, CARLA –MINI, EMMA. “Discapacidad, economía y estrategias legales como modo de inclusión de las PCD en el mercado de trabajo”, *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dykinson S.L., Madrid, ps. 96.

15% de la población mundial³⁴. Alrededor del 80% estaban en edad de trabajar y sin embargo tenían menos probabilidades que el resto de tener un empleo a tiempo completo y hasta el doble de probabilidades de estar desempleados. En este apremiante contexto, quizás hoy aún más negativo debido a las consecuencias económicas de la pandemia, adecuar las políticas públicas internas a las directivas que impone la Convención se percibe como urgente.

La dimensión trabajo está abordada en especial en el artículo 27 de la Convención. Esta es una dimensión que tiene eje en el derecho al trabajo, el trabajo autónomo y en el trabajo dependiente (empleo público o privado). Las directivas del artículo 27 se refieren al reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad a trabajar (derecho al trabajo). Tomando los presupuestos del modelo social, refuerza la idea de autonomía cuando prescribe que el trabajo debe ser “libremente elegido o aceptado”, en entornos accesibles, superando las barreras sociales y con ajustes razonables. Respecto de la armonización de las legislaciones laborales de los Estados partes, el artículo alude a directivas particulares como la prohibición de discriminación en todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, asegurar el ejercicio de derechos laborales y sindicales en igualdad de condiciones y oportunidad respecto de los demás trabajadores, asegurar el acceso efectivo a programas generales de apoyo, promover condiciones para el empleo privado, público y por cuenta propia. Repudiando también el sometimiento de las personas con discapacidad a trabajo esclavo, forzoso u obligatorio.

De las Observaciones realizadas por el Comité a los países analizados, nótese en contextos previos a la pandemia, se marcó el efecto adverso de la pobreza y de pobreza extrema recomendando construir un desarrollo socioeconómico incluyente de las personas con discapacidad. En consecuencia, resulta la necesidad de acelerar legislaciones que adopten estrategias para lograr empleo productivo y decente de las personas con discapacidad con igualdad de derechos³⁵, elaborar estrategias intersectoriales para su incorporación al mercado laboral abierto, en especial medidas para las mujeres con discapacidad³⁶. En definitiva, establecer políticas públicas que

³⁴ www.ilo.org/disability

³⁵ CRPC/C/CHL/CO/1, pág 8.

³⁶ CRPD/C/BRA/CO/1, P. 7; CRPD/C/ARG/CO/1, P. 7.

eliminen las barreras culturales y prejuicios que obstaculizan el acceso de las personas con discapacidad, en el sector privado y público con implementación de ajustes razonables para las personas que así lo requieran³⁷.

- Respecto de la Toma de conciencia.

La mirada de la discapacidad nos impone un cambio cultural, repensar la mirada del otro y en este camino la Convención impulsa la promoción de derechos, el trato no discriminatorio favoreciendo la participación social activa de las personas con discapacidad.

De las Observaciones del Comité surgen recomendaciones dirigidas a los medios de comunicación con el objetivo de combatir los estereotipos y la discriminación, adoptar medidas proactivas e impulsar campañas públicas de promoción de derechos y no como objetivos de caridad. Pero, además, la Comisión marca la necesidad de implementar programas de conciencia y capacitación dirigidos a funcionarios públicos, operadores de justicia, personal policial, defensa civil siempre en estrecha relación con organizaciones de personas con discapacidad. Es interesante destacar el requerimiento del Comité en torno a la eliminación de estereotipos esté dirigido a centrar la mirada en la dignidad, la capacidad y las aportaciones a la sociedad de las personas con discapacidad³⁸, conceptos propios del modelo social.

- Respecto de la recolección de datos estadísticos.

La Convención reconoce la importancia de contar con datos estadísticos con el fin que los Estados parte orienten y evalúen sus políticas públicas, como también reconoce que serán de utilidad para el seguimiento del cumplimiento de la CDPD. Estos instrumentos presentan algunas particularidades que intentan ser zanjadas con los acuerdos de los Estados en cuanto a la metodología a aplicar, expresados en el artículo 31 de la CDPD.

³⁷ CRPD/C/ARG/CO/1 Observación y recomendación ratificada en el informe general de DH del 2017. Una de los métodos de acceso laboral es el llamado “cupos” o “sistema de cuotas”. La Comisión observo la falta de cumplimiento de las normativas en países que lo disponen para el ingreso al sector público (ej. Argentina) como en países donde también incluyen al sector privado (ej. Brasil).

³⁸ CRPD/C/PER/CO/1, P. 4.

Con relación a este punto, la Comisión observa la falta de realización de estadísticas nacionales que permitan concretar los objetivos de la Convención. Entonces, se recomienda impulsar la recopilación y actualización de datos y estadísticas acerca de personas con discapacidad sobre la base del modelo de derechos humanos, con participación en la construcción de personas con discapacidad, desglosado por edad, sexo, tipo de deficiencia, pertenencia étnica y localización geográfica, residencia o institucionalización, casos por discriminación o violencia³⁹.

También recomienda mejorar la recopilación de datos para contar con estadísticas claras sobre personas con discapacidad pertenecientes a grupos de indígenas y de minorías. La inclusión de información sistemática sobre niños y niñas con discapacidad y adoptar medidas para prevenir el abandono, el maltrato y la institucionalización.

IV. CONCLUSIONES

Un avance significativo es la ratificación por parte de los Estados de la Convención y el Protocolo Facultativo, como también el cumplimiento en la realización de los informes tanto de los Estados como de las organizaciones intermedias. Una reflexión con relación al alcance de nuestro análisis ¿Podemos pensar que el análisis está circunscripto en tiempo y espacio a sus documentos fuentes? Parece una conclusión obvia en el

³⁹ Posterior a las Observaciones realizadas a Argentina, se publica en el año 2018 un “Estudio Nacional sobre el perfil de las personas con discapacidad” realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INDEC. Se realizó sobre localidades urbanas de 5000 y más habitantes de todo el territorio nacional, sobre 41.000 viviendas particulares mediante la metodología de entrevista directa. Se tomó la metodología realizada por el Grupo de Washington. Según el informe existen 3.571.983 personas con algún tipo de limitación física o intelectual, lo que implica que más del 25% de los hogares tiene, al menos, a un integrante en esa condición. El grupo representa un 10% de la población total de 6 años en adelante. El 17% está en edad de trabajar. La tasa de empleo de esa población es del 32,2%. Del segmento que pudo ingresar al mundo laboral, el 49,4% son empleados, el 40,5% trabaja por cuenta propia, 6,8% en el ámbito doméstico y 3,3% es empleador y del total sólo el 25,8% son mujeres. También se destaca que el 66% se desempeña en el sector privado y el 34% en el público. Del análisis desarrollado por la Prof. Emma Mini para la clase “Inclusión y Trabajo decente. Estrategias normativas en el campo del trabajo remunerado”, Facultad de Ciencias Sociales, UNC, Córdoba- Argentina 2019.

marco del trabajo pero podemos intentar otra respuesta añadiendo como fuente las Observaciones generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas⁴⁰, que nos servirán para completar nuestras conclusiones y cuyo análisis conjunto nos acerca a comprender el estado de situación en Sudamérica.

Con lo dicho hasta aquí podemos señalar puntos en común respecto de las observaciones y recomendaciones realizadas por el Comité a Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú que nos proyectan a Sudamérica, todas con base en el control del cumplimiento de la Convención y en relación directa a los fundamentos del modelo social, es decir, a las claves que habíamos resumido en: Considerar la persona en sociedad, considerar la discapacidad como una construcción social- Barrera social que puede ser eliminada, respeto por la autonomía personal, respeto por la autodeterminación e igualdad de oportunidades (igualdad material).

Podemos afirmar que para Sudamérica, la falta de armonización de los sistemas normativos internos con los postulados de la CDPD es el primero de los problemas. De allí pueden derivarse también una crítica hacia la falta de políticas públicas sustentadas en el modelo social y la Convención, revelando también la carente participación de los actores directos y de las organizaciones que los representan. Participación pensada en términos vinculantes y de la mayor representatividad de su colectivo que, a través de las organizaciones, incluyan mujeres, niñas y niños con discapacidad⁴¹.

⁴⁰ Son siete las Observaciones Generales realizadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas. Estas son: Observación General núm. 1 (2014) sobre el Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, Observación general núm. 2 (2014) sobre el Artículo 9: Accesibilidad, Observación general núm. 3 (2016) sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva, Observación general núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación y Observación general núm. 7 (2018) sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención. <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/crpd/Pages/CRPDindex.aspx> (búsqueda del 20 de agosto de 2020).

⁴¹ El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad mediante la Observación general núm. 3 (2016) resalta los desafíos constantes que deben sortear los Estados partes para garantizar a las mujeres y niñas con discapacidad el pleno disfrute de todos sus derechos sin discriminación y en igualdad de condiciones que los demás.

Faltan también acciones y normativas que concreten el principio de accesibilidad, concebido como otro principio derivado del modelo social, presupuesto que lleva recomendación a todos los países. La Observación general núm.1⁴² nos ayuda a reforzar la idea de una accesibilidad que supere las barreras arquitectónicas ya que a pesar de revestir suma importancia, se carece de proyección integral pensando a la accesibilidad en sus múltiples dimensiones y teniendo en cuenta la diversidad, género, edad y tipo de discapacidad.

En mayor parte se siguen sosteniendo sistemas de sustitución de la capacidad de las personas en regímenes normativos internos, cuestión que no es excepción al considerar la casi totalidad de los Estados partes. La Observación General núm.1⁴³ atribuye esta situación a que hay cierto malentendido respecto del alcance del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos, implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutivas a otro que se base en el apoyo para tomarlas.

Respecto de la dimensión discriminación, se recomienda incorporar también en las leyes generales y específicas sobre igualdad de oportunidades e igualdad y participación, una figura propia como prohibición de discriminación por motivo de discapacidad. Se insta a derogar leyes y reglamentos discriminatorios, modificar prácticas y usos en ese sentido. La reciente Observación general núm.6⁴⁴ recomienda la elaboración de leyes contra la discriminación cuando no existan y promulgar leyes con amplio alcance personal y material que ofrezcan recursos jurídicos efectivos.

Marcamos algunos retrocesos y quizás retroceso no sea la palabra adecuada, es que conviven en los sistemas normativos leyes que responden a diferentes modelos, en especial esa transición que parece no terminar

Insta a la participación, a través de sus organizaciones representativas, en la elaboración, aplicación y seguimiento de todos los programas que repercuten en sus vidas.

⁴² Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ONU. Observación general núm. 2 (2014) sobre el Artículo 9: Accesibilidad, P. 9/10.

⁴³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ONU. Observación General núm. 1 (2014) sobre el Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, P.1.

⁴⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ONU. Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación, P. 20.

entre el modelo médico y el modelo social. En este sentido podemos hablar de retroceso, sistemas legales parcializados, rompecabezas que no terminan de responder a un modelo y que, en definitiva revelan que aún queda mucho por hacer.

TRATADOS SUCESIVOS SOBRE UNA MISMA MATERIA –SOLUCIONES BRINDADAS POR EL ARTÍCULO 30 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS*

*María Alejandra Sticca***

Resumen: El objetivo de esta contribución es analizar las distintas soluciones brindadas por el artículo 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Artículo controvertido y que genera dificultades al aplicar tratados sobre una misma materia celebrados en distintos tiempos por los mismos o diferentes Estados.

Palabras clave: Tratados sucesivos - Convención de Viena - artículo 30

Sumario: I – Introducción; II – Antecedentes del artículo 30; III - Análisis del artículo 30; IV - Conclusión

I- INTRODUCCIÓN¹

El derecho internacional público es un orden legal fragmentado donde las posibilidades de contradicciones y la necesidad de reglas para resolver los conflictos son altas. Los tratados que se encuentran en colisión no son un fenómeno nuevo, pero el incremento del número de tratados complejizó la situación.

* Artículo recibido el 30/7/2020 ~ aprobado para su publicación el 23/3/2021.

** Doctora en Derecho y Cs. Sociales (UNC) – Mg. en Cooperación Internacional al Desarrollo y Acción Humanitaria - Abogada - Lic. en Relaciones Internacionales – Prof. Titular por concurso Cát. “A” de *Derecho Internacional Público* en la Facultad de Derecho (UNC). Miembro del Instituto de Derecho Internacional y de la Integración de la Academia de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. Miembro Titular de la AADI. Miembro asociado IHLADI Email: masticca@derecho.unc.edu.ar

¹ Lo desarrollado en esta contribución fue expuesto y discutido en sesión de trabajo del Instituto de Derecho Internacional y de la Integración de la Academia de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, cuyo tema de trabajo anual fue “*La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a 50 años de su aprobación*”.

Se deben establecer reglas que resuelvan los conflictos entre tratados, porque ello trae certeza y además contribuye a la observancia de los tratados.

Hay reglas y principios que son teóricamente aplicables. Los más importantes de estos principios jerárquicos son ley posterior, ley anterior y ley especial. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante la CV69) no incorporó a todas ellas, ley anterior y ley especial no fueron codificadas.

La aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia se encuentra legislada por el artículo 30, disposición que resulta de necesario análisis, teniendo en cuenta que involucra materias importantes como responsabilidad, interpretación e incluso modificación o enmiendas a los tratados que se encuentra contemplados en otros artículos de la Convención².

La estructura de este artículo sigue un patrón lógico, ya que afirma en primer lugar la primacía del artículo 103³ de la Carta de Naciones Unidas.

² Sobre este tema se pueden consultar *i.a.* DÖRR, O. SCHMALENBACH, K. *Vienna Convention on the Law of the treaties. A Commentary*, Second Edition, 2018, pp. 541-555; LÓPEZ MARTIN, A.G. “Conflicto entre tratados. ¿Tempestad o calma en el Derecho del Mar?”, en Foro Nueva Época, núm. 3/2006, 241-278; LÓPEZ MARTIN, A.G. “Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Análisis del artículo 30 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados”, en Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI), 2017 – 10, pp. 51-84; DE LA GUARDIA, E. *Derecho de los Tratados Internacionales*, Edit. Abaco de R. Depalma, 1997, pp. 206 – 216; REUTER, P. *Introducción al derecho de los tratados*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pp. 157-159; ROUSSEAU, C. ‘De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l’ordre international’, *39RGDIP*(1932) págs. 133-192; JENKS, W. “El conflicto de los tratados *LEGISLATIVOS*”, *30BYIL*(1953) pp. 401–453; LECA, J. *Las técnicas de revisión de convenciones internacionales*(París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1961); DAHL, KN, ‘La aplicación de tratados sucesivos que tratan el mismo tema’, *17Indian Yearbook of International Affairs*(1974) pp.279-318; VIERDAG, E.W. ‘El momento de la conclusión de un tratado multilateral: artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y disposiciones conexas’, *59BYIL*(1988) pp. 92-111; W. CZAPLINSKI, W. y DANILENKO, G.M: ‘Conflicto de normas en derecho internacional’, *21NYIL*.

³ “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

El art. 30 está vinculado a varias disposiciones de la CV69. La principal decisión a tomar frente a un conflicto entre tratados es si puede conducir a la nulidad de los tratados. Cabe señalar que, este artículo se ubica en la Parte III, Sección 2 *Aplicación de los tratados*, de la CV69.

II- ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 30

El contenido del hoy artículo 30 de la CV69, fue uno de los más discutidos por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) a lo largo de sus años de labor. Prueba de ello es que tres de sus Relatores se detuvieron a desentrañar la problemática de los tratados incompatibles o conflictos entre tratados. Debate que está aún inconcluso y se ha reactualizado.

El Relator Especial de la CDI Lauterpacht otorgó prioridad a la norma anterior, consideraba que la existencia de tratados sucesivos sobre la misma materia era un problema de validez. Por lo tanto, en su Primer Informe de 1953 la solución propuesta se basó en el principio que el tratado es nulo, si su aplicación implica una violación de obligaciones previamente contraídas entre uno o más Estados Partes. Ello implica que, un Estado que ha concluido un tratado sobre cierta materia pierde su capacidad de concluir otro posterior inconsistente⁴. El Relator exceptuó de la aplicación de este artículo a los tratados multilaterales que aspiran proteger intereses comunes de toda la Comunidad internacional, tales como la Carta de Naciones Unidas.

⁴ https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_63.pdf&lang=E A/ CN.4/63 Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur.

“Article 16 Consistency with Prior Treaty Obligations 1. A treaty is void if its performance involves a breach of a treaty obligation previously undertaken by one or more of the contracting parties. 2. A party to a treaty which has been declared void by an international tribunal on account of its inconsistency with a previous treaty may be entitled to damages for the resulting loss if it was unaware of the existence of that treaty. 3. The above provisions apply only if the departure from the terms of the prior treaty is such as to interfere seriously with the interests of the other parties to that treaty or seriously impair the original purpose of the treaty. 4. The rule formulated under paragraphs (1) and (2) does not apply to subsequent multilateral treaties, such as the Charter of the United Nations, partaking of a degree of generality which imparts to them the character of legislative enactments properly affecting all members of the international community or which must be deemed to have been concluded in the international interest.”

Por su parte, el Relator Fitzmaurice suavizó este enfoque, aunque, mantuvo las disposiciones en lo relativo a la validez del tratado, ellas se basaron en el principio que la incompatibilidad con las disposiciones de un tratado anterior genera más un conflicto de obligaciones que de invalidez (nulidad) del tratado⁵.

⁵ https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1958_v2.pdf pp. 42 a 46

“Artículo 18. Licitud del objeto (incompatibilidad con tratados anteriores: casos generales) 1. Cuando un tratado es incompatible con otro tratado anterior que contiene, o así se suele considerar, normas aceptadas de derecho internacional que tienen el carácter de *jus cogens*, dicho tratado será inválido por este motivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17. 2. Con sujeción a la norma general del párrafo anterior, el presente artículo se aplica principalmente a los tratados bilaterales y a los tratados plurilaterales o multilaterales que, por ser de tipo recíproco, prevén un intercambio mutuo de prestaciones entre las partes, en virtud del cual cada una de las partes tiene derechos y obligaciones que suponen recibir un trato específico de cada una de las demás partes y darlo a su vez a cada una de ellas. El caso especial de otros tipos de tratados plurilaterales o multilaterales constituye el objeto del artículo 19. 3. La cuestión de la incompatibilidad o conflicto entre tratados del tipo indicado en el párrafo 2, puede plantearse en cualquiera de las situaciones siguientes: a) En el caso de tratados bilaterales y de tratados plurilaterales o multilaterales: i) Los dos tratados no tienen partes contratantes comunes: ninguna parte en uno de ellos es a la vez parte en el otro. ii) Los dos tratados tienen partes contratantes comunes e idénticas: todas las partes en uno de ellos son también partes en el otro. iii) Los dos tratados tienen algunas partes contratantes comunes y otras que no lo son; algunas partes lo son en ambos, otras en el primero únicamente, y otras únicamente en el último. En el caso de dos tratados bilaterales una parte será común a ambos tratados y habrá otras dos partes, una de ellas parte en el primer tratado únicamente y la otra únicamente en el último. b) En el caso de tratados multilaterales únicamente, o en aquellos casos en que al menos uno de los tratados es multilateral; iv) Ciertas partes contratantes son comunes a ambos tratados y las dos partes o todas las partes en el primer tratado son también partes (pero no las únicas) en el segundo tratado (caso de un segundo tratado en el que consienten las dos partes o todas las partes en el primero). v) Ciertas partes contratantes son comunes a ambos tratados pero sólo algunas de las partes en el primer tratado son partes en el segundo, que no tiene otras partes (caso de un segundo tratado en el que únicamente consienten algunas de las partes en el primero, es decir, caso de un tratado separado y posterior sobre el mismo objeto, concertado entre algunas de las partes en el primero). Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 1) del presente artículo, las contradicciones o conflictos que se planteen en estos casos se resolverán en conformidad con lo que seguidamente se dispone en los párrafos 4 a 8. 4. Caso i) del párrafo 3. La validez de un tratado no puede ser afectada por la sola existencia de un tratado anterior en el que no sean partes ninguna de las partes en el segundo tratado. 5. Caso ii) del párrafo 3. En los casos en que exista conflicto, prevalece el segundo tratado, que, o bien modifica o enmienda el primero o deroga algunas de sus disposiciones, o bien lo reemplaza ente-

Dependiendo del tipo de tratado⁶ anterior, las consecuencias legales de la conclusión de una norma ulterior inconsistente difieren. Así en los tratados bilaterales o multilaterales de tipo recíproco, que estipula mutuo intercambio de beneficios entre las partes no debería conducir a la invalidez. En contraste, en tratados multilaterales del tipo interdependientes donde una violación fundamental de una de las obligaciones de un tratado por una de las partes justifica la correspondiente no actuación de las otras o tratados multilaterales de tipo integral donde la fuerza de las obligaciones

ramente y, en definitiva, lo abroga. 6. Caso iii) del párrafo 3. En los casos en que exista conflicto el primer tratado prevalece en las relaciones entre la parte o las partes en el último tratado que participaron también en el primero y la otra u otras partes en ese primer tratado: pero el tratado posterior no es inválido *in se*, y si, como consecuencia de la incompatibilidad, la parte o las partes que hayan participado también en el primer tratado no pueden cumplir o no cumplen el segundo, responderán de daños y perjuicios u otra reparación adecuada a la otra parte u otras partes en el segundo tratado que no hayan participado en el primero, siempre que la otra parte afectada no conociera el primer tratado y el conflicto que podría originarse. 7. Caso iv) del párrafo 3. El efecto es fundamentalmente el mismo que en el caso ii). En la medida en que haya conflicto, el segundo tratado prevalece para las relaciones entre las partes en él que son también partes en el primero y, en tal medida, puede modificar, abrogar, substituir y poner fin al tratado anterior. 8. Caso v) del párrafo 3. El efecto es fundamentalmente el mismo que en el caso iii). Cuando se produce un conflicto, el primer tratado prevalece en las relaciones entre las partes en el segundo tratado y la parte o las partes restantes en el primero. No obstante, cuando el primer tratado prohíbe la conclusión entre sus partes de un tratado incompatible con sus disposiciones o cuando el segundo tratado exige necesariamente que alguna de sus partes ejecute actos que supongan una violación directa de las obligaciones por ella contraídas en virtud del primer tratado, el segundo tratado será inválido, y se reputará nulo y sin efecto. *Artículo 19. Licitud del objeto (incompatibilidad con tratados anteriores: caso especial de ciertos tratados multilaterales)* En el caso de tratados multilaterales que, sin establecer derechos y obligaciones de carácter recíproco, son: a) de tipo interdependiente, por lo que la violación fundamental de una de las obligaciones del tratado por una de las partes justificará la correlativa falta de ejecución por las demás partes en general y no solamente en sus relaciones con la parte culpable; o b) de tipo integral, en los que la obligación existe de por sí y tiene fuerza absoluta e intrínseca para cada una de las partes sin hallarse subordinada a su cumplimiento correlativo por las demás partes, todo tratado concluido posteriormente por dos o más de las partes, entre sí o con terceros países, que se halle en conflicto directo en algún punto esencial con el tratado anterior será nulo y carecerá de efectos en la medida en que exista tal conflicto”.

⁶ Cabe señalar que los tratados pueden ser de tres tipos según esta visión: a) tratados recíprocos; b) tratados interdependientes y c) tratados integrales.

es autoejecutoria, absoluta, inherente a cada parte torna al tratado posterior en nulo, en la medida en que esté en conflicto con el tratado anterior.

Por su parte, el Relator Waldock consideró que el problema de tratados sucesivos sobre la misma materia, no era un problema de validez sino de prioridad y de responsabilidad del Estado resultante de la violación de las obligaciones emanadas del tratado. Por lo tanto, en su Segundo Informe de 1963 propuso una disposición simple, dejando de lado algunas excepciones. En el caso de conflicto con un tratado anterior, el tratado posterior no debería ser inválido por el hecho que algunas o todas sus disposiciones están en conflicto con anteriores⁷. El Relator enfatizó este cambio en su Tercer Informe de 1964 incorporando disposiciones en la sección sobre aplicación y efectos de los de tratados. Propuso un artículo 65 titulado “*Prioridad en caso de conflicto entre las disposiciones de dos*

⁷ Segundo Informe del Relator Especial Waldock 1963 <https://legal.un.org/docs/index.asp?path=%2E%2E%2Ffile%2Fdocumentation%2Fspanish%2Fa%5Fc-n4%5F156%2Epdf&lang=EF&referer=http://legal.un.org/cod/>

“Artículo 19. — Extinción implícita por celebración de un tratado ulterior

1. Si todas partes en un tratado, ya sea por sí solas o junto con terceros Estados, celebran un nuevo tratado sobre la misma materia, sin abrogar expresamente el tratado anterior, éste se considerará no obstante implícitamente terminado: a) Cuando las partes en el tratado posterior hayan manifestado la intención de que toda la materia se rija en lo sucesivo por ese tratado posterior; o b) Cuando las disposiciones del tratado posterior sean hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no puedan aplicarse simultáneamente; a menos que en cualquiera de estos casos, aparezca por las circunstancias que el tratado posterior estaba únicamente destinado a suspender la aplicación del tratado anterior durante un período limitado de tiempo.

2. a) Si dos o más partes en un tratado, ya sea por sí solas o junto con terceros Estados, conciertan un nuevo tratado sobre la misma materia, sin abrogar expresamente el tratado anterior, se considerará no obstante que se ha puesto fin implícitamente a la aplicación de ese tratado anterior entre los Estados que sean partes en ambos tratados en las mismas circunstancias que se enuncian en el párrafo 1. b) Sin embargo, el hecho de que se ponga fin así a la aplicación del tratado anterior entre las partes que también lo sean en el tratado posterior, no afectará a la aplicación del primer tratado entre los Estados que sean partes únicamente en él o entre cualquiera de esos Estados y un Estado que sea parte en ambos tratados. 3. Cuando se ponga fin implícitamente a un tratado conforme a los párrafos anteriores, la fecha de su extinción será la de la entrada en vigor del tratado posterior, a menos que este último prevea otra cosa”.

tratados”⁸ que fue la base del artículo 26⁹ del Informe Final de 1966. El

⁸ DOCUMENTO A/CN.4/167 y Add.1 a 3 Tercer Informe sobre el Derecho de los Tratados, por Sir Humphrey Waldock, Relator Especial <https://legal.un.org/docs/index.asp?path=%2E%2E%2File%2Fdocumentation%2Fspanish%2Fa%5F4%5F167%2Epdf&lang=EFS&referer=http://legal.un.org/cod/>

“Artículo 65. — Prioridad en caso de conflicto entre las disposiciones de dos tratados

1. Salvo lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, las obligaciones de un Estado que sea parte en dos tratados cuyas disposiciones se hallan en conflicto se determinarán de la manera siguiente. 2. Cuando de las estipulaciones de un tratado, de las circunstancias de su celebración o de las declaraciones de las partes se deduzca que éstas han tenido la intención de que las disposiciones de ese tratado estén sujetas a las obligaciones contraídas por las partes en virtud de otro tratado, el tratado primeramente mencionado se aplicará en toda la medida en que sea compatible con las disposiciones del otro tratado. En caso de conflicto, prevalecerá el otro tratado. 3. a) Cuando todas las partes en un tratado, con o sin la participación de otros Estados, celebren un nuevo tratado que esté en conflicto con el primero, se aplicará el artículo 41 del presente proyecto. b) En tal caso, si el tratado anterior no ha de considerarse extinguido o suspendido con arreglo a las disposiciones del artículo 41, continuará aplicándose el tratado anterior entre las partes en él, pero sólo en la medida en que sus estipulaciones no estén en conflicto con las del tratado posterior. 4. Cuando dos tratados estén en conflicto y no se hallen comprendidas entre las partes en el tratado posterior todas las partes en el tratado anterior : a) entre un Estado que sea parte en los dos tratados y un Estado que sólo sea parte en el tratado anterior, prevalecerá el tratado anterior; b) entre Estados partes en ambos tratados, prevalecerá el tratado posterior; c) entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo sea parte en el tratado posterior, prevalecerá este último, salvo que el segundo Estado haya tenido conocimiento de la existencia del tratado anterior y de que se hallaba todavía en vigor con respecto al primer Estado”.

⁹ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966

https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf&lang=EF

“Article 26. Application of successive treaties relating to the same subject-matter 1. Subject to Article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States parties to successive treaties relating to the same subject-matter shall be determined in accordance with the following paragraphs. 2. When a treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as inconsistent with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail. 3. When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 56, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty. 4. When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one: (a) As between States parties to both treaties the same rule applies as in paragraph 3; (b) As between a State

artículo 26 fue adoptado en la CV por 90 votos a favor y 14 abstenciones debido a su complejidad.

III- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 30

Artículo 30. Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y obligaciones de los Estados Partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.

2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último.

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

a) en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;

party to both treaties and a State party only to the earlier treaty, the earlier treaty governs their mutual rights and obligations; (c) As between a State party to both treaties and a State party only to the later treaty, the later treaty governs their mutual rights and obligations. 5. Paragraph 4 is without prejudice to article 37, or to any question of the termination or suspension of the operation of a treaty under article 57 or to any question of responsibility which may arise for a State from the conclusion or application of a treaty the provisions of which are incompatible with its obligations towards another State under another treaty.”

b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.

5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.

Este artículo refiere exclusivamente a los tratados sucesivos, dejando inconcluso el tema de los tratados paralelos, esto es aquellos tratados celebrados de manera simultánea o al mismo tiempo y sobre la misma materia¹⁰. La expresión “tratados sucesivos” implica que hay un tratado anterior y otro posterior siempre que obliguen a las mismas partes, sobre misma materia, concluidos en distintos tiempos y se encuentren en vigor.

El párrafo 1. del referido artículo, consagra el *principio de jerarquía* al establecer la primacía de lo dispuesto por el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas con relación a cualquier otro tratado: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”, ratificando en este sentido que el derecho internacional otorga a las normas y obligaciones emanadas de la Carta de las Naciones Unidas primacía sobre otras normas¹¹. Este principio de jerarquía también lo encontramos en el art. 53 y 64 de la CV 69, ambos referidos a normas de *jus cogens*.

La distinción entre tratado anterior y posterior es central para las reglas de los párrafos 3 y 4. Pero hay que determinar cuál es el tratado anterior y cuál el posterior en base a alguno de estos criterios: fecha de adopción; fecha de entrada en vigor; fecha de entrada en vigor provisional; fecha

¹⁰ Sobre este punto se puede consultar, BOUGOUNAS, E. “Engagements parallèles et contradictoires”, R. des C. 206, 1987- VI, pp. 9-287.

¹¹ La primacía de las normas de la Carta obliga a reflexionar sobre el tema de jerarquía de normas, y, especialmente, la jerarquía existente entre las normas de la Carta y las normas *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*.

de ratificación de cada Parte. De acuerdo con la CDI, la fecha decisiva es la de la adopción del tratado.

Los tratados deben versar sobre la misma materia. Los Relatores Especiales (Lauterpacht, Fitzmaurice y Waldock) referían a disposiciones de tratados contradictorias o en conflicto o tratados que tienen disposiciones incompatibles. La expresión elegida en 1966 es más amplia, ello encontró oposición en la postura del representante del Reino Unido (Zuleeg). Finalmente dicha incompatibilidad o conflicto fue eliminada del título del artículo, pero se mantiene el uso del término “incompatible” en los párrafos 2 a 5. Dos tratados son incompatibles cuando sus obligaciones no pueden cumplirse simultáneamente. Muchos conflictos pueden resolverse vía interpretación.

Debemos recordar que la aplicación de la CV69 es subsidiaria, por lo tanto las reglas del art. 30 son residuales. Si un tratado contiene cláusulas especiales que regulan su relación con otro/os tratados no se aplica el art. 30. Ejemplo de lo señalado, lo encontramos en los art. 73 de la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*; art. 311.1 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar*; art. 8 del *Tratado del Atlántico Norte*.

Las cláusulas de conflicto pueden referirse a un tratado específico o a cualquier tratado (anterior o posterior). Debido al incremento en el número de tratados y en consecuencia posibles contradicciones, estas cláusulas (de subordinación o de prioridad) pueden ser el mejor mecanismo para prevenir o resolver contradicciones entre tratados. Con estas cláusulas de conflicto no hay problema si las partes en ambos tratados son idénticas, el problema se presenta cuando ello no ocurre. Si el tratado posterior tiene algunas partes distintas al anterior, la prioridad o subordinación contenida en la cláusula de conflicto sólo será relevante para las partes en ambos tratados.

Los párrafos 3 y 4 se refieren a los tratados sin cláusula de conflicto. El párrafo 3 se aplica a situaciones en los cuales los Estados Partes de ambos tratados son idénticos.

El principio de la *lex posterior* está confirmado para los supuestos contemplados en el párrafo 3 y el apartado a) del párrafo 4 del artículo 30. El párrafo 3 establece que, cuando todas las partes en un tratado anterior sean las mismas que en un tratado posterior, sólo se aplicarán las disposiciones del tratado anterior en cuanto no sean incompatibles con las del tratado posterior. El apartado a) del párrafo 4 instituye que en el caso de

dos tratados sucesivos en que las partes no sean las mismas, las relaciones entre los Estados Partes que lo sean en ambos tratados, se regirán por lo dispuesto por el tratado posterior, aplicándose las normas del tratado anterior sólo en el supuesto que no sean incompatibles con el posterior.

Tanto en el supuesto del párrafo 3 como 4, prevalece el principio de ley posterior, en consecuencia, prima el último tratado.

El problema más grave en la aplicación de tratados sucesivos sobre la misma materia se manifiesta en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que lo sea en sólo uno de ellos. El apartado b) del párrafo 4, establece en este caso, que los derechos y obligaciones recíprocos entre ambos Estados en ese supuesto, se regirá por el tratado en el que los Estados sean Partes.

Sin perjuicio de las consideraciones precedentes, la disposición del art.30 debe ser necesariamente relacionada con lo dispuesto por los arts. 41 y 31 de la CV69. El primero de tales dispositivos, regula los acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente. El art. 31 establece la regla general de interpretación de los tratados.

Por último, el párrafo 5 establece que el párrafo 4 se aplicará sin perjuicio del art. 41, 60 y las normas sobre responsabilidad internacional.

En suma, el sistema de la CV69 sobre conflicto de tratados es el siguiente:

- a) Frente a dos tratados sucesivos sobre la misma materia hay que analizar si el tratado posterior pone fin expresamente al anterior. En cuyo caso se aplicaría el art. 54 *“Terminación de un tratado o retiro de él en virtud de sus disposiciones o por consentimiento de las partes”*.
- b) En caso que el tratado posterior no ponga fin al anterior, el art. 59 *“Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación implícitas como consecuencia de la celebración de tratado posterior”* prevé dos hipótesis a) que se desprenda de tratado posterior o conste de otro modo que la intención de las partes es que la materia se rija por el segundo el tratado; b) que el tratado posterior sea tan incompatible con el anterior que ambos no puedan aplicarse simultáneamente.
- c) Si no se llega a esa conclusión, se estudiará si existe alguna cláusula en uno de los dos tratados que disponga las relaciones entre ambos o que no deba ser considerado incompatible con ese otro tratado.

- d) Si la cláusula no existe y en ambos tratados son las mismas partes, prevalecerá el tratado posterior subsistiendo el anterior en la medida en que sea compatible.
- e) Si las partes son distintas en ambos tratados, se aplicarán los art. 59.1.b y 30.3.

IV- CONCLUSIÓN

Los distintos supuestos de conflictos normativos que se pueden presentar entre tratados sucesivos sobre una misma materia, si bien, como hemos visto fue objeto de especial preocupación por los sucesivos Relatores de la CDI y se alcanzó un principio de solución, sigue siendo objeto de discusión, especialmente dada la fragmentación normativa del derecho internacional propia de esta época. En este sentido, podemos ver en especial el Informe de la CDI sobre Fragmentación del Derecho Internacional del 2006.

El artículo 30 como hemos desarrollado, se propone resolver los conflictos derivados de tratados sucesivos, es decir, un tratado anterior y uno posterior, ambos vigentes sobre una misma materia, es una disposición de aplicación residual y que adquiere particular relevancia en los casos de tratados sucesivos entre distintas partes y que no contienen cláusula de solución. Si bien, el abordaje que hace es amplio, deja sin resolver los conflictos que se pueden presentar entre tratados simultáneos sobre igual materia.

Coincidimos con De la Guardia en que la mera incompatibilidad no causa la nulidad de ninguna de las normas. En caso de incompatibilidad que lleve al incumplimiento de alguna obligación, entrarán a jugar las reglas relativas a la responsabilidad internacional. Las normas tanto anterior como posterior permanecerán válidas, será el Estado el que deba elegir cuál cumplir y se responsabilizará por lo incumplido.

A 20 AÑOS DE LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA*

*Yamila Carolina Yunis***

Resumen: En el 2021 se van a cumplir 20 años de la firma de la Carta Democrática Interamericana. En el presente trabajo se realiza un breve análisis de los contenidos de la Carta y de su aplicación en los últimos años. Asimismo se realiza un análisis de los informes elaborados por los órganos de la Regional en vistas a la protección de la democracia en esta situación de crisis como consecuencia de la pandemia en que vive el mundo en su totalidad.

Palabras claves: Carta Democrática Interamericana – Organización de los Estados Americanos – Naciones Unidas- Democracia- Pandemia.

Sumario: I.- Introducción II.-Naciones Unidas y la Organización de Estado Americanos III- Carta Democrática Interamericana IV.- Situaciones en la que se aplicó la Carta. V.- La Carta Democrática Interamericana y la Pandemia VI.- Conclusiones.

I.- INTRODUCCIÓN

A poco de cumplirse los 20 años desde que se firmó la Carta Democrática Interamericana, (en adelante la Carta) en el 2021, es importante recordar que la visión que se tuvo en su momento de la firma, de ser una herramienta para los Estados a los fines de erradicar situaciones que ponen en riesgo la seguridad y la paz en la región, fue una respuesta eficiente frente a ciertas situaciones. Es así que es bueno recordar el momento histórico en que se firmó y cuáles fueron los propósitos y principios de la misma.

Más aún y frente a esta Pandemia que vive el mundo en general en donde se deja en evidencia las crisis instituciones que tenías hasta este

* Artículo recibido el 21/8/2020 ~ aprobado para su publicación el 10/3/2020.

** Abogada, escribana, Profesora de Derecho Internacional Público en la facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Miembros desde 2019 de AADI.

momento en algunos Países, y que genera un gran desafío para otros, es importante ver si la Carta fue la respuesta a la hora de buscar soluciones eficaces frente a la desestabilización institucionales, que siempre pone en jaque este tipo de situaciones.

La Carta fue adoptada por las naciones del continente durante la vigencia octavo periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General celebrado el 11 de septiembre de 2001, en Lima Perú.

Es dable recordar que hasta los años 90, se comienza a presentar un fenómeno en las Américas, en el que los poderes del Estado comienzan a imponerse y a tomar el control frente a los otros. Es decir, el poder ejecutivo comienza a empoderarse del poder legislativo y judicial, situación que ocurrió en países como Perú, en 1992.

Esta situación le daba un giro importante a la historia que, hasta ahora, desestabilizaba la democracia de los pueblos a través del golpe de estado, en la que los militares tomaban el poder.

Frente a los nuevos fenómenos, las normas anteriores estipuladas por la OEA no tenían respuesta, lo que llevó a la Asamblea General de la OEA a aprobar la resolución de la Carta, el 11 de septiembre de 2001 en Lima.

La creación de la carta fue necesaria, entonces, para reforzar “los instrumentos de la OEA para la defensa activa de la democracia representativa”. Es decir, son medidas que tienen como objetivo restablecer el orden democrático y contiene herramientas de negociación para adoptar con los países que incumplan con las obligaciones allí contenidas.

Como bien lo explica explicó Jean Michel Arrighi, el secretario de asuntos legales de la OEA: “*Estas medidas están de acuerdo con las normas aprobadas por todos los miembros de la organización (...) No se trata de castigar, se trata de restablecer y fortalecer las instituciones*”. Y es así que la Carta no busca sancionar a los Estados, sino que la Carta sea una respuesta para cuando la democracia se encuentre amenazada y por sobre todo donde se encuentra en peligro la libertad, la salud y la dignidad de las personas.

Es por ello que en el presente trabajo, primeramente analizaré como Naciones Unidas y OEA han trabajado siempre para que la Democracia sea un sistema seguidos por todos los estados. Y luego analizare el contexto histórico en que surgió la Carta y finalizar con las últimas decisiones tomadas por la OEA frente a este contexto de pandemia, para brindarles respuesta a los Estados frente a esta crisis.

II.- LA DEMOCRACIA EN NACIONES UNIDAS Y EN LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

NACIONES UNIDAS

Como bien sabemos, la democracia es un ideal reconocido mundialmente y es uno de los valores básicos de las Naciones Unidas. La democracia suministra un medio para la protección y el ejercicio efectivo de los derechos humanos. Si bien la **Carta** de las Naciones Unidas no incluye ninguna mención de la palabra “*democracia*”, las palabras iniciales de la Carta, “*Nosotros los Pueblos...*”, reflejan el principio fundamental de la democracia de que la voluntad del pueblo es la fuente de legitimidad de los Estados soberanos y, por consiguiente, de las Naciones Unidas en su totalidad.

Asimismo entre los antecedentes más remotos, podemos encontrar en la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** en donde se expresa: “*Art. 21.- 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto*”, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹ que profundiza y desarrolla esta relación particularmente en lo referido a la protección de los derechos políticos:

- ✓ La libertad de expresión (Artículo 19); la libertad de reunión pacífica (Artículo 21);
- ✓ El derecho a la libertad de asociación con otras personas (Artículo 22);
- ✓ El derecho y la oportunidad de tomar parte en la conducción de los asuntos públicos, directamente, o por conducto de representantes libremente elegidos (Artículo 25);
- ✓ El derecho al voto y a ser elegido en elecciones periódicas genuinas que se realizarán mediante el sufragio universal e igual y tendrán lugar por voto secreto, garantizando la libre expresión de la voluntad de los electores. (Artículo 25).

¹ Hasta julio de 2015, el número de partes del pacto era de 168, lo que constituye aproximadamente el 85% de los Miembros de las Naciones Unidas.

Así las cosas, desde hace tiempo que las Naciones Unidas ha venido trabajado arduamente a los fines de resguardar la Democracia, ello se vio en la asistencia electoral a más de 100 países, incluidos servicios de asesoría, logística, capacitación, educación cívica, programas computarizados y observación a corto plazo. Esto se inició con sus actividades de verificación en los territorios en fideicomiso y no autónomos y que permitió en el caso de Namibia la realización de elecciones libres para lograr su independencia. En este contexto Naciones Unidas definió una serie de programas destinados a promover la democracia y el buen gobierno son llevadas a cabo por medio de:

- ✓ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD);
- ✓ Fondo de las Naciones Unidas para la Democracia (FNUD);
- ✓ Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz (DOMP);
- ✓ Departamento de Asuntos Políticos (DAP);
- ✓ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH);
- ✓ Entidades de las Naciones Unidas para la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres (ONU-Mujeres), entre otros.

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, en donde se consagra una multitud de derechos políticos y libertades civiles en que se basan las democracias significativas.

Los derechos consagrados en el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** y en instrumentos de derechos humanos posteriores que abarcan los derechos de ciertos grupos, pueblos indígenas, mujeres, minorías, personas con discapacidad, trabajadores inmigrantes, etc., son igualmente esenciales para la democracia habida cuenta de que garantizan la inclusión de todos los grupos, incluyendo la igualdad y equidad con respecto al acceso a los derechos civiles y políticos.

Asimismo y durante años la Asamblea General de las Naciones Unidas y la ex Comisión de Derechos Humanos, trataron de valerse de los instrumentos internacionales de derechos humanos para promover una comprensión común de los principios, las normas, y los valores que constituyen la base de la democracia, con miras a orientar a los Estados Miembros para la formación de tradiciones e instituciones democráticas internas y atender sus compromisos en cuanto a derechos humanos, democracia y desarrollo. En razón a ello, la ex Comisión de Derechos Humanos articulo

varias resoluciones que han sido consideradas de mucha importancia. Entre ellas, podemos destacar, como en el año 2000, la Comisión recomendó una serie de importantes medidas legislativas, instituciones y prácticas para consolidar la democracia “Resolución 2000/47; y en el 2002 declaro los siguientes elementos esenciales de la democracia:

- ✓ Respeto por los derechos humanos
- ✓ Libertad de asociación
- ✓ Libertad de expresión y de opinión
- ✓ Acceso al poder y su ejercicio de conformidad con el imperio de la ley;
- ✓ La celebración de elecciones periódicas, libres y jutas por sufragio universal y por el voto secreto como expresión de la voluntad de la población;
- ✓ Un sistema pluralista de partidos y organizaciones políticas;
- ✓ Separación de poderes;
- ✓ La independencia del poder judicial;
- ✓ La transparencia y la responsabilidad en la administración pública;
- ✓ Medios de información libres, independientes y pluralistas.

Es así que desde su creación en el año 2006 el **Consejo de Derechos Humanos**, sucesora de la Comisión ha adoptado una serie de resoluciones que destaca la interdependiente y mutua relación que se refuerza entre la democracia y los derechos humanos (Resolución 19/36 y 28/14 sobre los Derechos Humanos, la democracia y el Estado de Derecho).

En marzo de 2012, el Consejo aprobó una resolución en que reafirma que la democracia, el desarrollo, y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales son interdependientes y se refuerzan mutuamente. Es así que se exhorto a los Estados a que realicen los esfuerzos para fortalecer el estado de derecho y promover la democracia, a través de varias medidas. Luego en el 2015, se aprobó la resolución 28/14, que establece un foro de derechos humanos, democracia y el estado de derecho, y proveer una plataforma, para promover el dialogo y la cooperación en temas concernientes a estas áreas.

Otra organización que también trabaja mucho sobre el tema, es la **Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH)**, relacionándola con los derechos humanos, y en colaboración con el Departamento de Asuntos Políticos y el Instituto Internacional para la

Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), organizo una Mesa Redonda sobre Democracia y Derechos Humanos en Nueva York en el 2011. Esta mesa se ocupa de analizar los movimientos democráticos y sus características en una serie de Estados. Asimismo, la Oficina proporciona apoyo dedicado al Fondo de las Naciones Unidas para la Democracia, sirviendo de asesora para el necesario proceso de adopción de decisiones sobre criterio para financiar el programa y propuestas de proyectos.

La **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer** estipula que los 189 estados parte (julio de 2015) deben tomar todas las medidas apropiadas para garantizar a las mujeres, en las mismas condiciones que a los hombres, el derecho a votar en las elecciones y a ser elegidas, y la participación en la vida pública y toma de decisiones (artículo 7), incluso en el plano internacional (artículo 8).

Así también es textos como declaraciones y resoluciones, se pronuncian a favor de la promoción de la democracia como sistema político. Si bien en sus inicios Naciones Unidas acepto a Estados miembros con diversos regímenes de gobierno e ideologías, dado que fue una organización multilateral con un objetivo esencial de preservar la paz y la seguridad internacional. Es por ello que siempre ha adoptado una posición cauta en cuanto a la determinación de un tipo ideal de democracia de contenido excluyente², no siendo menos que los valores de tolerancia, libertad, la igualdad y con los derechos humanos en general, que siempre aparecen inescindibles de la aceptación de democracia que se menciona en el sistema universal.

Esto se ve reflejado en la Resolución 1996/19 sobre *la tolerancia y el pluralismo como elementos inseparables de la promoción y protección de los derechos humanos*³. La Resolución 2000/47 de la Comisión de Derechos Humanos sobre *promoción y consolidación de la democracia*, en donde se exhorta a los Estados a consolidar la democracia mediante la promoción del pluralismo, la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el amento máximo de la participación de los

² Véase “*An Agenda for democratization*”, punto 10, Naciones Unidas, New York Año1996, documento en línea, formato de archivo pdf disponible en URL: https://www.un.org/fr/events/democracyday/assets/pdf/an_agenda_for_democratization.pdf

³ Documento en línea, formato de archivo html, disponible en URL: <http://www.unhchr.ch/huridoca.nsf/framepage/subject%20democrecacy%20Sp?OpenDocumento&Start=2.9.4&Count=15&Expand=2.9>.

individuos en la adopción de decisiones y en el desarrollo de instituciones competentes y públicas, incluido un sistema judicial independiente, un sistema electoral que garantice elecciones periódicas, libres y justas. El mismo guarda relación conceptual y normativa con el texto de la Resolución 1999/57, sobre la *Promoción del Derecho a la Democracia*, el cual fue el primer documento aprobado en las Naciones Unidas en el que se habla de un “derecho a la democracia”, en donde se destaca, entre otras cosas, que el cuerpo de Derechos Internacional, incluidas las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos y las de la Asamblea general, confirman el derecho a la plena participación y los otros derechos y libertades democráticas fundamentales que son inherentes a toda sociedad democrática.

Luego la Resolución 2002/46 de la Comisión de Derechos Humanos, titulada “*Nuevas medidas para promover y consolidar la democracia*”, identifican los componentes esenciales de la democracia, optando por un diseño de un listado no taxativo, sin cuyo concurrencia no sería posible calificar a un régimen político como democrático, como son: el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales, la libertad de expresión y de opinión, el acceso al poder y su ejercicio de acuerdo de conformidad con el Estado de Derecho, la celebración de elecciones periódicas libres e imparciales por sufragio universal y mediante el voto secreto como expresión de la voluntad de la población, un sistema pluralista de organizaciones y partidos políticos, la separación de poderes, independencia del poder judicial, la transparencia y la rendición de cuentas en la administración pública, y medios de comunicación libres, independientes y pluralistas. El hecho que la misma fue aprobada sin votos en contra, por la mayoría de la Comisión, da fuerza la legitimidad de esta normativa internacional como promoción de la democracia.

En el 2007, el Comité de Políticas del Secretario General, el órgano de decisión más alto dentro de la Secretaría de la ONU, solicitó la elaboración de una estrategia que promueva el enfoque de apoyo a la democracia a lo largo de toda la Organización, tomando como base los tres pilares del trabajo de la ONU, la paz y la seguridad, el desarrollo y los derechos humanos. El Secretario General encargó al Grupo de Trabajo para la Democracia del Comité Ejecutivo de Paz y Seguridad - establecido en mayo de 2007 - asegurar el seguimiento regular en las cuestiones de la democracia, específicamente, en el desarrollo de la estrategia. En este contexto, el Grupo apoyó el desarrollo de la *Nota de orientación del Secretario General sobre la Democracia*, publicado en el 2009.

En la Declaración del Milenio, los líderes mundiales, se comprometieron a no escatimar esfuerzos en promover la democracia y fortalecer el imperio de la ley, así como el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. El documento final de las negociaciones posteriores al 2015, «*Transformando nuestro mundo: Agenda del 2030 para el Desarrollo Sostenible*», que será adoptado por los Jefes de Estado y Jefes de Gobierno los días 25 y 27 de septiembre de 2015, reafirma el compromiso para lograr un mundo en el que “...*la democracia, el buen gobierno y el Estado de Derecho, así como un entorno nacional e internacional favorable, son esenciales para ese desarrollo*”.

Este proceso de reconocimiento internacional de la democracia, permite avanzar en considerarla como una obligación exigible respecto de los Estados. Destacando siempre que todos estos programas de acción iniciados por las Naciones Unidas, no pueden ser desarrollados de forma separables, sino que deben sestar escindiblemente siempre unidos con los derechos humanos, el desarrollo, y la paz y seguridad⁴.

ORGANIZACION DE ESTADOS AMERICANOS

Como bien sabemos, el tema de la democracia fue siempre motivo de preocupación discusión internacional desde mucho antes de la creación de las Organización de Estados Americanos (en adelante OEA). A diferencia de los ocurría en la carta de Naciones Unidas, en el sistema interamericano si incorporo una norma expresa sobre la democracia en su carta constitutiva, en donde se puede leer: “*Capitulo II Principios. 3. d) La solidaridad de los Estados Americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base*

⁴ Ayudar a parlamentos a mejorar los controles que permiten que la democracia prospere; ayudar a fortalecer la imparcialidad y efectividad de las instituciones nacionales de derechos humanos y los sistemas de justicia y seguridad; ayudar a desarrollar legislación y capacidad para medios de comunicación que aseguren la libertad de expresión y el acceso a información; ayudar a desarrollar políticas y leyes que garanticen el derecho a la libertad de asociación y de agrupación pacífica; suministrar asistencia electoral y apoyo a largo plazo para los órganos de gestión electoral; promover la participación de la mujer en la vida pública y política. Página oficial de las Naciones, documento en línea, formato html, disponible en URL: <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/democracy/index.html#DOV>.

del ejercicio efectivo de la democracia representativa". Aun más, en la Reforma introducida a la Carta, con el Protocolo de Cartagena de 1985, el concepto de democracia representativa fue incorporado al Preámbulo expresando: "*ARTICULO I. Ciertos de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región;*", y en el artículo II se lee: "*Artículo I. b) Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención;*".

Es entonces, a partir de la modificación de Cartagena de Indias de 1985, que los Estados americanos asumen un mayor compromiso con la democracia, introduciendo el tema dentro del artículo referido a los propósitos esenciales de la Organización. Así mismo, a partir de ese año, se introducen acciones tales como la promoción y consolidación de la democracia, y se afirma una vez más que dicho trabajo se realizará respetando el principio de no intervención. Más adelante, la Carta enuncia los principios sobre los cuales se edifica el orden internacional interamericano, introduciéndose el nuevo inciso e que señala el derecho de los Estados a elegir sus sistemas políticos, a pesar de que el inciso d de la Carta original de 1948 ya había destacado la importancia de la organización democrática de los Estados americanos: "*Artículo 3.- Los Estados Americanos reafirman los siguientes principios: (...) d) La solidaridad de los Estados Americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa. e) Todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga, y tiene el deber de no intervenir en los asuntos de otro Estado. Con sujeción a lo arriba dispuesto, los Estados Americanos cooperarán ampliamente entre sí y con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos, económicos y sociales. (...)*".

Volviendo más atrás, en 1948, los Estados de la región firmaron la **Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre**, primer instrumento de sus características en el que se resalta la importancia de los derechos humanos en la región y su protección en el ámbito internacional. El artículo 21 de esta declaración consagra el derecho a la participación política de todos los ciudadanos y el derecho a elecciones periódicas libres, de manera tal que, mientras la Carta de la OEA consagra a la democracia como condición para la participación de los Estados en la Organización, la Declaración reconoce el derecho a ejercer dicha democracia:" *Art. 21.-*

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento que garantice la libertad del voto”.

Es así como se observa la vinculación entre la democracia y los derechos humanos se ha visto reforzados por la jurisprudencia de los órganos encargados del control en materia de derechos humanos, conferencias interamericanas, protocolos adicionales y resoluciones de la Asamblea General de la OEA.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado la importancia de la democracia representativa en diversos de sus fallos⁵, desde sus inicios hasta la firma de la Carta Democrática Interamericana. A juicio de la Corte el concepto de democracia se asienta sobre el principio de que el pueblo es el titular de la soberanía política y en ejercicio de esta soberanía elige a sus representantes para que ejerzan el poder político, los cuales son elegidos por los ciudadanos.

Asimismo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado en algunas oportunidades lo siguientes:”...*esta facultad para verificar, con relación a estos derechos políticos, si la realización de elecciones periódicas, auténticas, con sufragio universal, igual y secreto, se producen en un marco de garantías necesarias para que los resultados representen la voluntad popular; incluidas la posibilidad de que los electores pueda, si fuere el caso, recurrir efectivamente contra un proceso electoral que consideran viciado, defectuoso e irregular o que desconoce o puede desconocer el derecho de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país...*”⁶.

⁵ Solo a modo de ejemplo: Ver *Caso Ricardo Canese*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C N° 111, párrs. 77-80; Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párrs. 30-33 y 43 y con posterioridad caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

⁶ Informe elaborado a partir de los casos N° 9768, 9780 y 9828 de México, en el Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1990, pp. 91 y ss.

Luego en los años 90, se adoptaron varios instrumentos jurídicos para promover la democracia como condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo en la región, incluyendo en 1991 al primer mecanismo de acción colectiva de OEA para responder frente a los quebrantamientos de la institucionalidad democrática en alguno de sus Estados miembros⁷

III.- CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA

La Carta Democrática Interamericana que fue adoptada por aclamación en una Asamblea General extraordinaria de la OEA en Lima el 11 de septiembre de 2001 mediante una Resolución que represento la culminación de las negociaciones y contribuciones de los gobiernos, los expertos y la sociedad civil, en la promoción y preservación de la democracia.

En la misma, se sistematiza los principios y normas democráticas contenidas en la Carta de la OEA y en resoluciones de la Asamblea General, en un compendio que representa el desarrollo progresivo del Derechos Internacional regional sobre la temática. En la misma establece en su art. 3: “...*los pueblos de América tienen derechos a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla*”.

En su texto contiene los elementos esenciales que deben estar presentes en un régimen democrático, respeto a las libertades y los derechos humanos, acceso al poder y su ejercicio conforme al estado de derecho; elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto; un régimen plural de partidos políticos y la separación e independencia de los poderes públicos.

Orgánicamente la Carta se estructura en seis capítulos:

- 1) La Democracia y el Sistema Interamericano;
- 2) La Democracia y los Derechos Humanos;
- 3) Democracia, desarrollo integral y combate a la pobreza;
- 4) Fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática;
- 5) La Democracia y las misiones de observación electoral;
- 6) Promoción de la cultura democrática.

B. M. RAMACCIOTTI, *Democracia y Derechos Internacional en las Américas*, 2009, pp.73-98.

En el primer capítulo su artículo 1 establece: “*Los pueblos de América tienen el derecho a la democracia y los gobiernos la obligación de promoverla*”⁸. En el inicio se mencionado al artículo 3 por lo que me remito ahí, en el artículo 4 hacen referencia explícita a los elementos y componentes fundamentales de la democracia representativa. Como elementos esenciales se entiende: “...*el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales; el ejercicio del estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres y justas en base al sufragio universal; la pluralidad de organizaciones de la sociedad civil y de partidos políticos ; separación e independencia de los poderes públicos*”⁹.

Asimismo podemos destacar que entre los componentes fundamentales se encuentra: “...*la transparencia de las actividades gubernamentales, la prohibida, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respecto de los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa*”¹⁰.

En el capítulo II, se disponer una serie de artículos que revelan la interrelación existente entre los Derechos Humanos y el régimen democráticos. En este sentido, se establece que: “...*la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos...*”. Asimismo, “*los Estados Miembros reafirman su intención de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el hemisferio*”¹¹. Por otra parte, en el entendido de que el desarrollo socioeconómico, los derechos humanos y la democracia se refuerzan mutuamente en el capítulo III los estados americanos se comprometieron a implementar las acciones necesarias para creación de empleo, la reducción de la pobreza y la eliminación de la pobreza extrema.

En los capítulos IV y V establecen diferentes mecanismos para fortalecer las instituciones democráticas y sus procesos electorales. Los artículos 17 al 22 prevén diversas situaciones y procedimientos a llevar adelante frente a las amenazas y rupturas de las instituciones democráticas. En el artículo 17 se habilita la posibilidad de que un gobierno solicite asistencia técnica a la OEA en caso de que considere que está en riesgo

⁸ Ver (AG/RES.1 (XXVIII-E/01)). *Carta Democrática Interamericana*.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

el proceso democrático. El artículo 18 habilita al Secretario General o al Consejo Permanente de la OEA, a emprender acciones frente a situaciones que pueden afectar el desarrollo del proceso democrático, pero es importante señalar que dichas acciones requieren el consentimiento del gobierno afectado.

En el artículo 19 establecen que mientras persista la ruptura del orden democrático en alguno de los Estados miembros, ello será un obstáculo insuperable para la participación de su gobierno en las sesiones de la Asamblea general, Reunión de Consulta y de los distintos Consejos, conferencias, comisiones y grupos de trabajo de la Organización.

El artículo 20 y 21, establecen diferentes medidas diplomáticas a emprender por la organización en caso de que en un país, se produzca una alteración del proceso democrático.

Asimismo y en relación a los procesos electorales, la Carta habilita mecanismos por los cuales los Estados miembros pueden solicitar asistencia técnica para el mejoramiento y desarrollo de sus instancias electivas.

En el capítulo VI, se establecen distintos artículos para que la organización desarrolle diversos programas tendientes a promover los valores democráticos, esencialmente en los que respecta a la gobernabilidad, buena gestión, los valores democráticos.

Es con todo ello, que la Carta establece una serie de nuevos mecanismos para actuar colectivamente para la defensa de la democracia en la región. Antes de la suscripción de la Carta, los institutos reactivos estaban establecidos en la facultad otorgada al Secretario General en la Resolución 1080, art. 9 y 110 de la Carta organizacional. En ella se habilitaba a iniciar gestiones diplomáticas luego de producirse una alteración institucional de la democracia. Es así como la Carta no solo prevé estas situaciones sino que también contiene procedimientos que se pueden implementar previo a la interrupción abrupta del proceso político democrático. Las mismas se encuentran reguladas en los artículos 17 y 18.

IV.- SITUACIONES DE CRISIS EN LAS QUE SE APLICÓ LA CARTA

En el presente se analizara de forma breve el rol desempeñado por la OEA en distintas crisis democráticas en la región.

La crisis en Bolivia

Sin bien recordamos los hechos sucedidos durante las elecciones transcurridas en el año 2019, Bolivia ha vivido varias situaciones de alteraciones en el orden democráticos. Durante los primeros 8 años del nuevo siglo, el sistema político boliviano se caracterizó por sucesivas crisis que tuvieron como resultado más notorio la interrupción de mandatos presidenciales. Los ex presidentes González Sánchez de Lozada y Carlos Mesa no habían podido cumplir sus mandatos debido a los enfrentamientos entre diversos actores de la sociedad civil con los poderes públicos del Estado. En el año 2003 los momentos más críticos, ocurrieron en los meses de febrero y octubre, donde Bolivia experimento una grave crisis política y social en la que producto de los enfrentamiento murieron cerca de treinta personas. El estado tuvo serias dificultades para garantizar el orden y la seguridad debido a los enfrentamientos entre la Policía y las Fuerzas Armadas, acompañado por hechos de vandalismos, incendios en oficinas públicas, etc.. Frente a esta situación el Canciller de Bolivia inicio gestiones con el Secretario General de la OEA a los efectos de que la propia organización en el marco de la Carta y amparado en su artículo 17, coadyuvan al restablecimiento del Estado de derecho¹².

El Consejo Permanente de la OEA emitió la Resolución N° 838 Respaldo al Gobierno Constitucional de la república de Bolivia en la cual se expresó la condena de los hechos de violencia, se refirio la determinación de los Estados americanos a invocar los mecanismos en la Carta y se instó al dialogo de todos los sectores de la sociedad boliviana¹³.

El segundo momento crítico se originó en el mes de octubre del año 2003 con nuevos enfrentamientos, protestas y movilizaciones. Ello llevo a que la Embajada Permanente de Bolivia en el Consejo Permanente de la OEA presentara un estado de situación por la que estaba atravesando el país. Como respuesta a ello el Consejo Permanente emitió la Resolución 849 en la cual estableció: “...respaldar al gobierno constitucional del presidente Gonzales Sánchez de Lozada; condenar los hechos de violencia; llamar al dialogo...; recordar las determinación de los estados americanos

¹² Ver informe de la SAECRETARIA General de la OEA sobre los hechos de febrero de 2003 en Bolivia. Pag. 2-3 Disponible en : <http://www.oas.org/OASSpase/esp/Dcoumentos/InfBO-051203.HTM>

¹³ Ver CP/RES 838 (1355/03) Respaldo al Gobierno Constitucional de la República de Bolivia Informe de la Secretaria General de la OEA, op.cit. Pag. 2-3.

de cumplir los compromisos establecidos en la Carta Democrática... ”. Pese a las distintas recomendaciones de la OEA la crisis política continuó su curso y llevo a la renuncia del presidente Sánchez de Lozada frente a la falta de apoyo político para mitigar la crisis institucional. En su lugar asumió como presidente Carlos Pesa. Sin embargo la crisis institucional que derivó en la renuncia de Sánchez de Lozada y la asunción interinamente de Carlos Pesa, no motivo que la OEA enviara una misión de asistencia técnica para estudiar los hechos ocurridos. Una vez restaurado el proceso político, el Consejo Permanente de la OEA emitió la Resolución 852 en donde: “...respaldo la sucesión constitucional democrática y al gobierno de Carlos Mesa...”¹⁴

En el año 2005 el gobierno de Carlos Mesa no estuvo ajeno a los enfrentamientos sociales y la crisis de gobernabilidad. Los sectores disidentes reclamaban por la convocatoria a la Asamblea Constituyente y la nacionalización de los hidrocarburos creciendo la ola de violencia social¹⁵. Ello condujo a que en junio del 2005 el presidente Carlos Mesa presentara su renuncia sucediéndolo en el cargo Eduardo Rodríguez, quien por ese entonces se desempeñaba como Presidente de la Suprema Corte de justicia.

En junio del 2005 asume como presidente Eduardo Rodríguez quien convocó a la celebración de elecciones nacionales adelantadas para el mes de diciembre de ese mismo año. En el marco de la OEA, el Consejo Permanente emitió la Resolución 885 (1499/05) en la cual se dispuso: “...reconocer los resultados logrados por el gobierno boliviano...”¹⁶. Pocos meses después la OEA desplegó una Misión de Observación Electoral para asistir en el proceso electoral. Los resultados fueron que las mismas se celebraron en perfecto estado y las cuales concluirían con la elección a la presidencia del líder opositor, Evo Morales.

El nuevo presidente inició un proceso de cambios legislativos y propuso importantes reformas constitucionales, las que en muchos casos tuvieron una fuerte oposición de distintos sectores. Ello llevo a serios enfrentamientos y a tensos debates sobre la constitucionalidad de estas

¹⁴ Ver CP/RES 852 (1387/03) Respaldo al Gobierno Constitucional de la República de Bolivia Disponible en: <http://www.oas.org./consejo/sp/resoluciones/res852.asp>.

¹⁵ Ver QUINTANA TABORDA, J Bolivia entre la crisis y el caos, pág. 26.

¹⁶ Ver CP/RES 885 (1499/05) Apoyo a la Democracia en Bolivia. Disponible en <http://www.oas.org/consejo/sp/resoluciones/res885.asp>.

propuestas. El Secretario General Insulza designo entonces un Enviado Especial para que informase de la situación al Consejo Permanente. En respuesta a ello, el Consejo Permanente, basado en una invocación general a la Carta de la OEA y a la Carta Democracia Interamericana, expidió la Resolución 935 (1648/08) por medio del cual insta a todos los actores políticos a trabajar en conjunto con pleno respeto por el proceso democrático y a resolver sus diferencias políticas por la vía pacífica.

Crisis en Ecuador en el año 2005

Durante los años 1997 y 2005 el sistema político ecuatoriano se caracterizó por experimentar sucesivas crisis institucionales que dejaron entre sus saldos más notorios, la interrupción del mandato presidencial en tres oportunidades: Abdala Bucaram en el año 1997, Jamil Mabud en el año 2000, Lucio Gutiérrez en el año 2005.

En diciembre de 2004 y abril de 2005 se caracterizó por un aumento de las tensiones a nivel político y social que favoreció la emergencia de las Fuerzas Armadas, las cuales también se manifestaron contrarias a las políticas del gobierno. En este contexto, el Congreso Nacional amparado en el artículo 167 numeral 6 de la Constitución destituyó al presidente en ejercicio procediéndose posteriormente a tomarse juramento a quien por ese entonces se desempeñaba como vicepresidente de la República, Alfredo Palacios.

En el marco de la OEA y de conformidad con el artículo 18 de la Carta, el Consejo Permanente a través de la resolución 880 determinó enviar a Ecuador una Misión compuesta por el Presidente del Consejo Permanente, el Secretario General Interino y Representantes de otros grupos subregionales para colaborar con las autoridades de ese país, y con todos los sectores de la sociedad ecuatoriana, en su esfuerzo por consolidar la democracia. La Misión diplomática estudió la situación y elevó un informe al Consejo Permanente de la OEA. En dicho informe se recomendó al Consejo Permanente impulsar un diálogo nacional el cual necesariamente debía involucrar a las autoridades de Ecuador y los demás sectores de la sociedad civil. Asimismo, se exhortó a encontrar soluciones idóneas respecto a la integración del Poder Judicial y demás órganos jurisdicciones entre otras disposiciones.

En respuesta a ello el consejo Permanente emitió la Resolución 883(1478/05) en la cual expresó tomar conocimiento del informe y apoyó al gobierno ecuatoriano en su decisión de fortalecer las instituciones democráticas, respetando el Estado de derecho y expresó su conformidad con el dialogo entre los distintos sectores de la sociedad e instruyó al Secretario General, con el consentimiento del gobierno de Ecuador, a que ponga a disposición los recursos que este país solicite para fortalecer la democracia. El gobierno de Alfredo Palacios ha tenido como misión esencial normalizar el proceso democrático hasta la celebración de una nueva instancia electoral en el año 2006, en el cual fue elegido Rafael Correa.

La crisis de Venezuela en el año 2002

En el año 2002 Venezuela experimentó una profunda crisis institucional que afectó seriamente los elementos esenciales de la democracia representativa. Las Fuerzas Armadas, disidentes con la política de gobierno, llevaron a cabo un golpe de estado contra el presidente Hugo Chávez Frías deponiéndolo por dos días en el ejercicio de sus funciones. Este hecho fue considerado por la comunidad internacional como una alteración del orden constitucional democrático. Los presidentes de los países que integran el Grupo de Rio los que solicitaron al Secretario General de la OEA una convocatoria de reunión del Consejo Permanente amparado en el artículo 20 de la Carta Democrática. Como respuesta a ello se emitió la Resolución 811 (1315/02), por el cual se condenó la alteración del orden constitucional y los hechos de violencia que provoco la pérdida de vidas. Asimismo el Secretario General con el objetivo de investigar los hechos y emprender las gestiones diplomáticas. En el vigésimo Noveno periodo Extraordinario de las Asamblea General celebrado en Washington, se emitió Resolución AG/RES 1 (XXIX-E/02), apoyo a la Democracia en Venezuela, en la cual la organización expreso su satisfacción por el restablecimiento del orden constitucional elegido por Hugo Chávez como así también su respaldo a la iniciativas en convocar al dialogo nacional teniendo encuentra los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática.

Así las cosas, las tensiones en el sistema político continuaron las tensiones, acompañadas de sucesivas huelgas y enfrentamientos entre el gobierno y los sectores opositores al mismo. El 4 de junio del 2002 la Asamblea General, emitió la *Declaración sobre Democracia en Vene-*

zuela, en el cual se apoyó al gobierno venezolano y la determinación de la organización en continuar aplicando los mecanismos contenidos en la Carta Democrática. Luego, en el mes de octubre de ese año la OEA, el Centro Carter y el PNUD, emitieron una *Declaración de Principios por la paz y la democracia* en Venezuela a los efectos brindar un marco general de actuación para coadyuvar al proceso de pacificación en este país, declaración a la cual adhirieron el gobierno y el grupo de actores sociales opositores al gobierno bajo el nombre de Coordinación Democrática.

Pasado un año del golpe de estado las partes en conflicto alcanzaron un acuerdo para la normalización definitiva del proceso político democrático. En dicho acuerdo las partes se comprometieron a superar la crisis por la vía electoral a través de la aplicación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Una vez conseguida las firmas que impulsaron el referéndum revocatorio del mandato presidencial se celebró dicha instancia electoral en la que participaron como observadores internacionales la OEA, el Centro Carter y otras instituciones internacionales. El resultado del referendun del año 2004 confirmó la legitimidad del presidente en ejercicio.

La crisis en Honduras desde el 2009

La crisis política de Honduras se inició en marzo del 2009 cuando el Presidente de la Republica Manuel Zelaya emitió el Decreto PCM 005-2009 por el cual dispuso la realización de una consulta popular sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente¹⁷. Por su parte, la Fiscalía General de Honduras interpuso un recurso de nulidad argumentado que dicho decreto estaba basado en una errónea interpretación de los mecanismos de reforma constitucional. Asimismo, el Tribunal de Justicia de Honduras ordenó suspender la consulta a la ciudadanía. A partir de entonces que el sistema político hondureño ingresó en una fase crítica que se caracterizó por un fuerte enfrentamiento entes los poderes del estado.

Es así que se llega a su máxima tensión el 28 de junio del mismo año, cuando por disposición de la Corte Suprema de Justicia y las Fuerzas

¹⁷ ARBUET-VIGNALI, H: Honduras: un golpe posmoderno, peculiar y paradigmático. En consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales. N° 2/2010, Pag 3. Disponible en: http://www.curi.org.uy/index_archivos/estudio02del110arbuwet.pdf.

Armadas detuvieron al Presidente y ocho Ministros de Estado, trasladando a Zelaya a San José de Costa Rica. Esta situación no solo implicó un golpe de Estado con participación directa de Fuerzas Armadas sino también una propia violación al artículo 102 de la Constitución ya que el mismo prohíbe la expatriación de cualquier ciudadano. A razón de ello, el Congreso Nacional destituyó de su cargo a Manuel Zelaya acusado de violación a la Constitución y las leyes. A razón de ello, asumió el cargo de Presidente quien por ese entonces se desempeñaba como Presidente del Congreso Nacional Rodolfo Micheletti.

A consecuencia de ello, el gobierno de Manuel Zelaya solicitó la intervención de la OEA amparado en el artículo 17 de la CDI solicita la intervención a raíz de los acontecimientos que estaban pasando en el país y que estaban poniendo en riesgo el proceso democrático. Como respuesta a ello, El Consejo Permanente de la OEA con una sesión celebrada el 26 de junio del 2009, resolvió instruir al Secretario General para que constituya una Comisión a los fines de evaluar los hechos mediante Resolución 952 (1699/09). A dos días de emitirse esa Resolución se produjo el golpe de Estado, y el Consejo Permanente de la OEA, emitió una nueva resolución en la cual, resolvió encomendar al Secretario General que de manera urgente y de conformidad con el artículo 20 de la Carta Democrática se lleven adelante todas las consultas pertinentes.

En base a ello, la Asamblea General, mediante una sesión extraordinaria resolvió condenar el golpe, y exigir la restitución de Zelaya a su cargo e instruyó al Secretario General para que junto a representantes de otros países realizaran todas las gestiones diplomáticas a los fines de restaurar la democracia. Luego de haber constatado que el gobierno surgido del golpe no había acatado lo establecido en la Resolución AG/RES 4 (XXXVII-E/09), la Asamblea General Extraordinaria procedió a suspender a Honduras de su derecho de participación en la OEA¹⁸. El 29 de noviembre de 2009 se celebraron en Honduras las elecciones generales y la posterior asunción de Porfirio Lobos a la primera magistratura facilitaron que la crisis de Honduras ingresara en una fase de distensión tanto interna como internacional. Algunos países continuaron cuestionando la legitimidad del gobierno constituido por Porfirio Lobos han sido los

¹⁸ Ver AG/RES. 2 (XXXVII-E/09) Resolución sobre la crisis política en Honduras. Disponible en: <http://www.oas.org/consejo/sp/AG/resolucionesextraordinarias.asp>.

miembros de la alianza bolivariana (ALBA), fundamentalmente a través del liderazgo del presidente venezolano Hugo Chávez.

Como consecuencia de todo, el 1 de junio del corriente año, en sesión extraordinaria de la Asamblea General de la OEA se resolvió levantar la suspensión del decreto de participación de Honduras como miembro de la organización.

V.-LACARTADEMOCRÁTICAINTERAMERICANAYLAPANDEMIA

Si bien la pandemia del Covid-19 dejó en evidencia, tanto a nivel económico como social, mostrando las dificultades institucionales en que se encuentran algunos países del mundo, como así también poniendo al descubierto debilidades en multitud de niveles y grandes desequilibrios. Ante esto, señaló que las discusiones deben comenzar desde lo local y cercano a la ciudadanía para luego ver hacia el exterior y tomar los ejemplos de los países que ya fueron tomando medidas para afrontar la crisis. Es por ello, que estas situaciones de crisis se presentan como oportunidad por ejemplos: en temas como el medio ambiente, progreso de las herramientas tecnológicas, y alianzas con la sociedad civil como motor de la solidaridad y lucha contra la vulnerabilidad.

Es así que en los países se encuentran en diferentes etapas de lucha contra el coronavirus, ello se debe a que los regímenes políticos tienen diferentes formas de combatir la crisis y favorecen diferentes estrategias para superarlo.

Ello se evidencia a la hora de estudiar las medidas adoptadas por cada uno de los Países de la región a la hora de combatir esta crisis, lo cual y en general, no solo consistió en el confinamiento, sino también la afectación desproporcionada que las restricciones y limitaciones se han aplicado a los derechos fundamentales.

Las respuesta a esta crisis, sólo podemos conseguirla a través de la democracia, en donde se puede alcanzarse un equilibrio sostenible entre necesidades y prioridades rivales: entre luchar contra la propagación del virus y la protección de la seguridad económica, y entre la implementación de una respuesta eficaz a la crisis y la protección de los derechos cívicos y políticos del pueblo, en conformidad con las normas y garantías constitucionales.

Es sólo en las democracias que el Estado de derecho puede proteger las libertades individuales de la intrusión y las restricciones impuestas por el Estado y que van bastante más allá de lo necesario para la contención de una pandemia. Es sólo en las democracias que los sistemas de rendición de cuentas públicas pueden monitorear y limitar los poderes de emergencia del gobierno y ponerles fin cuando ya no se les necesita. Es sólo en las democracias que podemos creer en los datos gubernamentales acerca del ámbito de la pandemia y su impacto sobre la salud.

Es así que la Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada de la OEA recuerda a los Estados miembros...” *adoptar la Carta Democrática Interamericana, con la finalidad de fortalecer la democracia representativa. Ello, porque constituye un sistema esencial para lograr el pleno ejercicio de los derechos*”. Como bien también lo destaca la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, el estado de derecho es un sistema democrático implica una división de las funciones estatales y un sistema de controles para el ejercicio de dichas funciones.

Asimismo, se advierte que las instituciones deben contar con suficiente capacidad para controlar las medidas temporales de suspensión o restricción adoptadas. Como respuesta a ello, es que en el mes de Mayo de este año, la Secretaria para el fortalecimiento de la Democracia (SFD), que depende del Departamento de Sustentabilidad Democrática y Misiones Especiales (DSDME) de la OEA, elaboró la Guía de acción política para enfrentar la pandemia del COVID-19.

En la Guía no solo se reafirma el orden constitucional y el Estado de derecho que se debe observar en tiempos de pandemia, sino que también se llama al fortalecimiento institucional y control democrático, al diálogo, consenso y cooperación. Asimismo se destaca que los Países en estas situaciones de crisis deben priorizar la atención a personas en situación de vulnerabilidad.

Es así, y que en estos momentos difícil, los Estados miembros al ser los principales protagonistas, están llamados a ser los principales defensores de la democracia. Es por eso que la Carta Democrática es el sistema esencial para el desarrollo social, político, y económico, lo cual implica el respeto por el otro y la defensa de las soluciones pacíficas de los conflictos y el ejercicio no arbitrario de la autoridad. Es así que la guía busca promover la funcionalidad y vigencia de los principios democráticos como elementos indispensables y eficaces para contra los retos originados por la pandemia.

VI.- CONCLUSIONES

Si bien la OEA fue la primera al fijar normas para promover la democracia representativa, al definir sus elementos y al sancionar cuando se produce la ruptura del orden constitucional. Ello permitió contar en estos años, con un amplio abanico de normas vigentes, ya sea tanto nivel convencional, adoptando resoluciones que cubre a todos los países. Todas ellas concurren a un mismo fin, el de la preservación y la consolidación de la democracia representativa.

Es así que la Carta establece un cumulo de normas, en las cuales algunas son preventivas, tal el caso, en particular, la que establece el artículo 2 b) de la Carta de la OEA, o de las que permiten la acción de la organización a solicitud de los gobiernos (artículos 17 y 18 de la Carta Democrática Interamericana). Otras disposiciones, en cambio, son exclusivamente medidas sancionatorias en caso de ruptura del orden democrático, tal el artículo 9 de la Carta de la OEA o el artículo 21 de la Carta Democrática Interamericana. Entre medio se abre una amplia gama de opciones tanto en la asistencia que pueda brindar la OEA a los gobiernos que lo soliciten (artículos 17 y 18 de la Carta Democrática Interamericana) como en las medidas que pueden adoptarse (resolución 1080).

Con todo lo expuesto, podemos confirmar que el Sistema Interamericano se está perfeccionando y fortaleciendo en el devenir práctico, con todas las situaciones que se presente, recordemos que desde 1948 la Organización ha iniciado con pasos firmes su defensa por la Democracia en la región, la cual se fue consolidando hasta llegar a la Carta Democrática Interamericana la que se ha aplicado en varios países del continente para solucionar sus crisis políticas e institucionales, no obstante la misma puede ser fortalecida para aplicar con mayor éxito en la región, por sobre en estas situaciones de crisis excepcionales que vive no solo la región sino también el mundo.

La Carta Democrática Interamericana, siempre está vigente y constituye uno de los instrumentos Internacionales de mayor alcance y significado en los tiempos actuales en la defensa y en la promoción de la democracia en la región, por lo que velar por su difusión y aplicación es una tarea responsable de todos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARBUNET_VIGNALI, H (2010): Honduras un golpe posmoderno peculiar y paradigmático, Consejo uruguayo para las Relaciones Internacionales. N° 2 Pag.3. Disponible en: http://www.curi.org.uy/index_archivos/pag_estudio_archivo02de10arbuet.pdf.
- ARRIGHI, Jean Michel, *El Papel de la Organización de los Estados Americanos en la Defensa de la Democracia*, Anuario Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional, Vol. 21, Madrid (2013-2014)..
- ARRIGHI, Jean Michel, *El Papel De La Organización De Los Estados Americanos En La Defensa De La Democracia*, disponible: https://www.oas.org/es/democratic-charter/pdf/OEA_en_Defensa_de_la_Democracia_Jean_Michel_Arrighi.pdf
- Carta fundacional de la OEA. Adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana, el 30 de abril de 1948 en Bogotá, Colombia. Disponible en: http://www.oimconosur.org/imagenes/documentos_pdf/275.pdf.
- Comité Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes 1945-47*, Rio de Janeiro, 1950, p. 124 y 125.
- Comité Jurídico Interamericano, *La democracia en el sistema interamericano*, Secretaria General de la OEA, Washington DC, 1998.
- Carta Democrática Interamericana, documentos e interpretaciones*, publicación del Consejo Permanente de la OEA, Washington DC 2003.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, Resolución 1/20, OEA, 10 de abril del 2020.
- CARRILO SALCEDO, J.A, soberanía de los estados y Derechos Humanos, en *Derecho Internacional Contemporáneo*, 2° reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.
- Declaración de prensa de la OEA en el cual el Secretario General de la OEA informa sobre la declaración de principios por la paz en Venezuela. Disponible en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicao_prensa.asp?codigo=c203/02.
- Guía de acción política para enfrentar la pandemia del COVID-19, Carta Democrática Interamericana, Secretaria para el fortalecimiento de la Democracia, OEA, Mayo 2020.
- GONZALEZ Hernán Olmedo, *Diez Años de la Carta Democrática Interamericana: Un régimen Internacional para la defensa de la Democracia*. Disponible: www.reei.org.
- Informe Misión de Observación Electoral OEA, Bolivia, Disponible en: http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/InfBO_051203.htm.

- Resolución sobre “La situación de Venezuela y la crisis de migrantes venezolanos” aprobada por la Asamblea General. 28 de junio de 2019 https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-013/19
- Comunicado del Secretario General sobre Informe Preliminar Auditores Proceso Electoral en Bolivia 10 de noviembre de 2019 Disponible en: https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-100/19
- PERINA, R. (2001): *El Régimen Democrático Interamericano: el papel de la OEA*. Disponible en : http://www.oas.org/sap/publications/2001/art/art/_002_01_spa.pdf.
- QUINTANA TABORDA, J (2005): *Bolivia, entra la crisis y el caos: ¿existe una salida negociada?* Observatorio político Sul-Americano. Instituto Universitario de Pesquisa do Rio de Janeiro. IUPER/UCAM. Nro. 11. Disponible en: <http://www.itauassu.com.br/boliviaopsa.pdf>.
- RAMACCIOTTI, B.M., *Democracia y Derecho Internacional en las Américas*, Córdoba. Ed. Lerner. 2009.
- ZUÑIGA, AÑAZCO, YANIRA, *La democracia en el Sistema Internacional*, concepto, naturaleza y Mecanismos de Protección, revista de derecho, Universidad Católica del Norte, vol.14, núm. 1 2007, Universidad Católica del Norte, Coquimbo Chile.

SECCIÓN IV

FILOSOFÍA ~ HISTORIA ~ ÉTICA ~ SOCIOLOGÍA

COVID19 Y EL “NUEVO ORDEN MUNDIAL”: EL ROL DE LAS TEORÍAS CONSPIRATIVAS DURANTE LA PANDEMIA*

*Maximiliano Campana***

Resumen: La rápida expansión del Covid19 a nivel global provocó que la Organización Mundial de la Salud declarase el estado de pandemia en marzo del 2020. Con una pandemia global, y en un mundo globalizado y conectado a internet, viejas y nuevas teorías conspirativas comenzaron a circular a través de redes sociales y foros de internet. A partir del análisis de un video tomado durante una de las marchas “anti-cuarentenas” de Buenos Aires, el presente artículo tiene por finalidad la de exponer algunas teorías conspirativas lo fundamentan en el seno del movimiento “anti-cuarentena” a nivel global y nacional.

Palabras clave: Teorías conspirativas – Covid19 – Movimiento “anti-cuarentena” – Movimiento conservador – Noticias Falsas

1. INTRODUCCIÓN

El 11 de julio del 2020 circuló por la red social *Whatsapp* un video de diez segundos. Este video había sido tomado el 9 de julio durante la “Marcha Anti-cuarentena” que tuvo lugar en la ciudad de Buenos Aires y en donde una joven con barbijo denunciaba:

“no puede ser que nos quieran instalar el nuevo orden mundial, que nos quieran dar una vacuna que después va a venir ¿de quién?, ¿de Bill

* Artículo recibido el 21/8/2020 ~ aprobado para su publicación el 2/3/2021

** Abogado (UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Becario Post Doctoral de CONICET, con lugar de trabajo en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales – Facultad de Derecho. UNC. Email: maxicampana@gmail.com

Gates la vacuna? ¿Qué va a tener esa vacuna? ¡Niños abortados va a tener esa vacuna! Yo a esa vacuna no me la doy”¹.

Este video es uno más de un sinnúmero de videos, posteos y tweets que comenzaron a multiplicarse a nivel global tras la pandemia desatada por el virus que provoca el síndrome respiratorio agudo severo Coronavirus SARS-CoV-2 (en adelante Covid19). La rápida expansión del Covid19 a nivel global provocó que la Organización Mundial de la Salud declarase el estado de pandemia el 11 de marzo del 2020², provocando que gobiernos de distintos países cerrasen sus fronteras e impusiesen distintos protocolos de actuación sanitaria para enfrentar el nuevo virus, incluyendo cuarentenas estrictas y un mayor control y vigilancia de la población en distintos niveles.

En este nuevo contexto global, se puede observar la emergencia y rápida proliferación de un amplio abanico de teorías conspirativas que niegan la existencia del virus o de la pandemia global, de la necesidad del desarrollo de vacunas o que cuestionan el rol de los gobiernos, la eficacia de las cuarentenas o del distanciamiento social, del uso de barbijos o que ponen en duda las cifras oficiales de infectados y muertos o los discursos autorizados de organizaciones científicas locales o internacionales.

Pero antes de avanzar en algunas de las teorías conspirativas que se diseminaron (y aún siguen diseminándose) en torno al Covid19, es importante intentar definir las. Una definición posible es la de entender a una teoría conspirativa como aquella que considera que cierto evento social o político es la consecuencia de la maquinación de una fuerza superior y, a menudo, secreta³. Sin embargo Robert Brotherton considera que debido a la naturaleza de estas teorías, es muy difícil dar una definición que pueda incluir a los diversos tipos de teorías conspirativas que pueden ser encon-

¹ El video original fue publicado *online* por La Izquierda Diario: “Seguro que la vacuna la hará Bill Gates con bebés abortados: hablan los antitodo del Obelisco”. En <http://www.laizquierdadiario.com/Seguro-que-la-vacuna-la-hara-Bill-Gates-con-bebes-abortados-hablan-los-antitodo-del-Obelisco> (último acceso: 3/8/20).

² Véase “Covid-19: cronología de la actuación de la OMS” *online* en <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19> (último acceso: 3/8/20).

³ PÉREZ HERNÁIZ, HUGO ANTONIO (2009). “Teorías de la conspiración: entre la magia, el sentido común y la ciencia”. *Prisma Social. Revista de Ciencias Sociales*. Nro. 2. Junio 2009. Versión *online* en http://www.isdfundacion.org/publicaciones/revista/pdf/n2_11.pdf (último acceso: 3/8/20).

trados. Este autor⁴ propone una serie de características que comparten las teorías conspirativas:

1. *Las teorías conspirativas no pueden ser probadas* científicamente, y han sido diseñadas de ese modo y con esa finalidad;
2. En las teorías conspirativas, *nada es lo que parece*. Según estas teorías, la respuesta más obvia nunca es correcta, ya que siempre hay cosas o eventos que están siendo escondidos. De este modo, las teorías conspirativas se caracterizan por dudar de todo y todos;
3. Los conspiradores de estas teorías *son* virtualmente *omnipotentes*. Ya se trate de gobiernos, empresas o personas, tienen la capacidad de tener un control absoluto sobre lo que quieren mantener en secreto, evitando que la verdad salga a la luz;
4. Normalmente las teorías conspirativas revelan que lo que se oculta es *porque se trata de planes malignos* o perjudiciales para ciertas personas, grupos, naciones o el bien común;
5. *Los autores* de estas teorías *se presentan como investigadores y detectives*, que revelan la verdad, determinando qué evidencia es la que se debe tener en cuenta y cuál se debe desechar, probando así sus dichos o poniendo en evidencia las “contradicciones” de la versión oficial;
6. Estas teorías son *irrefutables*. De hecho, la falta de evidencia prueba la teoría. La existencia de cierta evidencia también prueba la teoría. Incluso la evidencia contra la teoría conspirativa es prueba misma de la conspiración que revela.

Según el autor, estas seis características deben ser vistas como reglas que sirvan para reconocer la existencia de teorías conspirativas, pero no como leyes inmutables. Así, por ejemplo, retomando el video de denuncia que mencionamos, podemos ver cómo se presenta al Covid19 como una excusa o una mentira (algo que no puede ser probado científicamente) para instalar un nuevo orden mundial (algo irrefutable, por tener características globales); a través de una vacuna (que en realidad, la vacuna no es lo que parece, sino un instrumento de dominación) diseñada por Bill Gates (una de las personas más ricas del planeta, y con capacidad para imponer

⁴ BROTHERTON, ROBERT (2013). “Towards a definition of ‘conspiracy theory’”. Psychology Postgraduate Affairs Group Quarterly. Número 88, Septiembre 2013. Londres. Versión *online* en <http://www.psytag.co.uk/wp-content/uploads/2013/09/Issue-88.pdf>

su voluntad de manera omnipotente) y con el plan de matar “niños” (un plan maligno y necesario pues los fetos abortados serían componentes necesarios de esta vacuna). Por último, quien hace la denuncia se presenta como quien revela la verdad, una verdad que gobiernos y empresas quieren mantener oculta.

Las teorías conspirativas no son un fenómeno nuevo, pero el uso de internet y de las redes sociales han hecho que se extiendan con gran facilidad y rapidez. En este sentido Michael Wood⁵ se pregunta sobre el impacto que el uso de internet ha tenido en la difusión de estas teorías, concluyendo que estas se han visto beneficiadas por tener un mayor alcance a un público más amplio y heterogéneo en un menor tiempo y un mayor acceso a materiales gráficos que prueben sus acusaciones. Sin embargo, esta mayor exposición vuelve a la teoría y sus defensores más vulnerables a ataques y “contra-teorías”, por lo que las teorías conspirativas actuales tienden a volverse más vagas, dejando al lector que saque sus propias conclusiones.

En materia de teorías conspirativas y Covid19, el uso de internet y de redes sociales permitió la rápida difusión de estas teorías cuyas “*fake news*” y videos fueron compartidos y reproducidos ampliamente en poco tiempo. Así por ejemplo, el 4 de mayo se difundió a nivel mundial el video “#Plandemic”, un video conspiracionista de 26 minutos sobre vacunas, con mentiras y falsedades vinculadas al Covid19. El video se viralizó rápidamente obteniendo millones de visitas, convirtiéndose en el mayor video de desinformación sobre el virus⁶, a pesar de que rápidamente plataformas como *Youtube*, *Facebook*, *Vimeo* y *Twitter* lo eliminaron de sus plataformas⁷. Desde entonces, estas compañías tecnológicas se pronunciaron públicamente en luchar contra la diseminación de información

⁵ WOOD, MICHAEL (2013). “Has the internet been good for conspiracy theorizing?”. *Psychology Postgraduate Affairs Group Quarterly*. Número 88, Septiembre 2013. Londres. Versión *online* en <http://www.psypag.co.uk/wp-content/uploads/2013/09/Issue-88.pdf>

⁶ Véase “As ‘#Plandemic’ goes viral, those targeted by discredited scientist’s crusade warn of dangerous claims”. Versión *online* en <https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/plandemic-goes-viral-those-targeted-discredited-scientist-s-crusade-warn-n1202361> (último acceso: 3/8/20)

⁷ El video completo “Plandemic”, junto con otros videos negacionistas del virus, está disponible en <https://www.watchuncensored.com/> (último acceso: 3/8/20)

falsa y/o teorías conspirativas sobre Covid19 en sus plataformas, aunque con resultados limitados⁸.

El presente artículo tiene por finalidad la de exponer algunas teorías conspirativas que existen en torno a la pandemia causada por el Covid19 a partir del video mencionado anteriormente, cuál es el rol que estas teorías cumplen en el movimiento “anti-cuarentena” a nivel global y particularmente en Argentina, y sus conexiones con grupos de extrema derecha, conservadores y religiosos a partir del análisis del video al que se hizo mención en la introducción y recortes de prensa nacional e internacional.

2. COVID19 Y LA PROLIFERACIÓN DE TEORÍAS CONSPIRATIVAS

Teorías conspirativas en torno al coronavirus surgieron y se extendieron tan rápido como el mismo virus. Estas teorías comprenden un amplísimo arco de hipótesis (muchas veces excluyentes) que van desde el cuestionamiento a la existencia del virus mismo a maneras “alternativas” para curarlo. Estas teorías también varían enormemente de país en país. Así, por ejemplo, en ciertos países (como el medio oriente o el este de Europa) existen teorías que el virus es el resultado de experimentos financiados por judíos, mientras que en la India culpan en redes sociales a grupos musulmanes por la creación del virus, a lo que la llaman #CoronaJihad. La proliferación de noticias falsas y teorías conspirativas en torno al coronavirus está tan desarrollada que la misma Organización Mundial de la Salud tiene una sección denominada “Consejos para la población acerca de los rumores sobre el nuevo coronavirus” en donde desmiente diversos rumores y teorías sobre el Covid19 (rumores que van desde el uso de máscaras hasta el consumo de alcohol, ajo o lavandina como posibles remedios)⁹.

⁸ Así, por ejemplo, según el Centro para Contrarrestar el Odio Digital del Reino Unido ha reportado que solo se ha eliminado el 10% del contenido reportado. Véase “Social media firms fails to act on Covid-19 fake news”. Versión *online* en <https://www.bbc.com/news/technology-52903680> (último acceso: 3/8/20).

⁹ Véase “Consejos para la población acerca de los rumores sobre el nuevo coronavirus” *online* en <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/myth-busters> (último acceso: 8/8/20).

Ante esta situación nos preguntamos por qué la pandemia del coronavirus disparó tantas teorías conspirativas. En este sentido Rob Brotherton¹⁰ nos da una explicación desde la psicología social. El autor alega que el cerebro trabaja bajo un principio que se denomina “sesgo de la proporcionalidad” (*proportionality bias*), es decir que nuestro cerebro busca dar (y contentarse) con explicaciones cuyas causas y efectos sean proporcionales, o sea que la magnitud de un evento se asemeje a la magnitud de lo que lo causó. Según sus palabras

“estos resultados ayudan a explicar por qué la mayoría de las teorías conspirativas surgen durante eventos claves de la historia. Cuando grandes cosas suceden en el mundo (...) como la epidemia de una nueva enfermedad mortal, la ‘versión oficial’ a menudo nos deja insatisfechos. Que nos digan que (...) la epidemia del VIH-Sida (...) es causada por un diminuto patógeno (...), esa causa no parece estar a la altura de sus consecuencias. Las teorías conspirativas nos permiten rascar esa picazón inconsciente”¹¹.

Los enormes efectos económicos, políticos y sociales que trajo la pandemia del Covid19 resultaron así en la amplia y rápida difusión de diversas teorías conspirativas que tratan de dar una explicación más allá de la “historia oficial”. Así, por ejemplo, del video que hacíamos referencia en la introducción, podemos ver que la manifestante mencionaba distintas teorías conspirativas que se popularizaron, como las siguientes:

a) La implantación de un nuevo orden mundial:

La idea de la instauración de un “Nuevo Orden Mundial” se basa a grandes rasgos en la teoría conspirativa que alega que existe una élite secreta y muy poderosa con una agenda transnacional, quien conspira para reemplazar los actuales Estados-Nación por un gobierno autoritario global y así dominar el mundo a través de una maquinaria de propaganda y diseminación de mentiras con el fin de venerar a esta futura elite quien

¹⁰ BROTHERTON, ROB (2015). *Suspicious minds. Why we believe in conspiracy theories*. 2015. Bloomsbury sigma. Nueva York.

¹¹ BROTHERTON, ROB (2015). Cit. *Supra*. Pag. 219. La traducción es propia.

culminará con la dominación total¹². Como menciona Andy Thomas¹³, las primeras teorías sobre el “Nuevo Orden Mundial” pueden localizarse a mediados del siglo XVIII con el surgimiento de las primeras sociedades secretas europeas. Desde ese momento, estas teorías se han ido *aggiornando* a diversos momentos históricos culpando a distintos actores políticos, intelectuales, empresarios u organismos internacionales de ser parte de esta élite secreta. Así por ejemplo, durante la pandemia del Covid19, figuras como Bill Gates o la Organización Mundial de la Salud han sido acusadas de querer implementar este “nuevo orden mundial”.

La teoría conspirativa sobre la instalación de este nuevo orden mundial ha encontrado importantes adherentes en Argentina (y América Latina) por parte de sectores religioso-conservadores autodenominados “pro-vida” a partir del trabajo del abogado cordobés Jorge Scala. Este autor publicó en el año 2010 el libro “Ideología de género o el género como herramienta de poder”. Para él, la perspectiva de género es en realidad una maquinaria de propaganda que se utiliza como instrumento político-discursivo de alienación con dimensiones globales, y que busca establecer un modelo totalitario con la finalidad de “imponer una nueva antropología” que provocaría la alteración de las pautas morales (lo que desembocaría en la destrucción de la sociedad). Este libro plantea una confusa teoría conspirativa universal, cuyos conspiradores serían un heterogéneo grupo de países, organizaciones internacionales (principalmente la ONU y sus órganos como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial), movimientos de izquierda, feministas y de la diversidad sexual y empresas farmacéuticas, entre otros. Según el autor,

“La mal llamada (...) “mirada” (...) de género, es, en realidad, una ideología. Probablemente la ideología más radical de la historia, puesto que -de imponerse-, destruiría al ser humano en su núcleo más íntimo y, simultáneamente acabaría con la sociedad”; y su libro tiene por finalidad la de “despertar conciencias aletargadas, y ayudarlas a trabajar por un mundo mejor”¹⁴.

¹² BARKUN, MICHAEL (2003). *A Culture of Conspiracy: Apocalyptic visions in Contemporary America*. 2003. University of California Press. Berkeley.

¹³ TOMAS, ANDY (2020). *Conspiracies. The Facts. The Theories. The Evidence*. 2020. Watkins Publishing. Londres.

¹⁴ SCALA, JORGE (2010). *La ideología del género. O el género como herramienta de poder*. 2010. Ediciones Logos. Rosario. Páginas 6-8.

Este libro ha tenido un gran impacto, no sólo en Argentina, donde fue publicado por primera vez, sino en toda la región (habiendo sido traducido incluso al portugués)¹⁵, y la pandemia del Covid19 ha reavivado su vigencia, a partir de las afirmaciones que el autor hace sobre el plan de dominación y exterminio global que existe, limitando la capacidad reproductiva de las mujeres.

b) El rechazo a las vacunas por ser nocivas y estar hechas a partir de fetos humanos abortados:

En relación con estas ideas, es importante destacar que en la actualidad existe un importante “movimiento anti-vacunas” a nivel global (principalmente en Estados Unidos y el Reino Unido), que se encuentra bien organizado y financiado¹⁶, y que se opone a la administración de vacunas en ellos mismo, en sus hijos/as e incluso en la sociedad en su conjunto, fundamentando su oposición en diversos motivos (principios religiosos, de libertad de conciencia o en la creencia en terapias alternativas).

El uso de vacunas ha sido siempre controversial, pero el actual “movimiento anti-vacunas” encuentra sus orígenes a partir de un estudio publicado por Andrew Wakefield y sus colegas en la revista académica “The Lancet”, en donde se argumentaba que se habían encontrado rastros de sarampión en los intestinos de varios niños con autismo. A partir de este descubrimiento, los autores sostenían que el uso de la vacuna triple viral podría estar implicada como causante de autismo, aunque manifestando que las pruebas no eran suficientemente sólidas y se necesitarían más estudios para confirmarlo¹⁷. Este trabajo tuvo importantes repercusiones en

¹⁵ MISKOLCI, RICHARD; CAMPANA, MAXIMILIANO (2017). ““Ideología de gênero”: notas para a genealogia de um pânico moral contemporâneo” Revista *Sociedade e estado*. vol.32, n.3, pp.725-748. Universidade Federal de Brasília. Brasília.

¹⁶ El movimiento “anti-vacunas” ha encontrado importantes donantes en Estados Unidos. Muchos de ellos se han visto directamente vinculados a la venta de productos naturales para tratar dolencias. Véase “A major founder of the anti-vaccine movement has made millions selling natural health products”. Disponible *online* en https://www.washingtonpost.com/investigations/2019/10/15/fdc01078-c29c-11e9-b5e4-54aa56d5b-7ce_story.html (último acceso: 18/08/2020).

¹⁷ WAKEFIELD, A. J.; MURCH, S. H.; ANTHONY, A.; LINNELL, J.; CASSON, D. M.; MALIK, M. (1998). “Ileal-lymphoid-nodular hyperplasia, non-specific colitis, and the pervasive developmental disorder in children”. Revista *The Lancet* 351(9103), pags. 637-641.

los medios de comunicación causando importantes resistencias por parte de los padres en vacunar a sus hijos con esta vacuna. Sin embargo, para el 2004, el periodista Brian Deer publicó evidencia que comprometía el estudio de Wakefield, acusándolo de fabricar y modificar los datos para probar la teoría del autismo y recibir así una suma de dinero de medio millón de libras esterlinas para presentar como evidencia en un caso de responsabilidad civil. Como consecuencia, el artículo fue desechado y la matrícula profesional de Wakefield fue suspendida, y desde

“que su paper fue publicado, docenas de estudios independientes, a gran escala y bien conducidos, involucrando cientos de miles de niños de todos los continentes, no han encontrado ningún tipo de asociación entre la vacuna triple viral y el autismo. Como Paul Offit, un pediatra inmunólogo ha mencionado, todavía no sabemos qué causa el autismo, pero por ahora podemos decir con considerable seguridad que las vacunas pueden ser quitada de la lista de sospechosos”¹⁸

Sin embargo, y a pesar de la importante evidencia científica en su contra, el “Movimiento anti-vacunas” sigue defendiendo la tesis de que la vacuna triple viral causa autismo en las personas. Que así mismo todas las vacunas son nocivas (la última víctima es la nueva vacuna contra el HPV) y que existe un plan universal (encabezado por la Organización Mundial de la Salud, los gobiernos y/o las grandes compañías farmacéuticas) tendiente a enfermar o esterilizar nuestros cuerpos para un mayor control de la población con motivos que desconocemos (¿posiblemente instalar un nuevo orden mundial?). En América Latina, han sido diversos grupos del movimiento “pro-vida” quienes se vienen oponiendo al uso y desarrollo de vacunas, denunciando que mismas con fines de control de la población, de esterilización forzada o abortivos¹⁹.

La irrupción del Covid19, y la necesidad de desarrollar una vacuna para combatir el nuevo coronavirus reavivó muchas de estas teorías. Al margen de teorías vinculadas a la implantación de un chip, una enfermedad

¹⁸ BROTHERTON, ROB (2015). *Suspicious minds. Why we believe in conspiracy theories*. 2015. Bloomsbury sigma. Nueva York. Pag. 95.

¹⁹ Véase, por ejemplo “Confirmando la hipótesis de las vacunas: La OMS está por fabricar la vacuna anticonceptiva” Versión *online* en

<https://radiocristiandad.org/2006/10/10/confirmando-la-hipotesis-de-las-vacunas-la-oms-esta-por-fabricar-la-vacuna-anticonceptiva/#more-436> (último acceso: 18/08/20).

u otro tipo de nanotecnología (en la que estaría vinculada la fundación de Bill Gates), en sectores autodenominados “pro-vida” reflataron la teoría de que las nuevas vacunas serían hechas a partir de “fetos abortados”. Esta idea no es nueva, y ya había sido expuesta en Argentina en el año 2019 por la médica de la ciudad de La Plata Chinda Brandolino (quien se ha manifestado públicamente contra la legalización del aborto y también contra las vacunas) quien aseguraba en una publicación de Facebook que la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) había confirmado que cinco vacunas incluidas en el calendario de vacunación fueron creadas a partir de fetos abortados, tenían mercurio y producían autismo²⁰. Durante la pandemia, esta teoría sobre vacunas contra el covid19 realizadas a partir de fetos abortados retomó fuerza. Así, entre las distintas voces, la que más resonó fue la del Cardenal Arzobispo de Valencia, quien el 14 de junio del 2020 declaró en misa²¹

*“Porque el demonio existe en plena pandemia, intentando llevar a cabo investigaciones para vacunas y para curaciones. Nos encontramos con la dolorosísima noticia de que **una de las vacunas se fabrica a base de células de fetos abortados**. Así de claro”.*

Las declaraciones generaron importantes reacciones a favor y en contra del Cardenal. Desde la Iglesia Católica recordaron que la doctrina sentada por *Dignitas Personae* establece que los investigadores tienen el deber ético de no usar “material biológico” obtenido de procedimientos moralmente ilícitos, especialmente del aborto²². Sin embargo, y a pesar de que desde el ámbito científico se ha manifestado que las vacunas contra el Covid19 no están hechas a partir de fetos humanos, teorías contra el uso de vacunas se han diseminado con gran rapidez.

²⁰ “Vacunas: las publicaciones que dicen que se hacen con fetos abortados, son tóxicas y producen autismo son falsas y engañosas”. Versión *online* en (último acceso: 18/8/20).

<https://chequeado.com/el-explicador/vacunas-las-publicaciones-falsas-y-enganosas-que-senalan-que-se-hacen-con-fetos-abortados-son-toxicas-y-producen-autismo/>

²¹ “Misa dominical - Solemnidad del Corpus Christi (14-6-2020)”. Minuto 54:08. Disponible *online* en https://www.youtube.com/watch?time_continue=3292&v=VKlmeanDtUo (último acceso: 18/8/20).

²² “Church leaders urge scientists to develop ethical COVID-19 vaccine”. Versión *online* en <https://catholic-sf.org/news/church-leaders-urge-scientists-to-develop-ethical-covid-19-vaccine> (último acceso: 18/8/20).

3. EL MOVIMIENTO “ANTI-CUARENTENA” Y LAS TEORÍAS CONSPIRATIVAS EN ARGENTINA

El movimiento “anti-cuarentena” puede ser definido como un movimiento global que se opone principalmente al cumplimiento de medidas de aislamiento social para la prevención de contagios y demás políticas sanitarias que han establecido autoridades locales y nacionales para disminuir o evitar la propagación del Covid19 en sus respectivas jurisdicciones. Se trata de un colectivo heterogéneo cuyo activismo se ha centrado *online* a través de foros, redes sociales y otras plataformas virtuales y en la organización de marchas y protestas en la vía pública. Las razones para oponerse a las medidas de distanciamiento y protección son variadas e incluyen motivos económicos (vinculadas al gran impacto económico negativo que causan estas medidas); políticos (vinculadas a la intromisión del gobierno en la libertad de las personas) y pseudocientíficos (vinculadas a la diseminación de información falsa, y la instalación de un amplio abanico de teorías conspirativas). A nivel global, este movimiento se enrola en una corriente de extrema derecha, y muchos de sus integrantes participan activamente o adhieren a ideas expuestas por grupos neo-nazis, libertarios, anarco-capitalistas y fundamentalistas religiosos²³.

Argentina no es la excepción, y se han realizado varias marchas “anti-cuarentena” en distintos lugares del país. Durante estas marchas los manifestantes se mostraron con diversas pancartas y distintas consignas: se negaba la existencia de una pandemia, se reivindicaban líderes de la última dictadura militar, se culpaba a las torres de celulares con tecnología 5G como las causantes de la diseminación del virus, se denunciaba la implantación de un nuevo orden mundial²⁴... Y luego de las banderas argentinas, los pañuelos celestes (que simbolizan la oposición a la legalización del aborto) inundaron estas protestas. Grupos autodenominados “pro-vida” y fundamentalistas religiosos se hicieron presentes en estas marchas, pero también fueron muy activos a través del activismo digital (así por

²³ “Protestas higiénicas”, teorías conspirativas y persecuciones: la extrema derecha saca provecho de la pandemia. Versión *online* en <https://www.infobae.com/america/mundo/2020/05/02/protestas-higienicas-teorias-conspirativas-y-persecuciones-la-extrrema-derecha-saca-provecho-de-la-pandemia/> (último acceso: 21/08/20).

²⁴ “Coronavirus: los anticuarentena fueron al obelisco”. <https://www.pagina12.com.ar/270781-coronavirus-los-anticuarentena-fueron-al-obelisco> (último acceso: 21/08/20).

ejemplo, el colectivo religioso conservador “Con Mis Hijos no te Metas” de Argentina ha reivindicado de que las marchas “anti-cuarentena” y por la libertad son parte de la “ola celeste – corriente anti aborto”, y ha sido muy activa en la diseminación de noticias falsas y en la oposición y boicot de medidas de distanciamiento social²⁵). De esta manera, el movimiento “anti-cuarentena” parece tener una importante participación tanto en el espacio público (cuyas marchas contaron con importante participación) como en el virtual, y sus dispares demandas se ha apoyado principalmente en la generación y difusión de noticias falsa y teorías conspirativas, como vemos que surge del análisis realizado al video de la participante de una de estas marchas.

4. CONCLUSIÓN

Como señala el economista Alfredo Zaiat, “la cuarentena se ha transformado en un espacio de disputa política donde las fuerzas de derecha (política y mediática) ganaron terreno interpelando a la sociedad desde las emociones (angustia, libertad), minimizando hasta ocultar la racionalidad de los datos de la pandemia”²⁶. Y este espacio ha sido particularmente fecundo para la instalación y propagación de *fake news* y teorías conspirativas. El breve video de diez segundos registrado en una de las “machas anti-cuarentena” de la ciudad de Buenos Aires ha inspirado el análisis de este artículo ha intentado mostrar el importante rol que estas teorías conspirativas tienen en el movimiento anti-cuarentena y los peligros que significan para la contención y combate de la pandemia.

Según advierte un informe de julio del 2020 del Comité contra el Terrorismo del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, la globalización del Covid19 generó un gran número de teorías conspirativas y desinformación que rápidamente se extendió a partir de redes sociales e internet, y en consecuencia “grupos e individuos de extrema derecha

²⁵ En este sentido, pueden verse en su página oficial una serie de videos y reportajes vinculados al movimiento y las marchas “anti-cuarentena” <https://www.facebook.com/ConMisHijosNoTeMetasArgentinaOK/> (último acceso: 21/08/20).

²⁶ ZAIAT, ALFREDO. “Cuáles son los objetivos inconfesables de la militancia anticuarentena”. Página 12. 2020. Disponible *online* en <https://www.pagina12.com.ar/285345-cuales-son-los-objetivos-inconfesables-de-la-militancia-anti> (último acceso: 21/08/20)

han buscado beneficiarse de la pandemia, usando algunas de esas teorías conspirativas en su intento por radicalizar, reclutar e inspirar ataques”²⁷. La pandemia se presenta así como una oportunidad para que ciertos grupos puedan obtener adherentes y recursos a través de la difusión de teorías y noticias falsas, apelando al miedo y la inseguridad de la ciudadanía y eventualmente posicionándose mejor políticamente en el espacio público. Estos grupos prometen explicar las causas, señalar a los culpables y/o dar una solución en un mundo lleno de dudas y faltas de certeza. Y para ello crean, reciclan y difunden teorías conspirativas. A fin de cuentas, las teorías conspirativas pretenden reemplazar a la ciencia durante la pandemia. Y por ello son peligrosas.

5. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BARKUN, MICHAEL (2003). *A Culture of Conspiracy: Apocalyptic visions in Contemporary America*. 2003. University of California Press. Berkeley.
- BROTHERTON, ROBERT (2013). “Towards a definition of ‘conspiracy theory’”. Psychology Postgraduate Affairs Group Quarterly. Número 88, Septiembre 2013. Londres. Versión *online* en <http://www.psypag.co.uk/wp-content/uploads/2013/09/Issue-88.pdf>
- BROTHERTON, ROB (2015). *Suspicious minds. Why we believe in conspiracy theories*. 2015. Bloomsbury sigma. Nueva York.
- MISKOLCI, RICHARD; CAMPANA, MAXIMILIANO (2017). ““Ideología de género”: notas para a genealogia de um pânico moral contemporâneo” *Revista Sociedade e estado*. vol.32, n.3, pp.725-748. Universidade Federal de Brasília. Brasília.
- PÉREZ HERNAIZ, HUGO ANTONIO (2009). “Teorías de la conspiración: entre la magia, el sentido común y la ciencia”. *Prisma Social. Revista de Ciencias Sociales*. Nro. 2. Junio 2009. Versión *online* en http://www.isdfundacion.org/publicaciones/revista/pdf/n2_11.pdf (último acceso: 3/8/20).
- SCALA, JORGE (2010). *La ideología del género. O el género como herramienta de poder*. 2010. Ediciones Logos. Rosario. Páginas 6-8.
- TOMAS, ANDY (2020). *Conspiracies. The Facts. The Theories. The Evidence*. 2020. Watkins Publishing. Londres.

²⁷ El informe completo puede consultarse *online* en <https://www.un.org/sc/ctc/news/2020/07/06/ctcd-publishes-updated-trends-alert-response-extreme-right-wing-terrorist-groups-covid-19/> (último acceso: 21/08/20)

- WAKEFIELD, A. J.; MURCH, S. H.; ANTHONY, A.; LINNELL, J.; CASSON, D. M.; MALIK, M. (1998). "Ileal-lymphoid-nodular hyperplasia, non-specific colitis, and the pervasive developmental disorder in children". *Revista The Lancet* 351(9103), pags. 637-641.
- WOOD, MICHAEL (2013). "Has the internet been good for conspiracy theorizing?". *Psychology Postgraduate Affairs Group Quarterly*. Número 88, Septiembre 2013. Londres. Versión *online* en <http://www.psypag.co.uk/wp-content/uploads/2013/09/Issue-88.pdf>
- ZAIAT, ALFREDO. "Cuáles son los objetivos inconfesables de la militancia anti-cuarentena". Página 12. 2020. Disponible *online* en <https://www.pagina12.com.ar/285345-cuales-son-los-objetivos-inconfesables-de-la-militancia-anti> (último acceso: 21/08/20)

LA CONSTITUCIÓN PROVISORIA PARA LA UNIVERSIDAD DE 1858: UNA RELECTURA CORDOBESA DEL LIBERALISMO CONSTITUCIONAL*

*Esteban F. Llamosas***

Resumen: El artículo analiza las primeras reglas generales de la Universidad de Córdoba aprobadas después de la nacionalización del establecimiento, cuyo objetivo era adaptar su organización interna a los principios de la reciente Constitución Nacional de 1853. Frente a la mirada historiográfica que las define desde el liberalismo y republicanism, se intenta traducir el modo en que los universitarios cordobeses podían comprender el nuevo lenguaje constitucional del país.

Palabras clave: Universidad de Córdoba – Segunda mitad del siglo XIX - Constituciones Universitarias – Constitución de la Confederación Argentina.

I. INTRODUCCIÓN

En enero de 1858, el gobierno nacional con sede en Paraná, desde hacía poco tiempo patrono de la Universidad de Córdoba, aprobó las nuevas constituciones que la comisión redactora había elevado al rector. La normativa, además de prever el funcionamiento institucional de manera completa después de muchos años, tenía el objetivo de acomodar la Universidad al ambiente político que la época demandaba luego de la sanción de la Constitución Nacional. Así es que la *Constitución Provisoria para la Universidad*, titulada así porque faltaba la aprobación del Congreso (que

* Artículo recibido el 22/9/2020 ~ aprobado para su publicación el 9/3/2021.

** Director del CIJS, Doctor en Derecho y Cs.Ss., Profesor Titular de Historia del Derecho Argentino, Investigador Independiente de CONICET. E-mail: estebanllamosas@unc.edu.ar

nunca se produjo), fue la primera disposición general de la Casa de Trejo posterior a la organización constitucional, en un país en clima de tensión por la separación de la provincia de Buenos Aires.

Si nos atenemos a las intenciones del gobierno nacional y al contexto intelectual y político de su aprobación, podríamos concluir rápidamente que las nuevas constituciones universitarias adhirieron al liberalismo imperante y a los principios de la Constitución de la Confederación Argentina. Así se ha explicado usualmente, porque es lo que se desprende de las voces oficiales y de una lectura sin matices de su texto. Sin embargo, los historiadores del derecho hemos aprendido a leer entrelíneas y a no confiar en las intenciones literales, cotejando documentos con prácticas y equilibrando ideas con contextos de aplicación y posibilidades. Sin reiterar aquí debates historiográficos, asumimos que cada sociedad traduce las ideas según su propia cosmovisión, condicionamientos y determinaciones culturales. En ese sentido, la noción de “traducción cultural”, y específicamente para el caso que nos ocupa la de “traducción jurídica”, nos permiten contar con un preciso marco teórico para analizar las referidas constituciones universitarias.¹ La tradición jurídica heredada, los intereses coyunturales y estructurales de las élites, los procesos políticos en momentos que podrían considerarse de transición, obligan a localizar las ideas y la normativa, para comprenderlas correctamente.² A través de este artículo pretendemos demostrar cómo la cultura jurídica cordobesa, modelada durante años de enseñanza que consolidaron una idea del derecho de raíz trascendental, limitaba las posibilidades de lectura del nuevo discurso constitucional. En este sentido, hay un camino abierto con el trabajo de A. Agüero sobre la persistencia de la tradición jurídica local en el *Reglamento para la ad-*

¹ La noción de traducción cultural nos remite a la obra de Peter Burke y la de traducción jurídica a la línea de trabajo desarrollada en los últimos años en el Instituto Max Planck para la Historia del Derecho Europeo de Frankfurt. A modo de ejemplo: BURKE, PETER – R. PO CHIA HSIA, *La traducción cultural en la Europa Moderna*, Akal, Madrid, 2010 y THOMAS DUVE, “European Legal History – Concepts, Methods, Challenges”, en THOMAS DUVE (ED.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2014, pp. 29-66.

² Para un estudio sobre la localización del derecho, VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI – ALEJANDRO AGÜERO, *El derecho local en la periferia de la Monarquía hispana. Río de la Plata, Tucumán y Cuyo. Siglos XVI-XVIII*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2013.

ministración de justicia y policía en la campaña de 1856.³ De este modo, intentaremos revelar a través de un ejemplo concreto, cómo se tradujeron algunos principios liberales después de pasar por el tamiz de la cultura local. Por supuesto, no desconocemos que el propio liberalismo constitucional ya presentaba sus limitaciones de base, pero aquí nos centraremos en la relectura de la élite universitaria cordobesa.

La Universidad de Córdoba, en el tiempo que tratamos, no era ajena institucional ni políticamente a los cambios del país. En la etapa posrosista se habían abierto las puertas a la organización constitucional tras las fallidas experiencias de 1819 y 1826, pero también se habían producido modificaciones políticas en las provincias y la separación del distrito más grande. En Córdoba, después de largos años, había cesado el gobierno de Manuel “Quebracho” López y había asumido Alejo Carmen Guzmán, quien adhirió al urquicismo y se rodeó de universitarios. Varios de ellos serían catedráticos relevantes de la nueva etapa, como Luis Cáceres, o ministros de la Confederación con participación decisiva en las reformas educativas. Así ocurrió con Juan del Campillo, ministro de instrucción de Urquiza, y José Severo de Olmos, que ocupó el mismo cargo durante la presidencia siguiente. Santiago Derqui, por otra parte, graduado y antiguo profesor de la Universidad, también tendría un rol central en este tiempo.

El cambio institucional más relevante del período, sin duda, fue la nacionalización de la Universidad. Las dificultades económicas de las arcas provinciales para mantenerla, hacían que la posibilidad no fuera mirada con malos ojos por las autoridades locales. Así que cuando el presidente Urquiza visitó Córdoba en marzo de 1854, y Derqui, su ministro de instrucción, le señaló al gobernador Guzmán que a partir de entonces debía dirigirse a él por los asuntos del establecimiento, éste no opuso ningún reparo. Por el contrario, hizo cuanto pudo para que los trámites institucionales se hicieran rápidamente. Así, con el aval de la Sala de Representantes, dictó un decreto aceptando el traspaso de la Universidad y Colegio de Monserrat a la Nación, y en abril se formalizó el asunto a través de los decretos nacionales firmados por el mismo Derqui y el vicepresidente del

³ ALEJANDRO AGÜERO, “Tradición jurídica y derecho local en época constitucional. El Reglamento para la administración de justicia y policía en la campaña de Córdoba, 1856”, *Revista de Historia del Derecho*, 41, Buenos Aires (enero-junio 2011), pp. 1-43.

Carril. Dos años después, en septiembre de 1856, el Congreso de Paraná aprobaría la ley de nacionalización.⁴

De esta manera, se inauguraba la nueva etapa institucional de una corporación que había sido dirigida por jesuitas, franciscanos, clero secular y la provincia. Al nacionalizarla, no sólo se la colocaba bajo el resguardo del Tesoro de la Nación, sino que se reemplazaba el patrono y con ello la posibilidad de definir los textos para la enseñanza y controlar los nombramientos de los catedráticos. Serían los gobiernos de la Nación, en pleno proceso de consolidación constitucional, quienes tendrían ahora un formidable dispositivo de difusión de sus valores políticos. En ese contexto, por esa causa, se dictaron las constituciones universitarias de 1858.

II. UNIVERSIDAD EN TIEMPOS CONSTITUCIONALES

En su larga historia normativa, no fueron demasiadas las ordenaciones generales que regularon la vida institucional de la Universidad hasta la mitad del siglo XIX. Usualmente eran las decisiones del rector y claustro las que iban solucionando los asuntos de atención inmediata, modificando o complementando las constituciones previas, y ese nuevo material pragmático solía ser recogido cuando se preparaba una reforma general. En sus inicios jesuitas, el Colegio Máximo se había regido por las constituciones del P. Pedro de Oñate, Provincial de la Compañía de Jesús, cuya fecha exacta se desconoce, pero sabemos fueron reformadas por dos de sus sucesores en el provincialato, el P. Vázquez Trujillo en 1630 y el P. Juan Pastor en 1651. También de la etapa jesuita son las más elaboradas y sistemáticas ordenaciones del P. Andrés de Rada, aprobadas por el claustro en 1664. Ya durante la regencia franciscana, y en un claro intento de desalojar el “jesuitismo”, como resultado de su Visita mandada por el virrey Vértiz, el obispo del Tucumán José de San Alberto redactó nuevas constituciones en 1784. Muy ricas para el estudio de las ideas de ese período, aunque nunca tuvieron aprobación real, fueron efectivamente

⁴ MARCELA ASPPELL – RAMÓN P. YANZI FERREIRA, “La enseñanza del derecho en la Universidad Nacional de Córdoba”, en VV.AA., *Introducción a los estudios de la carrera de abogacía*, tomo 2, Ciencia, Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Cs. Ss. de la UNC, Córdoba, 2010 p. 47.

utilizadas.⁵ Por supuesto, podían establecerse nuevos planes de estudio sin cambiar las constituciones, como sucedió con los redactados por el deán Gregorio Funes: el provisorio de 1808 apenas entregada la dirección de la Universidad al clero secular, y el definitivo (y célebre) aprobado por el Directorio en 1815. Ya en tiempos patrios, hubo un intento de elaborar constituciones durante la Visita de Manuel Antonio de Castro⁶; y en la Visita que realizó poco después José G. Baigorri, se nombró una comisión integrada por Juan A. Saráchaga y José M. Bedoya, que elevó un proyecto al claustro. Como éste demoraba su revisión, el mismo Baigorri envió al gobierno provincial los tres primeros capítulos, relativos a la elección del rector, que fueron aprobados en diciembre de 1824.⁷

Ya en la época que nos interesa, es importante alguna breve mención a los estudios de derecho, para acercarnos al ambiente intelectual de la Universidad y a las nociones jurídicas que resultarían decisivas al momento de interpretar la Constitución Nacional y elaborar las nuevas reglas internas de la casa. La Memoria de 1857 del ministro de instrucción pública de la Confederación, Juan del Campillo, explicaba en detalle la distribución de los estudios jurídicos, en dos cursos divididos en cuatro años. En el primer curso se enseñaban, en primer año derecho romano, derecho canónico y derecho natural, y en segundo año derecho romano, derecho canónico y derecho internacional. En el segundo curso, en tercer año derecho patrio, derecho canónico y economía política, y en cuarto año procedimientos y derecho constitucional argentino.⁸ La presencia del derecho constitucional en la Memoria puede prestarse a confusión y quizás se deba a la intención de promoverlo, ya que sabemos que la cátedra se creó formalmente al año siguiente y se puso en funciones en 1859. También conocemos los autores que los catedráticos señalaban para la enseñanza de estas materias. Ante el intento del ministerio nacional de actualizar la bibliografía sustituyendo

⁵ ESTEBAN LLAMOSAS, “Las ideas jurídicas universitarias en Córdoba del Tucumán: Las Constituciones de San Alberto de 1784”, en MANUEL TORRES AGUILAR (COORD.), *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Universidad de Córdoba, Córdoba (España), 2005, pp. 1241-1263.

⁶ FÉLIX TORRES, *Manuel Antonio de Castro y la primera reforma universitaria en Córdoba*, Editorial de la Municipalidad de Córdoba, Córdoba, 2003, p. 72.

⁷ FÉLIX TORRES, *Historia de la Facultad de Derecho en la Universidad de Córdoba, Tomo II (1821-1880)*, Ediciones del Boulevard, Córdoba, pp. 45-46.

⁸ Idem, p. 110.

algunos textos, los profesores indicaron los que utilizaban o consideraban convenientes.⁹ Así el derecho romano se continuaba enseñando por el libro de Vinnio castigado por Sala; el profesor de derecho canónico indicó que le parecían adecuadas las instituciones de Justo Donoso; para el derecho natural (y quizás para el derecho internacional) se leían los *Principios del Derecho de Gentes* de Andrés Bello; el derecho patrio se enseñaba por las instituciones de Álvarez con las notas de Vélez Sarsfield; la economía política por los *Elementos* de Garnier, bajo la influencia de Adam Smith; los procedimientos judiciales por el *Prontuario de práctica forense* de Manuel Antonio de Castro; y al formarse la cátedra de derecho constitucional argentino se indicaron los comentarios de Joseph Story.¹⁰ En 1858 se crearía el aula de derecho público eclesiástico y se utilizaría el manual de Pío de la Zota.

Estas materias, esta distribución de los estudios, provenían de la reforma al Plan elaborada por José G. Baigorri en 1823, que había retocado la de Manuel A. de Castro de 1818 y que evidentemente derivaba (y así lo decía) del programa del deán Funes aprobado en 1815. Con algunos reacomodamientos prácticos, con alguna nueva materia y una necesaria actualización bibliográfica, lo que revela la Memoria de 1857 es que los estudios jurídicos no se alejaban de las líneas centrales trazadas por la Universidad después de la expulsión de los jesuitas.¹¹ Allí siguen el texto de Vinnio, la enseñanza de cánones en la facultad de leyes y casi las mismas materias que medio siglo atrás. Por supuesto, esta arraigada tradición cordobesa de enseñanza jurídica, implicaba la asunción y difusión de unas nociones sobre el derecho que determinarían la lectura de las novedades y limitarían su potencia disruptiva. La concepción trascendental del mismo, su anclaje iusnaturalista, derivaría en una particular manera de localizar y traducir las nuevas libertades constitucionales.

La Universidad había tenido una experiencia de enseñanza constitucional entre 1834 y 1841 con la breve cátedra de derecho público. En ella no se había afectado el modo antiguo de comprender el derecho, sino que

⁹ Idem, p. 111.

¹⁰ Idem, p. 111.

¹¹ ESTEBAN LLAMOSAS, “La enseñanza jurídica en un contexto de transición: la reforma de José Gregorio Baigorri en la Universidad de Córdoba (1823)”, *Revista de Historia del Derecho* 49, (enero-junio 2015), Buenos Aires, pp. 97-112.

había prevalecido una lectura orgánica y corporativa de la organización constitucional, a través de las traducciones de Fritot y Constant al ámbito católico de la sociedad cordobesa.¹² ¿Cambiaría algo la sanción de la Constitución de 1853 y la nacionalización de los estudios?

Es inevitable relacionar la *Constitución Provisoria para la Universidad* de 1858 con la Constitución de la Confederación Argentina, el traspaso de la institución al Estado nacional y la nueva cátedra de Derecho Constitucional. La Carta Magna y el nuevo patrono son su causa; la cátedra ayuda a comprender sus claves.

Al parecer, la necesidad de formar nuevas constituciones universitarias surgió a raíz del conflicto por la interpretación de un severo decreto rectoral de 1856. En éste, bajo la amenaza de rigurosas penalidades, el rector Tiburcio López prohibía a los estudiantes concurrir a bailes públicos, teatros, casas de café y billares, ya que no “eran compatibles con la virtud y buena educación de la juventud”.¹³ La duda sobre la potestad del rector para regular la vida de los estudiantes fuera de la Universidad, que éste había fundado en las leyes indianas, derivaron en una consulta al presidente Urquiza como patrono de la institución. El presidente respondió en julio de 1856 indicando que la autoridad rectoral sobre los estudiantes se limitaba a lo que sucediese dentro de los claustros, salvo que la conducta fuese escandalosa o “indigna de un hombre decente”.¹⁴ El decreto del rector fue anulado, pero en marzo del año siguiente, a fin de arreglar definitivamente estos asuntos, se formó una comisión para recopilar las leyes vigentes, plan de estudios, decretos nacionales y acuerdos del claustro, para que “formen un solo código que impreso pueda servir provisoriamente para el más fácil régimen y gobierno del Establecimiento”.¹⁵ La comisión, integrada por Luis Cáceres, Eduardo Ramírez de Arellano, Francisco de Paula Moreno y Rafael García, entregó su trabajo al rector José S. de Olmos, quien lo

¹² ESTEBAN LLAMOSAS, “Enseñar la constitución bajo intolerancia religiosa: la primera cátedra de derecho público en la Universidad de Córdoba (1834-1841)”, en ALEJANDRO AGÜERO (COORD.), *Tradición jurídica y discursividad política en la formación de una cultura estatal. Trayectorias rioplatenses, siglo XIX*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2019, pp. 139-167.

¹³ FÉLIX TORRES, *Historia de la Facultad de Derecho...*, p. 107.

¹⁴ *Idem*, p. 108.

¹⁵ Archivo General e Histórico de la Universidad Nacional de Córdoba (AGHUNC), Serie Claustros y Sesiones, Libro F-8, f. 56.

elevó al gobierno nacional el 9 de agosto de 1857. El texto fue aprobado en enero del año siguiente por decreto firmado por el vicepresidente Salvador M. del Carril, con carácter transitorio hasta que el Congreso Nacional diera uno definitivo. Las constituciones estaban basadas en el proyecto que Saráchaga y Bedoya habían preparado en 1824, durante la Visita de Baigorri, del que sólo se habían aprobado algunos capítulos.

La cátedra de Derecho Constitucional Argentino fue creada formalmente, junto con la de Derecho Público Eclesiástico, por decreto nacional de 26 de enero de 1858. Su inicio efectivo se previó para el año siguiente y como primer profesor se designó a Luis Cáceres, uno de los redactores de la *Constitución Provisoria*, quien ya dictaba las clases de Derecho Natural y Economía Política. De hecho, la nueva materia se indicó para el cuarto año, como complemento de las dos mencionadas. Cáceres propuso como libro, a falta de una obra específica sobre la Constitución Nacional recién sancionada, los *Comentarios* de Joseph Story a la Constitución de Estados Unidos.¹⁶ El profesor debía comparar los textos, señalar las diferencias y explicar el contenido “solo en la Constitución Argentina”.

El interés del gobierno de Paraná en difundir los principios de la nueva Constitución Nacional y de promover la unión de la provincia de Buenos Aires al resto del país, resulta claro en este momento. La Universidad nacionalizada prestaría su servicio a estos fines. A falta de un constitucionalismo que brindara soporte teórico a sus objetivos y diera respuesta a los dilemas iniciales de la práctica institucional, se debió recurrir a la doctrina del país cuya constitución había modelado la propia. Numerosas obras norteamericanas circularon oficialmente en estos años, y dos de ellas, la ya dicha de Joseph Story y la de James Kent¹⁷, se utilizarían en las aulas cordobesas. Sin embargo, aunque no abundaremos en ello porque forma parte de otro trabajo en preparación, para conocer la lectura que se hacía de la doctrina norteamericana, es necesario considerar las ediciones utilizadas y el rol principal de los traductores, que además compendaban y comentaban. En la Universidad de Córdoba primero se eligió la traducción

¹⁶ AGHUNC, Serie Claustros y Sesiones, Libro F-8, f. 86.

¹⁷ En marzo de 1865, el profesor Cáceres pidió al claustro el reemplazo de los *Comentarios* de Story por la obra *Del gobierno y jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos*, de James Kent.

francesa de Story realizada por Paul Odent¹⁸, y luego se utilizó la traducción castellana de Nicolás Calvo.¹⁹ Y además de esa consideración, debemos prestar atención a la lectura constitucional que realizaban unos profesores formados en un paradigma jurídico diferente al liberalismo individualista. No es que la Constitución Nacional y su modelo norteamericano no hayan estado lastradas por desigualdades originadas en la concepción de los derechos naturales de aquel tiempo²⁰, pero además de ellas, la tradición jurídica cordobesa incorporaría las propias. Esa adaptación religiosa de los derechos, esa relectura católica de las libertades, ese verdadero procedimiento de traducción al contexto local, nos prepara para comprender las cláusulas de la *Constitución Provisoria* de 1858.

III. UNA ÉPOCA QUE DEMANDABA CONSTITUCIONES

La sugerencia del ministro Zuviría al rector, en abril de 1855, señalando la importancia de que el claustro no olvidara que la moral y la religión de los estudiantes eran objetivos superiores a incorporar “en la constitución que debe dictarse para el régimen de la Universidad Nacional”²¹, comienza a indicarnos los límites que encontraría el liberalismo, no sólo por la lectura que harían los cordobeses, sino también por el modo de comprenderlo del gobierno de Paraná.

¹⁸ *Commentaire sur la Constitution Fédérale des États-Unis, précède d'un aperçu sur l'histoire des colonies et des états avant l'adoption de la Constitution, traduit du Commentaire abrégé de J. Story..., por Paul Odent*, París, Joubert, Libraire de la Cour de Cassation, 1843.

¹⁹ *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos precedido de una revista sobre la historia de las colonias y de los estados, antes de la adopción de ea (sic) constitución. Traducido del comentario abreviado de J. Story, Profesor de Derecho en la Universidad de Harvard y aumentado con las observaciones de M.M.M. Jefferson, Rawle, de Tocqueville, etc., y de Notas sobre la Jurisprudencia de la Organización Judicial, por Paul Odent, Doctor en Derecho, Abogado en el Tribunal Real de París, antiguo Abogado en los Consejos del Rey y en el Tribunal de Casación. Tomo I. Traducido al Español por Nicolás A. Calvo, Senador en el Congreso de la Confederación Argentina, Para la “Reforma Pacífica”, de Buenos Aires, 1860.*

²⁰ BARTOLOMÉ CLAVERO, *Constitucionalismo colonial. Oeconomía de Europa, Constitución de Cádiz y más acá*, UAM Ediciones, Madrid, 2016.

²¹ FÉLIX TORRES, *Historia de la Facultad de Derecho...*, p. 106.

En nota que acompañaba el decreto de aprobación de las constituciones universitarias, el ministro de justicia, culto e instrucción pública de la Confederación, Juan del Campillo, doctor en leyes de la Universidad de Córdoba y ferviente católico, explicaba que el proyecto remitido por el rector era una compilación de las prácticas tradicionales y leyes escritas que regían la Universidad, “después de haber separado aquellas disposiciones y costumbres que la altura de la época presente y la naturaleza de nuestras instituciones harían incompatibles”.²² También felicitaba al rector y claustro por el esfuerzo de brindar al establecimiento “una ley fundamental de que carecía”, y aclaraba que el proyecto sólo había sufrido dos pequeñas reformas que juzgaba “más conformes al espíritu liberal que ha prevalecido en el ánimo de V.S. al formar aquel trabajo”.²³ En sus palabras hallamos algunas claves de lectura de aquello que la “altura de la época” y el gobierno nacional demandaban a la Universidad: necesidad de una organización interna, adaptación institucional a la Constitución de la Confederación Argentina y adopción de los principios del liberalismo.

Veamos cómo habían respondido los universitarios cordobeses a esa demanda.

La *Constitución Provisoria para la Universidad* se estructura en catorce títulos, la mayoría de capítulo único, que contienen 130 artículos. El último título, de declaraciones preceptivas, incorpora además las fórmulas de juramento.

El texto se inaugura con la extinción del fuero académico, una cláusula de fuerte sentido liberal e igualitario, fundada en el artículo 16 de la Constitución Nacional, que establecía que no había en la Confederación fueros personales ni títulos de nobleza y todos los habitantes eran iguales ante la ley. Por ese motivo se abolía el privilegio que las antiguas leyes coloniales concedían a los universitarios. La jurisdicción del rector para castigar los delitos cometidos por profesores y estudiantes dentro de las universidades, siempre que estuvieran vinculados a los estudios y no implicaran pena de efusión de sangre u otra corporal, venía establecida para las Universidades de Lima y México en la Recopilación de Leyes

²² *Constitución Provisoria para la Universidad Mayor de San Carlos y Monserrat de la ciudad de Córdoba*, en *Constituciones de la Universidad de Córdoba*, Instituto de Estudios Americanistas VII, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1944, p. 435.

²³ *Idem*.

de Indias²⁴, y se aplicaba en Córdoba desde 1807, al ejecutarse la Real Cédula que le concedía los mismos privilegios que aquellas.²⁵ Las leyes indianas permitían también el castigo por los delitos cometidos fuera de los recintos, si había relación con los estudios o se trataba de conductas licenciosas que afectaran la virtud que debía acompañar la vida personal de un universitario. En uso de sus atribuciones los rectores podían prender, sustanciar proceso, sentenciar y ejecutar las penas.

El privilegio del fuero universitario daba cuenta de una sociedad estamental, en que las desigualdades eran explícitas y se defendían celosamente. Fuero que pretendía tanto atraer escolares como evitarles preocupaciones para su dedicación completa a los estudios²⁶, el privilegio se fundaba en una idea plural de justicia en que los iguales se juzgaban entre sí, y respondía al ideal de autogobierno de las corporaciones propio del Antiguo Régimen.²⁷ Para la sociedad constitucional, basada en la noción de individuo y la igualdad general, las distinciones corporativas resultaban repudiadas. En noviembre de 1852, por iniciativa del claustro, la legislatura provincial ya había derogado los privilegios estamentales y raciales para el acceso a los estudios.²⁸

El artículo segundo fijaba con precisión la potestad disciplinaria del rector, limitada a la aplicación de penas correccionales ante el incumplimiento de las leyes internas, con la explícita exclusión del castigo de azotes. A la insubordinación o tumultos se agregaba la posibilidad de castigar la vida licenciosa que pudiera “menoscabar el crédito y pureza ejemplar del establecimiento”.²⁹ La práctica de los azotes, a pesar de su

²⁴ *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, Libro I, Título 22, Ley 12.

²⁵ ROBERTO I. PEÑA, *Los sistemas jurídicos en la enseñanza del derecho en la Universidad de Córdoba (1614-1807)*, Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba, 1986, pp. 227-228.

²⁶ MARÍA PAZ ALONSO ROMERO, “El fuero universitario salmantino (siglos XIII-XIX)”, en LUIS RODRÍGUEZ-SAN PEDRO BEZARES—JUAN LUIS POLO RODRÍGUEZ (EDS.), *La Universidad de Salamanca y sus confluencias americanas*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2008, p. 64.

²⁷ GUSTAVO HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “El fuero académico en la Real Universidad de México y otras atribuciones de su rector: 1597-1640”, *Cuadernos de Historia Moderna* 42 (1), Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 131.

²⁸ FÉLIX TORRES, *Historia de la Facultad de Derecho...*, p. 100.

²⁹ *Constitución Provisoria para la Universidad...*, Tit. 1, Art. 2, p. 417.

explícita prohibición en el art. 18 de la Constitución de 1853, que recogía una larga tradición normativa que los había ido aliviando o suprimiendo, era todavía corriente por su vinculación doméstica y no había caído en desuso. En la misma Universidad, incluso después de la aprobación de sus leyes internas, tenemos testimonio de su aplicación en 1860, cuando un estudiante de Latín falleció a causa del uso de la palmeta.³⁰ Entre la declamación de las garantías y la abolición de las prácticas, todavía mediaba una cultura.

Más allá de la supresión del fuero, encontramos ejemplos claros de remisión a un orden cimentado en el honor corporativo, en la simbología jerárquica y las preeminencias en los actos universitarios según facultad y antigüedad del grado³¹; en las insignias de los graduados³²; y en el tratamiento y precedencia ostensible del rector.³³ Por supuesto, estas disposiciones vinculadas a la estrecha relación entre apariencias y esencias, típicas del Antiguo Régimen³⁴, son difíciles de asumir desde un paradigma igualitario y algunos las han considerado persistencias coloniales contradictorias con el liberalismo. Sin embargo, no eran inconsistentes con las prácticas ni las tradiciones culturales de la corporación universitaria.

El liberalismo que los tiempos exigían, aún con sus filtros y matices, aparece elocuente en la intención de alejar a los religiosos (aunque no a “lo religioso”) del gobierno de la casa y las lecciones. Así, se mandaba que “ningún regular podrá ser elegido y nombrado rector de la Universidad”³⁵, lo que evitaba también el peligro de la obediencia a otra autoridad que no fuese el patrono nacional; se prohibía a los catedráticos obtener beneficio eclesiástico de cura de almas, con la penalidad de perder el cargo si lo aceptaban³⁶; y por supuesto, se derogaban todas las leyes, estatutos, reglamentos y acuerdos claustales previos que fueren contrarios a la

³⁰ EFRAÍN BISCHOFF, *Historia de Córdoba*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, pp. 231-232.

³¹ *Constitución Provisoria para la Universidad...*, Tit. 2, Art. 4, p. 418.

³² *Idem*, Tit. 2, Arts. 14 y 15, p. 419.

³³ *Idem*, Tit. 3, Cap. 3, Arts. 14, 15, 16, p. 422.

³⁴ ANTONIO M. HESPANHA, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 62.

³⁵ *Constitución Provisoria para la Universidad...*, Tit. 3, Cap. 2, Art. 2, p. 421.

³⁶ *Idem*, Tit. 5, Art.5, p. 424.

nueva *Constitución* universitaria “y a la general de la República”.³⁷ Lo interesante es que más allá de esta cláusula de derogación expresa, que pretendía jerarquizar los nuevos valores republicanos, el propio estatuto universitario se pobló de artículos que parecían elastizarlos al extremo, por su relectura de signo tradicional.

Uno de los efectos más directos de la nacionalización de la Universidad, que la *Constitución Provisoria* se encargó de regular en detalle, fue la potestad del gobierno en el ejercicio del patronato. Aunque no era término utilizado por sus reminiscencias borbónicas, las atribuciones no diferían demasiado de aquellas de los antiguos patronos (provinciales religiosos, virreyes, juntas, gobernadores). Si bien el claustro votaba en pleno las personas para los cargos de rector, vicerrector y conciliarios, luego debía informar al gobierno nacional, que en última instancia tenía la posibilidad normativa de decidir quién ocuparía cada uno de los empleos.³⁸ Esta prevalencia hacía que los rectores fueran los encargados de cuidar internamente que se respetaran los lineamientos nacionales, especialmente en cuanto a la difusión de las ideas. El procedimiento contaba con varias instancias de control: el gobierno designaba las materias y autores para la enseñanza³⁹; los catedráticos fijaban el plan anual de su asignatura; el rector lo aprobaba y remitía al gobierno nacional para su revisión definitiva⁴⁰, y varias veces al año debía visitar las aulas para verificar que el plan de estudios se cumpliera.⁴¹

Durante la presidencia de Derqui, en mayo de 1861, estos controles parecieron escasos al gobierno de Paraná, y ante los reiterados informes rectorales sobre la falta de disciplina de los estudiantes, decidió crear por decreto el cargo de Censor en la Universidad y designar al Dr. Juan de Arredondo.⁴² Aunque los motivos directos parecían relacionarse a desórdenes de disciplina y moralidad, a nadie escapaban las resonancias de esta antigua figura de las universidades borbónicas, destinadas en su

³⁷ Idem, Tit. 14, Art. 2, p. 431.

³⁸ Idem, Tit.3, Cap. 1, Art. 4, p. 420.

³⁹ Idem, Tit. 3, Cap. 3, Art. 12, p. 422.

⁴⁰ Idem, Tit. 3, Cap. 3, Art. 13, p. 422.

⁴¹ Idem, Tit. 3, Cap. 3, Art. 11, p. 422.

⁴² FÉLIX TORRES, *Historia de la Facultad de Derecho...*, p. 120.

tiempo a controlar la sintonía de las lecciones y conclusiones académicas con el pensamiento oficial de la Monarquía.

Algunas disposiciones de carácter más práctico nos permiten conocer el funcionamiento interno del establecimiento y relacionarlas con testimonios de archivo sobre las clases y planteos de los estudiantes. Al regular las tareas del bibliotecario, se le prohibía prestar libros fuera de la Biblioteca, salvo el caso de algún catedrático que los solicitara para sus lecciones en el aula.⁴³ Esta referencia nos revela, por un lado, la escasez de libros que hacía imposible que cada estudiante tuviera uno propio para estudiar, y por otro el método de las clases, todavía dependiente de la lectura del texto con la posterior aclaración o comentario del profesor. En este sentido, conocemos que en la cátedra de Derecho Constitucional Argentino, ante la falta de traducciones de los *Comentarios* de Story, el profesor Luis Cáceres explicaba el libro comparando las constituciones norteamericana y argentina.⁴⁴ La *Constitución Provisoria* establecía también la figura del bedel, un estudiante avanzado escogido por el rector para colaborar en las funciones literarias, la organización del aula y representar a sus compañeros en las solicitudes institucionales.⁴⁵ Los alumnos de derecho constitucional, a fines de 1859, utilizarían esta posibilidad y reclamarían a través suyo la suspensión de los exámenes, por la imposibilidad de comprender el idioma francés de la traducción de Story que había mandado el profesor.⁴⁶

De todos modos, el aspecto más relevante para contrastar las posibilidades del discurso constitucional ante las tradiciones identitarias de la Universidad, viene dado por las cláusulas religiosas. Ellas nos permiten contextualizar mejor otros principios e integrar el sentido del texto. Algunas pueden parecer de mera precedencia institucional en una sociedad católica, como la posibilidad de que el obispo de la diócesis integre el claustro⁴⁷; otras dan cuenta de una cultura de manera más sustanciosa.

El Título 12, relativo a los estudiantes, los obligaba cada año a “confesar y comulgar desde el Martes hasta el Jueves de la semana mayor

⁴³ *Constitución Provisoria para la Universidad...*, Tit.9, Art.5, p. 428.

⁴⁴ FÉLIX TORRES, *Historia de la Facultad de Derecho...*, p. 113.

⁴⁵ *Constitución Provisoria para la Universidad...*, Tit. 9, Art. 6, p. 428.

⁴⁶ FÉLIX TORRES, *Historia de la Facultad de Derecho...*, p. 116.

⁴⁷ *Constitución Provisoria para la Universidad...*, Tit. 2, Art. 2, p. 418.

en la Catedral”⁴⁸, debiendo mostrar al rector, el primer día de clases, la cédula parroquial que lo acreditaba. La misma conducta les era exigida en el día de la Purísima Concepción de la Virgen. Lejos de ser testimonial, el cumplimiento de esta cláusula fue exigido en reiteradas ocasiones por las autoridades. En agosto de 1859 el gobierno nacional aprobó un auto del rector José S. de Olmos, que ratificaba la obligación de comulgar en semana santa y el día de la Virgen, incorporando las penas por su incumplimiento.⁴⁹ Respecto a éstas, una ordenanza rectoral de mediados de 1861 establecía que los estudiantes que no hubieran presentado la cédula parroquial que demostraba la comunión pascual, serían reputados ausentes en sus clases y se les penaría con la pérdida de la antigüedad del curso.⁵⁰ Y en 1865, el profesor Rafael García, que había participado en la redacción de las constituciones y representaba el sector más conservador del claustro, se quejaba de que el año anterior los alumnos no habían tomado la comunión en el día de la Virgen y reclamaba al rector que los obligara a su cumplimiento en lo sucesivo.⁵¹

El ambiente universitario no era distinto al del gobierno provincial en el período, ya que ambas élites estaban vinculadas y en muchos casos integradas por las mismas personas.⁵² A pesar de su adhesión a Urquiza luego de Caseros, Córdoba había puesto reparos a la libertad de cultos de la Constitución Nacional. El cabildo eclesiástico y el gobernador Guzmán la habían rechazado explícitamente⁵³, y el profesor de cánones Jerónimo Clara (futuro obispo de la diócesis), había sido separado de su cátedra, a instancias de Derqui, por la misma razón.⁵⁴ La cuestión quedó oficialmente saldada el 9 de julio de 1853, cuando la corporación universitaria juró la Constitución. Sin embargo, dos años después, cuando la provincia debió

⁴⁸ Idem, Tit. 12, Art. 4, p. 430.

⁴⁹ FÉLIX TORRES, *Historia de la Facultad de Derecho...*, p. 114.

⁵⁰ FÉLIX TORRES, *Historia de la Facultad de Derecho...*, p. 115.

⁵¹ FÉLIX TORRES, *Historia de la Facultad de Derecho...*, p. 129.

⁵² SILVIA ROMANO – VALENTINA AYROLO, “Poder y representación política en Córdoba (Argentina) a mediados del siglo XIX”, *História Unisinos*, vol. 5, No. 4, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Sao Leopoldo (Brasil), 2001, pp. 15-49.

⁵³ JUAN FERRER, *Gobernar en tiempos de Constitución. Córdoba en los orígenes del constitucionalismo provincial argentino (1821-1855)*, Editorial de la UNC, Córdoba, pp. 455-456.

⁵⁴ FÉLIX TORRES, *Historia de la Facultad de Derecho...*, p. 106.

adaptar la carta propia a la nacional, más allá de que se permitieron otros cultos públicos, el catolicismo fue declarado religión oficial.⁵⁵

El título final de la *Constitución Provisoria* incluía las declaraciones preceptivas y se abría con la confirmación de la Virgen de la Concepción como patrona de la Universidad, tal como se había jurado en claustro de 1818. Al mismo tiempo, se establecía la obligación de estudiantes y graduados de concurrir con sus insignias a la misa por el día de su festividad, en la que un doctor, licenciado o maestro debía pronunciar una prédica solemne.⁵⁶

Al final del Título 14 se sucedían las diferentes fórmulas de juramento para las autoridades y graduados. Es interesante la jerarquización que establece aquella que debe pronunciar el rector al asumir su cargo, ya que se le solicita jurar por Dios y los evangelios, obedecer en primer lugar y “desde hoy para siempre” a la “Santa Universal Iglesia Católica, Apostólica, Romana”, al Papa y sus legítimos sucesores, y recién después a las autoridades nacionales legalmente constituidas y al claustro de la Universidad.⁵⁷ El juramento se cierra con el compromiso de cumplir y hacer cumplir “religiosamente la Constitución Nacional y las leyes que ha sancionado y sancionare el Congreso General”, además de la propia constitución universitaria, acuerdos claustales y estatutos vigentes. Esta fórmula, lejos de una mera solemnidad, manifiesta de manera elocuente el pensamiento universitario (y de toda la élite política del período) sobre las obligaciones constitucionales. Para que ellas vinculen personalmente se requiere el compromiso de la conciencia y ésta sólo queda obligada por la religión. Para la Universidad de Córdoba, la Constitución Nacional, más allá de su declamación de libertades y garantías, sólo puede compeler si se la jura por Dios, porque aún está activo el paradigma trascendental de Antiguo Régimen en que leyes, derechos y potestades tienen una última derivación divina. Una breve fórmula, en este caso, revela toda la potencia de una cultura que no ha desaparecido.

Si la dependencia religiosa está clara en la fórmula del rector, la vinculación se multiplica en la que corresponde a los graduados. Más una

⁵⁵ JUAN FERRER, *Gobernar en tiempos de Constitución...*, pp. 493-494.

⁵⁶ *Constitución Provisoria para la Universidad...*, Tit. 14, Art. 1, p. 431.

⁵⁷ *Constitución Provisoria para la Universidad...*, Tit.14, Fórmula del juramento que debe prestar el rector en su recepción, pp. 431-432.

profesión de fe que un juramento de obediencia a las autoridades, en el acto de recepción de grados se debía manifestar expresamente la creencia en el misterio de la trinidad y en todos los artículos de fe y sacramentos de la Iglesia, “protestando defender con la decisión y ardor de un verdadero fiel cristiano, su existencia, verdad y Santidad”.⁵⁸ Al mismo tiempo, se debían aceptar las doctrinas evangélicas y las tradiciones apostólicas y prometer un combate enérgico y firme a “los errores, herejías y extravíos” que la Iglesia declarare. Esta fórmula, que parece más acorde para quien inicia una vocación religiosa que para quien acaba de concluir sus estudios de leyes o filosofía, podría ser leída como una vieja atadura colonial contradictoria con los tiempos liberales de la Constitución. Sin embargo, no se demuestra ilógica si insistimos en nuestra idea de la traducción y localización de las ideas y en la adaptación religiosa del liberalismo. La religión católica obra como un dato constituyente para la Universidad, una huella de origen indisponible. Desde las constituciones iniciales del P. Oñate, los universitarios juraban defender el misterio de la Inmaculada Concepción y esto no se alteró aunque cambiaran la dirección de la casa y las autoridades políticas. Lo seguirían jurando en el período franciscano, junto al combate al tiranicidio y la obediencia al virrey, a través de las Constituciones de San Alberto; y también después de la Revolución de Mayo, con la obediencia a juntas y asambleas.⁵⁹ Estos ejemplos nos revelan que la obediencia a las autoridades venía avalada primero por su legitimidad religiosa y fundada en una teología moral que exigía rigor al buen cristiano en el cumplimiento de las leyes. Esa concepción, difundida desde la expulsión de los jesuitas, permitía jurar por autoridades distintas si antes se justificaba su legitimidad moral por vía de religión. Podía cambiar el título (virrey, junta o asamblea), pero siempre se juraba por la virginidad de María.

La fórmula de juramento de los graduados, antes de invocar la protección y ayuda de Dios, finalizaba con la misma jerarquización que la rectoral. Primero la obediencia al Papa y sus sucesores, luego a las autoridades nacionales y universitarias.

⁵⁸ *Constitución Provisoria para la Universidad...*, Tit. 14, Fórmula de la profesión de fe y juramento que debe prestarse en la recepción de grados, p. 433.

⁵⁹ ESTEBAN LLAMOSAS, “La Universidad de Córdoba frente a la Revolución: continuidad doctrinal, adaptación de discurso y juramento de obediencia”, *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas 2014*, Vol. 51, Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Wien, pp. 239-256.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES

Este artículo se enmarca en la preocupación por releer las claves de la cultura universitaria cordobesa del siglo XIX sin interpretaciones ajenas a su tiempo. Intentamos no atribuir su carga semántica actual a una noción jurídica tan potente como “constitución”, para comprenderla en sus exactas coordenadas de tiempo y espacio, esto es, según podían asimilarla los universitarios de la segunda mitad del ochocientos. En dicho sentido, este trabajo acompaña otros sobre los juramentos, la primera cátedra de derecho público y la enseñanza constitucional en tiempos de la organización nacional.⁶⁰

Resulta comprensible (y no del todo equivocado) que la lectura de la *Constitución Provisoria* de 1858, primera normativa general de la Universidad luego de la Constitución Nacional, fuera realizada en tono exclusivamente liberal. Hay una potencia historiográfica de la carta magna y unas intenciones evidentes del gobierno y el claustro universitario. Allí están las voces del expediente para testimoniarlo. Sin embargo, evitar su sentido contextualizado y los límites de la cultura constitucional de la época, pueden hacernos perder de vista no sólo los matices, sino también la exacta interpretación de la *Constitución Provisoria*. Así R. Orgaz, en los años cuarenta, podía resaltar el clima de época y sus cláusulas más novedosas, y definirla como la primera constitución republicana de la Universidad.⁶¹ Parece más ajustada la mirada de F. Torres, que ha analizado el texto en una obra más general, y no desconoce la relevancia epistemológica del catolicismo como llave de comprensión del período.⁶²

El estudio sin preconceptos de las constituciones universitarias requiere necesariamente valorar la relectura cordobesa del liberalismo constitucional. Esto implica reconocer las posibilidades de lectura del nuevo lenguaje de la Constitución Nacional, en el marco de la tradición

⁶⁰ ESTEBAN LLAMOSAS, “La Universidad de Córdoba frente a la Revolución...”; “Enseñar la constitución bajo intolerancia religiosa...”; “Fundar un constitucionalismo para cimentar la república: la enseñanza del derecho constitucional en la Universidad de Córdoba en la segunda mitad del siglo XIX” (enviado para publicación)

⁶¹ RAÚL ORGAZ, “La primera constitución republicana de la Universidad de Córdoba”, *Cuadernos de Historia I*, Instituto de Estudios Americanistas, Universidad Nacional de Córdoba, 1941.

⁶² FÉLIX TORRES, *Historia de la Facultad de Derecho...*, p. 115.

jurídica recibida. La noción de derecho, para los universitarios cordobeses, no se había despegado aún de la moral de raíz católica. La *Constitución Provisoria* podía derogar explícitamente las viejas leyes opuestas a los principios de la Constitución Nacional, pero no podía derogar una cultura. La religión era un límite identitario y cualquier jerarquía de normas y autoridades todavía pasaba por su filtro.

La relectura cordobesa, por supuesto, no se realizaba sobre nuestras ideas actuales de liberalismo, sino sobre la particular versión del mismo que habían sancionado los constituyentes de 1853. Esa versión ya presentaba sus propios condicionamientos religiosos. Relectura sobre relectura, entonces. Los redactores de las constituciones universitarias, formados en un plan de estudios que hundía sus raíces en el pasado colonial, inmersos en el ambiente intelectual de la provincia y la Universidad, expresaron en el texto su propia interpretación del orden nuevo. ¿Podía esperarse algo distinto de Luis Cáceres, profesor de derecho natural y constitucional al mismo tiempo; del doctor en teología y presbítero Eduardo Ramírez de Arellano, miembro de una distinguida familia de religiosos; y de Rafael García, tradicionalista ferviente y futuro impugnador de la tesis doctoral de Cárcano? La mayoría de ellos, incluido Francisco de Paula Moreno, habían apoyado como legisladores el gobierno provincial del rosista Manuel López y se habían reconvertido en figuras del flamante tiempo constitucional.

La *Constitución Provisoria* de 1858 estuvo vigente hasta la aprobación del *Estatuto General de la Universidad*, por decreto de octubre de 1879, durante la presidencia de Avellaneda. En el nuevo *Estatuto* el gobierno nacional eliminó la cláusula que reiteraba a la Virgen como patrona del establecimiento, señalando que esto y la obligación de concurrir a misa en su festividad, era una práctica laudable, ya no exigible.⁶³ El avance del liberalismo laico era más decidido y se inauguraban otras disputas que parecían mellar de a poco las prácticas tradicionales. Nuevos tiempos para la Universidad. ¿Nuevos tiempos?

⁶³ FÉLIX TORRES, *Historia de la Facultad de Derecho...*, p. 144.

CONSENTIMIENTO Y TRANSFORMACIÓN MORAL UNA REVISIÓN DEL ENFOQUE DOMINANTE *

Matías Parmigiani **

Resumen: Existen al menos dos clases de preguntas que cualquier teoría sobre el poder justificatorio del consentimiento haría bien en abordar: por un lado, *qué hace* efectivamente el consentimiento; y, por el otro, *cuándo* su invocación tendría sentido. A la primera pregunta, el enfoque dominante responde aduciendo que el consentimiento vendría a *transformar* la naturaleza moral de nuestras acciones, justificando lo que de otro modo sería injustificable. Y a la segunda, por su parte, aduciendo que esta transformación sólo ocurre cuando tales acciones encierren un carácter moral *negativo*. Pues bien, el propósito central que aquí persigo es el de revisar esta doble hipótesis. Como fruto de mi argumentación, no sólo espero demostrar por qué el poder moral del consentimiento no se reduce a su fuerza transformadora, sino también de qué manera ha de interpretarse el carácter moral sobre el que actuaría este poder. Para ello, sin embargo, será necesario adoptar una teoría ética que reconozca el valor del (auto)respeto.

Palabras clave: transformación moral; consentimiento; (auto)respeto; justificación; Hurd.

Sumario: I. Introducción. II. Situando al enfoque dominante. III. ¿Cómo identificar la acción consentida? Problemas tipológicos y normativos. IV. Sobre poderes y transformaciones posibles. V. Consentimiento, derechos, valores y (auto)respeto. VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En “The Moral Magic of Consent”, H. Hurd le atribuyó al consentimiento una suerte de “magia moral”, consistente en un poder para trans-

* Artículo recibido el 15/07/2020 – Aceptado para su publicación el 23/02/2021.

** UNC/CONICET/US21 - matias.parmigiani@unc.edu.ar

formar “la moralidad de una conducta ajena”, convirtiéndola en buena, justa o correcta cuando de otro modo sería mala, injusta o incorrecta (cf. Hurd 1996, 123). Así, el consentimiento transformaría “una intrusión [*trespass*] en una invitación a cenar; una agresión [*battery*] en un apretón de manos; una invasión a la privacidad en un momento íntimo; o la apropiación comercial del nombre e imagen de una persona en una biografía” (*ibid.*, 123). En otros casos, más que transformar un acto malo, injusto o incorrecto en un acto moralmente aceptable, el consentimiento simplemente concedería un permiso para que dicho acto sea ejecutado, sin que el mismo pierda su connotación moral negativa (cf. *ibid.*). Sea de una u otra manera, la doble hipótesis (o **2H**, de aquí en más) que parece estar detrás de ambas ideas sostendría lo siguiente: por un lado, que el consentimiento resulta moralmente *transformador* (1); y, por el otro, que este poder o fuerza transformadora se desplegaría cuando las acciones a ser validadas por ella encierran un carácter moral *negativo* (2).

En la literatura jurídica, moral y filosófica sobre el consentimiento, **2H** parecería gozar de una aceptación sumamente extendida. Por lo general, los autores suelen ser bastante más explícitos en su apoyo a (1) que en su apoyo a (2). De todos modos, esto tal vez sólo se deba a que (2), a diferencia de (1), no merezca a su juicio necesidad alguna de aclaración. Hurd, por caso, es bastante explícita en su apoyo a (2), como bien lo evidencian los ejemplos que elige para ilustrar su posición (cf. *supra*). Pero también son sumamente explícitos en este sentido autores como A. Ripstein, A. J. Simmons, A. Wertheimer, P. Westen. G. Fletcher o, entre nosotros, C. S. Nino. Repasemos brevemente qué sostiene cada uno de ellos, yendo del primero al último. Así se expresa Ripstein en contra de cierta cosmovisión libertaria de las relaciones sociales:

No nos preocupamos por la falta de consentimiento excepto cuando estamos ante la presencia de una acción que sería incorrecta [*wrongful*] si no fuera por la presencia del consentimiento. De manera que si nos interesa determinar qué tienen de malo las relaciones de explotación, digamos, no es que ellas no sean consentidas. Es que ellas explotan a una de las partes. Sólo sucede que el consentimiento a veces puede lograr que una relación en la cual una persona se vale de otra como un medio para sus propios fines pierda este carácter explotador. *Si un acto no es incorrecto, no se requiere del consentimiento.* Un infractor [*wrongdoer*] no necesita consentir a la indemnización que le corresponde a su víctima. Tampoco determinamos la naturaleza de dicha indemnización

indagando qué habrían acordado las partes por adelantado. En su lugar, nos preguntamos qué corregiría la incorrección (2009, 71; la cursiva me pertenece).

De modo similar, Simmons sostiene que “regularmente prestamos consentimiento vinculante [*binding consent*] a arreglos que manifiestamente no resultan lo mejor para nosotros” (2010, 312). Wertheimer escribe que “el consentimiento de B puede hacer que la acción de A sea permisible desde el punto de vista moral, institucional o legal, como cuando el consentimiento de B a una cirugía transforma el acto de A de una lesión en un procedimiento médico permisible, o cuando el consentimiento de B para que A use su propiedad absuelve a este último del delito de intrusión” (2000, 559). Westen, por su parte, sugiere que “el consentimiento legal de S transmuta lo que de otra manera sería un acto de hurto de parte de A en un acto de caridad; un secuestro en compañía; una intrusión en hospitalidad; una agresión en una contienda deportiva; y una violación en una relación íntima” (2004, 112). Fletcher sostiene que, “en el ámbito de las relaciones exteriores, el consentimiento convierte una invasión en ayuda internacional”, así como en el ámbito penal “transforma el robo en un préstamo o una venta” (2007, 39). Y Nino, finalmente, aún mucho antes que estos autores, ya había sostenido que “la apelación a que se haga una distribución equitativa de beneficios y cargas está fuera de lugar cuando el interesado mismo ha aceptado una distribución que *no es igualitaria*” (1980, 225; la cursiva me pertenece). En estos casos, según él, el libre consentimiento del interesado basta para justificar una distribución inequitativa o moralmente objetable (*ibid.*, 226).

Como puede apreciarse, **2H** goza de un amplio y respetable consenso, con independencia del lugar en el que cada autor elija situar el carácter negativo de las acciones, arreglos o medidas que el consentimiento vendría a transformar. Semejante consenso representa lo que aquí llamaré, según lo adelantara en el título, el enfoque dominante en torno al consentimiento. Pues bien, el propósito central que persigo en estas páginas consiste en revisar dicho consenso, a fin de determinar cuál es el grado de fiabilidad que cabe concederle a aquella hipótesis. Para ello presentaré una hipótesis alternativa, también sustentada en dos premisas complementarias. La primera premisa concede que el consentimiento estaría dotado de una auténtica magia moral, para decirlo parafraseando a Hurd (no obstante, véase *infra*, sec. VI), pero advierte que esta magia no llegaría a apreciarse

en toda su dimensión cuando se la descompone exclusivamente en términos de su fuerza *transformadora*. Por su parte, la segunda premisa también concede que el poder moral del consentimiento debe estudiarse en íntima conexión con aquellos actos que despierten alguna clase de reparo moral, sólo que sostiene que la mejor manera de hacerlo consiste en adoptar una teoría ética que vea en el (auto)respeto uno de los valores clave que estructuran nuestras relaciones interpersonales.

II. SITUANDO AL ENFOQUE DOMINANTE

Cualquier teoría sobre el consentimiento que aspire a la generalidad debería reconocer al menos cinco órdenes de consideraciones:

- i. un primer orden, orientado a relevar la naturaleza *ontológica* del consentimiento;
- ii. un segundo orden, orientado a hacer lo propio con la *estructura gramatical* que lo rodea;
- iii. un tercer orden, destinado a explicar *qué hace* efectivamente el consentimiento;
- iv. un cuarto orden, destinado a responder *cómo* (o de qué manera) el consentimiento se las ingenia para llevar a cabo lo que supuestamente hace; y
- v. un quinto orden, cuyo propósito consistiría en dirimir *cuándo* su invocación tendría sentido.

De todos estos órdenes, ciertamente no son los dos primeros los que mejor servirían para caracterizar lo que resulta distintivo o definitorio del enfoque dominante. Con respecto al primer orden de consideraciones (i), podría decirse que entre los teóricos reina la controversia. De cualquier modo, como ya lo he expresado en otro sitio (*cf.* Parmigiani 2019a), las alternativas principales parecen reducirse a tres: concebir al consentimiento como una actitud subjetiva favorable a la realización de una acción, fin o estado de cosas (*cf.* Hurd 1996; Alexander 2014); concebirlo de modo performativo, es decir, como un acto verbal o gestual que no necesariamente constituye la manifestación de una actitud subjetiva, aunque igualmente sirva “para alterar las relaciones existentes” entre dos individuos (Kleinig 2010, 5; además, véase Barnett 1992); o concebirlo como un híbrido de estos dos elementos (*cf.* Schnüriger 2018, 25; Archard 2018, 176). El

enfoque dominante, tal cual fuera caracterizado en la sección anterior, resulta en principio compatible con cualquiera de estas alternativas, aunque parecería ser la última la que menores dificultades acarrea.

En relación al segundo orden de consideraciones (ii), la mayor parte de los autores parece reconocer que el consentimiento es, como dice Kleinig, una relación “tripartita” [*a three-place transaction*], “en la cual el consentimiento a hacer algo — ϕ — siempre es dado a otra parte o agente (...). De este modo, ‘A da a B su consentimiento para ϕ ’” (2010, 5). O, como diría Pereda, ‘A da a B su consentimiento *sobre* ϕ ’ (cf. 2004; asimismo, véase Miller y Wertheimer 2010). Puesto que el enfoque dominante, según se desprende de la caracterización anterior, también parece compatible con esta propuesta, no hay nada en este orden de consideraciones que sea útil para obtener una caracterización ciertamente distintiva del mismo. Por supuesto, aquí ingresa en escena ϕ , que es la acción, arreglo o medida que suscita el consentimiento de A. Y el enfoque dominante, según lo he anunciado, sí parece tener en mente una caracterización distintiva de este elemento. Sin embargo, puesto que el mismo volverá a aparecer cuando lleguemos al tercer orden de consideraciones, por ahora cabe atenerse a la apreciación original.

En rigor, lo mismo que se ha dicho a propósito de (i) y (ii) podría decirse a propósito de (iv). En este orden de consideraciones, el desafío pasa por relevar qué modalidades puede revestir el acto consensual y bajo qué circunstancias resulta admisible que cada una de ellas se despliegue. Según la clasificación de Pereda, el consentimiento puede asumir dos modalidades extremas: una modalidad *efectiva*, mediante la cual un individuo se expresa *a título personal* en un tiempo determinado, y una modalidad *hipotética*, en la que estas condiciones no se satisfacen. En el medio, por cierto, aparecen una serie de variantes derivadas de la primera, como el consentimiento *previo* o el consentimiento *colectivo, pero no individual* (cf. 2004, 103 y sigs.). Cada una de estas modalidades, piensa Pereda, está destinada a hacer su propio trabajo justificatorio dependiendo de las circunstancias. Un enfoque *rigorista* en torno al consentimiento sostendrá que sólo el consentimiento efectivo está en condiciones de realizar un trabajo justificatorio adecuado. Sin embargo, como bien sabemos, este enfoque puede resultar excesivo, y hasta contraproducente, en muchos contextos decisorios. Lo importante, en cualquier caso, es que el enfoque dominante no tiene por qué ser rigorista, por lo cual no hay nada en (iv) que permita atribuirle una caracterización realmente distintiva.

Pero ahora evaluemos los dos órdenes restantes, comenzando por (iii). La mayor parte de los autores que comulgan con el enfoque dominante aceptarían en principio que el consentimiento, para decirlo a la manera de Owens, cumple la función de *modificar* el paisaje moral en el que se sitúan los agentes que intervienen en una transacción, alterando sus obligaciones y derechos (cf. 2011, 412 y sigs.). Hurd, por ejemplo, es elocuente al respecto: “el consentimiento deriva su poder normativo del hecho de que *altera* las obligaciones y permisos que colectivamente determinan la corrección de las acciones de los otros” (1996, 124; la cursiva me pertenece). Y afirmaciones similares se constatan en la obra de Westen, Ripstein, Nino o Fletcher, por volver a citar a algunos de los autores ya mencionados. Mediante el consentimiento, uno ejerce el poder de tornar aceptable lo que sería inaceptable, correcto lo que sería incorrecto, o menos objetable (¿quizá inobjetable?) lo que de otra manera sería moralmente objetable. Ahora bien, si este es el caso, entonces el enfoque dominante parece estar comprometido con una determinada caracterización moral de la acción ϕ que suscita el consentimiento, por ser dicha acción la que, de no mediar aquel, alteraría el campo de obligaciones, derechos y permisos que nos vinculan de modo general a nuestros semejantes, atribuyéndonos cierta autoridad normativa frente a ellos.

Todo esto, desde luego, resulta bastante plausible en términos generales, por lo que tampoco parece haber aquí material que nos permita atribuirle al enfoque dominante una característica distintiva. No obstante, miremos más de cerca el significado de ϕ . Típicamente, ϕ representa una acción, arreglo o medida. Por ejemplo, cuando ϕ significa ‘tocar’ (T) y A le da su consentimiento a B, esto suele expresar que A renuncia a cualquier pretensión resarcitoria (o a cualquier pedido de explicación) cuando B se dispone a tocarlo. Del mismo modo, cuando ϕ significa ‘ceder nuestra jurisdicción o derecho sobre una propiedad’ (C) y A le da su consentimiento a B, esto suele implicar que A renuncia a cualquier pretensión de reclamarle a B la restitución de la propiedad cedida. Si, antes de consentir ϕ , A disponía de un derecho o pretensión sobre B, luego de consentir, A ya no dispone del mismo derecho. En los ejemplos, las acciones T y C, tal cual han sido reconstruidas, no parecen suscitar de por sí ninguna clase de connotación moral, ni negativa ni positiva. En otros términos, el lenguaje elegido para caracterizarlas no permite determinar a ciencia cierta por qué, para el agente que teóricamente se beneficia de estas acciones, el consentimiento del otro agente habría de requerirse. Después de todo, en cada

uno de estos escenarios, los agentes intervinientes podrían mantener un vínculo interpersonal realmente estrecho o profundo, como una relación de amor, amistad o parentesco. En ninguno de estos casos, la acción posee un significado moral (negativo) que pueda advertirse *a priori*.

Una observación que aquí merecería considerarse es la siguiente: dado que el significado moral de estas acciones no resulta transparente, ¿por qué habría de resultar transparente la función del consentimiento? La pregunta es sugestiva, pero ella presupondría que esa función sólo alcanzaría a advenirse en aquellas circunstancias en que la acción consentida poseyera un déficit moral, que es algo que todavía no se ha probado. Por el modo como en la sección anterior quedara caracterizado el enfoque dominante, sabemos que esa constituye en cierto modo su pretensión distintiva, o una de sus pretensiones más importantes, al menos. De hecho, en los ejemplos que suelen elegir los partidarios de este enfoque para ilustrar su punto, esto se advierte con toda nitidez: mientras Hurd tiene en mente acciones delictivas como violaciones o usurpaciones de propiedad, Westen piensa en hurtos o secuestros (*cf. supra*). Por eso pueden decir con naturalidad que el consentimiento desempeña una función *transformadora*, a saber: transformadora del *estatuto moral* de una acción, cifrado negativamente. Ahora bien, a fin de probar que esto es, en efecto, lo que hace el consentimiento, respondiendo así a (iii), se impone un doble desafío: el de garantizar, por una parte, que *existe* una manera plausible de calificar moralmente una acción que *no tome en cuenta* el consentimiento de su destinatario; y, por otra parte, el de garantizar al mismo tiempo que *no existe* una manera plausible de hacer lo propio que *dependa* de este consentimiento. Como veremos en las dos secciones siguientes (III y IV), este doble desafío es incumplible, aunque de aquí no necesariamente se siga que el enfoque dominante deba ser abandonado.

Finalmente, como se desprende del recorrido efectuado, la respuesta que el enfoque dominante ensaya para (iii) vendría a sub-determinar su respuesta a (v). En efecto, si el consentimiento sólo tiene por función transformar el carácter de aquellas acciones de connotación moral negativa, su invocación sólo sería necesaria en aquellas instancias en las que este carácter resulte evidente. Sin embargo, como intentaré ponerlo en evidencia especialmente en la sección V, las cosas no serían tan simples. Si bien existen circunstancias en las que la inmoralidad de un acto puede advertirse con relativa facilidad, existen otras en las que, a menos que tomemos nota de los valores personales que podrían albergar ciertos individuos, la inmoralidad de los actos que los tienen de destinatarios podría pasar

desapercibida. De todos modos, como se verá en el momento oportuno, esto es algo que sólo alcanza a apreciarse cuando tomamos dimensión de la función que desempeña el valor del (auto)respeto a la hora de moldear nuestras relaciones interpersonales.

III. ¿CÓMO IDENTIFICAR LA ACCIÓN CONSENTIDA? PROBLEMAS TIPOLÓGICOS Y NORMATIVOS

Considérese el siguiente ejemplo imaginario de Stuart P. Green:

T decide tomar un atajo atravesando la propiedad de O, consciente de que se trata de su propiedad, cometiendo de este modo una intrusión ilegítima [*trespass*]. (...) O advierte la acción de T, y justo en ese momento y en ese lugar, ni más ni menos que como fruto de su propia generosidad y camaradería (es decir, sin ser víctima de coerción o engaño), consiente la conducta de T, permitiéndole cruzar a través de su terreno (2007, 2510).

“En un caso así —constata Green— bien podríamos decir con precisión que el consentimiento de O ha ‘transformado’ la intrusión ilegítima de T en un acto legalmente autorizado [*lawful easement*]” (*ibid.*). Desde luego, aunque este ejemplo demuestre inconfundiblemente que hay casos en los cuales el consentimiento actúa *transformando* la naturaleza moral (o jurídica) de ciertos actos, tornando correcto (o legal) lo que de otra manera sería incorrecto (o ilegal), Green lo emplea con un propósito radicalmente diferente. Y es que, a su juicio, un caso como este no guarda ninguna similitud con aquellos casos que suelen tener en mente los partidarios del enfoque dominante, como los asaltos y las violaciones a las que aluden Hurd o Westen, o las invasiones militares referidas por Fletcher, cuya propuesta analiza Green en su texto (*cf. ibid.*). Si bien es cierto que el consentimiento constituye una condición necesaria para que pueda afirmarse que dos personas están haciendo el amor, tan cierto como que la falta de consentimiento constituye una condición suficiente para que se produzca una violación o un abuso sexual, citar al consentimiento como el único factor que permite diferenciar una cosa de la otra resulta a juicio de Green una simplificación inaceptable, que “corre el riesgo de trivializar la gravedad moral [*moral wrongfulness*]” que podría encerrar el acto criminal (*cf. ibid.*). Tanto en las violaciones, como en los asaltos y en

las invasiones militares, se comprueba un componente de ‘agresión’ que no parece estar presente, por caso, en el ejemplo original citado al inicio.

En su artículo, Green se pregunta por la posibilidad de ofrecer una caracterización de nuestras acciones que sea “más básica” [*more basic*] que aquella a la que acudimos cuando empleamos un tipo penal como ‘violación’ o ‘abuso sexual’, en el que, si nos guiamos por el contenido de muchas de nuestras legislaciones, la ‘falta de consentimiento’ comúnmente aparece como uno de sus elementos configuradores. A propósito de esta misma figura delictiva, Green sugiere que la palabra ‘coito’ [*sexual intercourse*] podría usarse para describir lo que sucede a nivel más básico. ‘Coito’, además, constituye una expresión que sirve para identificar un acto o interacción sin invocar el consentimiento de los agentes implicados, con lo que parece abrirse un pequeño resquicio por donde el enfoque dominante quizá se atreva a ingresar a fin de afrontar la primera exigencia aludida en la sección anterior (*cf. supra*). Si el coito no es consentido, el acto será de un tipo (i.e. abuso sexual); si el coito es consentido, el acto será de otro tipo (i.e. hacer el amor).

Lógicamente, la diferenciación parece tener perfecto sentido. Ahora bien, ¿qué sucede en términos prácticos? Como puede apreciarse, ‘coito’ constituye una expresión neutra desde el punto de vista moral, en el sentido de que no le atribuye al acto ninguna propiedad moral (o jurídica) característica. En algunos contextos discursivos, la sola disponibilidad de esta palabra revestirá suma utilidad, como cuando el juez de un proceso penal tenga que referirse al acto que ha motivado la imputación de un acusado sin pronunciarse sobre su presunta culpabilidad. Tampoco es menor esta utilidad si estamos interesados en obtener una explicación *ontológica* del modo como ciertos actos complejos podrían llegar a configurarse a partir del acto más básico invocado por la palabra. En tal sentido, tanto la relación amorosa como el acto de abuso sexual se configurarán como tales en la medida en que el coito, tal el acto más básico, vaya o no acompañado de la respectiva dosis de consentimiento. Sin embargo, el desafío que enfrenta el enfoque dominante es el de obtener una caracterización *moral* del acto en cuestión que sea independiente de la noción de consentimiento, pues en principio sería este acto, así caracterizado, sobre el que actuaría el poder transformador del consentimiento. ¿Es tal cosa posible? ¿Es tal cosa siquiera deseable?

Una alternativa podría consistir en apelar al elemento de agresividad del que se vale Green para diferenciar no sólo los abusos sexuales, sino también los asaltos y las invasiones militares, de otras clases de actos delictivos o ilegales. Convengamos entonces en definir a los abusos como agresivos, por el trato perjudicial que usualmente suponen para sus víctimas, ya sea a nivel físico o psicológico. Si la agresividad constituye el rasgo distintivo de los abusos sexuales, y esta agresividad puede identificarse con total independencia de las actitudes subjetivas que hacia esos actos asuman sus presuntas víctimas, entonces habremos hallado una manera de afrontar el desafío planteado en la sección anterior. Un acto que lastima a una persona, provocando heridas lacerantes en su cuerpo o una sensación de minusvalía o humillación permanente en su psiquis, reúne una serie de propiedades objetivas que parecen suficientes para fundar una caracterización moral negativa que no dependa de ninguna otra consideración.

Lamentablemente, la idea de que los actos que atentan contra la integridad sexual de las personas necesariamente contienen un elemento de agresividad que se refleja en algunas de las propiedades señaladas no puede mantenerse en pie. Sólo por recrear un ejemplo famoso de Gardner y Shute, imaginemos que una mujer sufre sucesivas penetraciones vaginales mientras se encuentra en coma. Luego de un tiempo, la mujer despierta y no sólo no recuerda nada de lo sucedido, sino que tampoco constata ninguna herida en su cuerpo (*cf.* 2007, 5). Si tuviéramos que calificar estos actos, ¿nos negaríamos a atribuirles un auténtico carácter inmoral (o delictivo) sólo porque no hay ningún indicio dañoso en el cuerpo o en la psiquis de la mujer? Por varias razones que ya analizaré a la brevedad, la respuesta nos parece negativa (*cf. infra*). Sin embargo, lo que importa notar en este sitio es que, si la función transformadora del consentimiento tan sólo pudiera desplegarse en relación a los actos sexuales que dañan a sus destinatarios, entonces no se entendería en qué consistiría esta función. Pues, como bien sugiere D. Owens, mientras el consentimiento constituye un acto declarativo y, por ende, *inmaterial*, el daño generado constituye un evento *material*, y lo primero se muestra causalmente ineficaz para modificar lo segundo (*cf.* 2012, 179-182).

Desde luego, nada de esto significa que el consentimiento no pueda cumplir ninguna función en relación a estos casos. Tanto Owens (*cf. ibid.*) como Tadros (*cf.* 2016, 209 y sigs.) sostienen que el consentimiento actúa sobre el carácter *agravante* de estos actos, no sobre su carácter *dañoso*, que puede o no tener lugar. Si el daño tiene lugar y

es consentido, entonces difícilmente el consentimiento pueda volver inocuo lo que ya se produjo. Pero el consentimiento todavía puede operar sobre el universo de derechos y obligaciones que vinculan a los agentes. Cuando alguien se halla bajo la obligación de no realizar una determinada acción que impactará sobre otra persona, mas ella consiente que se realice, esta persona hace dos cosas: por una parte, relevar al primer agente de su obligación inicial; y, por otra parte, renunciar al derecho que de otro modo tendría sobre ese mismo agente de solicitarle un resarcimiento o una disculpa. En este caso, la acción todavía puede revestir un carácter dañoso. Sin embargo, lo que el consentimiento al menos habrá logrado es que ya no resulte agravante.

Esta última reconstrucción de lo que sucede cuando alguien otorga su consentimiento parece estar mejor preparada para afrontar el desafío planteado al enfoque dominante. Si la inmoralidad de una acción se define en función de las obligaciones que vulnera, en lugar de hacerlo en función de los bienes o valores que pueda afectar negativamente, entonces tal vez hayamos encontrado la clave para identificar objetivamente lo que debe suceder para que el consentimiento pueda desplegar su fuerza transformadora. En tal sentido, podría aventurarse que, a menos que esté en riesgo el incumplimiento de una obligación personal, el consentimiento no sería necesario. No obstante, recuérdese cuál era el desafío: identificar un acto cuyo carácter inmoral pudiera identificarse sin invocar el consentimiento. Ahora bien, si nos guiamos por el modo como Tadros presenta las cosas, comprobaremos que las obligaciones sobre las que actuaría el consentimiento constituyen lo que él denomina “obligaciones sensibles al consentimiento” [*consent-sensitive duties*] (2016, 204), que son precisamente aquellas que pueden variar o extinguirse en virtud del consentimiento de su destinatario. En contraposición a estas obligaciones, podríamos denominar ‘obligaciones insensibles al consentimiento’ (la expresión, por cierto, no es de Tadros) a aquellos deberes de los que nadie puede ser liberado, sin importar lo que haga al respecto el sujeto activo o pretensor. La obligación de no esclavizar a nadie, digamos, podría ser un buen ejemplo. Luego, si para identificar las acciones sobre las que el consentimiento desplegaría su poder transformador, primero debemos identificar aquellos deberes que estas acciones vulneran, mas caemos en la cuenta que estos deberes sólo pueden identificarse echando mano a la noción de consentimiento, entonces las cosas vuelven a estar como al inicio.

IV. SOBRE PODERES Y TRANSFORMACIONES POSIBLES

El Diccionario de la Real Academia Española ofrece las siguientes tres acepciones del verbo ‘transformar’:

1. tr. Hacer cambiar de forma a alguien o algo. U. t. c. prnl.
2. tr. Transmutar algo en otra cosa. U. t. c. prnl.
3. tr. Hacer mudar de porte o de costumbres a alguien. U. t. c. prnl.

Bajo cualquiera de estas acepciones, la condición para que pueda hablarse de ‘transformación’ es que exista algo (o alguien) que transformar. Si esta condición no se satisface, básicamente por no comprobarse la existencia de algo (o alguien) que oficie de complemento directo del verbo, difícilmente podrá hablarse con propiedad de un auténtico acto de transformación. El mismo Diccionario tiene reservado un verbo para capturar lo que sucede cuando se forma o produce algo que no supone la existencia previa de otra cosa. El verbo ‘crear’, justamente, aparece con el siguiente significado: “producir algo de la nada”, una definición que también podría acompañar a verbos como ‘constituir’, ‘instituir’ o incluso ‘configurar’, si nos guiamos por cómo se utiliza este verbo en el lenguaje cotidiano de algunos países hispanohablantes. Pues bien, dadas estas diferentes alternativas lingüísticas, ¿qué podría decirse sobre el presunto carácter transformador del consentimiento?

En la sección anterior expuse de manera muy esquemática un enfoque sobre el consentimiento que restringe su poder o magia moral a la posibilidad de tornar inocuo el elemento agravante contenido en ciertos actos. La intención original de explorar esta propuesta estuvo ligada al intento de ofrecer una alternativa que le permitiera al enfoque dominante superar el desafío presentado en la sección II. El resultado, según se viera, no fue alentador. Sin embargo, aunque la propuesta de Owens y Tadros no haya sido apta para ese objetivo en particular, esto no significa que no sea apta para otros objetivos posibles. En esta sección, quisiera analizar si lo que Owens y Tadros dicen en torno al consentimiento no es convincente para terminar de comprender su magia moral en términos de su fuerza transformadora. Desde luego, esto implicaría que el desafío originalmente planteado al enfoque dominante debería ser abandonado. Pero si la propuesta de estos autores fuera convincente, entonces tal vez encontraríamos una manera superadora de presentar este enfoque.

Que tanto Owens como Tadros entienden la magia moral del consentimiento en función de su fuerza *transformadora* no es ninguna novedad.

Tal vez Tadros sea más explícito que Owens en este punto (*cf.* Tadros 2016, 214), pero ambos autores sostienen que el consentimiento transforma el entramado de obligaciones y derechos que vinculan a su dador con su receptor. Owens procura respaldar su postura postulando detrás del consentimiento un supuesto “interés permisivo”, según lo denomina, al que se encarga de diferenciar tajantemente de cualquier interés que podríamos tener en *controlar lo que nos sucede*, ya sea desde el punto de vista físico o psicológico. Mientras este último interés es protegido por la *capacidad de elegir* de la que muchos de nosotros gozamos, el interés permisivo que subyace a la capacidad de consentir está orientado exclusivamente a *controlar la situación normativa* que rodea a quien ejerce dicha capacidad, la que lo faculta esencialmente para liberar a otras personas de las obligaciones tanto positivas como negativas que hacia él detentan (*cf.* Parmigiani 2020a).

Tadros aduce algo similar en este sentido. La intención de quien consiente —sostiene, oponiéndose a posturas como las de Westen o Pundik— tiene por objeto el deber o la obligación de alguien, no la acción que lo tiene de destinatario (*cf.* 2016, 209). En sus propias palabras:

A veces se sugiere que el consentimiento que le otorga Y a X para v necesariamente se vincula a la intención de Y de que X haga v, o a la intención de Y de causar o permitir que X haga v. De modo similar, a veces se sugiere que, si Y autoriza a X a v, Y desea que X haga v. Pero Y podría consentir que X haga v sin tener ninguna intención o deseo semejante. Y podría consentir que X haga v albergando la intención o el deseo de que X elija no hacer v. En esos casos, Y libera a X de la obligación que le debe a Y de no hacer v. Pero su razón para proceder en esta liza puede responder a que prefiere que X se vea libre de la obligación de no hacer v, no a que prefiere que X haga v (*ibíd.*).

Al igual que Owens, Tadros está intentando diferenciar su postura de una serie de enfoques sobre el consentimiento que tienen a Hume y a Mill como sus fuentes inspiradoras. Para Mill, por ejemplo, el consentimiento opera al servicio de la libertad de elección, y esta libertad, a su vez, opera al servicio de lo que cada uno considera deseable para sí mismo, juicio que nadie podría formular de modo más exacto que la propia persona implicada (*cf.* Tadros 2016, 213). Pero, de modo análogo a Owens (*cf.* 2011, 412), Tadros rechaza este enfoque por la razón antes descrita: básicamente, porque no sería cierto que el único motivo que explica el

hecho de que alguien consienta una determinada acción sea el interés en que dicha acción se realice. Ahora bien, aunque es real que el interés no puede circunscribirse exclusivamente a la realización de la acción consentida, resulta más difícil de creer que no haya ningún otro interés involucrado. Para plantear la objeción a partir del peor escenario posible, asumamos que accedo a ampliar los márgenes de libertad de otra persona, liberándola de sus obligaciones negativas hacia mí. A raíz de esta decisión consensual, el acto de esa persona me trae un perjuicio objetivo que ya no puedo enmendar, básicamente porque he renunciado a todo derecho a obtener resarcimiento. Incluso en ese caso, ¿no sería evidente que mi consentimiento descansa en un interés tan personal como cualquier otro interés, aunque se trate de un interés auténticamente solidario o altruista? (cf. Sen 2004, 213 y sigs.)

De cualquier modo, más allá de todo esto, sigue habiendo un problema en este intento de describir lo característico del consentimiento a partir de su fuerza transformadora. Cuando alguien consiente una acción ϕ , o incluso cuando alguien consiente que el autor de dicha acción sea relevado de las obligaciones naturales que se seguirían *prima facie* de la misma — que es el modo en que Tadros pondría las cosas —, desde luego que está transformando un universo de derechos y obligaciones preexistentes. En tal sentido, lo que aquí ocurre se ajusta perfectamente al significado convencional del verbo ‘transformar’ (cf. *supra*). Sin embargo, el problema con interpretar el poder moral del consentimiento en estos términos es que resulta completamente anodino, vale decir: no aporta ningún elemento que sea exclusivamente distintivo o característico del acto de consentir. Para comprobarlo, basta con que analicemos qué efectos normativos producen cualquiera de los actos que vulneran nuestras obligaciones, así sean *sensibles* o *insensibles* al consentimiento. Pensemos en un acto que atenta contra la integridad sexual de una persona, por ejemplo. O evaluemos qué sucede a propósito de un acto de tortura. ¿No resulta evidente que cada uno de estos actos también transforma el universo de derechos y obligaciones preexistente que rodea a las partes? Si, antes del delito sexual, la víctima no tenía derecho alguno a solicitar de su victimario una medida reparadora, luego de producido el delito pasa a adquirir este derecho. De modo análogo, si, antes del acto de tortura, la víctima no tenía ningún derecho a solicitar la detención de su torturador, luego de producido el delito sí adquiere este derecho, así como el torturador adquiere la obligación de reparar el mal cometido, si ello está a su alcance. En otras palabras, para

que un acto transforme el universo de derechos y obligaciones que ligan a dos o más agentes, basta con que ese acto se produzca en el interior de dicho universo. Los actos declarativos de consentimiento, por cierto, poseen esta capacidad transformadora, pero ella no es en modo alguno privativa de los mismos.

Para ser justos, conviene aclarar en esta instancia que, cuando autores como Owens o Tadros se refieren al poder transformador del consentimiento, están pensando en un tipo particular de transformación. Es evidente que los actos delictivos transforman el universo moral que habitamos. Pero bien podría decirse que lo transforman de manera *involuntaria* para muchos agentes, precisamente para aquellos que sufren en carne propia las consecuencias del delito. Por lo general, cuando alguien otorga su consentimiento, lo hace en respuesta a una propuesta ajena. Además, para que este consentimiento sea relevante, el agente que lo otorga debería contar con el poder y/o la libertad de rechazar la propuesta que se le está ofreciendo, así como con el poder y/o la libertad de presentar una propuesta alternativa. El consentimiento, pues, tenderá a ser válido en la medida en que este poder o libertad esté garantizado y, en cualquier caso, decida no ejercerse. He allí reflejada la marca inconfundible de su *voluntariedad*.

Yendo en particular al caso de Owens, el efecto transformador que le adjudica al consentimiento es de un tipo muy definido, el cual consiste —según cabe recordar— en volver inocua la naturaleza agravante de aquellos actos que infringen una norma u obligación pero que no necesariamente alcanzan a afectar un interés humano (cf. 2011, 404). Todavía más, Owens insiste en vincular el poder del consentimiento con nuestros “intereses normativos”, según los denomina, a los que separa tajantemente de nuestros “intereses no normativos” (cf. 2012, 60-67). Mientras los primeros serían intereses dirigidos a controlar la situación normativa que nos rodea, los segundos estarían dirigidos a materializar un estado de cosas tendiente a satisfacer un deseo o preferencia personal. No obstante, el problema aquí sería el mismo que el señalado hace un momento: ¿por qué alguien querría contar con la capacidad normativa de transformar el paisaje moral que lo rodea si no fuera en procura de satisfacer un interés del segundo tipo, aunque este interés no sea puramente egoísta? Puesto que en la siguiente sección ya tendré ocasión de ampliar la base argumental que soporta este veredicto, concluiré el presente apartado retomando la senda definicional trazada al comienzo.

Muchos de los trabajos analizados aquí, como los de Hurd, Westen, Green o Tadros, por no citar otros trabajos relevantes, suelen explorar la magia moral del consentimiento centrándose en lo que ocurre en el ámbito del derecho penal, en el que impera un universo deóntico compuesto fundamentalmente por *prohibiciones* y *obligaciones*. En estos ámbitos, puede ser lógico que el consentimiento cumpla una función transformadora. ¿Pero qué sucede cuando lo que está en cuestión remite más bien al dominio de *lo posible* y *lo permitido*? ¿Qué hay en particular del universo de la política legislativa, la moral personal o el derecho de contratos que regula lo que sucede en la etapa de la negociación que precede a un acuerdo? ¿Desempeña el consentimiento en estos ámbitos la misma función que en los anteriores? Estas preguntas, que ya tuve ocasión de formular en otro sitio (*cf.* Parmigiani 2020b), parecen demandar una respuesta muy diferente a la sugerida por el enfoque dominante. Puesto que en todos estos casos el consentimiento serviría para justificar un nuevo orden normativo, más que para transformar un orden preexistente, los verbos que mejor servirían para capturar lo que allí está en juego son los de ‘constituir’, ‘instituir’, ‘configurar’, ‘fundar’, ‘dar a luz’ o, desde luego, ‘crear’, tal como lo define el Diccionario de la Real Academia Española (*cf. supra*). Hay, por cierto, al menos otra función adjudicable al consentimiento, a la que en el artículo ya referido denominé ‘confirmatoria’, debido al modo como este opera cuando se trata de validar acciones, arreglos o medidas que no parecen suscitar ningún reparo moral (*cf. supra*). De todas formas, dado que aquí no puedo volver a abordar cada una de estas funciones con la extensión que sería deseable, confío en que las pasadas consideraciones sean al menos suficientes para evaluar qué aspectos del enfoque dominante deberían afianzarse y qué otros deberían abandonarse, en particular si hemos de obtener una explicación del poder moral del consentimiento que aspire a una mayor integralidad.

V. CONSENTIMIENTO, DERECHOS, VALORES Y (AUTO)RESPECTO

Según la caracterización original, el enfoque dominante está fundado en una doble hipótesis (2H). En la sección anterior he intentado demostrar por qué la primera parte de esta hipótesis resulta en cierto modo insatisfactoria. El poder moral consentimiento, según lo sugerí, no sólo no radica exclusivamente en su capacidad *transformadora*, sino que

esta misma capacidad debería entenderse en un sentido muy específico si ha de comunicar algo relevante. Pues bien, en la presente sección —la última de este trabajo antes del cierre—, quisiera retomar la segunda parte de aquella hipótesis. Hasta aquí, parece habernos acompañado una pretensión convincente: el consentimiento despliega su magia moral a propósito de aquellos actos que serían inmorales (o ilícitos) por vulnerar una obligación o deber que resulta sensible al consentimiento. Poniéndolo en terminología de Green (*cf. supra*), estos son los actos en los que la falta de consentimiento opera como uno de los elementos configuradores de su tipología. ¿Pero no podría suceder que el consentimiento también estuviera en condiciones de desplegar su poder en relación a otras clases de acciones? Los párrafos siguientes tienen el propósito de fundamentar por qué la respuesta a esta pregunta no puede ser sino afirmativa.

Como se viera en la sección III (*cf. supra*), el enfoque dominante, tal como fue formulado originalmente, se muestra incapaz de afrontar la exigencia de definir la inmoralidad del acto sobre el que actuaría el poder del consentimiento sin tomar en cuenta la propia noción de consentimiento. No obstante, el hecho de que esto suceda tal vez sea por momentos inevitable. A mirada de soslayo, dos explicaciones pueden ensayarse de este fenómeno. La primera encuentra sustento en la obra de M. Murray, quien defiende un principio moral según el cual nadie tendría permitido tratar a los otros “sin su consentimiento” [*do not do unto others without their consent*] (*cf.* 2007, 147 y sigs.). De aceptarse un principio así de general, ello permitiría entender el carácter ubicuo del consentimiento. Pero un principio de esta naturaleza, como fácilmente podemos advertir, enfrenta objeciones insalvables. Por empezar, porque él nos obligaría a tratar a todo aquel que nos agrede con la misma deferencia con que solemos tratar a quienes procuran beneficiarnos, lo que tornaría a nuestro universo moral en un ámbito prácticamente irrespirable. Pero, además, porque implicaría cometer lo que Beyleveld y Brownsword denominan “la falacia de la necesidad”, la cual consiste básicamente en proclamar que el consentimiento “constituye una consideración autosustentable [*free-standing*]” (2007, 242), ignorando que puede haber razones públicas y sustantivas para hacer caso omiso de ella (*cf.* Parmigiani 2021; además, véase *infra*).

Por su parte, la segunda explicación tendiente a dar cuenta de la imposibilidad de enfrentar la exigencia mencionada también abraza un principio de carácter general, sólo que este principio está afincado en el valor del (auto)respeto (*cf.* Raz 2001, 124 y sigs.; Larmore 2008, 146 y

sigs.; Dworkin 2011, 205 y sigs.). Lo que proclama, en resumidas cuentas, es que toda persona, en la medida en que no afecte intereses de terceros, tiene derecho a un trato que sea respetuoso de su identidad personal, entendiendo por ‘identidad personal’ aquellos aspectos del carácter que son de su exclusiva incumbencia, como sus gustos, sus preferencias, sus creencias metafísicas y/o religiosas, sus afectos, sus preocupaciones, sus valores personales, su pertenencia cultural o sus concepciones particulares del bien. Tales aspectos, además, constituyen la fuente primordial de la que nacen para cada individuo las razones para emprender o abandonar una determinada empresa, así como para aceptar o rechazar cualquier empresa que se le proponga. Y aunque una comunidad auténticamente liberal querrá velar para que sus miembros dispongan de la libertad de analizar y/o rever esos aspectos identitarios, permitiéndoles tomar distancia, por ejemplo, de cualquier lazo o compromiso grupal (*cf.* Kymlicka 1992, 142-143; 1995, 91-92; además, Kukathas 1992, 133-134), esto sólo hace a una faceta del respeto que se les debe. Según otra faceta fundamental, en cambio, respetar a una persona implica, como supo decirlo H. Frankfurt, “tratarla sobre la base exclusiva de los aspectos de su carácter o sus circunstancias específicas que son efectivamente relevantes para la situación en cuestión” (Frankfurt 2008, 235; además, véase Appiah 2007, 328 y sigs.). En algunas ocasiones, esto puede implicar un deber positivo de ayuda, orientado a facilitar que tal o cual persona (lo mismo que tal o cual grupo de personas) pueda vivir de acuerdo a aquellos valores, gustos o preferencias que son constitutivas de su identidad (*cf.* Margalit y Raz 1990; Kymlicka 1995, 89 y sigs.; Appiah 2007, 160-161). No obstante, por lo general, esto implicará no hacer nada que pueda condicionarla negativamente, dificultándole e incluso impidiéndole perseguir lo que tiene razones —‘personales’, se entenderá—para considerar valioso o interesante (*cf.* Bratu 2017, 144).

A pesar de las precisiones introducidas, el principio o deber general aquí enunciado es lo suficientemente vago o general como para admitir interpretaciones encontradas. Además, nada de lo que he dicho en torno al valor del (auto)respeto bastará para despejar las dudas que sigue suscitando esta noción, sobre la que existe una literatura tan vasta como creciente (*cf.* Dillon 2018). Con todo, tal vez un par de aclaraciones sean de utilidad para evitar confusiones. Por un lado, conviene diferenciar entre dos enfoques sobre lo que implica dispensar un trato respetuoso: un enfoque *generalista*, de raigambre kantiana, y un enfoque *particularista*, de raigambre hegeliana. Según el primer enfoque, ciertamente dominante en la tradición

liberal de pensamiento político, tratar a alguien con respeto implica tratarlo esencialmente como un individuo dotado de iguales derechos ante la ley. En cambio, según el segundo enfoque, presente en buena parte de la tradición comunitarista, tratar a alguien con respeto implica tratarlo de manera diferenciada, atendiendo a sus características particulares o idiosincrásicas. Si nos guiamos por este contraste, resultará para muchos evidente dónde cabría situar la posición que aquí he asumido. Sin embargo, lo que deseo aclarar es que de ninguna manera concibo ambos enfoques como incompatibles (al respecto, véase especialmente Benhabib 2006a, 182-188). En otros trabajos he postulado que tanto la autonomía como el bienestar de una persona pueden descomponerse en dos dimensiones: una dimensión absoluta y una dimensión relativa. Mientras la primera abarca aquellos bienes de los que nadie puede ser privado so pena de experimentar una merma irreparable como agente moral, la segunda sólo contempla aquellos bienes que algunas personas necesitan para perseguir sus planes de vida particulares (cf. Parmigiani 2020a). Tratándose, pues, de respetar la dimensión absoluta de la autonomía (o del bienestar) de una persona, lo que se impone es un enfoque generalista o universalista. Por el contrario, tratándose de respetar la dimensión relativa, lo que se impone es un enfoque particularista, como el que aquí he asumido siguiendo a Frankfurt.¹

Por lo demás, se habrá notado que el deber de respeto, en la caracterización inicial que ofrecí del mismo, aparece integrado por dos facetas fundamentales. Pues bien, la segunda aclaración que debo introducir aquí es que estas facetas no son exhaustivas. Es decir, en la medida en que respetar a una persona implique concederle un “derecho de salida” [*right to exit*] de la comunidad cultural a la que pertenece, como dicen Kymlicka y Kukathas con algunas diferencias de matices (cf. *supra*), esto sucederá como consecuencia de hacer valer el enfoque generalista, el cual nos exige velar en este caso por la libertad de elección de cada individuo, sin dudas un componente básico de su autonomía. Pero, en este mismo plano, el enfoque generalista podría conducirnos a tomar en cuenta muchas otras facetas. En cualquier caso, cómo haya de procederse en cada circunstancia para tratar respetuosamente a alguien no es una cuestión que

¹ En cierto modo, como también he intentado mostrarlo en otro trabajo (cf. Parmigiani 2021), estos enfoques guardan similitudes con las dos nociones de ‘respeto’ postuladas por Darwall (1977): la noción de ‘*recognition respect*’ y la de ‘*appraisal respect*’, aunque unos y otras no sean coincidentes.

pueda dirimirse sin tomar en cuenta el tipo de agente sobre el que recae la obligación. Si se trata del Estado, los requerimientos serán de un tipo. Si se trata de un particular, es probable que los requerimientos sean de un tipo muy diferente. Así, por ejemplo, parece evidente que un simple ciudadano de a pie no está en condiciones de garantizarle a otro ciudadano de a pie un derecho de salida de su comunidad de pertenencia. No obstante, hay cursos de acción que sí están a su alcance, como los destinados a no obliterar (o incluso a facilitar) el disfrute de ciertos bienes por parte de algunos individuos que lo rodean, precisamente de aquellos bienes que estos mismos individuos, en función de su cultura o idiosincrasia, podrían tener razones *personales* para valorar.²

Sobre la base de este principio u obligación general, intentemos ahora sí comprender cómo opera el poder (¿transformador?) del consentimiento. Por ejemplo, tomemos el caso de las obligaciones sensibles al consentimiento. Si nos guiamos por el modo como Tadros da cuenta de las mismas, advertiremos que, para que ellas no se incumplan, usualmente se requerirá bastante más que el consentimiento ajeno. Por eso Tadros puede decir, en contra de Hurd, que el consentimiento no transforma una intrusión en una invitación a cenar, o una apropiación en un regalo. En ambos casos se requiere de algo más: en el primero, por lo pronto, de una “conexión emocional”; en el segundo, en cambio, de que la transferencia de propiedad se realice a título gratuito (*cf.* 2016, 214). Cuando estos y otros tantos factores interpersonales se hallan presentes, el consentimiento suele inferirse con bastante naturalidad de los mismos. Pero si se infiere de ellos es porque, según me animo a aventurar, cada una de estas

² Sobre el papel que desempeñan esta clase de razones en el razonamiento moral, también denominadas ‘*agencialmente relativas*’ por algunos autores, véase especialmente Sen 1993, 142-145; Smith 2003 y Appiah 2007, 332 y sigs. Todos estos autores coinciden en que la mejor manera de acomodar las razones prácticas que nacen de nuestros compromisos personales o concepciones particulares del bien con aquellas otras que nacen de nuestra propia condición humana, por decirlo a la manera de Kant, consiste en adoptar una teoría *mixta* del valor. Una teoría así puede reconocer que existen valores agencialmente *neutrales*, que usualmente soportan deberes *universales* de protección y/o promoción, al mismo tiempo que existen valores agencialmente *relativos*, que sólo soportarían deberes o recomendaciones *particulares* de protección y/o promoción. Mientras la vida de un extraño podría ser un ejemplo de la primera clase de valor, la felicidad de mi hijo ofrecería un buen ejemplo de la segunda clase. Para un análisis más detallado de cómo interactúan unos y otros valores y obligaciones, véase Parmigiani 2019b.

formas de interacción parece garantizarles a los involucrados un trato mutuamente respetuoso. Análogamente, considérese lo que sucede cuando entre dos agentes, entre los que impera un vínculo personal, se produce una interacción mediada por el consentimiento. Supongamos que A y B son amigos y que A le ofrece a B un bien que, según le consta, le traerá algún perjuicio personal, sin que B sea consciente de este detalle. Aunque B acepte el bien a modo de obsequio, e incluso se muestre agradecido, difícilmente esta aceptación alcance a transformar la naturaleza moral del acto. En este caso, el acto habrá sido consensuado, mas el consentimiento no podrá garantizar un trato íntegramente respetuoso.

En contraposición a estos casos, están aquellos otros en los que alguien simplemente omite obtener el consentimiento de otra persona, o en los que actúa aun mediando un disentimiento expreso de su parte. ¿Constituyen estos casos de por sí una demostración palpable de que se ha actuado en falta? ¿Representa aquí la omisión del consentimiento un acto moralmente injustificable? Una vez más, todo depende de si se ha procedido con respeto. Tal cosa vuelve a ponerse en evidencia de manera palpable en aquellas relaciones personales que se instauran entre seres queridos, las que suelen regirse por sus propias expectativas normativas. De este modo, si A se comporta frente a B según lo que B espera, o según lo que tiene acostumbrado, aunque B no haya consentido ese comportamiento, e incluso aunque se habría negado a hacerlo de haber contado con la oportunidad para ello, el acto de A podría hallarse plenamente justificado.

Sin dudas, uno de los grandes aciertos del enfoque dominante ha sido el de invitarnos a pensar en el poder moral del consentimiento focalizándonos en aquellos actos de connotación moral negativa. La intuición es sumamente valiosa debido a que nos pone en la senda correcta para analizar cómo se despliega una dimensión de este poder, evitando que caigamos presos de la falacia de la necesidad y otros razonamientos especiosos. Sin tomar en cuenta las funciones creadora y confirmatoria que también desempeñaría el consentimiento, en las que esta intuición no encontraría asidero (*cf. supra*), ¿no parece evidente que el único terreno fértil en donde su capacidad transformadora habría de germinar está compuesto por acciones que, de una u otra manera, suscitan alguna clase de reparo moral? Hoy suele aceptarse que, para que esto ocurra, debe haber derechos individuales en juego (*cf. McConnell 2018*), a los que podríamos definir de modo amplio como todo interés o valor que goza de una protección especial. Bajo esta acepción, pues, habrá derechos legales, por un lado, y

derechos morales o no legales, por el otro (*cf.* Holmes y Sunstein 2011, 34-35). Sin embargo, ¿cómo saber a ciencia cierta qué derechos podrían verse amenazados en cada caso específico? Con respecto a algunos valores jurídicamente protegidos, como el de la propiedad privada, por ejemplo, la pregunta no reviste mayor complejidad. Y es que cualquiera puede advertir sin demasiados circunloquios qué acciones demandaría su preservación. Pero imaginemos que estamos interesados en favorecer a una persona a quien no conocemos suficientemente. ¿No querríamos contar al menos con la garantía de que no ofenderemos su propia autoestima o auto-respeto? En algunas circunstancias, reinará la incertidumbre. No obstante, como he sugerido en otro sitio (*cf.* Parmigiani 2020b), el consentimiento podría ofrecer la herramienta epistémica propicia para salir de la encerrona. Veamos de qué manera.

Hace mucho tiempo que la ética del discurso ha advertido la imposibilidad de que una norma o arreglo social contemple los intereses de todos los potenciales afectados por el mismo si se prescinde de un canal dialógico realmente inclusivo. De hecho, para la ética del discurso, una norma o arreglo adquiere validez en la medida en que obtenga el consentimiento de todos los potenciales afectados como partícipes de un procedimiento deliberativo que garantice ciertas condiciones de racionalidad epistémica (*cf.* Habermas 2006, 88-89). Mientras más individuos participen y se expresen, argumentando a favor o en contra de una determinada propuesta normativa, menores tenderán a ser los riesgos de fallar en el diagnóstico de un problema social (*cf.* Nino 1989). Pero el consentimiento puede brindar la última garantía de legitimidad en la medida en que se cumplan aquellas condiciones procedimentales. De lo contrario, su papel moral podría verse considerablemente reducido. Todo esto, desde luego, ha sido pensado fundamentalmente para justificar la validez de normas o principios generales de conducta, entre los que bien podríamos encontrar el que nos obliga a respetar la dignidad de todo ser humano (*cf.* Habermas 2010; Dillon 2007).

Ahora bien, como han destacado Ricoeur (1996, 287) y Benhabib (2006b, 146-147), una cosa es el reconocimiento de una norma o deber general, y otra cosa muy distinta es la identificación de lo que la aplicación de esa norma o deber puede llegar a requerir en un caso concreto. Benhabib ejemplifica esa diferencia acudiendo al deber de generosidad. Mientras este deber prescribe que debo ayudar a los necesitados, el problema surge al momento de determinar si tal individuo es un necesitado,

o si la ayuda que podría otorgarle no empeorará su situación en algún sentido relevante (*cf. ibid.*). Con el respeto, pues, ocurre un fenómeno similar. Dado que hay circunstancias en las que ciertamente no podemos precisar cómo dispensar un trato respetuoso, más allá de lo loable que sea el propósito que nos impulsa, la única vía posible podría consistir en la apertura de una instancia dialógica que nos permita averiguar quiénes son o qué necesitan los destinatarios de nuestras acciones (*cf. Taylor 1997, 329 y sigs.*). La sugerencia, en cualquier caso, es que el consentimiento aparezca en escena como el producto final de este diálogo, cuando ello es efectivamente posible.

Adviértase que algunas semejanzas notables se constatan en las etapas de negociación que suelen preceder a los acuerdos contractuales, las cuales son sumamente importantes a fin de que las partes limen sus diferencias y acerquen posiciones. Por supuesto, tanto en un lado como en el otro, habrá ocasiones en las que aquella sugerencia se mostrará irrealizable. Distintos obstáculos conspiran en su contra: desde la falta de tiempo para instaurar canales dialógicos adecuados entre las partes, hasta diferencias idiosincrásicas insalvables. En cualquier caso, donde sea que esto ocurra, nada podrá impedir que el consentimiento todavía siga desempeñando un rol importante. ¿O acaso no siempre es preferible actuar con —más que sin— el consentimiento de nuestros semejantes? Por cierto, aunque haya tratos consentidos que basten para garantizar un mínimo de respeto, muchos de ellos serán insuficientes para garantizar todo el respeto que sería deseable. El consentimiento es necesario, pues, para asegurar el respeto. Pero ello no debe impedirnos apreciar que hay tratos consentidos más respetuosos que otros, como así tampoco que el respeto perfectamente podría asegurarse por vías o canales que, en rigor, resultan ajenos a la noción de consentimiento. Típicamente esto sucede cada vez que están en juego aspectos básicos de la autonomía humana (*cf. Rawls 1999, 362 y sigs.*). En tales ocasiones, su aseguramiento podría reclamar un trato abiertamente paternalista, que es lo que ocurre, para decirlo siguiendo a Kleinig (*cf. 2018, 140*), siempre que alguien procura beneficiar a otra persona sin solicitar su consentimiento.

VI. CONCLUSIÓN

De acuerdo a lo señalado en la sección II de este trabajo, existen al menos cinco órdenes de consideraciones que cualquier enfoque sobre el poder moral del consentimiento haría bien en atender. De estos cinco órdenes, hay en particular dos de ellos que sirven para caracterizar la pretensión realmente distintiva de lo que aquí he dado en llamar el enfoque dominante: el orden (iii), destinado a explicar *qué hace* efectivamente el consentimiento; y el orden (v), cuyo propósito consiste en dirimir *cuándo* su invocación tendría sentido. A (iii), el enfoque dominante responde aduciendo que el consentimiento vendría a transformar la naturaleza moral de ciertas acciones, justificando lo que de otro modo sería injustificable (H1). Y a (v), por su parte, aduciendo que esta transformación sólo ocurre cuando tales acciones encierren un carácter moral *negativo* (H2). La respuesta a (v), por supuesto, perfectamente puede inferirse de la respuesta a (iii).

A lo largo de este trabajo he revisado ambas respuestas. Así, en la sección III, intenté demostrar que hay una serie de acciones cuya inmoralidad no puede ser identificada con independencia del consentimiento, lo que obligaría al enfoque dominante a redefinir H1. En la sección IV, por su parte, sostuve que incluso si se acepta una interpretación de H1 en la línea propuesta por autores como Owens o Tadros, explicar el poder moral del consentimiento a partir de su fuerza transformadora seguiría siendo insuficiente. Tal como se viera, el consentimiento no sólo sirve para transformar o reconfigurar los universos normativos en los que estamos inmersos; también sirve para confirmar la vigencia de estos universos, así como para constituir o crear universos nuevos. Y en la sección V, finalmente, acudí al valor del (auto)respeto para terminar de entender el alcance de H2. En este sentido, lo que sostuve es que la necesidad de apelar al consentimiento a menudo no podrá entenderse a menos que seamos conscientes de los riesgos en los que se incurre cada vez que se emprende una acción que afecta a otra persona, aunque dicha acción haya nacido del propósito benevolente más sincero. Puesto que siempre es posible ofender un valor o interés personal, lo que podría disminuir el sentido de estima o (auto)respeto que todo el mundo necesita para ejercer su autonomía en procura de elegir, alcanzar y/o revisar su propio plan de vida (*cf.* Tomasi 1995, 598; Taylor 1997, 294), el consentimiento podría ofrecer la llave para descomprimir algunas situaciones de incertidumbre epistémica.

En este punto, sin embargo, quizá convenga introducir una precisión final. Hasta ahora, la tres funciones que sirvieron para caracterizar el poder moral del consentimiento fueron la función transformadora, la función confirmatoria y la función creadora. Pero si el consentimiento también es importante a fin de evitar formas de trato que resulten humillantes, degradantes o irrespetuosas, que es lo que he venido a sugerir en la última parte del trabajo, entonces una manera posible de describir lo que hace sería atribuirle una cuarta función, a la que podríamos denominar ‘preventiva’ o ‘precautoria’. A esta altura, resulta evidente que ninguna de estas funciones adicionales que desempeñaría el consentimiento podría asimilarse a la función transformadora que le adscribe el enfoque dominante, la única que explicaría por qué gran parte de sus defensores, siguiendo a H. Hurd, se empeñan todavía en atribuirle una suerte de ‘magia moral’. Personalmente no tengo nada en contra de esta expresión. Por el contrario, en algunos trabajos recientes he optado por emplearla, acoplándome en cierto sentido al canon filosófico (*cf.* XXX). Es más, en una versión previa, el presente trabajo llevó por título “La verdadera magia moral del consentimiento”, un título que elegí en su momento con el propósito de hacer más notorio el contraste entre la propuesta aquí defendida y el enfoque dominante. Pero luego de advertir que el consentimiento cumple otras funciones quizá menos ampulosas, como la preventiva, la conveniencia de esa expresión empezó a suscitarme cada vez mayores dudas. Aquí, en cualquier caso, he optado por emplearla con ciertos reparos, convencido de que una cosa es la utilidad funcional de una herramienta o dispositivo y otra cosa es el modo en que esta utilidad se obtiene, que puede ser más o menos misterioso. Al fin y al cabo, como fruto de esta reflexión, ahora tal vez pueda vincularse al consentimiento con una serie de funciones no originalmente previstas, aunque no haya nada particularmente mágico o misterioso en el modo como cada una de ellas se concretiza en la práctica.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, Larry (2014): “The Ontology of Consent”. *Analytic Philosophy*, Vol. 55, Nº 1: pp. 102-113.
- APPIAH, K. A. (2006): *La ética de la identidad*. Traducción al español de L. Mosconi. Katz, Buenos Aires.

- ARCHARD, David (2018): "Sexual Consent". *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*. Editado por A. Müller y P. Schaber. Routledge, Abingdon: pp. 174-184.
- BARNETT, Randy (1992): "The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent". *Virginia Law Review*, 78: pp. 821-911.
- BENHABIB, Seyla (2006a): "El otro generalizado y el otro concreto. La controversia Kohlberg-Gilligan y la teoría moral". *El ser y el otro en la ética contemporánea*. Traducción al español de G. Zadunaisky. Gedisa, Barcelona: pp. 171-201.
- (2006b): "El juicio y las bases morales de la política en el pensamiento de Hannah Arendt". *El ser y el otro en la ética contemporánea*. Traducción al español de G. Zadunaisky. Gedisa, Barcelona: pp. 139-163.
- BEYLEVELD, D. Y BROWNSWORD, R. (2007): *Consent in the Law*. Hart Publishing, Oregon.
- BRATU, Christine (2017): "The Source of Moral Motivations and Actions We Owe to Others: Kant's Theory of Respect". *Roots of Respect. A Historic-Philosophical Itinerary*. Editado por G. Giorgini y E. Irrera. De Gruyter, Berlin: pp. 131-148.
- DARWALL, Stephen (1977): "Two Kinds of Respect". *Ethics*, Vol. 88: 1: pp. 36-49.
- DILLON, Robin (2007): "Respect: A Philosophical Perspective". *Gruppendynamik und Organisationsberatung*, 38: 2: pp. 201-212.
- (2018): "Respect". *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Editado por Edward N. Zalta. Metaphysics Research Lab, Stanford University [URL: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/respect/>].
- DWORKIN, Ronald (2011): *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press, Boston.
- FLETCHER, George (2007): *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, International*. Oxford University Press, Oxford.
- FRANKFURT, Harry (2008): "Igualdad y respeto". *Necesidad, volición y amor*. Traducción al español de H. Pons. Katz, Buenos Aires: pp. 229-241.
- GARDNER, J. Y SHUTE, S. (2007): "The Wrongness of Rape". En J. Gardner, *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*. Oxford University Press, Oxford: pp. 1-32.
- GREEN, Stuart P. (2007): "Consent and the Grammar of Theft Law". *Cardozo Law Review*, Vol. 26: 6: pp. 2505-2522.
- HABERMAS, Jürgen (2006): "Sobre la arquitectónica de la diferenciación de discursos. Pequeña réplica a una gran discusión". *Entre naturalismo y re-*

- ligión*. Traducción al español de J. L. López de Lizaga. Paidós, Barcelona: pp. 83-103.
- (2010): “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”. Traducción al español de J. L. Fuentes Osorio. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 44: pp. 105-121.
- HOLMES, S. Y SUNSTEIN, C. R. (2011): *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Traducción al español de S. Mastrangelo. Siglo Veintiuno, Buenos Aires.
- HURD, Heidi (1996): “The Moral Magic of Consent”. *Legal Theory*, Vol. 2: 02, Cambridge University Press: pp. 121-146.
- KLEINIG, John (2010): “The Nature of Consent”. *The Ethics of Consent*. Editado por F. Miller y A. Wertheimer. Oxford University Press, Oxford: pp. 3-24.
- (2018): “Paternalism and Consent”. *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*. Editado por A. Müller y P. Schaber. Routledge, Abingdon: pp. 140-152.
- KUKATHAS, Chandran (1992): “Are There Any Cultural Rights?”. *Political Theory*, Vol. 20:1: pp. 105-139.
- KYMLICKA, Will (1992): “The Rights of Minority Cultures: Reply to Kukathas”. *Political Theory*, Vol. 20: 1: pp. 140-146.
- (1995): *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*. Clarendon Press, Oxford.
- LARMORE, Charles (2008): *The Autonomy of Morality*. Cambridge University Press, Cambridge.
- MARGALIT, A. Y RAZ, J. (1990): “National Self-Determination”. *The Journal of Philosophy*, Vol. 87: 9: pp. 439-461.
- McCONNELL, Terrance (2018): “When Is Consent Required?”. *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*. Editado por A. Müller y P. Schaber. Routledge, Abingdon: pp. 75-84.
- MILLER, F. G. Y WERTHEIMER, A. (2010): “Preface to a Theory of Consent Transactions: Beyond Valid Consent”. *The Ethics of Consent. Theory and Practice*. Editado por F. Miller y A. Wertheimer. Oxford University Press, Oxford: pp. 79-105.
- MURRAY, Malcolm (2007): *The Moral Wager. Evolution and Contract*. Springer, Dordrecht.
- NINO, C. S. (1980): *Los límites de la responsabilidad penal*. Astrea, Buenos Aires, 1980.
- (1989): “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”. *El constructivismo ético*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: pp. 111-133.

- OWENS, David (2012): “The Possibility of Consent” (PC). *Ratio (new series)*, XXIV, 4: pp. 402-421 [URL: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-9329.2011.00509.x>].
- (2012): *Shaping the Normative Landscape*. Oxford University Press, Oxford.
- PARMIGIANI, Matías (2019a): “Beneficencia, consentimiento y magia moral: ¿Una propuesta kantiana?”. *Revista Portuguesa de Filosofia*, 75 (1): pp. 339-374. [URL: https://www.publicacoesfacil.pt/product.php?id_product=1208].
- (2019b): “Democracia, sanción penal y consentimiento: Consideraciones generales acerca del papel del consentimiento en un sistema penal (¿ideal?)”. *Persona y Derecho*, 80: pp. 179-206. [URL: <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/34245>].
- (2020a): “Los intereses permisivos y el poder (moral) del consentimiento: una crítica a D. Owens”. *ISONOMÍA*, N° 53: pp. 1-30. [URL: <http://www.isonomia.itam.mx/>].
- (2020b): “Consentimiento tácito y justificación moral. El problema de Locke y la lógica del beneficio”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 43: pp. 103-132. [URL: <https://doxa.ua.es/article/view/2020-n43-el-alcanche-justificatorio-del-consentimiento-tacito-el-problema-de-locke-y-la-logica-del-beneficio>].
- (2021): “El consentimiento y la falacia de la necesidad: una crítica a Beyleveld y Brownsword”, de próxima aparición en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Número 15. [URL: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho>].
- PEREDA, Carlos (2004): “Lógica del consentimiento”. Ética y diversidad cultural. Compilado por León Olivé. Fondo de Cultura Económica, México D. F.: pp. 102-129.
- RAWLS, John (1999): “Social Unity and Primary Goods”. *Collected Papers*. Editado por Samuel Freeman. Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts): pp. 359-387.
- RAZ, Joseph (2001): *Value, Respect and Attachment*. The Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge.
- RICOEUR, Paul (1996): *Sí mismo como otro*. Traducción de Agustín Neira Calvo. Siglo Veintiuno, Madrid.
- RIPSTEIN, Arthur (2009): *Force and Freedom. Kant's Legal and Political Philosophy*. Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts).
- SCHABER, Peter (2018): “Consent and Wronging a Person”. *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*. Editado por A. Müller y P. Schaber. Routledge, Abingdon: pp. 55-64.

- SCHNÜRIGER, Hubert (2018): "What Is Consent?". *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*. Editado por A. Müller y P. Schaber. Routledge, Abingdon: pp. 21-31.
- SEN, Amartya (1993): "Positional Objectivity". *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 22: 2: pp. 126-145.
- (2004): "Goals, Commitment, and Identity". *Rationality and Freedom*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts): pp. 206-224.
- SIMMONS, John (2010): "Political Obligation and Consent". *The Ethics of Consent. Theory and Practice*. Editado por F. G. Miller y A. Wertheimer. Oxford University Press, Oxford: pp. 305-328.
- SMITH, Michael (2003): "Neutral and Relative Value After Moore". *Ethics*, Vol. 113: 3: 576-598.
- TADROS, Victor (2016): *Wrongs and Crimes*. Oxford University Press, Oxford.
- TAYLOR, Charles (1997): "La política del reconocimiento". *Argumentos filosóficos*. Traducción al español de F. Birulés. Paidós, Barcelona: pp. 293-334.
- TOMASI, John (1995): "Kymlicka, Liberalism, and Respect for Cultural Minorities". *Ethics*, Vol. 105: 3: pp. 580-603.
- WERTHEIMER, Alan (2000): "What Is Consent? And Is It Important?". *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 3: 2: pp. 557-583.
- WESTEN, Peter (2004): *The Logic of Consent*. Aldershot, Ashgate.

JUSTICIA Y GÉNERO. LOS DISCURSOS JURÍDICOS DEL FEMICIDIO*

*Mariana Sánchez, Marisa Domínguez, María de los Ángeles Ledesma,
Rosario Barral y Fanny Macías***

Resumen: El artículo se propone indagar en los sentidos construidos por los discursos judiciales en torno a la expresión más extrema de la violencia de género: el femicidio. La perspectiva adoptada asume al Derecho y su lenguaje expresado a través de las sentencias, como una forma de práctica social capaz de reproducir la dominación y desigualdad social. En este contexto se revisan las sentencias judiciales de los femicidios en la provincia de Córdoba desde 2012 hasta 2018, y en los procesos en los han intervenido jurados populares.

Palabras clave: Género, Femicidio, Sentencias Judiciales, Jurados Populares

* Artículo recibido el 24/8/2020 ~ aprobado para su publicación el 23/2/2021.

El presente artículo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación titulado *Acceso a la Justicia. El ejercicio de un Derecho Humano Fundamental en mujeres víctimas de violencia de género*, subsidiado por la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba para el período 2018-2021 mediante Resoluciones SeCyT 411/18, 455/18 y 472 del 5 de diciembre de 2018; bajo la dirección de la Dra. Mariana N. Sánchez. msanchez@derecho.unc.edu.ar

Las primeras reflexiones sobre este artículo fueron compartidas en el XX CONGRESO NACIONAL y X LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA: “Los estudios sociojurídicos en Argentina y Latinoamérica en épocas de crisis. Recurrencias, alternativas y rupturas”. Santa Rosa, La Pampa, Argentina, 26, 27 y 28 de setiembre de 2019.

** Marisa Domínguez es doctoranda en Derecho y Profesora de Derecho Romano; Mariana Sánchez, Dra. en Sociología Jurídica y profesora Adjunta en la Cátedra de Sociología Jurídica A; Ángeles Ledesma doctoranda en estudios de Género y adscripta a la Cátedra de Sociología Jurídica A; las abogadas Rosario Barral y Fanny Macías investigadoras integrantes del equipo de investigación citado. Todas pertenecientes a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

1.- EL DISCURSO JURÍDICO

Es gracias al Feminismo Jurídico, que fue consolidándose cada vez con más fuerza a partir de la década de los 80, que hemos podido introducir el discurso feminista en la teoría del Derecho. Como sostiene Fiss (1993:321 y ss.), esta *nueva* corriente teórica se introdujo en el campo del Derecho como una teoría jurídica más, pero con un *atractivo* especial: representa algo más que una teoría acerca de la igualdad; es fundamentalmente una teoría acerca de la objetividad y universalidad del Derecho, un desafío profundo y crítico a las tradiciones jurídicas establecidas.

Centrando sus estudios no sólo en los sistemas normativos, sino también en las instituciones, prácticas y discursos jurídicos (como así también en las vinculaciones entre éstos con las estructuras de género de las diferentes sociedades), su perspectiva sobre el Derecho y el sistema jurídico es realmente crítica, cuestionando fuertemente sus ponderados principios generales como los de igualdad, objetividad o imparcialidad, y sacando a la luz el soporte ideológico masculino y patriarcal que los sostienen (Sánchez 2012:28).

Es dentro de este contexto de ideas que fuimos aprendiendo a comprender al Derecho en nuevos términos y a desarrollar una nueva interpretación del rol que éste cumple en la sociedad (Sánchez Busso, 2015:788). Aprendimos a conocerlo como algo más que un conjunto de normas formales y, -fundamentalmente- a entenderlo en su estrecha vinculación con el contexto social del que surge y sobre el que actúa, no sólo como una norma que prescribe sino también como discurso que construye y como práctica que fortalece y reproduce preceptos, valores y roles.

Podríamos decir que el concepto del Derecho fue transformándose, modificándose en una noción mucho más abarcadora que la asociada al estricto conjunto de normas. Tal como sostiene Bourdieu (2000:202)

El derecho es, sin duda la forma por excelencia del poder simbólico de nominación que crea las cosas nombradas y, en particular, los grupos; el derecho confiere a esas realidades surgidas de sus operaciones de clasificación toda la permanencia, de las cosas, que una institución histórica es capaz de conferir a instituciones históricas.

El derecho es la forma por excelencia del discurso activo, capaz, por su propia virtud, de producir efectos. No es exagerado decir que el derecho hace el mundo social, pero con la condición de no olvidar que él es hecho por ese mundo.

En efecto, el Derecho es discurso. Los jueces hablan a través de sus sentencias y lo que dicen los jueces es el Derecho. Pero este discurso, en términos de Foucault (1998:60), “no sólo regula la interacción social de los individuos sino que extiende su influencia hacia áreas más privadas de la vida de los sujetos”. No hay un espacio de la vida que escape a la intervención del Derecho. Y este discurso está construido por una serie de enunciados, una red de significados, a través de los cuales se establecen mandatos y se regulan las conductas de las personas. De tal forma, “las definiciones realizadas por el Derecho se basan en estructuras complejas, en determinadas ideologías y concepciones, las cuales guían y regulan el actuar de los sujetos definidos por su discurso” (Ruiz, 2001:9).

Es así como el Derecho no solo regula y reglamenta nuestras acciones sino que también define a los sujetos y a los conceptos básicos que ordenan y determinan los modos de comportamiento. (Berrotarán, 2014:77)

En relación con las mujeres, su posición social, sus roles y las discriminaciones y violencias que sufren, el Derecho no es ajeno ni neutro. *El Derecho participa en la configuración del estereotipo “mujer”, y es a partir de ese estereotipo, que las reglas jurídicas reconocen o deniegan “derechos” a las mujeres de carne y hueso* (Ruiz, 2001:8). Como herramienta y proceso que construye la realidad, el discurso jurídico determina esa realidad erigiendo creencias, definiendo concepciones acerca de lo que es ser mujer, e instala concepciones que se consolidan en la conciencia colectiva.

El poder del Derecho en la construcción de identidades y en la asignación y protección de derechos a los sujetos que sólo pretende regular, se hace evidente. Este poder se traduce en el discurso jurídico de los magistrados a la hora de definir qué se entiende por mujer, por violencia de género, por femicidio, por infidelidad, por víctima o victimario, por emoción violenta o atenuantes.

Revisemos ahora, a partir del análisis de las Sentencias de las Cámaras Criminales de la Provincia de Córdoba (en donde también intervinieron jurados populares) de causas en donde una mujer fue víctima de un delito contra su vida¹, cómo los operadores jurídicos y los jurados populares definen y construyen los conceptos y conductas que hacen a las mujeres

¹ Se trabajó con un universo poblacional de 42 sentencias fechadas entre 2011 y 2018, de toda la provincia de Córdoba, con la participación de jurados populares. Un especial

como sujetos de Derecho. Previamente, reflexionaremos brevemente sobre la implicancia de la inclusión de los jurados populares en estas decisiones judiciales.

2.- JURADOS POPULARES EN DECISIONES JUDICIALES. LA AMENAZA AL PODER DE DECIDIR

En el conjunto de sentencias que hemos analizado, quienes dictan la resolución no son solamente jueces técnicos; se incorpora un nuevo sujeto al campo jurídico, los jurados populares. Esta particularidad en la decisión judicial, merece una reflexión previa.

En Argentina, la institución de **juicios por jurados está en la Constitución Nacional desde 1853/1860, de manera programática y, sin duda, buscó** garantizar la participación ciudadana en la administración de justicia, acercando la justicia a la sociedad. Podríamos decir incluso que aún antes, las ideas ya estaban inmersas en nuestra legislación, en sus antecedentes.²

Finalmente a Córdoba llegó la Ley Provincial 9182 en 2004, que -ante la ola de inseguridad³ y reforzando el argumento de acercar la justicia al pueblo⁴-, expresa en su artículo uno que el objeto de la misma es establecer

agradecimiento a Martín Sánchez Domínguez, Arantzazu De Vadillo, Carolina Stivala y María Candela Gual, quienes colaboraron en el análisis de las mismas.

² No es un instituto nuevo. Ya su regulación es incluso anterior a nuestra Constitución Nacional. En las concepciones liberales del Río de La Plata del siglo XIX, ya se comenzó a hablar de él, basándose en el principio de soberanía popular, según el cual el pueblo tomaba una intervención directa tanto en la elección de sus gobernantes así como también en la administración de justicia. Con base a estos principios se derivaron los fundamentos esgrimidos en los proyectos previos que se elaboraron con miras a la Asamblea de 1813, donde se propuso la implantación del instituto, aunque posteriormente no se debatió. En las Constituciones de los años 1819 y 1826 estuvo presente. En el año 1853, también fue incorporada en el art. 102, pero de manera sólo explícita sin que fuera imperativo como lo fue en la Constitución de EEUU que sirvió de base a la Argentina.

³ La puesta en marcha del sistema fue una respuesta del entonces gobernador José Manuel de la Sota a los reclamos liderados por Juan Carlos Blumberg después del secuestro y asesinato de su hijo Axel, en el año 2004.

⁴ *Hace de la administración de justicia un asunto del pueblo, y despierta la confianza.* Plan Estratégico de Justicia y Seguridad de la provincia de Córdoba, 2004/2007.

el juicio por jurados en cumplimiento de lo dispuesto por el Artículo 162 de la Constitución de la Provincia de Córdoba. El sistema es aplicable de manera obligatoria a delitos del fuero penal económico y para los acusados por homicidios y crímenes aberrantes.⁵ En este sistema establecido son los jueces técnicos los que establecen la calificación legal, las penas y los fundamentos, escribiendo los votos disidentes de los jurados populares.

Tal como señalan los estudios sobre aceptación y legitimidad del juicio por jurados populares en Córdoba (Bergoglio, 2010, 2015), su llegada no se consolidó tan rápidamente como se esperaba⁶. Incluso actualmente aún encontramos alguna reticencia por parte de los jueces técnicos a la aceptación del instituto y fundamentalmente a la presencia de ciudadanos comunes que participan -juntamente a ellos- de la decisión judicial:

Que cabe referir a modo de aclaración preliminar, que nada fácil resulta la tarea a realizar cuando se comparte la solución dada al caso por los magistrados y jurados populares que emitieron el voto mayoritario. Indudablemente el mecanismo adoptado por la ley, al menos en este punto, muestra la incompatibilidad que se presenta al haber pretendido fundir dos sistemas antagónicos de valoración de la prueba, el de la íntima convicción, con el que se manejan los jurados populares y el de la sana crítica racional con el cual -por imperativo constitucional provincial- deben basar los magistrados. Indudablemente tener que expresar, de manera lógica y legal, un fundamento a un sentimiento íntimo sin explicación racional aparece de gran dificultad, por no decir, de casi imposible realización.⁷

⁵ Se establece como competencia obligatoria para casos de homicidio agravado (art. 80 CP), delitos contra la integridad sexual de la que resultare la muerte de la persona ofendida (art. 124 CP), secuestro extorsivo seguido de muerte (art. 142, bis, in fine CP), homicidio con motivo y ocasión de tortura (art. 144, tercero inc. 2° CP) y homicidio con motivo y ocasión de robo (art. 165 CP), además de los delitos comprendidos en el fuero penal económico y anticorrupción administrativa (art. 7 ley 9182).

⁶ Hasta el año 2006 los magistrados rechazaron su aplicación, debiendo ser intimados incluso por el Tribunal Superior de Justicia para su efectiva implementación. No obstante ello, hasta el año 2010, la experiencia cordobesa con jurados populares resultó bastante restringida: sólo 150 procesos en un período de seis años.

⁷ Di Giovanni, L., Cámara en lo Criminal y Correccional de Cruz del Eje. Sentencia del 22-03-2018.

Es más, alguna Cámara todavía sigue en sus sentencias⁸ enunciando la inconstitucionalidad del art. 29 y 44 primera parte, de la ley 9182⁹ en los cuales se priva al Presidente del Tribunal (uno de los tres vocales) de votar en relación a la existencia del hecho delictuoso, argumentando que la sentencia carecería de fundamentación si faltase el voto del presidente del tribunal. Sobre la base de un análisis centrado en la pirámide de Kelsen y con fundamentos en la supremacía constitucional, los argumentos de inconstitucionalidad desconocen el espíritu de la norma y los fundamentos de su sanción; más allá de la legalidad y plena vigencia de la misma.

La demora en su implementación por parte de los jueces, la crítica al instituto consagrado en nuestra Constitución Nacional y Provincial, e incluso estas declaraciones de inconstitucionalidad, pueden ser interpretadas claramente como el reclamo al quite de privilegios o al despojo de la detentación del poder y el monopolio de decir qué es y cuál es el Derecho.

...en el campo jurídico, como parte del espacio social, los distintos agentes se pelean por el monopolio para decir qué es el derecho; es el lugar donde, abogados, jueces, profesores, personas que ocupan una posición con respecto al campo general del poder y al interior de cuyas profesiones se reproduce también, se lucha, compiten entre sí, para determinar cuál es la autoridad que permite, en última instancia, decir qué es derecho (Bourdieu, 2000:160)

La capacidad de decir qué es derecho y que un hecho pueda ser codificado por el sistema judicial, es un modo de detentar el poder simbólico del derecho. Quitarle la palabra a quien es el presidente del tribunal, es

⁸ Cámara Quinta en lo Criminal y Correccional de Córdoba. Sentencias Ferreyra, O. del 28-08-2016; Busto G. del 12-09-2017 y Bonelli, S. del 30-11-2016.

⁹ Artículo 29 Ley 9182. Dirección. EL Presidente de la Cámara dirigirá el debate, ordenará las lecturas necesarias, hará las advertencias legales, recibirá los juramentos y declaraciones, y moderará la discusión, impidiendo derivaciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar -por esto- el ejercicio de la acusación y la libertad de la defensa. El Presidente, además, participará en las deliberaciones previstas por el Artículo 405 del Código de Procedimiento Penal, pero no tendrá voto, salvo en las cuestiones previstas en los Incisos 1º, 4º, 5º y 6º del Artículo 41, en donde deberán votar los tres (3) jueces, también tendrá voto en caso de empate.

Artículo 44 Ley 9182. Votación y Fundamentos. Los jurados y los dos jueces integrantes del Tribunal, con excepción del Presidente, votarán sobre las cuestiones comprendidas en los Incisos 2º y 3º del Artículo 41 y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado.

quitarle privilegios. Es despojarlo de la detentación del poder y del monopolio de la institución jurídica. La aparición del ciudadano común en el acto de decidir, esta “intromisión” de lo profano en la decisión judicial, pone en jaque el monopolio de la institución jurídica. De tal forma, los jueces desconocen y rechazan la intervención de otros agentes que pueden participar en ese campo.

...la institución de un “espacio judicial” implica la imposición de una frontera entre aquellos que están preparados para entrar en el juego y aquellos que, cuando se encuentran allí metidos, quedan excluidos de hecho, por no poder realizar la conversión de todo el espacio mental-y, en particular de toda la postura lingüística- que supone la entrada en este espacio social. La constitución de una competencia puramente jurídica, dominio técnico de un saber erudito a menudo contrario a las simples recomendaciones del sentido común, entra la descalificación del sentido de la equidad de los no especialistas y la revocación de su construcción espontánea de los hechos, de su “visión del asunto”¹⁰

3.-LA CONSTRUCCIÓN DEL DELITO DE FEMICIDIO DESDE JUECES Y JURADOS

Decíamos al comienzo del este trabajo que el feminismo jurídico logró exponer las situaciones de violencia hacia la mujer en el campo del Derecho. Así el concepto de “violencia de género” se incorporó en algunas legislaciones tendientes a constituir o agravar tipos penales. En el plano internacional la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 20 de diciembre de 1993 establece que *ésta constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer; y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre.*¹¹

¹⁰ Bourdieu, 2001:186.

¹¹ Asimismo el decreto reglamentario No 1011/10 de la ley 26.485, establece que: *Se entiende por relación desigual de poder, la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de*

Este concepto -tan claro en la normativa convencional y en diversas ramas de las ciencias sociales- resulta hartamente confuso en la praxis judicial. Tal como lo presentan los resultados de diversas investigaciones no sólo en nuestro país (Sánchez, 2012), los operadores jurídicos son reticentes a su consideración o bien tienden a encuadrarlo bajo el concepto de violencia intrafamiliar.

Ya decía Celia Amorós (2009:3), *conceptualizar es politizar*. A través de la conceptualización pasamos de *la anécdota a la categoría* y logramos identificar un problema específico, ponerle un nombre, visibilizarlo y así poder trabajar en pos de resolverlo. El reclamo crítico feminista hacia las legislaciones aplicables en los casos de violencia contra la mujer consiste en separar y destacar este tipo de violencia, que se diferencia de la violencia intra doméstica en tanto esta última tiene como sujeto pasivo a los integrantes vulnerables de un grupo familiar y no a la mujer en sí.

Es por ello que un dato a valorar a la hora de aplicar sanciones penales (delitos o agravantes) es que debe considerarse que el móvil para ejercer violencia sobre las mujeres sea *por el hecho de ser mujeres* (Boumpadre, 2013) Dicha calificación ha generado una discusión interpretativa entre jueces, jurados, fiscales, defensores y querellantes en los procesos penales donde la consideración de la existencia de violencia de género puede agravar el tipo de homicidio y generar una condena perpetua. Resulta oportuno entonces ver qué entienden nuestros operadores -y también los jurados- por violencia de género.

Para empezar destacamos que del análisis de las sentencias revisadas en este trabajo, ha existido un avance significativo en el reconocimiento de la violencia de género por parte de muchos tribunales que han receptado en sus sentencias aportes del feminismo jurídico en su conceptualización.

El Tribunal Superior de Justicia ha dicho que encuadran en la violencia de género “aquellos casos en que el varón aparece ejerciendo todo su poder en relación a una víctima mujer a la que intimida y trata con violencia, en virtud de la relación vital en que se halla” (TSJ, Sala Penal,

los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales

“Agüero”, S. n° 266 del 15/10/2010, “Ferrand”, S. n° 325 del 03/11/2011; “Sánchez”, S. n° 84, 04/05/2012; “Benítez”, S. n° 25, 26/02/2013)”¹²

Por otra parte, algunos tribunales logran diferenciar esta agravante de la que es aplicada por la existencia de un vínculo y no consideran a este último como un requisito para que exista violencia y para tipificar un femicidio.

*De hecho, mientras que el inc. 1° exige una relación de pareja, más no la existencia de violencia de género, el inc. 11° demanda la concurrencia de violencia de género, la que puede no darse necesariamente en el contexto de una relación de pareja*¹³

Igualmente y destacando el avance en la conceptualización de esta problemática, algunos tribunales consideran que no es necesario verificar una “relación asimétrica de poder”, y por lo tanto un perfil sumiso de la víctima, en el caso particular:

*...tampoco hace falta que la relación de desigualdad se presente a través de formas delictivas sino que deberá ser examinada caso por caso atendiendo al contexto, el cual revelará la concurrencia de estereotipos y prácticas sociales que son modos cultural y socialmente aceptados de tolerar la desigualdad entre hombre y mujeres; por último, las víctimas no deben tener algún rasgo especial en su carácter para adquirir dicho estado...*¹⁴

No obstante estos nuevos parámetros planteados por el TSJ que comienzan a ser receptados por los demás tribunales, aún se advierten sentencias en las que se expresan juicios y apreciaciones que denotan desconocimiento en materia de género. Así, podemos detectar fallos en los que se conceptualizan distintos hechos que configuran la violencia de género o las características que ésta puede tener, sin tomar como referencia la definición de ninguna normativa nacional o internacional sobre violencia contra las mujeres, e incluso dando un concepto erróneo o incompleto de la misma.

¹² Bongiovanni, M. D., Cámara en lo Criminal de San Francisco. Sentencia del 08-09-2016.

¹³ Aragallo, W. O., Cámara Segunda en lo Criminal de Río Cuarto. Sentencia del 09-03-2016.

¹⁴ Cahuana, E. A., Cámara Primera en lo Criminal de Río Cuarto. Sentencia del 24-07-2018.

*Repárese que los hechos que denuncian situaciones de violencia de género implican (...) hechos en los que el varón aparece ejerciendo todo su poder en relación a una víctima que convive con él, que mantiene una relación de parentesco y que por otra parte es mujer, a la que intimida y trata con violencia en virtud de una relación vital en que se halla.*¹⁵

*...el femicidio es la culminación o punto final de una sucesión de ataques de diversa índole a la integridad de la mujer”.*¹⁶

Igualmente, se detectan casos donde los operadores no reconocen la existencia de las asimetrías históricas de poder para la conceptualización de la violencia de género, basándose en algunos casos en características de la víctima y en otros del victimario. Boumpadre (2013), citado por varios juzgados considera que *La violencia de género también es violencia, pero que se nutre de otros componentes (...): un sujeto pasivo femenino, un sujeto activo masculino y un contexto específico en el que germina la conducta criminal para doblegar y someter a la víctima...* Es decir que debe existir una conducta de sumisión, de pasividad respecto del hombre, para que los jueces consideren que existió violencia de género.

En el siguiente caso, se advierte claramente cómo los jueces no creen que una víctima de femicidio que haya tenido una relación sentimental con otra persona además de su pareja, pueda ser víctima de ese tipo de violencia:

Entendieron que Nelson era más víctima que Carina. Que su esposa no le tenía miedo, “qué miedo puede tener esa mujer que lleva a su casa a su amante haciéndolo pasar por novio de su hermana, que se va a bailar con el amante mientras el marido en silencio soporta por años la traición. No entendimos cuál es la violencia de género ni el femicidio que nos quiso hacer creer el Fiscal Hidalgo, que se pasó una hora hablándonos y mostrándonos filminas de las leyes y tratados internacionales de violencia de género y femicidio, cuando la prueba dijo claramente todo lo contrario. Esas filminas eran para otro juicio. Este se trató de un caso de violencia familiar entre el acusado y su mujer (Art. 3 de la Ley 9283

¹⁵ TSJ, Sala Penal, “Agüero”, Sentencia n° 266 del 15-10-2011 y TSJ, Sala Penal, “Orlando”, Sentencia n° 82 del 16-04-2014. El subrayado nos pertenece.

¹⁶ Cámara Penal de Segunda Nominación de la Provincia de Catamarca, «H., M.A.» del 06/07/2015, citado en Herrera, J. G., de la Cámara Segunda de Río Cuarto en lo Criminal del 07-11-2016.

de violencia familiar). “Desde ningún punto de vista entendemos que se hayan evidenciado elementos de violencia de género ni de femicidio como marcó el Fiscal”¹⁷

En igual sentido, en otra decisión judicial, los integrantes del jurado popular consideraron y expresaron que la relación sentimental de la víctima con otra persona (diferente de su pareja) era motivo de provocación suficiente para considerar una atenuante y descartar la figura de femicidio solicitada por el fiscal:

*Los jurados no consideraron a Aguirre un violento de género ya que consideran que el Fiscal confundió dicha actitud con la de esta persona, que un día no soportó más las burlas de quien por años fuera su pareja, que se paseaba en público de la mano de su nuevo amante.*¹⁸

Por otra parte respecto del victimario y en este mismo caso, los jueces integrantes de la Cámara Penal consideraron que el mismo debió haber incurrido en sus actos agresivos de manera reiterada, ya que hechos aislados no configuran una situación de violencia:

*Se considera que la mujer debe haber pasado al menos dos veces por el ciclo (luna de miel), salvo que la gravedad del ataque sea relevante (...) Desde una perspectiva de género, se opina que en los casos de maltrato “es manifiesta esa fuerte ideología de género tan destructiva para la mujer”, es decir aquéllos en que “se dé un uso sistemático de la violencia, amenaza de violencia u otros comportamientos y tácticas coactivas, destinadas a ejercer el poder, inducir miedo o controlar...”*¹⁹

De tal forma, los jueces concluyeron que si no existía aunque sea una reiteración de hechos de violencia -salvo que sean hechos graves- no estaría verificada la violencia de género (el agravante para constituir un femicidio), entrando en clara contradicción con las normativas internacionales y nacionales sobre esta grave problemática.

Otro aspecto importante a analizar en la construcción de la figura del femicidio, es la agravante resultante de la existencia de una relación de

¹⁷ Ortega, N. D., Cámara Octava en lo Criminal de Córdoba. Sentencia del 29-12-2011. El subrayado nos pertenece.

¹⁸ Aguilera, J. L., Cámara Segunda en lo Criminal de Río Cuarto. Sentencia del 24-11-2017.

¹⁹ Aguilera, J. L., Cámara Segunda en lo Criminal de Río Cuarto. Sentencia del 24-11-2017. El subrayado nos pertenece.

pareja. El inciso 1 del artículo 80 del Código Penal Argentino expresa: *A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediana o no convivencia.*

Boumpadre (2013) califica dicha norma de *confusa, excesivamente amplia, indeterminada y generadora de inseguridad jurídica*, debido a los problemas que genera interpretar dicha expresión y a la violación al principio de legalidad del derecho penal. Este mismo autor, también denuncia de arbitrario que el legislador haya puesto en pie de igualdad relaciones familiares que a su juicio son más valiosas que las relaciones de pareja, a los fines de agravar el delito de homicidio y convertirlo en un femicidio.

En este contexto de ideas, podemos citar un caso donde el abogado defensor logró excluir la agravante por vínculo en una relación de años bajo los siguientes argumentos:

*La mayor penalidad para la muerte de la esposa (aún discutible desde un punto de vista político-criminal) ¿debe estar equiparada a la muerte de la novia o del novio, con quien ni siquiera se ha tenido una relación de convivencia?, ¿qué argumentos pueden resultar moderadamente plausibles para equiparar la categoría “novia o novio” a la de ascendiente, descendiente o cónyuge? (...) el Legislador ha ubicado la agravante del vínculo relacional en paridad con vínculos de tanta envergadura como los de los ascendientes, descendientes y cónyuges, lo que nos lleva a interpretar que la relación de pareja no puede ser cualquier vínculo amoroso o afectivo, sino que debe de tratarse de una relación que tenga un compromiso y seriedad análogos a los que son propios del vínculo matrimonial, como es el caso de las uniones convivenciales del novísimo Código Civil.*²⁰

Este argumento llevó al fiscal a desistir de su acusación respecto a la agravante y a los jueces a decidir:

*(...) interpretamos que una relación de pareja es una relación afectiva de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas -sean del mismo o de diferente sexo-, que comparten un proyecto de vida común, hayan convivido o no. De tal modo, acogemos la interpretación que considera que el término “pareja” es un **elemento normativo***

²⁰ Bonelli, S. Cámara Quinta en lo penal y Correccional de Córdoba. Sentencia del 30-11-2016.

del tipo legal que remite a las uniones convivenciales del Código Civil y Comercial vigente (...)²¹

Del mismo modo, advertimos en otra sentencia, quedó excluida por consideración de los jueces y también de los jurados esta agravante en las relaciones entre amantes:

*Desde ya que, con la interpretación restrictiva que proponemos en el texto, debe quedar fuera de la categoría “relación de pareja”, la mera relación de amantes, debido a que no son pareja -en sentido formal, social o naturalístico-, por lo que el asesinato del amante (hombre o mujer), deberá quedar sometido a las reglas del homicidio simple*²²

Estas interpretaciones, decíamos, surgen de la doctrina penal que se ha elaborado al respecto y que es citada de manera constante en cada sentencia donde hay una víctima mujer. Sin embargo creemos que es una interpretación desacertada en tanto no considera las formas de relacionarse entre las personas en la actualidad, ni está acorde con la normativa nacional e internacional que incluso advierte y regula estas nuevas formas de vinculación y su papel en los hechos de violencia hacia las mujeres.

Un último aspecto a considerar en el análisis de las sentencias es el uso de los atenuantes como la emoción violenta en caso de femicidios. En dos casos, sendos defensores solicitan que la pena sea atenuada por emoción violenta, alegando que ella deriva de episodios de infidelidad por parte de la mujer. Si bien en estos dos casos detectados no se aplica la atenuante, en uno de ellos este fundamento de infidelidad de la Defensa es utilizado para la no aplicación del tipo penal del art. 80 inc 11 en la decisión final y que sí había sido solicitado por el Fiscal.

Se trata de un caso²³ en el que la ex pareja asesina a la mujer en una parada de colectivo propinándole múltiples puñaladas. La particularidad es que se da en un pueblo pequeño de Córdoba, en donde la defensa se encargó de hacer hincapié en la idiosincrasia del pueblo, además de citar testigos que mencionaran las supuestas ocasiones en las cuales la mujer le había sido infiel al imputado. El argumento de la defensa fue *...pero lo*

²¹ Bonelli, S. Cámara Quinta en lo penal y Correccional de Córdoba. Sentencia del 30-11-2016. El destacado nos pertenece.

²² Rodríguez, A., Cámara Séptima en lo Criminal de Córdoba. Sentencia del 12-06-2015.

²³ Aguirre, E., Cámara en lo Criminal y Correccional de 8ª. Nominación de Córdoba. Sentencia del 06-08-2018.

movió su poco control emocional, el criterio de lo que estaba viendo, de esa sensibilidad paranoide, lo que piensa el resto le importa.”

El tribunal menciona lo actuado por la defensora con las siguientes palabras:

...dijo que la investigación en la Fiscalía fue deficiente, ya que no se profundizó la existencia de la infidelidad por parte de Ordoñez, que fue el detonante de la conducta de Frías; entiende que nadie mata sin un motivo, causa o razón, “si alguien que amamos encontramos en brazos de otros, es lógico que altere su ánimo y espíritu”, solicitó se declare la responsabilidad de Frías como autor de Homicidio Simple en estado de emoción violenta, en los términos previstos por los arts. 81 y 82 del C.P.; recuerda doctrina sobre emoción violenta, y jurisprudencia de la Cámara 4° del Crimen del año 2006, que condenó por homicidio en estado de emoción violenta a quien mató al jefe de su esposa; dijo que imponerle a Frías la pena mayor se estaría actuando con venganza; deja planteada asimismo, la inconstitucionalidad de la pena prevista en el art. 80 del C.P.

En relación al voto final, el tribunal comienza sus fundamentos con la siguiente frase:

Los hechos objeto de este proceso, se desarrollaron en una comunidad muy pequeña del interior provincial, denominada “La Pampa” no muy lejana de esta Capital. Esa condición debe tenerse en cuenta a fin de conocer y entender las formas de vida, relación y creencias de sus habitantes, pues resultan de utilidad para comprender sus versiones, conclusiones y comportamientos

El voto de los jurados populares expresado en la citada sentencia se expresó de la siguiente manera:

*...consideran que le asiste razón a la Defesora en cuanto a que **sí se verifican circunstancias extraordinarias de atenuación** Los jurados no consideraron a Aguirre un violento de género ya que consideran que el Fiscal confundió dicha actitud con la de esta persona, que un día no soportó más las burlas de quien por años fuera su pareja, que se paseaba en público de la mano de su nuevo amante. Destacan también que es importante señalar la circunstancia de la infidelidad porque evidentemente es una de las que más influyó en la persona del acusado (...). Además, destacan que los testigos describen que **siempre fue una persona respetuosa y callada, por lo que no se puede caracterizar como un violento de género, sino que se revela la presencia de una persona***

*desesperada porque su ex pareja le impide estar con sus hijas, y herida por las reiteradas burlas que de esta obtiene como respuesta a sus reclamos y válidas peticiones. Se sostiene que Aguirre estaba atravesando por un momento de grave conmoción y que las circunstancias que lo llevaron a cometer el crimen son especiales, muy particulares, pero que su obrar no puede considerarse violencia de género. También se tiene en cuenta el ámbito socioambiental donde se desarrollaron los acontecimientos, una pequeñísima población rural serrana, donde no solo todos se conocían, sino donde todos conocían todo. En ese marco, el acusado aparecía a los ojos de todos como el engañado de la aldea, y que es evidente su impotencia para torcer ese rumbo, y que no contaba con elementos psicológicos que le permitieran escapar adecuadamente de esa situación. El conjunto de hechos desarrollados por la víctima terminaron por impactar gravemente en el ánimo de Aguirre, generando como reacción su conducta homicida.*²⁴

4.- A MODO DE CIERRE

Tras el análisis propuesto, podemos concluir que si bien hubo avances en materia de perspectiva de género en los casos de femicidios en los tribunales penales de Córdoba, aún falta profundizar en la teorización de la violencia de género.

Fundar las decisiones judiciales en conceptualizaciones erróneas o incompletas como los ejemplos de sentencias citadas, dejan fuera del agravante de género previsto por nuestro Código Penal, situaciones que sí se enmarcan en un contexto de violencia de género, pero que -para la concepción del magistrado- no lo son. Igualmente, sostener las resoluciones judiciales en base a apreciaciones o conceptualizaciones que no se corresponden con la normativa nacional e internacional sobre la problemática, tiene -además- otra consecuencia disvaliosa, que es la de incumplir con uno de los roles que tienen los jueces en relación a la prevención de la violencia de género según el TSJ, que es el *rol destacado del Poder Judicial para enviar mensajes sociales*²⁵.

²⁴ El destacado nos pertenece.

²⁵ TSJ, Sala Penal, “Lizarralde”. S n° 53 del 09/03/2017.

Es necesario que no se entienda a la violencia como sinónimo de agresiones reiteradas y hacia una mujer con un rol sumiso, en una relación estable de pareja. Tal interpretación nos llevara a conceptualizar “víctimas ideales” que son dignas de hacer aplicables agravantes por existir violencia; y otras que, debido a su “conducta reprochable”, no merecen que su situación encuadre bajo esa categoría.

La utilización de la figura de la emoción violenta no deja de ser un resabio del pasado en donde se justificaba el asesinato de una mujer y se lo catalogaba como “crimen pasional”. No podemos ser cómplices de un fallo en el cual se aleja la idiosincrasia de un pueblo al que se le debe aplicar el derecho según sus creencias, cuando nos asentamos contantemente en la falacia de un derecho neutral. Si derribamos esta noción, ¿deberíamos tener un derecho penal para cada pueblo del interior de nuestra provincia con diversos justificativos para dar muerte a otro? ¿no estamos ante una clara desigualdad, producto del destino de esta mujer de haber vivido en un pueblo y no en una ciudad? ¿será la cuestión geográfica que la condena? ¿o la cultura patriarcal arraigada a las costumbres que culpa a la mujer sintiendo lastima por el victimario? Sentencias y argumentos como éstos resultan peligrosos, puesto que pueden ser utilizados como precedentes en el futuro. El peligro es que se dicten sentencias como la analizada. La gravedad es el sostenimiento de un discurso estereotipado que solo reproduce desigualdad. La responsabilidad es de todos los participantes del campo jurídico.

Destacamos que a pesar del caso traído a colación, ya hay un claro desistimiento por parte de los tribunales con referencia a la emoción violenta derivada de la infidelidad. A pesar del fallo citado, el cual es notable por el manejo de los términos que estereotipan a una “buena mujer” y a una “mala mujer”, haciendo una distinción entre lo que pareciera ser el merecimiento o la aceptación del accionar homicida de una persona a causa de la culpa de la víctima, sí notamos una postura superadora en general ante el alegato de la defensa utilizando el atenuante “emoción violenta”. En los restantes casos que se utilizó, fue desestimada por el tribunal.

Sin embargo debemos dejar de manifiesto el peligro desde lo simbólico que significa que abogados y abogadas defensoras sigan insistiendo con la aceptación de este recurso legal. No olvidemos que este tipo de juicios se desempeña frente a un jurado popular, dándose una lucha simbólica entre fiscal y defensor por la aceptación de su postura como la correcta.

Continuar reproduciendo la desigualdad en los alegatos, en base a términos como la infidelidad, el deber de madre, mujer, es -a nuestro entender- un impedimento más a la hora de intentar poner un fin al sistema de desigualdad imperante en nuestra sociedad. Existe responsabilidad por parte de los y las defensores y defensoras en erradicar los términos discriminatorios y machistas, más allá de la dirección escogida por la táctica defensiva. Debemos ser conscientes del poder simbólico que generan estos estereotipos y preconceptos en los justiciables y en los precedentes jurisprudenciales. La sentencia analizada es un claro ejemplo de la forma en la que se indujo a los jurados a juzgar a la víctima más que al victimario en el juicio.

En este sentido y para finalizar, destacamos los fundamentos para aplicar la figura de femicidio en una sentencia donde los jueces expresaron que esta figura intenta:

*...desarticular los argumentos que lo naturalizan como una cuestión privada, familiar, o que debe resolverse en el ámbito privado de la familia, para entenderlo como una cuestión pública que debe ser tratada y solucionada por el Estado, toda vez que este problema encuentra sus raíces en causas sociales, culturales y, muchas veces, también económicas.*²⁶

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- AMORÓS Celia (2009), *Mujeres e imaginarios de la globalización*. Homo Sapiens, Buenos Aires.
- BERGOGLIO María Inés (2015), “Participación popular y Legitimidad Judicial: a propósito del juicio por jurados”, *Pensamiento Penal*, Doctrina, del 5 de mayo de 2015. Recuperado de www.pensamientopenal.com.ar (última consulta: agosto 2019).
- BERGOGLIO María Inés y AMIETTA Santiago (2010), “La dureza del castigo penal según legos y letrados”, capítulo en Bergoglio, María Inés (Editora) *Subiendo al estrado: La experiencia cordobesa de juicio por jurados*, Ed. Advocatus, Córdoba, pp. 129-152.
- BERROTARÁN Sofía (2014), “El discurso jurídico como estrategia creadora de género” en *Violencia Familiar en Córdoba*, Mariana Sánchez. Tinta Libre Ediciones, Córdoba.

²⁶ Retamar, E. H., Cámara de Villa María en lo Criminal. Sentencia del 20-07-2018.

- BOURDIEU P. (2000), “Elementos para un sociología del campo jurídico”, en Bourdieu, P. y Teubner, G., *La fuerza del derecho*. Uniandes, Bogotá.
- BOURDIEU P. (2001), *Poder, Derecho y Clases Sociales* (2001). Descleé de Brouwer, Bilbao.
- BUOMPADRE Jorge (2013), “Los delitos de género en la reforma penal (Ley 26.791)”, *Pensamiento Penal*, Doctrina, del 4 de febrero de 2013. Recuperado de www.pensamientopenal.com.ar (última consulta: agosto 2019).
- FISS Owen, 1993. ¿Qué es el Feminismo? *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 14, 319-335.
- FOUCAULT M. (1998), *Historia de la Sexualidad I - La voluntad del saber*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.
- GIAQUINTA María Lorena (2012). “El juicio por jurado en Córdoba. El desafío de democratizar la justicia frente a las prácticas y expectativas de eficiencia judicial”. Ponencia presentada en: XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica, Viedma, 2012 Comisión 6: Organización Judicial. Política Judicial. Acceso a la Justicia.
- HARFUCH Andrés y otro (2018), “El Juicio por Jurados en el Continente de América. Publicado en: *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia*”, Publicación anual de CEJA e INECIP • Año 17 • N° 21.
- RUIZ Alicia (2001), “De cómo el Derechos nos hace mujeres y hombres”, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, 36: 7-15.
- SÁNCHEZ BUSSO Mariana (2015), “Respuestas Judiciales a la Violencia de Género: el Derecho como Discurso y Práctica Sociales”. *Oñati Socio-legal Series* [online], 5 (2), 785-803. Available from: <http://ssrn.com/abstract=2612438> (última consulta: agosto de 2019).
- SÁNCHEZ Mariana (2012), *Género y Derecho. El sistema penal como transformador de la realidad social*. Editorial Académica Española, Saarbrücken.
- URQUIZA María Isabel (2009), “La fundamentación del juicio por jurados en los discursos constitucionales y legislativos en Córdoba: contrastes con las miradas teóricas”, XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Bue

PUERTAS GIRATORIAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ANÁLISIS DE RECOMENDACIONES INTERNACIONALES SOBRE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ARGENTINA *

*Adriana L. Vercellone** ~ José A. Rossi****

*R. Augusto Aguilera Marturano*****

Resumen: Existe una lista de herramientas de lucha contra la corrupción especialmente recomendadas para combatir los conflictos de intereses y el llamado problema de “puerta giratoria”. Sin embargo, su implementación suele desaconsejarse porque implican una restricción a derechos fundamentales de quienes ejercen cargos públicos, como la intimidad o la libertad de trabajar. Este artículo desarrolla dicha tensión evaluando las líneas argumentativas que pueden adoptarse para justificar una reforma legislativa sobre el tema. Las conclusiones recuperan la importancia de los derechos individuales e interrogan acerca de las exigencias mínimas que recaen sobre quienes desean desempeñarse dentro de las instituciones públicas.

Palabras clave: conflicto de intereses, democracia, intimidad, transparencia, autonomía.

* Artículo recibido el 30/7/2020 ~ aprobado para su publicación el 2/3/2021.

** Abogada, Magister en Derecho y Argumentación y Dra. en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora en *Ética y Derecho Político* (Facultad de Derecho, UNC). Becaria Postdoctoral CONICET.

*** Abogado (UNC). Investigador en el grupo de *Ética y Función Pública* (SECyT, CIJS, MINCyT).

**** Abogado (UNC). Investigador en el grupo de *Ética y Función Pública* (SECyT, CIJS, MINCyT).

INTRODUCCIÓN

Entre las numerosas situaciones que suscitan conflictos de interés en el ámbito público, los estudios sobre “puertas giratorias” se han ganado un lugar central en las consideraciones jurídicas de la época. Este problema supone el flujo de personal profesional entre el sector público y privado, facilitando el tráfico de información e influencia entre ambos sectores.

Entre las herramientas diseñadas para evitar el conflicto destacan, entre otras, la obligación de presentar declaraciones juradas por parte del personal de gobierno y su núcleo familiar, y la limitación de desempeñarse en la esfera privada durante un período previo o posterior al ejercicio del cargo público. Aunque el riesgo que se busca evitar es importante -corrupción institucional-, estas soluciones han recibido algunos cuestionamientos. En algunos casos, se objeta su aparente contradicción con el derecho a la intimidad, ya que la publicación y difusión de datos personales puede invadir una esfera de actuación privada que es protegida respecto de la mirada e interferencia de los demás. Asimismo, se cuestiona que dichas medidas vulneren la libertad de trabajar. Debido a que es un derecho básico para el desarrollo de cualquier plan de vida digno, una medida que lo limite puede ser tachada de inconstitucional.

En este artículo nos proponemos repasar dichas objeciones, evaluando de la posibilidad de efectivizar en el derecho argentino algunas de las recomendaciones efectuadas por los organismos internacionales sobre el tema. Para ello, primero se reconstruye el problema de la puerta giratoria y su recepción en la legislación y doctrina local. En segundo lugar, se explican las principales herramientas recurridas a nivel internacional para prevenir y sancionar dicho problema. Seguidamente, se exponen los conflictos que obstaculizan su posible recepción en el régimen jurídico local, en especial, aquellos vinculados con el derecho a la intimidad y el derecho a trabajar. Luego, se repasan las principales líneas argumentativas que pueden disolver el conflicto, mediante la ponderación de los derechos individuales en tensión y las variables que debieran considerarse al evaluar los reclamos que pesan sobre quienes ejercen cargos públicos.

Las conclusiones rescatan la máxima protección que merecen los derechos individuales en nuestro sistema constitucional e insisten en que cualquier restricción sólo puede justificarse cuando respeta los presupuestos fundamentales de la autonomía personal.

LOS CONFLICTOS DE INTERESES Y EL PROBLEMA DE LA “PUERTA GIRATORIA”

Existe conflicto de interés toda vez que una persona “*ejerce una actividad en el ámbito privado sobre la que -como agente del Estado- tiene atribuciones*” (art. 13, Ley Nacional de Ética en el Ejercicio de la Función Pública N° 25.188 -en adelante LEP-). Dicha práctica supone un intercambio de información e influencias entre el sector público y privado que socava los pilares de todo sistema democrático y republicano.

Por un lado, situaciones de este tipo permiten sesgar las decisiones colectivas en favor del interés de un determinado sector o grupo de personas. Esto vulnera el ideal de igualdad “abstracta” que subyace en toda democracia, usualmente traducida en la igual capacidad y oportunidad de influir en las decisiones que se adoptan en el foro público. Por otro lado, concede al sector privado un control arbitrario sobre las leyes y vida de las personas en general.

La posibilidad de que existan este tipo de interferencias en la autoridad política es uno de los males que el republicanismo se ha encargado de combatir con especial énfasis, ya que quita a la ciudadanía el poder de controlar la agenda pública y somete su vida al peligro de la dominación de terceras personas. Según dicha tradición política, cuando las leyes y políticas públicas son el resultado de las preferencias del sector privado, la colectividad queda a merced de la voluntad de personas (empresariado, asesores, élites, etc.) que no tienen el deber de rendir cuentas públicas y sobre las que no existe ninguna instancia de control.¹ Esto último determina la arbitrariedad de una ley o institución que convierte, en definitiva, a las personas en súbditas más que en soberanas de su propia comunidad.

Además, un conflicto de interés también surte efectos en el sector privado, ya que concede a ciertos grupos o agentes una posición de privilegio al mejorar su llegada a los espacios de decisión pública, proveerles de mejor información sobre los asuntos estatales y garantizarles mayor peso e impulso a sus reclamos. Esto redundaría en una evidente asimetría en la libre competencia que debiera regir por la prestación de servicios al Estado o el desarrollo de proyectos públicos.

¹ PETTIT, PHILIP. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Clarendon Press, 1997.

Para evitar dichas prácticas suelen identificarse “zonas de riesgo”, es decir, esferas de actuación propensas a desarrollar y ocultar situaciones del tipo. En dicho sentido, la Oficina Anticorrupción Argentina (OA) -en línea con la doctrina internacional- distingue los conflictos de interés “actuales”, de los conflictos “potenciales” y “aparentes”. Los primeros, se encuentran previstos en los incisos a) y b) del art. 13 de la LEP, que califican de incompatible con el cargo público “*dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar o de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades*” y “*ser proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones*”. El dato que los caracteriza es que el ejercicio de la actividad en el sector público y privado es “simultáneo”; asimismo, que la relación entre el ámbito de actuación y los beneficios a los que pudiera acceder la empresa es “directa”.²

Entre los conflictos “potenciales” se incluyen situaciones varias, como la realización “*de actividades particulares o haberse vinculado a personas o asuntos sobre los que podría tener atribuciones, en los últimos tres años*”, “*tener acciones o cuotas en sociedades*” o hallarse comprendido entre “*las causales de excusación previstas por la legislación procesal civil*”³ (Arts. 2 y 15 LEP). Su rasgo característico es que el desempeño en el cargo público y el sector privado no es simultáneo, aunque dada la relación y/o sucesión entre ambas actividades se presume que puede existir influencia de los intereses comprometidos en ambas esferas.

Finalmente, los conflictos “aparentes” son aquellos en los que no existe la simultaneidad o sucesión descrita en los casos anteriores, aunque el contexto de la situación sugiere que la persona tiene o tendrá intereses personales comprometidos en las decisiones públicas a su cargo. Inclusive,

² LARROCCA, ANA CARINA. Ética pública y conflictos de intereses: estudio para su prevención y su adecuada gestión. 1a ed. CABA: Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación. Oficina Anticorrupción, 2019, pp. 83-91.

³ Véanse las causales de recusación previstas en los art. 17 y 30 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

afirma Castellani que el conflicto de interés puede ser percibido como uno “futuro”.⁴

Las diversas situaciones descriptas en la segunda y tercer categoría comprenden el problema denominado “puerta giratoria”. Sin suponer un ejercicio laboral explícito y simultáneo en el sector público y privado, incluye actividades sucesivas y alternadas que pueden facilitar el intercambio y flujo de favores mutuos.

Según la Organización para la Cooperación para el Desarrollo Económico (OCDE) existen cuatro tipologías de puerta giratoria: 1) del sector público al sector privado, 2) del sector privado al sector público, 3) de posiciones de lobby (en asesorías o consultorías) al sector público, y 4) del sector público a posiciones de lobby.⁵ En sus diferentes variantes, todas conllevan el riesgo de ceder el control de las decisiones públicas a intereses privados.

Su frecuencia en la vida política evidencia que las puertas giratorias no constituyen una mera eventualidad de personas aisladas cuya calidad profesional es reclutada en diversos sectores funcionales. La misma conclusión surge al echar una mirada sobre las áreas de gobierno en las que el fenómeno se presenta usualmente, pues suele vincularse con las funciones de desarrollo comercial y financiero de un país.⁶

Así considerada, la puerta giratoria constituye una útil vía para la práctica del lobby entre decisores públicos y el empresariado. Por un lado, personas con trayectoria en el sector público son especialmente buscadas por sociedades privadas, dado el acceso a información, contactos e influencia que su experiencia en la gestión pública les ha facilitado (inclusive,

⁴ CASTELLANI, ANA. “Lobbies y puertas giratorias. Los riesgos de la captura de la decisión pública”. *Nueva Sociedad*, N° 276, Julio-Agosto, 2018. Disponible en: <https://nuso.org/articulo/lobbies-y-puertas-giratorias/>

⁵ CASTELLANI, 2018, Ob. citada.

⁶ Por ejemplo, en el gobierno del ex Presidente Macri el 31% del cuerpo de gabinete provenía de cargos jerárquicos en el sector privado, siendo que la mayoría del personal se agrupó en los Ministerios de Energía y Minería, Trabajo, Producción, Hacienda y Finanzas, Agroindustria y el Banco Central (y no en los de Cultura, Salud o Educación). Para más datos, véase: CANELO, PAULA Y CASTELLANI, ANA. “Puerta giratoria, conflictos de interés y captura de la decisión estatal en el gobierno de Macri. El caso del Ministerio de Energía y Minería de la Nación”. *Informe de Investigación N° 2, Instituto de Altos Estudios Sociales*, Univ. de San Martín, 2017, vol. 2.

algunos afirman que dicha experiencia previa asegura un mayor apoyo al sector privado en cuestión por parte del gobierno⁷). Por otro lado, el ejercicio de cargos públicos se convierte en una anhelada moneda de cambio para el sector empresarial. Como resultado, el desempeño en dichas funciones queda atado a preocupaciones por el futuro personal (profesional o económico), muy alejado de los intereses colectivos y vocación de servicio que debieran priorizarse en la arena pública.

La difícil situación de incompatibilidad que acarrearán las puertas giratorias excede la obtención de algún beneficio pecuniario. Inclusive, no siempre es un interés personal el que se halla comprometido en su ejercicio; ya que en muchas ocasiones el funcionario o funcionaria suele comportarse como vocero de los intereses de un sector con el cual mantiene algún compromiso comercial o personal. La ausencia de sobornos y amenazas, así como el dinamismo que adoptan las prácticas mencionadas, torna difícil sancionarlas penal o administrativamente.

Por ello, la legislación en torno a su regulación es de lo más variada. Mientras algunos países reconocen la inevitabilidad de los lobbies e intentan regularlos mediante -por ejemplo- mecanismos de divulgación de antecedentes o límites funcionales; otros son reacios a sancionarlos. En esta última línea, la legislación nacional sobre ética pública sanciona sólo los conflictos de interés actuales, en cuyo caso exige a la persona involucrada renunciar al cargo privado como requisito para asumir el puesto público. Pero en lo que refiere a los conflictos de interés potenciales y aparentes sólo establece causales de excusación y recomendaciones genéricas. Dos supuestos llamativos son (i) la participación del agente público en sociedades comerciales, y (ii) la puerta giratoria del sector privado al sector público. Aunque las instituciones oficiales de lucha contra la corrupción en Argentina han mostrado preocupación por dichos casos, actualmente no existe norma que los prohíba.

En cuanto a (i), la OA ha sostenido que las prohibiciones previstas por los arts. 12 y 15 de la LEP -referidas a los conflictos de interés actuales-

⁷ COHEN, JEFFREY. "The Dynamics of the "Revolving Door" on the FCC". *American Journal of Political Science*, 1986, p. 689.

Por ejemplo, estudios han revelado el alineamiento de los reclamos del sector privado en el período 1977-2015 y las políticas públicas adoptadas en el Ministerio de Energía y Minería de la Nación Argentina entre 2016-2019 (, 2017, Ob. citada, pp.16-17)."

suponen la injerencia del funcionario en actividades de control sobre la persona jurídica o sociedad. Asimismo, aclara que “control” implica toda participación suficiente como para formar la voluntad social del grupo (por ejemplo, con un derecho a veto o, sin ser socio, por influencia a través de otros socios cuando éste es su cónyuge, hijos u otros familiares).⁸ Claramente, esto excluye la mera participación accionaria, en cuyo caso no se exige a la persona desprenderse de su participación en la empresa, sino excusarse de entender en cuestiones relacionadas con ella.⁹

En relación con el desempeño laboral previo en el sector privado (ii), la ley impone similar deber de abstención a quienes pudieran tener a cargo una decisión de gestión pública vinculada a los asuntos de la empresa con la que se ha relacionado en los últimos 3 años (art. 15 LEP). Vencido el plazo, se presume que cesa la capacidad que la relación previa tiene de influir en la gestión pública.¹⁰

En los demás casos de conflictos aparentes y futuros, tanto la ley nacional como la OA se limitan a establecer recomendaciones generales que pueden diluir posibles sospechas. Como ser, el desarrollo de mecanismos de divulgación de la información a la que acceden quienes ejercen cargos públicos o recomendaciones acerca de la “prudencia” que debiera guiar su ejercicio.

No obstante, existen otras experiencias legislativas en el derecho comparado que han avanzado un poco más, sancionando los tres tipos de conflictos. De hecho, diversos organismos de lucha contra la corrupción a nivel global han efectuado al Estado Argentino expresas recomendaciones en torno a reformas legislativas que es conveniente emprender para evitarlos.

⁸ LAROCCA, 2019, Ob. citada pp. 93-97.

⁹ Como antecedente, véase la Resolución 2016-1-E-APN-OA#MJ de la OA sobre tenencia accionaria del ex Ministro de Energía y Minería Nacional, Ingeniero Aranguren, en la empresa Royal Dutch Shell -empresa de la que además fue CEO, entre otros puestos-. Disponible en: <http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/aranguren.pdf>.

¹⁰ LAROCCA, 2019, Ob. citada, pp. 123.

RECOMENDACIONES Y HERRAMIENTAS PARA LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE LAS PUERTAS GIRATORIAS

Algunos de los organismos internacionales que de forma continua efectúan recomendaciones para la prevención y lucha de los conflictos de intereses son: el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la antes mencionada OCDE. Es importante concentrarnos en ellos ya que son organismos en los que nuestro país es Estado parte o tiene una participación activa¹¹; asimismo, formulan recomendaciones al Estado Argentino de manera particular y cuentan con algún tipo de seguimiento sobre su implementación. De hecho, han aconsejado reformas legislativas a los fines de combatir los problemas de “puerta giratoria” y confeccionado informes y artículos de carácter general sobre la temática¹².

Entre las principales recomendaciones efectuadas destacan: a) el establecimiento de periodos de carencia *ex post* y *ex ante* al ejercicio del cargo público (*cooling-off periods*); b) la regulación del deber de transferir bienes para quienes ingresen a dicha función; c) la ampliación de la lista y rubros de bienes que deben ser declarados y la información necesaria para su identificación; d) la incorporación en las declaraciones juradas de antecedentes laborales; e) la presentación de declaraciones juradas con fecha posterior a la finalización del ejercicio.

El establecimiento de periodos de carencia (a) se caracteriza por establecer un lapso previo y/o posterior al ejercicio de la función pública dentro del cual la persona interesada debe abstenerse de realizar actividades en el sector privado, para evitar posibles conflictos de intereses. Así, De

¹¹ Argentina es Estado parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que crea a del MESICIC para promover la implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC). En el caso de OCDE y BID, no es Estado parte aunque desempeña un rol altamente activo en ellas. Argentina ha adherido a numerosos instrumentos de OCDE; en 2016 presentó candidatura y en 2017 un Plan de Acción en el que se indican las áreas en las que se realizarán mejoras y reformas necesarias en el país para acercarse a los estándares reconocidos por el organismo. Asimismo, el BID ha sido un importante socio para el desarrollo de proyectos a nivel local. Esto hace presumir la fuerza que tienen las recomendaciones de dichos organismos.

¹² Por ejemplo, las distintas leyes modelos y guías legislativas elaboradas por el MESICIC, más adelante citadas.

Michele y Dassen sostienen que su implementación intenta eludir “*por un lado, la captura de los cargos públicos por intereses privados si no existen regulaciones pre-empleo. Por otro lado, si no existen regulaciones post-empleo, (...) que los funcionarios utilicen su cargo público como un trampolín para obtener futuros beneficios en el sector privado*”¹³. En similar sentido se expresa la OCDE en su *Estudio sobre Integridad en Argentina*. Allí sostiene que tales políticas son necesarias para legitimar las decisiones y confianza en el gobierno, recomendando el establecimiento de diferentes periodos de tiempo según la jerarquía del cargo así como requerir al ex funcionario o funcionaria que informe periódicamente su situación laboral¹⁴. Además, el Comité de expertos del MESICIC – en adelante, el Comité- en el informe de la primera ronda de análisis observó al Estado Argentino la derogación del periodo de carencia *ex post* de un año que exigía abstenerse de tener relaciones profesionales con el organismo donde se cumplieron funciones públicas (ex-art. 15 LEP)¹⁵. La recomendación de restaurar dicho plazo fue realizada en la ronda de 2003 y reiterada en diversas oportunidades¹⁶.

Mientras que la implementación de (a) está destinada a mitigar las cuatro tipologías de “puerta giratoria”, (b) solo tiene por finalidad la segunda forma, “del sector privado al sector público”. Con ella se busca despojar al agente del poder de disposición de aquellos bienes cuyo valor pudiera verse influenciado por los actos realizados en ejercicio de su cargo. Para evitarlo, el BID recomienda dos soluciones. La constitución de un “fideicomiso ciego” que impida al funcionariado administrar o conocer cómo serán invertidos sus bienes; o bien, si el fideicomiso no es suficiente para asegurar la imparcialidad de la función, la enajenación de los bienes

¹³ DASSEN, NICOLÁS Y DE MICHELE, ROBERTO. *Conflicto de intereses. Desafíos y oportunidades para implementar un sistema efectivo de prevención y control*. Banco Interamericano de Desarrollo, 2018, p. 11.

¹⁴ OCDE. *Estudio de la OCDE sobre Integridad en Argentina. Lograr un cambio sistémico y sostenido*. OCDE Publishing, 2019, cap. 3, punto 3.2.5.

¹⁵ COMITÉ DE EXPERTOS DEL MESICIC. *Informe sobre la implementación en Argentina de las disposiciones de la convención seleccionadas para ser analizadas en el marco de la primera ronda*. Washington: OEA, 2003, p. 7.

¹⁶ Entre ellas, en el informe de la 4ta ronda: COMITÉ DE EXPERTOS MESICIC. *Informe relativo a la implementación en la República Argentina de las disposiciones de la convención seleccionada para ser analizadas en la cuarta ronda, y sobre el seguimiento de las recomendaciones formuladas a dicho país en la primera ronda*. 2013a, pp. 56-57.

También aclara que en caso de que el conflicto no pueda resolverse por ninguna de estas dos maneras, debe evaluarse la posibilidad de exigir que la persona deje la función pública. Además, detalla que los títulos de oferta pública no son los únicos bienes a considerarse, sino que deben tenerse en cuenta también “*los inmuebles, las acciones en sociedades u otros bienes que pueden verse afectados por las decisiones que los funcionarios públicos están en posición de tomar*”¹⁷.

La utilización de la información vertida en las declaraciones juradas es una de las herramientas más recomendadas para identificar los conflictos de interés¹⁸. Por ello se sugiere la ampliación de la lista y rubros de bienes que deben ser declarados públicamente y la información necesaria para su identificación (c); con la exigencia de que la legislación haga mención precisa de aquellos bienes que deben manifestarse, especifique los datos de cada uno de ellos que deben brindarse y se amplíe los tipos de bienes que deben declararse. A modo de ejemplo, incluye: préstamos recibidos junto con los datos que identifiquen al acreedor; acciones o cuotas partes de sociedades, con discriminación entre su “valor costo” de su “valor de mercado” e identificación de cada socio junto con su porcentaje de tenencia accionaria; acreencias junto con los datos que identifiquen al deudor; etc.¹⁹

Otra medida que cumple con la misma finalidad es la declaración detallada de los antecedentes laborales o profesionales del ingresante a la función pública (d). El BID recomienda se declaren las actividades “*laborales, profesionales, empresariales, de defensa de intereses sectoriales y de bien público, (...) incluyendo los cargos que desempeñare o hubiere desempeñado en sociedades, asociaciones, fundaciones o cualquier otra entidad pública o privada, nacional o extranjera*”, así como también “*los*

¹⁷ DASSÉN Y DE MICHELE, 2018, Ob. citada, pp. 15-16.

¹⁸ COMITÉ DE EXPERTOS DEL MESICIC. *Documento explicativo del proyecto de ley modelo sobre declaración de intereses, ingresos, activos y pasivos de quienes desempeñan funciones públicas*. Washington: OEA, 2013b, p. 1.

¹⁹ OFICINA ANTICORRUPCIÓN, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, REPÚBLICA ARGENTINA. *Bases para un proyecto de plan de acción para la implementación de las recomendaciones formuladas por el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción a la República Argentina* (ISBN-10: 987-21764-9-3, ISBN-13: 978-987-21764-9-5), 2006, p. 40.

*nombres y datos identificativos de las personas físicas o jurídicas a las que el declarante se hubiere asociado en el ámbito profesional o comercial”.*²⁰

En cuanto a los sujetos obligados, el Comité ha sugerido al Estado Argentino la reforma del actual art. 12 de la LEP a los fines de que las personas elegidas por sufragio popular para ocupar un cargo público también deban manifestar sus antecedentes laborales²¹. Además, en un intento por aplicar las recomendaciones del Comité de la primera ronda, la OA propuso incluir en las declaraciones juradas de los ingresantes a la función pública los acuerdos de desvinculación temporal que haya celebrado con empresas del sector privado y la identificación de la clientela a quien haya prestado servicios por más de una determinada suma²².

Aparte de la obligación de declarar sus bienes (c) y antecedentes (d), se recomienda exigir el suministro de similar información de los integrantes del grupo familiar. Es decir, que el funcionario o funcionaria debe incluir en su declaración los datos identificativos de quienes componen su grupo familiar (normalmente, cónyuge, hijos e hijas) y, luego, los bienes que poseen, junto con sus anteriores y actuales actividades laborales y profesionales, datos que deben reflejar similar extensión y detalle que los de la principal persona obligada.²³

La exigencia de presentar declaraciones juradas una vez finalizada el ejercicio en el cargo público (e) es una medida eficaz para evitar los problemas de “puerta giratoria”, complementaria de las anteriores (c) y (d), pues mitiga los conflictos que suscitan “del sector público al privado” y “del sector público a posiciones de lobby”. Fundamentalmente, procura anular que alguien utilice la información e influencia acumulada durante su paso por la administración pública para beneficio propio o para la persona para la que trabaja o representa. A tal efecto, el Comité propone que además de presentar una declaración jurada al inicio, durante y al final del ejercicio de la función pública, se establezca el deber de presentar una

²⁰ DASSEN Y DE MICHELE, 2018, Ob. citada, p. 26.

²¹ COMITÉ DE EXPERTOS DEL MESICIC. 2003, Ob. citada, p. 25.

²² OFICINA ANTICORRUPCIÓN, 2006, Ob. citada, pp. 40-41.

²³ COMITÉ DE EXPERTOS DEL MESICIC. *Ley modelo sobre declaración de intereses, ingresos, activos y pasivos de quienes desempeñan funciones públicas*. Washington: OEA, 2013c, Arts. 5 y 6.

última al año de haber cesado sus funciones²⁴. Se mencionó también que la OCDE recomienda que quien haya dejado la función pública informe, durante un período razonable y de manera periódica, su situación laboral a los fines de controlar los períodos de carencia ex post. Estas declaraciones juradas deben cumplir los mismos requisitos que las anteriores a fin de aumentar su eficacia (es decir, bienes y situación laboral de la persona obligada y su grupo familiar).

Finalmente, vale aclarar que se ha sugerido que la información obtenida de las recomendaciones mencionadas sea de público acceso, con excepción de algún dato de carácter sensible, a los fines de facilitar a la ciudadanía el control de la integridad y transparencia del sistema estatal.²⁵

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y DERECHOS INDIVIDUALES

Las recomendaciones y políticas enunciadas constituyen una de las tantas implicancias del mentado “derecho de acceso a la información pública” reconocido a nivel constitucional (arts. 38 y 1 CN²⁶) y supranacional (con la incorporación de diversos tratados, como ser, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

Dichas cláusulas prevén la posibilidad de peticionar ante las autoridades por información, no sólo acerca de la administración pública y sus instituciones, sino también toda información que obre en manos públicas o privadas y se vincule a la administración.²⁷ Entre los principios que lo rigen, destaca el de “máxima divulgación” que supone que toda

²⁴ COMITÉ DE EXPERTOS DEL MESICIC. 2013c, Ob. citada, Art. 4.

²⁵ COMITÉ DE EXPERTOS MESICIC. 2013b, p. 12 y DASSEN Y DE MICHELE, Ob. citada, p. 16.

²⁶ Sobre los partidos políticos, el art. 38 CN prescribe “*Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza (...) el acceso a la información pública (...)*”. Por su parte, el art. 1 establece que “*La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana y federal*”.

²⁷ BUTELER, ALFONSO. *Derecho Administrativo Argentino*, Tomo II, Abeledo Perrot, Bs. As., 2016, p. 536.

información de carácter público es accesible, debiendo establecerse las restricciones oportunas sólo de forma excepcional, justificada y por vía legal. Entre otras finalidades, su reconocimiento procura combatir la corrupción y garantizar mayor transparencia de los actos administrativos, lo que refuerza el sistema democrático y los valores que este implica.

Uno de los principales cuestionamientos en torno a la adopción de las herramientas mencionadas es su posible colisión con otros derechos fundamentales, como el de “intimidad” y el de trabajar.

El derecho a la intimidad se encuentra reconocido en los artículos 18 y 19 de la CN²⁸ y diversos tratados internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12), el Pacto de la Naciones Unidas sobre los Derechos Civiles y Políticos (art. 17) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11). En líneas generales, supone la protección de un espacio de intimidad respecto de la mirada de terceros. La enunciación del artículo 19 CN, en la que convergen tanto la idea de privacidad con el principio de legalidad, ha dado lugar a diferentes interpretaciones y desacuerdos. A los fines de aclararlas, es útil recordar la distinción entre “derecho a la privacidad” y “derecho a la intimidad” establecida por Carlos Nino²⁹. La privacidad supone el derecho a hacer y no hacer todo aquello que no interfiera con los derechos y libertades de las demás personas; o, mejor dicho, exige que las instituciones o el poder público no prohíban hacer más que aquello que daña a la sociedad. El vínculo con la noción de libertad negativa propiamente liberal es inevitable, pues la privacidad protege una esfera de actuación que no debiera ser interferida por parte de terceras personas y el poder público. Esto excede la protección de los actos realizadas en la esfera familiar o “a oscuras”; más bien procura evitar intromisiones en las “valoraciones o

²⁸ Art. 18 CN: “(...) El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”.

Art. 19 CN: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

²⁹ NINO, CARLOS S. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2013.

preferencias sobre modelos de virtud personal que repercuten solamente en el propio individuo”³⁰.

En diferente sentido, el derecho a la intimidad protege aquellos aspectos de la vida y proyectos personales que desean reservarse del conocimiento de los demás. Siguiendo lo antedicho por Nino, proveer información sobre un acto o rasgo personal que no desea divulgarse concede a los demás un poder indebido sobre su persona³¹. La lectura del art. 18 de la CN contribuye a entender mejor este derecho, pues establece, aunque sea de modo genérico, el cúmulo de espacios que son protegidos de la mirada ajena, así como también las vías legales para limitar dicha prohibición. Aunque aquello que queda comprendido dentro de la noción de “íntimo” ha variado con el tiempo (vida familiar, gustos personales, hábitos, salud, etc.), es innegable la necesidad de preservarlo e impedir la crítica o control sobre ese aspecto del plan de vida personal que solo posee injerencia doméstica.³²

El posible conflicto entre las previsiones del derecho a la intimidad y el acceso a la información es evidente cuando se trata de información referida a la vida y bienes de quienes ejercen cargos públicos. La complejidad es mayor si se considera que también requiere la declaración sobre la actividad personal y patrimonial del entorno familiar y profesional. Es decir, información sobre personas que se encuentran vinculadas a la esfera de gobierno -quizás- contra su propia voluntad.

La propia legislación pone en evidencia dicha tensión al restringir obligaciones en el ámbito público. Por ejemplo, la Ley de Acceso al Conocimiento de Actos del Estado de la Provincia de Córdoba N° 8803 (art. 3) o la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 10) reconocen a la intimidad como un límite al principio de máxima divulgación.

³⁰ BRACACCINI, FERNANDO. *Comentario al artículo 19 de la Constitución Nacional: el derecho a la autonomía personal*. En GARGARELLA, ROBERTO Y GUIDI, SEBASTIÁN. *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Tomo I, La Ley: Buenos Aires, 2019.

³¹ NINO, C. 2013, Ob. Citada, p. 328.

³² Vale aclarar que la intimidad tampoco puede avalar “opresiones domésticas” (GARGARELLA, R. “Constitucionalismo y privacidad”, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Abeledo Perrot, 2008, pp. 788, 793).

Por su parte, el “derecho de trabajar y ejercer industria lícita” se encuentra receptado en el art. 14 de la CN³³, que limita la interferencia del Estado en la libertad de contratación y de acceso y desempeño en las distintas labores, oficios y profesiones. Para evitar confusiones, se lo debe distinguir de los “derechos laborales” contemplados en el art. 14 bis CN (1er párr.) que establece protecciones en favor del trabajador o trabajadora en cuanto dependiente o parte débil en la relación de empleo. El primero -el derecho de trabajar-, en conjunto con el antes citado art. 19, forman parte de la lista de libertades individuales que reconoce nuestra CN, pues implican el reconocimiento de poderes que son propios de la naturaleza de sus habitantes y del todo inalienables. En función de ello, se suele afirmar que sólo admiten una restricción en base a la ilicitud de las conductas desplegadas o el posible daño al resto de la sociedad. Por ejemplo, si se tratase de la venta de una droga prohibida o de la realización de un trabajo que pone en riesgo la salud de un vecino.

Ambas normas limitan la adopción de recomendaciones como (a) y (b) -que establecen períodos de carencia laboral previa y/o posterior al ejercicio del cargo público y la obligación de no administrar personalmente o desprenderse de bienes- así como su aplicación en situaciones comprometidas. En la búsqueda por combatir la corrupción, proteger el erario público y evitar que la administración de los bienes estatales se confunda u oriente en el mismo sentido que la propiedad privada, ambas herramientas suponen una intromisión en el goce de esta libertad fundamental.³⁴

Como los demás derechos, tanto el de intimidad como la libertad de trabajar no son absolutos y quedan sujeto a las leyes que reglamenten su ejercicio, potestad que se ha concedido al Estado (art. 14, ya citado). Tales restricciones son notables en la función pública y las recomendaciones que

³³ El art. 14 prescribe: “*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar (...)*”.

³⁴ Por ejemplo, la Procuración del Tesoro ha restringido la interpretación de los art. 13 y 15 de la LEP a casos “actuales” para evitar “(...) una suerte de cortapisa rígida para el acceso a los cargos públicos respecto de aquellas personas que, por su formación, capacitación, experiencia y especialización en determinadas materias, reúnen las mejores condiciones para ocupar dichos cargos públicos” (Cap. II, punto 3, Dictamen 12/09/2000). En la misma línea, la OA ha sostenido que “una sucesión de excusaciones (...) podrían entorpecer la normal labor del funcionario” (Res. OA/DPPT N° 83). Véase: <http://www.cipce.org.ar/articulo/conflictos-intereses-puerta-giratoria>

aquí se estudian, ya que la posibilidad de admitirlas en el sistema local se ha balanceado entre el compromiso con el bienestar general, la autonomía personal y su compatibilidad.

¿PUEDE PLANTEARSE COMO UN CONFLICTO ENTRE UN DERECHO Y EL INTERÉS GENERAL?

En ocasiones, discusiones como las que se tratan aquí se resuelven mediante apelación a criterios de utilidad o bien común. Esto supone limitar la protección a un derecho fundamental con el objetivo de resguardar valores o bienes públicos que merecen especial protección. En el caso del derecho a trabajar, por ejemplo, se ha considerado que nadie puede tener un derecho a ejercer profesión o industria que comprometa la “salud pública” que permita esparcir el duelo y la muerte en la vecindad³⁵, o que las actividades laborales pueden restringirse para promover la “prosperidad” del país y la “utilidad general”³⁶. Ambos argumentos surgen de una interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) elaboró en torno al art. 14 y la llamada “cláusula de progreso” (art. 75 inc 18 CN³⁷) que implícitamente sugiere que las actividades laborales pueden limitarse en virtud de los fines mencionados.³⁸

En el supuesto del derecho a la intimidad, la justificación de la restricción asoma cuando se considera la importancia del acceso a la información pública y la transparencia para el sistema democrático y republicano. Por un lado, el acceso a información completa y veraz acerca de los asuntos públicos permite a las personas disfrutar de otros derechos civiles y políticos vinculados a la democracia, como la libertad de expresión o el sufragio. Por otro lado, propicia el desarrollo de instancias de disputa y

³⁵ CSJN, “*Los saladeristas Podestal c/Provincia de Buenos Aires*”, 1887 (Fallos 51:274).

³⁶ CSJN, “*Varios puesteros próximos al Mercado central c/ Empresario del mismo Mercado*”, 1866 (Fallos 3:486).

³⁷ El art. 75 prescribe: “*Corresponde al Congreso: (...) 18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias (...)*”.

³⁸ GELLI, M. 2004, Ob. citada, p. 71.

deliberación en las que primen, entre otras, el razonamiento, la inclusión y la publicidad. En otras palabras, es difícil que las decisiones sean verdaderamente colectivas si quienes deciden ocultan información o poseen diferente capacidad de influencia. Por último, la información es necesaria para la atribución de responsabilidad dentro de las instituciones públicas, ya que cualquier intento de reproche o rendición de cuentas es infértil si no se apoya sobre datos objetivos y verificables.

Al considerar el peso que tiene el acceso a información pública para una comunidad o la necesidad de proteger el tesoro nacional y prosperidad económica, la restricción de derechos fundamentales se torna lógicamente un terreno de disputa. En especial si se trata de valores que se hallan en el corazón del sistema democrático del cual depende el goce de otros derechos.

No obstante, la apelación a dichos bienes públicos no está exenta de controversias. Primero, porque exige precisar mejor el contenido y alcance de los enunciados genéricos involucrados. ¿Qué incluye el bienestar general? ¿Puede cuantificarse la prosperidad procurada? Expresiones del tipo tienen un campo de aplicación demasiado amplio e indeterminado, que dificultan formular respuestas objetivas. Igualmente problemática es la delimitación de los aspectos de la vida que la *intimidad* y el *trabajo* protegen. ¿La intimidad incluye sólo la vida doméstica o cualquier actividad desplegada fuera del horario laboral? ¿Contiene las amistades, las relaciones privadas o gastos en hobbies personales? De hecho, las personas suelen sostener un elevado umbral de exigencia sobre las conductas que se suscitan en el ámbito público, hecho que cuestiona la privacidad de ámbitos de su vida protegidos en general, como la salud o la imagen.

Si se considera que los desacuerdos sobre estos temas son persistentes y la opinión mayoritaria sobre el tema ha variado con los años, la cuestión es evidentemente problemática. En ese sentido, Nino nos recuerda los peligros de apelar a expresiones “holísticas” al jerarquizar los bienes en juego en este tipo de conflictos, pues ocultan la posibilidad de determinar si la limitación de un derecho se encuentra verdaderamente justificada.³⁹

Lo anterior deriva en una segunda cuestión: la determinación de las personas que debieran decidir tales asuntos. ¿Quién define qué es “interés general”? ¿Puede confiarse en las mayorías parlamentarias o debieran

³⁹ NINO, C. 2013, Ob. citada, p. 485.

hacerlo los jueces? En función de esto, Gargarella rechaza la posibilidad de que los derechos puedan ceder ante consideraciones de bienestar general ya que permitiría, entre otros peligros, que *“bajo un paraguas teórico atractivo, el juez de turno -de buena o mala fe- ‘contrabandee’ o incluya su propia versión acerca de los valores que la comunidad debiera defender”*⁴⁰. La constitucionalización de derechos individuales se justifica en la necesidad de protegerlos respecto de cualquiera que pretenda arbitrariamente limitarlos. Aun cuando se trate de mayorías que legislen en el Congreso, priorizar los intereses generales implica desproteger intereses fundamentales y dejarlos a merced de cualquier futura restricción.

En esa línea, Dworkin entiende que los derechos debieran ser concebidos como “cartas de triunfo” que -valga la redundancia- triunfan sobre consideraciones de las mayorías. De ningún valor tendría *“(…) jactarnos de que respetamos los derechos individuales a menos que ello lleve implícito cierto sacrificio, y el sacrificio en cuestión debe ser que renunciemos a cualesquiera beneficios marginales que pudiera obtener nuestro país al dejar de lado estos derechos toda vez que resulten convenientes”*⁴¹. En definitiva, ninguna meta colectiva prima sobre los derechos individuales, así como tampoco es posible imponer una pérdida o perjuicio de forma arbitraria. Para ello es necesario una justificación sustantiva más robusta.

LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS Y LA AUTONOMÍA

La perspectiva sobre los derechos de Dworkin enunciada no discute que existan múltiples ocasiones en las que estos puedan ser limitados. No obstante, el problema persiste a la hora de decidir los alcances de dichas limitaciones, en especial cuando se trata de intereses que merecen especial protección, como la intimidad y el trabajo.

Entre otras alternativas (como la negación de un derecho, la jerarquización de bienes en juego, las compensaciones, etc.), una de las justificaciones más recurridas apela a la idea de autonomía. Esto disuelve cualquier posible conflicto de derechos considerando los ejercicios y manifestaciones de la persona involucrada, que pueden indicar una renun-

⁴⁰ GARGARELLA, ROBERTO. *El derecho a la protesta: el primer derecho*. Ad-Hoc, 2005, pág. 68.

⁴¹ DWORKIN, RONALD. *Los derechos en serio*, Ariel: Barcelona, 1984, p. 16, 288.

cia a la protección en cuestión. Aunque puede resultar una obviedad (ya que, por ejemplo, sería absurdo negar que alguien pueda voluntariamente divulgar su vida personal a los demás), no debe soslayarse la importancia de la autonomía como antecedente de nuestras prácticas institucionales y jurídicas legítimamente desplegadas.

La noción más fundamental sobre la autonomía reconoce a las personas como agentes morales con capacidad de autodeterminarse. En palabras de Nino, su fundamento reside en tres principios morales, esenciales en una comunidad política liberal, que explican muchas de las contradicciones y restricciones antes enunciadas.

El primero, llamado “autonomía personal” implica la libre aceptación, por parte de las personas, de principios morales intersubjetivos y de ideales morales personales: mientras los primeros regulan las acciones en función de sus efectos sobre las demás personas, el valor de los últimos está dado por los efectos sobre la propia vida. La posibilidad de autolimitarse, establecer colectivamente principios de orden común y, en definitiva, definir el contenido de los derechos individuales, resulta del balance que personas razonables realizan en función de aquello que se gana y se pierde en cada decisión -en términos de autonomía- y la prohibición de interferir con la libertad ajena de elegir ideales de excelencia personal.⁴²

Lo anterior se complementa con el llamado principio de “inviolabilidad de la persona”, que prohíbe disminuir la autonomía personal a costa de incrementar la autonomía ajena o bajo la pretensión de procurar el “interés general” (idea ya explicitada que, ahora sí, puede entenderse en sentido riguroso como la suma de “autonomías individuales”).⁴³

En conjunto, ambos principios aseguran que cualquier decisión sobre el propio plan de vida encuentra como límite a las demás personas y sus ideales morales privados; asimismo, que la autonomía personal no puede sacrificarse para incremento de otro bien. Pero tratándose de estándares que rigen para cada acto personal, impiden cualquier tipo de restricción a la propia autonomía. Por ello Nino defiende un principio ulterior, de “dignidad”, que admite dichas limitaciones cuando éstas sean consentidas por la persona afectada. De disposiciones libres e intencionales puede

⁴² NINO, C. 2013, Ob. citada, p. 164-167.

⁴³ NINO, C. 2013, Ob. citada, p. 171.

nacer una obligación, una responsabilidad, la limitación de un derecho o, inclusive, el incremento de la autonomía ajena.⁴⁴

Esta idea primordial sobre la autonomía explica las instituciones jurídicas que nos rigen, pues rescata la potestad soberana de las personas sobre su propia vida. En función de ella, tanto las obligaciones, como los derechos y sus regulaciones pueden percibirse como ejercicios de la propia autonomía y no como imposiciones arbitrarias.

De hecho, acostumbramos cotidianamente a disponer sobre nuestros derechos de tal modo: al comprometernos a entregar una cantidad de bienes a cambio de una prestación; al elegir a personas para que representen nuestros intereses en el gobierno; inclusive, la imposición de penas puede justificarse por la participación y aceptación de las personas del sistema penal⁴⁵. A través del consentimiento es posible realizar “*un manejo dinámico de los derechos individuales básicos al permitir restringir o ampliar su ámbito de aplicación de modo de complementar y hacer compatibles diferentes planes de vida*”.⁴⁶

Esta concepción acerca de los derechos y las personas, tan arraigada en nuestra tradición política, permite ponderar la plausibilidad y justificación de las protecciones constitucionales y las restricciones de derechos que aquí se evalúan para la función pública. Que una exigencia sea razonable no resulta de la protección del interés general, la estabilidad democrática o la utilidad del erario público; mucho menos del mayor disfrute de derechos individuales que pueda alcanzarse para el resto de la comunidad política. Más bien, exige valorarlas como las limitaciones que se autoimponen las personas consideran apropiadas para el ejercicio de dichos cargos, en respeto de la autonomía, inviolabilidad y dignidad de la comunidad en su totalidad.

Así, cuando el art. 32.2 CADH dispone que “*(...)los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática*” se interpreta que quienes conforman una comunidad política toman dos tipos

⁴⁴ NINO, C. 2013, Ob. citada, p. 174-175.

⁴⁵ NINO, CARLOS S. *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Astrea: Bs. As., 1980.

⁴⁶ NINO, CARLOS S. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Astrea: Bs. As., 1989, p. 310.

de decisiones acerca de sus derechos: decisiones de gobierno por medio de representantes, y decisiones personales. De las primeras nacen leyes que exigen comportamientos y deberes para la función pública; de las segundas resulta la aceptación de un cargo público en concreto. Ambas pueden leerse como autolimitaciones que de ningún modo niegan la vigencia de derechos, propios y ajenos, sino que justamente los reconocen como razones prioritarias a la hora de elegir sobre el destino de la propia vida y la colectividad.

RECOMENDACIONESSOBRETRANSPARENCIAYCONSENTIMIENTO

Un interrogante que guía este artículo es el siguiente: ¿existen razones jurídicas para no incorporar las recomendaciones que desde hace años diferentes organismos de lucha contra la corrupción sugieren al Estado Argentino? La respuesta frecuente en el ámbito público local, defiende los intereses y derechos a la vez que desaconseja, entre otras cosas, los períodos de carencia laboral previos y posteriores al ejercicio de un cargo público, la declaración de bienes y relaciones personales o profesionales, y la enajenación de bienes o constitución de fideicomisos ciegos.

Sin embargo, el argumento de la autonomía antes reconstruido ofrece una estructura más apropiada para explicar cualquier ejercicio de derechos que se establecen en una comunidad, incluidos aquellos que limitan dichas protecciones en la realización de ciertas labores. Para explicarlo, es necesario distinguir el contexto de actuación de quien accede al cargo público, de las imposiciones que rigen sobre sus familiares y vínculos profesionales.

En el primer supuesto, el análisis no requiere mayor extensión. Aunque rara vez lo expresan, es posible considerar algunos actos –por ejemplo, la anuencia a participar de una terna electoral o asumir un cargo- como vías de compromiso y conformidad con el régimen de obligaciones y deberes propios de la función pública. Este no incluye sólo a los deberes funcionales del cargo, sino también todo el cúmulo de exigencias de conducta que lo complementan, como las vinculadas a la transparencia, el trato con sus pares y rendición de actividades. Así, la obligación de declarar públicamente ciertos aspectos de su vida o sacrificar su desempeño en otras áreas laborales que pudieran interesarle, no constituyen más que exigencias razonables que son necesarias para el buen funcionamiento

de la autoridad política; y, por otro lado, son conclusiones de decisiones que algunas personas han ejercido sobre su propia vida, en respeto de los derechos y una igual capacidad de decisión y autonomía para el resto de la sociedad.⁴⁷

Esto no implica desproteger los derechos individuales, ni asumir que el estado “público” de la labor de un funcionario o funcionaria justifica someter su vida a un estado de escrutinio permanente. Más bien, supone aceptar (como lo hacemos para otros casos) que alguien asume de forma intencional ciertas obligaciones para perseguir un plan personal y colectivo. Los derechos, así como la consideración de los efectos de las actividades públicas en las libertades ajenas, constituyen el eje sobre el que se apoyan las restricciones y responsabilidades que recaen sobre las personas en general, y los agentes públicos en particular.

Esta misma línea argumentativa justifica las exigencias que recaen sobre su grupo familiar, clientela y vínculos profesionales previos. Aunque aparenta ser imposiciones difíciles de validar -ya que la aceptación voluntaria de quien ejerce el cargo público es insuficiente para obligar a terceros-, una lectura más detallada resalta que no son exigencias tan diferentes a los deberes que rigen en todo Estado democrático para sus habitantes en general.

Piénsese en la obligación de declarar los datos identificativos de quienes componen el grupo familiar, así como sus bienes, anteriores y actuales actividades laborales y profesionales. Se trata de información que las instituciones públicas ya tienen a disposición en función del marco general que regula las relaciones comerciales y laborales. Por ejemplo, el trabajo en relación de dependencia se registra ante la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y la Agencia Nacional de Seguridad Social (ANSeS), entes públicos en los que consta la tarea que alguien realiza y su empleador; quienes son monotributistas o responsables inscriptos tienen que manifestar sus actividades e ingresos ante el mismo ente. E igualmente

⁴⁷ Así, el Comité sostuvo que: “*En relación con el derecho a la intimidad, debe notarse que la decisión de aceptar el ejercicio de funciones públicas, especialmente en los más altos cargos, implica ceder parte de la protección que dicho derecho confiere frente, por ejemplo, al derecho a la información (...)*” (Comité de expertos del MESICIC. 2013b, p. 12). En el mismo sentido, véase: IPOHORSKY, JOSÉ. *Comentario al artículo 19 de la Constitución Nacional: “El derecho a la intimidad”*, Apartado IX. En GARGARELLA, R. y GUIDI, S., 2019, Ob. citada.

las personas jurídicas deben informar a Inspección General de Justicia de la Nación acerca de sus representantes (directores, administradores, etc.); o expedir comprobantes fiscales por los servicios prestados o recibidos junto con los datos identificatorios de las partes intervinientes.

Es información que las instituciones requieren y registran para garantía de los vínculos y transacciones dentro de una comunidad. Así, para proteger a las partes que intervienen en los intercambios de mercado -que usualmente son anónimos- se requiere un registro de información sobre las personas que sea accesible a la generalidad. A los fines del reconocimiento de actos y derechos, se deja constancia de las relaciones de parentesco y datos personales. Para robustecer la propiedad privada y legitimar su tráfico, se exige la declaración de bienes inmuebles o paquete accionario que se posee. Similar registro se lleva de las deudas o acreencias de una persona, los vínculos laborales que establece y otros contratos privados que celebra (préstamos, alquileres, etc.), todos datos que requieren declararse u homologarse ante autoridad competente. Inclusive, algunas exigencias más gravosas se justifican ante la mayor peligrosidad, complejidad, volumen o daño social de la actividad involucrada⁴⁸. Tal cosa sucede con ciertas manifestaciones delictivas, entre ellas la corrupción.

El deber de suministrar dicha información es independiente a que alguien tenga o no alguna vinculación con la función pública; y no es en absoluto incompatible con el reconocimiento y pleno goce de derechos y protecciones individuales. Para alegar que dichas exigencias vulneran -por ejemplo- el derecho a la intimidad, debe mostrarse que el suministro de dicha información al Estado es *en general* ilegítimo.

En definitiva, lo que las recomendaciones analizadas demandan es la manifestación de información que ya debiera encontrarse registrada por las instituciones públicas. Solo que su presentación conjunta evita a la administración pública el gasto de unificar la información de las distintas reparticiones del Estado y así poder identificar posibles incumplimientos o incompatibilidades.

Para una mejor implementación de las recomendaciones citadas, la doctrina y jurisprudencia han elaborado una lista de precauciones que el Estado debiera guardar al sancionar normas vinculadas con el tema que

⁴⁸ IPOHORSKY, J. 2019, Ob. citada, apartado IX.

impidan dejar la restricción de derechos al oportunismo y arbitrariedad de su intérprete.

Uno de los aspectos que debieran considerarse es la existencia de medios menos lesivos u ofensivos para la obtención del objetivo perseguido.⁴⁹ Asimismo, que se establezcan restricciones procedimentales que procuren la máxima protección del derecho involucrado, por ejemplo, en el caso de la intimidad, que se provea un detalle de las personas o áreas del gobierno que pueden manejar los datos obtenidos.⁵⁰ Lo anterior es relevante cuando se considera que estos registros, sean las declaraciones personales como la de quienes ejercen cargos públicos, pueden ser resguardadas o sujetas a control de comisiones especiales, más no exhibidas de modo imprudente. Esto último para evitar que los datos considerados “sensibles” sobre la persona y su familia sean filtrados para su manipulación en asuntos irrelevantes para la función pública.

Por su parte, en una interpretación del art. 28 de la CN (que limita la potestad estatal de dictar normas) la CSJN ha elaborado pautas de razonabilidad para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, que debieran considerarse al legislar sobre los períodos de carencia laboral, la enajenación de bienes privados o las declaraciones juradas. Estas son: (1) la proporcionalidad existente entre los medios de los que se valen las normas en relación con los fines perseguidos por el Congreso al sancionar la ley. Y (2) si el Congreso eligió un medio que guarda alguna relación de causalidad con el fin que persigue, aunque no sea el único medio para alcanzarlo.⁵¹

Con respecto al análisis de proporcionalidad debe evaluarse si la reglamentación sobre declaraciones juradas permite realizar un análisis comparativo de la evolución del patrimonio y relaciones profesionales de una persona, y así detectar potenciales conflictos entre intereses privados y públicos. En lo que respecta a la proporcionalidad de los períodos de carencia laboral, una buena práctica debiera prever una relación entre la restricción y el periodo de tiempo, con respecto a la potencial amenaza

⁴⁹ Idem, apartado IX.

⁵⁰ NINO, C. 2013, Ob. citada, p. 329.

⁵¹ GELLI, M. 2004, Ob. citada, pp. 251-252.

Por su parte, en una interpretación del art. 28 de la CN (que limita la potestad estatal de dictar normas) la CSJN ha elaborado pautas de razo-

que representa el funcionario público en cuestión, en base a la posición y nivel de influencia que podría tener.⁵²

En lo referido a la relación de causalidad, las recomendaciones analizadas son realmente útiles a la hora de limitar conflictos de intereses. Evitan que quienes pasan por la función pública puedan aprovechar su experiencia en la gestión para un beneficio personal o sectorial, al menos hasta tanto se renueven los periodos licitatorios y de contrataciones con privados, por un agotamiento lógico de los periodos de gestión.

CONCLUSIONES

Existe una amplia lista de recomendaciones sugeridas al Estado Argentino para promover la transparencia gubernamental y evitar la corrupción. Algunas de ellas, procuran evitar el uso de un cargo público para ventaja del sector privado, hecho que puede adoptar las más variadas formas, llamadas conflictos de intereses y “puertas giratorias”.

En este artículo se ha intentado evaluar si existen razones morales y jurídicas para desaconsejar la adopción de dichas medidas. En contraposición a quienes sostienen que son herramientas violatorias de derechos individuales fundamentales, se defendió la concepción acerca de los derechos más arraigada en nuestra tradición constitucional. Esta reconoce a la autonomía personal como el eje sobre el cual se estructuran los derechos individuales, los principios de orden colectivo y las decisiones sobre el propio plan de vida. Entre otras cosas, los derechos y deberes que las instituciones imponen no se justifican en la búsqueda de bienes colectivos, ni en la protección máxima de derechos. Más bien, son autolimitaciones que agentes razonables disponen, en consideración del modo en que éstos pueden afectar el desarrollo de la propia vida y la de la comunidad en general.

Esta comprensión de la legislación y las instituciones como el resultado de un ejercicio de la propia autonomía, provee una estructura más completa para evaluar la plausibilidad de posibles reformas legislativas y la limitación de derechos de quienes ejercen cargos públicos. Por un

⁵² MARTINI, MAIRA. *Cooling-off periods: Regulating the revolving door*. Berlin: Transparency International, 2015.

lado, permite reconocer a los deberes que pesan sobre quienes ejercen cargos públicos como las conclusiones de decisiones que cada quien realiza sobre la propia vida, en respeto de sus derechos y de una igual capacidad de decisión y autonomía para el resto. E igualmente, las limitaciones que recaen sobre sus familiares y núcleo cercano pueden ser leídas como las obligaciones a las que la ciudadanía se compromete en todo estado democrático.

Sin embargo, lo anterior no desconoce el estado de incertidumbre que acarrearía admitir cualquier medida restrictiva sobre los derechos en aras de luchar contra la corrupción. De allí que, además de justificar muchas de las disposiciones sobre el tema, sea necesario un mayor esfuerzo argumentativo al delimitar las condiciones y procedimientos que las rigen. Así, se destacó la importancia de que cualquier reforma legislativa tendiente a evitar o sancionar los conflictos de intereses supere ciertas exigencias de razonabilidad, procurando la máxima protección de la autonomía y los derechos individuales, pero sin descuidar las bases democráticas de la comunidad política.

SECCIÓN V

BECARIOS DE PREGRADO

LOS DISCURSOS CONSERVADORES Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LA VIDA, EL ABORTO Y LA EUTANASIA EN ARGENTINA*

*Agostina Belén Copetti***

Resumen: El presente trabajo se ocupa de analizar desde una mirada crítica e interdisciplinaria cuál es la concepción de *vida* que manejan diferentes grupos conservadores actualmente en Argentina; y como la movilizan en oposición al derecho al aborto, por un lado, y a la eutanasia, por otro. Se busca explorar los modos en que diferentes discursos estructuran los derechos sexuales y reproductivos, en relación con otros tipos de debates que exceden la reproducción. Esta exploración se ha realizado a través de una búsqueda exhaustiva de material bibliográfico; publicaciones; observación participante y entrevistas en profundidad que permitieron contrastar conceptos teóricos con lo fáctico.

Palabras clave: Vida – Muerte - Discursos de poder y Derecho - Derechos Sexuales, Reproductivos y No Reproductivos.

1. LA CONCEPCIÓN DE VIDA Y SUS ARTICULACIONES.

En la sociedad occidental se han construido y desarrollado a lo largo de la historia parámetros para entender cuándo comienza o finaliza la vida humana. Sin embargo dichos parámetros no son inocentes, sino que conllevan una carga significativa y determinante para quienes la viven. (Mujica, 2013) La presente investigación intenta identificar cuál es la concepción de “vida” que defienden los sectores autodenominados pro-vida en Argentina,

* Resultados obtenidos del proyecto de investigación ejecutado en el marco de las becas de pregrado otorgadas por el Centro de Investigaciones Sociales y Jurídicas (CIJS) CONICET durante el periodo 2018-2019.

** Estudiante de Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Becaria de pre grado por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Correo electrónico: agostinacopetti@gmail.com

e indagar cómo la movilizan en oposición al derecho al aborto, por un lado, y al de eutanasia, por otro. Tomando como paradigma interpretativo la teoría crítica latinoamericana y feminista, se argumentará la diferencial repercusión de los discursos y el activismo conservador sobre los cuerpos en miras a despensar el Derecho positivo y los criterios naturalizantes y normalizadores.

El trabajo se organiza a partir de tres ejes disparadores: ¿qué se entiende por vida?; ¿quiénes son los actores que manejan la concepción de vida hegemónica en nuestra sociedad occidentalizada y latinoamericana?; ¿cómo lo hacen y cuáles son sus modos de impacto socio cultural? Para arrojar luz sobre tales interrogantes se realizó un rastreo de diferentes grupos conservadores que movilizan la concepción de vida, una recolección documental y de publicaciones periodísticas, análisis jurisprudencial y entrevistas a ciertos sujetos que considero actores sociales relevantes dentro del movimiento autodenominado a favor de la vida.

Para responder al primer interrogante Foucault (1970) entiende que los significados que le atribuimos a las cosas se estructuran siempre dentro de campos discursivos. Siguiendo al autor, los discursos son todas aquellas categorías, proposiciones, clasificaciones, y creencias situadas y sancionadas institucionalmente, capaces de producir “verdad”. En este sentido, la concepción de vida es una construcción social atravesada por diferentes discursos que repercuten en el imaginario de las personas y a medida que la historia va avanzando y la sociedad se va modificando, estos discursos se van readecuando y reinventando. (Moran Faundes, 2017) Por lo que resulta necesario analizar los modos en que estas transformaciones discursivas se interconectan con discursos de poder actualmente hegemónicos que alcanzan el manejo de la vida. Es decir, la vida termina siendo un objeto político susceptible de regulación y administración. (Foucault, 1970) (Mujica, 2013)

Algunos de los discursos que delimitan la vida son: el teológico, el científico y el jurídico. Estos tres han adquirido y acumulado, en términos bourrieanos, capital simbólico que les ha permitido desenvolverse en diferentes ámbitos generando certeza. (Faundes & Defago, 2013) Sin embargo dichos límites se encuentran en constante disputa ya que, existe un sector

de poder autodenominado a favor de la vida (al que llamo conservador¹) que a través de los ya nombrados discursos ha podido elaborar y asentar proposiciones sobre la vida, así como también sobre los derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos. Pero dichas proposiciones han sido y son tensionadas gracias a la participación activa en la esfera pública de grupos feministas y LGBTIQ. (Vaggione, 2013)

El movimiento conservador se presenta como heterogéneo ya que no se trata de un solo sujeto corpóreo o ficticio que actúa y se autodefine o se lo define externamente como conservador. Sino que se trata de diferentes sujetos que confluyen al actuar, no necesariamente de manera coordinada, ya que entre ellos existen diferencias y desencuentros. Pero a partir de características comunes y su postura unificada frente a ciertas problemáticas como el inicio de la vida o su fin, es que se los puede agrupar como movimiento. (Irrazabal, 2013) Éste se compone por un lado, de la jerarquía de la Iglesia Católica, y por otro lado las Iglesias evangélicas del polo conservador, todas pronunciadas en oposición a los derechos sexuales y reproductivos. (Moran Faundes, 2017) (Irrazábal, 2013) A pesar de la centralidad del discurso religioso dentro del movimiento conservador, también se han desplegado elementos seculares en lo discursivo y en lo operativo; en donde la ciencia, la religión y el derecho forman una alianza secularizada. (Vaggione, 2013) Y es allí donde entra en juego un “*nuevo actor*”² que se desenvuelve a la par de las iglesias por medio de discursos similares pero apelando a estrategias diferentes, y son las organizaciones de la sociedad civil. (Moran Faundes, 2017)

Dicho movimiento se despliega intentando incidir en diferentes ámbitos como el parlamentario; judicial; literario; académico; bioético; filosófico; de la sociedad civil; político-partidario; del derecho; entre otros, pero apelando a herramientas como: el litigio estratégico; la formación

¹ Conservador aquella persona que está de acuerdo con el estado de cosas imperante y quiere mantenerlo. Se opone a cualquier cambio que pueda alterar el *statu quo* y sus *privilegios*. Es decir, serán conservadores quienes ya no están conformes con el presente, pues se encuentran atados a un momento ideal que ya no es. Estos suelen oponerse a cualquier cambio, ya que desde su mirada, implicaría mayor retroceso de sus valores, cuya vigencia consideran que debe instaurarse o reinstaurarse. (Iosa, 2012)

² Me refiero a *nuevo* con respecto a la existencia de la Iglesia en nuestra historia occidental, si bien sabemos que las asociaciones civiles no son materia novedosa en este 2020, si lo son como fenómeno del siglo XXI.

de partidos políticos “celestes”; campañas de mediatización e información direccionada; entre otros. Al mismo tiempo apela a la apropiación y reinterpretación de ciertos conceptos complejizando de ese modo sus retóricas para adquirir mayor legitimidad, como por ejemplo: el de libertad religiosa o el de vida. (Faundes & Defago, 2013) (Vaggione, 2013)

La vida es presentada como un derecho humano fundamental, absoluto y sin contradicciones. Es decir, sin vida no hay posibilidad de considerar la existencia de otro tipo de derecho, como el derecho a la salud por ejemplo, jamás podría existir tensión entre ellos ya que el derecho a la vida prevalecerá necesariamente. En otras palabras, la concepción de vida se exhibe como algo complejo y no meramente biológico, que si bien se corresponde a la naturalidad biológica (fundamentado en la medicina, la ciencia y la genética) también lo hace como elemento divino, asegurado por el Derecho, como herramienta moralizadora y de legitimidad, y reforzado por el Estado.³ (Vaggione, 2013) (Irrazábal, 2013) (Faundes & Defago, 2013)

Los significados asignados a la vida se encuentran íntimamente ligados a la idea de familia tradicional, heterosexualidad, y normalidad. Mujica (2013) entiende que desde la óptica conservadora la vida funciona como un sistema complejo de reproducciones sociales. Para dicho movimiento la fecundación es el inicio de la vida y por ende el punto de partida de todo aquello que se pretende construir y reproducir; no sólo como reproducción biológica sino también como reproducción de estándares morales y educativos sobre la maternidad, y sobre la familia monogámica y heterosexual; utilizando de este modo el concepto de vida en oposición a los derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos. (Faundes & Defago, 2013) (Mujica, 2013)

En Argentina durante las discusiones parlamentarias sobre aborto y eutanasia, la concepción de vida ha sido abordada por los mismos sujetos que componen el movimiento conservador y que se oponen a dichas prácticas pero de manera diferencial. La aplicación de dicho concepto en los últimos años, denota una protección más pétrea y ontologizada en su

³ A lo largo de la investigación se expone el rol del movimiento conservador en el Estado Argentino y cómo éste le ha otorgado un lugar imprescindible en nuestra historia local. En el desarrollo del trabajo se ven reflejadas y constatadas las conclusiones expresadas en las entrevistas realizadas.

comienzo, pero cuyos parámetros éticos y valorativos se flexibilizan en su final. (Alonso, Villarejo, & Brage, 2016). Este abordaje diferencial de la vida en los debates sobre aborto y sobre eutanasia denota que la gestión y administración de los cuerpos, a través de los discursos, no ha operado de manera semejante. (Foucault, 1978)

En definitiva, ese tratamiento diferencial se debe a que la dualidad histórica entre sexo/género y desigualdad legal, estuvieron íntimamente relacionadas. Es así desde que el hombre se erigió como el modelo universal de lo humano justificado mediante un discurso de poder, público, dicotómico, jerarquizado y sexualizado. (Facio & Fries, 2005) Lo que se ve reflejado constantemente en todo ámbito de la vida, y repercute directamente sobre los derechos de mujeres e identidades LGBTIQ. Es decir, el movimiento conservador a través de sus discursos, su activismo y la utilización del concepto vida; presentando su postura como a-política, desideologizada y objetiva, reproduce aquella diferenciación de género, otorgando un tratamiento drástico e inflexible a debates donde la autonomía, pero particularmente, la sexualidad y la reproducción están involucradas, utilizando al derecho como presupuesto de legitimidad normalizadora. (Foucault, 1978) (Vaggione, 2013).

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, J. P., VILLAREJO, A., & BRAGE, E. (2016). *Debates parlamentarios sobre la muerte digna en Argentina: Los derechos de los pacientes terminales en la agenda legislativa, 1996 al 2012*. Rio de Janeiro.
- FACIO, A., & FRIES, L. (2005). *Feminismo, Género y Patriarcado*. Buenos Aires: UNAM.
- FAUNDES, J. M., & DEFAGO, M. A. (2013). *¿Defensores de la vida? ¿De cuál "vida"?* Sexualidad, Salud y Sociedad Revista Latinoamericana.
- FOUCAULT, M. (1970). *El orden del discurso*. Barcelona : Tusquets.
- FOUCAULT, M. (1978). *The History of Sexuality* . Buenos Aires.
- IOSA, J. F. (2012). *Progresismo y Conservadurismo, un principio de análisis*. Obtenido de https://www.academia.edu/11701415/Progresismo_y_Conservadurismo_un_principio_de_an%C3%A1lisis
- IRRAZÁBAL, G. (2013). *La Retaguardia Bioética Católica. ¿Diferenciaciones en el campo del conservadurismo religioso en Argentina?*

- MORAN FAUNDES, J. M. (2017). *De vida o muerte. Patriarcado, heteronormatividad y el discurso de la vida del activismo "Pro-Vida" en la Argentina*. Córdoba: CEA-Sociales.
- MUJICA, J. (2013). La tradición y la vida. En J. M. Vaggione, & C. p. decidir., *El activismo religioso conservador en Latinoamérica*. Córdoba.
- VAGGIONE, J. M. (2013). *El Activismo Religioso Conservador en Latinoamérica*. Córdoba: Católicas por el derecho a decidir.

USAR LA HISTORIA EN EL DERECHO: DISCURSOS JURÍDICO-POLÍTICOS EN LA CONVENCION CONSTITUYENTE DE CÓRDOBA DE 1949*

*Joaquín Pereyra***

Resumen: Este texto resume la aproximación teórica utilizada para el análisis hermenéutico del Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de Córdoba de 1949, y presenta un ejemplo de la interpretación de los usos del pasado esgrimidos en los debates, con una perspectiva histórico-conceptual. Desde la historia crítica del derecho, la investigación intentó localizar la Constitución cordobesa de 1949 como producto de un presente tensionado por un pasado en disputa, en el que además estaba en debate el lenguaje político.

Palabras clave: Historia crítica del derecho – Lenguaje constitucional - Usos del pasado.

En 1949, durante el primer gobierno del Presidente Juan D. Perón, la Constitución Nacional fue reformada mediante un proceso que mereció por mucho tiempo el reproche de la dogmática constitucional, y sobre el que hoy existen nuevas miradas y abundante literatura. Sin embargo, ni la historiografía, ni la dogmática se han preocupado suficientemente de las reformas constitucionales iniciadas en virtud de la disposición transitoria

* Este es un resumen del Informe Final del Proyecto de investigación “Constitución de la Provincia de Córdoba de 1949: contexto de producción, debate social y parlamentario”, ejecutado en el marco de la Beca de Pregrado del CIJS-CONICET/UNC, bajo la dirección del Dr. Esteban F. Llamosas. Agradezco la lectura y comentarios a un borrador de aquél Informe a la Prof. Mirian Durán y al Ab. Pedro G. Cholaky, y las correcciones de mi inglés al Lic. Jesús Durán.

** Estudiante de Abogacía UNC. E-mail: joaquin@live.com

Nº 5 de aquella Constitución¹, en las catorce provincias que entonces componían la Federación Argentina. En Córdoba, y cumpliendo aquella norma, los diputados y senadores de la Legislatura se reunieron en sesión preparatoria el 4 de abril, y luego de doce reuniones más, el 9 de junio la Constitución Provincial quedó reformada. Marta Philp (2014) destaca que con estas nuevas constituciones se inicia una etapa caracterizada “por cambios sustanciales en la construcción institucional de la provincia” (pág. 56), pero ¿cómo podemos interpretar históricamente los cambios, más allá de los textos legales?

Decidimos llevar la mirada a los usos del pasado que esgrimieron los constituyentes cordobeses, una aproximación que sólo fue posible desde los postulados teóricos y metodológicos de la historia crítica del derecho, una renovación en la disciplina que, influida por la escuela de los *Annales*, trajo a la historiografía jurídica la consciencia del carácter poiético –creador– de cualquier representación del pasado, y de su localización en tiempo y espacio. Reivindica un relativismo metodológico que ha puesto en crisis la “verdad histórica”, confinado el “hecho histórico” al ámbito del discurso, y develado la imposibilidad radical de un conocimiento histórico objetivo (Hespanha, 2002). Por ella hoy sabemos que cualquier narrativa sobre el pasado sólo es posible desde un tiempo y un lugar específicos, y por ello está inevitablemente impregnada de los presupuestos culturales de cada contexto. Así, no sólo el derecho sino también su historia, son conocimientos *locales*. Creemos que esta consciencia hace posible el análisis de las reconstrucciones o usos del pasado anidados en los discursos jurídicos y políticos, las funciones que cumplen y los fines que persiguen. Como expone Llamosas (2016), la discusión metodológica es una preocupación desde que algunas lecturas del pasado traen consecuencias en el debate público, advierte que una de ellas es su utilización como argumentos de

¹ 5º. Autorízase por esta única vez a las Legislaturas provinciales para reformar totalmente sus constituciones respectivas, con el fin de adaptarlas a los principios, declaraciones, derechos y garantías consagradas en esta Constitución. A tal efecto, en las provincias con poder legislativo bicameral, ambas Cámaras reunidas constituirán la Asamblea Constituyente, la que procederá a elegir sus autoridades propias y a tomar sus decisiones por mayoría absoluta. La reforma de las constituciones provinciales deberá efectuarse en el plazo de noventa días a contar de la sanción presente, con la excepción de aquellas provincias cuyo poder legislativo no se halle constituido, caso en el cual el plazo se computará a partir de la fecha de su constitución. (Sampay, 1975, pág. 552).

autoridad. En este sentido, la función legitimadora que puede cumplir la historia en el discurso jurídico se convierte en un objeto de estudio, pues:

“el derecho forma parte de un amplio abanico de mecanismos que buscan el consenso social. En consecuencia, el propio derecho necesita ser legitimado, o sea, necesita que se cree un consenso social que fundamente su obligatoriedad a partir de la necesaria obediencia. (...) En el ámbito del mundo jurídico, algunos de estos procesos de legitimación –sobre todo el ‘tradicional’– dependen en gran medida de argumentos de carácter histórico” (Hespanha, 2002:16).

En este marco, nos preguntamos: ¿qué usos del pasado o “argumentos históricos”, y con qué fines, se esgrimieron en la Convención Constituyente de Córdoba de 1949? Para buscar respuestas, revisamos los debates tratando de identificar la trama discursiva que busca autoridad a través de la historia. Pero nuestra preocupación no se centró en la corrección metodológica de la narrativa histórica presente en las fuentes, lo que entendemos sería una retroproyección de sentido, sino que nos interesaron las formas que adquiere esa discursividad, y los fines a los que se ordena.

Para el análisis utilizamos como guía una clasificación propuesta por Robert Gordon (1996), que agrupa los modos básicos en los que los juristas usan el pasado, en: estático, dinámico y crítico. En el modo estático, se argumenta que una norma o práctica jurídica tiene un sentido fijo, establecido en un tiempo pasado de manera inalterable, atemporal y universal, que no depende para su validez de las condiciones de tiempo y lugar. En el dinámico, en cambio, la norma o práctica debe inevitablemente cambiar para adaptarse a nuevas condiciones, pero siguiendo un patrón: la evolución progresiva, una dirección subyacente de cambio. Estos dos modos apelan a la historia para obtener autoridad, a través de ellos el pasado tiene una fuerza legal vinculante, una dimensión normativa. Frente a ellos, los modos críticos cuestionan la autoridad del pasado, partiendo de la discontinuidad o ruptura entre el pasado y el presente, de ello deriva una aproximación al pasado que procura una lectura liberada de los condicionamientos del presente, mientras que de la operación contraria “se ordena el pasado en función del presente, se hace derecho con la historia” (Agüero, 2017:175).

Al mismo tiempo, y en aquella misma discursividad, pudimos analizar los conceptos jurídicos puestos a debate, lo que nos permitió mostrar que también tienen un valor relacional o local. Esto significa que si avanzamos

en su interpretación, podemos observar que “El valor de la misma palabra, en sus sucesivas apariciones a lo largo de la historia, está íntimamente ligado a los diferentes contextos, sociales o textuales, en los que aparece...” (Hespanha, 2002:18). Para esta perspectiva histórico-conceptual, “no es necesario que la permanencia y el cambio de los significados de las palabras se corresponda con la permanencia y el cambio en las estructuras que los describen” (Koselleck, 1993:122), lo que nos interpela a pensar de otras maneras los cambios en los textos constitucionales, y más allá de ellos.

Por los límites de esta presentación, a continuación ofrecemos sólo un ejemplo de cómo se aplicó este herramental heurístico, en los debates de la Convención cordobesa en torno a la mencionada disposición transitoria N° 5. En ellos estaban en disputa los tiempos de la independencia y la organización nacional, y uno de sus conceptos políticos fundamentales: la *soberanía*. Desde la bancada mayoritaria, el peronista Aliaga Argañaráz, ex dirigente del Partido Demócrata, preguntó: “¿podía la Asamblea Constituyente Nacional dictar este artículo?”, y siguió: “contesto que sí, que está en sus facultades; primero porque esa Asamblea es soberana, y todo el pueblo debe acatar lo que ella disponga” (Diario de Sesiones de la Convención Provincial Constituyente de Córdoba de 1949, en adelante “D.S.”, pág. 23), para sostener esto argumentó:

“Veamos los antecedentes históricos de nuestro federalismo. Sostengo que en nuestro federalismo está primero la Nación que las provincias, está primero la unidad nacional (...) La Nación Argentina ha nacido de la colonización de una España unificada (...) Luego, nuestra primitiva organización ha nacido de la unidad. (...) Recorramos nuestros primeros diez años de gobierno, y encontraremos permanentemente un gobierno central. Pasemos después a la época de la anarquía: no hay un gobierno central, pero las provincias no se dispersan y en todas sus cartas constitucionales dictadas en el período de 30 años que dura la anarquía, en ningún momento dejan de reconocer que dependen de la Nación, que forman un todo único y permanentemente.” (D.S. págs. 24-25).

El problema involucraba la oposición entre la cláusula nacional y los arts. 172 a 175 de la Constitución entonces vigente en Córdoba, se trataba de decidir si la Constitución Nacional podía modificar, o no, lo allí establecido. En este contexto, el demócrata Mercado, sostuvo:

“la primera Constitución de Córdoba se remonta al año 1821 (...) [y] hace radicar la soberanía en el pueblo de la Provincia. Señalo este

antecedente, porque para mí tiene una trascendencia indiscutible, porque (...) esta constituyente [de 1949] delibera y se reúne sin haber previamente consultado a la soberanía, al pueblo de la Provincia”. Agregó: “...las provincias tenían una personalidad histórica antes de la Constitución de 1853, eran soberanas, eso no se puede discutir”, de ahí que “el principio fundamental del régimen federal de gobierno es que las provincias se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas.” (D.S. págs. 61-70-72).

A ello, el peronista Novillo Saravia impugnará: “el señor convencional Mercado confunde los términos; una cosa es autonomía y otra muy distinta es soberanía (...) dentro del sistema federal no se puede hablar sino de provincias autónomas”, (D.S. pág. 82). Hoy el lector podría adherir a esta afirmación, independientemente de que de estas nociones haga derivar o no, la preeminencia de la cláusula nacional sobre la Constitución cordobesa. Sin embargo, Alejandro Agüero (2014) nos muestra que esta distinción que funciona hoy como un dogma del sistema federal argentino, fue el resultado de un desplazamiento conceptual históricamente determinado por el proceso de construcción estatal que operó en el nivel de los lenguajes políticos subyacentes. El surgimiento de la palabra “autonomía”, en un primer momento como sinónimo y luego como sustituto de “soberanía” provincial, “no fue fruto de una reforma normativa ni de una sentencia judicial, sino que fue impulsado por la estrecha conexión entre la primera historiografía nacional argentina, los debates parlamentarios y las teorizaciones sobre derecho constitucional, durante el período fundacional de la construcción del Estado argentino” (Agüero, 2014:364). Para él, en este proceso se disputaron dos tradiciones distintas sobre la soberanía, una que denomina la tesis de la soberanía dividida, que respondía a una lógica gradual y agregativa definida por el reconocimiento jurisdiccional de una jerarquía común” en la construcción del Estado, que operaba en sentido defensivo del acervo tradicional de privilegios locales; y otra que describe “como un poder capaz de imponerse sobre los cuerpos internos (matando ‘los provincialismos’), y sólo concebible de manera unificada en función de la representación exterior” (Agüero, 2014:391). De esta manera, a partir de 1930 cualquier crítica contra el intervencionismo del gobierno nacional en las provincias, se hará desde la noción de ‘autonomía provincial’, como una lectura dominante del federalismo instituido por la Constitución. Por eso Novillo Saravia pudo sostener que:

“mientras no estaba constituida la Nación, podía hablarse de soberanías provinciales, pero una vez constituida la Nación, una vez que se dio la ley fundamental, (...) no puede emplearse sino el término autonomía”; frente a lo cual Mercado exclamó: “¡Soberanía!”, pero aquél continuó: “Nunca, en ningún caso, cuando hay una disposición de la Constitución Provincial que está en pugna con la Constitución Nacional, puede prevalecer la Constitución de la Provincia (...) Es el caso presente, en que la Constitución de la Provincia, preexistente a la nueva Constitución Nacional, establece una forma de reformar la Constitución Provincial; pero viene la nueva Constitución Nacional, que es la expresión más alta de la soberanía (...) y, lógicamente, la Constitución de la Provincia debe adaptarse a la nueva Constitución de la Nación” (D.S. págs. 97-100).

Entendemos que los convencionales opositores miraron al pasado para tejer una continuidad con el lenguaje de los primeros tiempos de la organización nacional y rescatar la vieja tesis de la soberanía dividida para deslegitimar la iniciativa peronista. Pero como vimos, a la época de esta polémica, había operado un complejo y multicausal desplazamiento que limitó en ese contexto las posibilidades de enunciación y el sentido de los conceptos empleados, lo que convirtió al hecho de enunciarlos (o callarlos) en una herramienta de justificación o de impugnación de las prácticas jurídicas. La ‘soberanía’ había sido sustituida por la ‘autonomía’ para referir al poder provincial, consolidando una posición de preeminencia de la decisión del gobierno central que el peronismo utilizó, y que las fuerzas opositoras obliteraban para impedir la reforma. Parecería que la interpretación que propició la bancada peronista, contribuyó a mantener un estado de cosas en el que fundó la posibilidad de reformar la Constitución Provincial mediante el procedimiento que establecía una cláusula de la Constitución Nacional. El art. 4 de la nueva Constitución de Córdoba quedó redactado así: “La Provincia es autónoma...” (Ferrer, 2018:149). Para el convencional Novillo Saravia, esto se hacía para que en lo sucesivo no pueda “haber confusión de ninguna índole (...) sobre la autonomía provincial y que ésta [Córdoba] no es soberana” (D.S. pág. 390).

FUENTES PRIMARIAS. ARCHIVO Y EDITAS.

Diario de Sesiones de la Convención Provincial Constituyente de Córdoba de 1949. (D.S.).

Ferrer, J. (2018). *Digesto constitucional de la Provincia de Córdoba. Constituciones y reformas constitucionales entre los años 1821 y 2001*. Recuperado el 26 de 06 de 2018, de Legislatura de la Provincia de Córdoba: <http://legistest1.legiscba.gob.ar/wp-content/uploads/2018/06/Digesto-Constitucional-de-la-Provincia-de-Cordoba.pdf>

Sampay, A. (1975). *Las constituciones de la Argentina (1810-1972)*. Bs. As.: Eudeba.

BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO, A. (2014). Autonomía por soberanía provincial. Historia de un desplazamiento conceptual en el federalismo argentino (1860-1930). *Quaderni Fiorentini*, I (43), 341-392.

AGÜERO, A. (2017). El uso del pasado en la enseñanza del Derecho Penal en Argentina. La imagen del Antiguo Régimen como tradición latente. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja* (18), 169-219.

GORDON, R. (1996). The Struggle over the Past. *Faculty Scholarship Series*. Yale Law School, 123-143.

HESPANHA, A. M. (2002). *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos.

KOSELLECK, R. (1993). *Futuro Pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*. Barcelona: Paidós.

LLAMOSAS, E. F. (2016). La relectura histórica de la tradición jurídica. En G. Lariquet, *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*. (págs. 273-282). Córdoba: Brujas.

PHILP, M. (2014). La invención del Estado en el imaginario peronista. El caso cordobés. En D. Macor, & C. Tcach, *La invención del peronismo en el interior del país I*. Santa Fe: Ediciones UNL.

ABSTRACTS

Jorge Edmundo Barbará

Pandemic, Decrees of necessity and urgency and constitution. Concerning the DNU 260/2020 and 297/2020

Abstract: The Necessity and Urgency Decrees established by the National Executive Power due to the coronavirus pandemic configure a state of exception outside the Constitution. Its legitimacy lies in the scientific rule, in the fear of death and in the connection between protection and obedience.

Keywords: Necessity and Urgency Decrees- pandemic- Constitution

Martín Diego Barbará

How many rights exist in the Argentine Republic?

Abstract: This article aims to show that the declaration of the health emergency provided by the Decree of Urgency Necessity No. 260/20 has led to the generation in Argentina of a virtually new regulatory order with the consequent impact on individual freedoms and Rule of Law.

Keywords: health emergency – Rule of law

María Cristina del Campo

Landscape as object to be protected in the Argentinean legal system

Abstract: In the Argentine Republic, there is no *landscape* as specific object to be protected at the basic regulation level. This places *landscape* in a permanent risk as it conform territory of interests' conflict between a non sustainable type of development and the collective advocacy rights. One of the challenges facing law is landscape protection from its basic regulation. Beginning with the concept of landscape, this work seeks to present different possibilities of legal framing as an object of guardianship

in the Argentine legal system based on the basic regulations and options depending on whether it is the component that defines it or the line of guardianship in which it is framed.

Keywords: landscape. Natural heritage. Cultural heritage. Natural resource

Samanta Jimena Delgado

Structural tension between the recognition and the implementation of indigenous political rights. Reflections from the jujeño stage.

Abstract: The objective of this work is to show the structural tension between the recognition of the political rights of Indigenous Peoples, in particular the free, prior and informed consultation in order to reach an agreement or consent in matters likely to affect them, and their implementation in a modern colonial and neoliberal state order such as the Argentine one.

To do this, I will start with a description of indigenism as a solution to the “modern problem and its racism” and then go into indigenous rights that put it in tension. Finally, I will analyze the Jujuy legal apparatus, a province known as “Tacita de Plata” and as “Capital of Pachamama and Live Energy”.

Keywords: indigenous political rights - coloniality - indigenism - Jujuy.

Horacio Javier Etchichury

The return of freedom of contract: an interim relief measure against discriminatory dismissal before the Supreme Court

Abstract: In June 2020, Argentina’s Supreme Court reversed –in a split decision– an interim relief measure granted to an employee who had brought a discriminatory dismissal claim –based on his union activities. The Court found that the interim measure –employee reinstatement– may affect the employer’s freedom of contract and organizational and disciplinary powers at the workplace. This article analyzes the majority’s arguments in light of constitutional protections granted to workers, while connecting this decision to a series of restrictive or regressive readings of social rights that can be found in the Court’s recent record.

Keywords: Discriminatory dismissal – Interim relief measures – Supreme Court

Marta S. Juliá, M. Rocío Loza Serra, M. Cecilia Tello Roldán, M. Eugenia Villalba, M. Laura Foradori, Verónica Barrios

Environmental protective action in Córdoba: main legal aspects as a way of access to justice

Abstract: In the present work, we will analyze the most relevant aspects of the action for protection as a way to access environmental justice in the province of Córdoba. We will investigate the origin and legal nature of the action, its generic regulation and the criteria established since its incorporation into the Argentine legal system with the 1994 constitutional reform. Finally, we will characterize the figure based on the legislation on minimum protection laws and other laws issued in the province of Córdoba to finish with some reflections on this way of access to justice.

Keywords: Environmental Law- Class Action- Minimum Protection Laws- Environmental protection- Access to environmental justice

Patricia Giuliana Moreno

The need to create an administrative court specialized in the right to health in the province of Córdoba in compliance with effective administrative and judicial protection.

Abstract: Article 75 subsection 23 of the National Constitution provides that the Argentine State must promote positive actions to satisfy the rights of the most vulnerable sectors, among them, people with disabilities. In various International Human Rights Treaties, and in our Constitution, added to the jurisprudence of the High Court, it is recognized that the right to health is fundamental to the right to life and that the State must ensure it. Otherwise, the responsibility of the State could be compromised. In fact, due to a deficient and outdated health system, there are more and more health protections reaching the courtroom. That is why in this work the causes of said judicialization will be studied, and finally the creation of an administrative court specialized in health issues will be proposed, to address claims for benefits with respect to state and private providers.ç

Keywords: health – Sanitary system – Administrative Court - Responsibility

Matias Pedernera Allende

The use of the balancing test in constitutional cases. On the right to health

Abstract: One of the most important tools for judicial control of fundamental rights regulations is the so-called balancing test or weighting. This methodology involves the evaluation of conflicting interests and the adoption of a decision based on their importance. This paper will analyze how the balancing test methodology has been useful or could be useful - and if so, in what way - to resolve controversies related to the right to health. For this, some decisions of the Argentine Supreme Court will be taken in its various and recent integrations. Some conceptual implications of the balancing test will be briefly developed in order to verify how the aforementioned methodology is applied or could be applied to the aforementioned Supreme Court decisions, based on some characteristic elements of the balancing test.

Keywords: balancing test, weighting, right to health, Supreme Court

Rosa A. Ávila Paz de Robledo

Electronic judicial file in the national judicial branch

Abstract: This article analyzes the electronic judicial file (also called e-file) with reference to the national Judicial Branch. First, we focus on the background of reception of new technologies of information and communication in the judicial process. Second, analyzes the constitutional – conventional norms, the National Act 25506 of Digital Signature modified by the National Act 27446, also the National Act 26685 of Judicial Electronic File and moreover the National Civil and Commercial Code -National Act 26994 and the norms that modified the code-. Third, analyzes the federal rules of the Supreme Court of Justice of Argentina, federal rules 11, 12 and 31 -the three of them of 2020- about digital signature, electronic signature, and judicial electronic files. On the horizon of the digital justice developed in the Nation Argentina during the pandemic of COVID-19, and for the reality that will come to rethink the judicial process, the roles of the procedural subjects, the necessary procedural subjects judges and parties and the eventual procedural subjects, third parties according the National Constitution, the Treaties of Human Rights, the principle of good faith and collaboration in judicial process, and the procedural warranties of due process of law, his day in court, and defense on trial.

Keywords: digital justice – judicial file – electronic judicial file e-file – electronic signature – digital signature

Jorge Augusto Barbará y Josefina Ferreyra

Quantification of punitive damage and theories of punishment. An analysis of the jurisprudential practice from Córdoba

Abstract: This paper addresses the problem of quantifying punitive damage or civil fine. The justifying theories of the penalty –retribution, deterrence, incapacitation, rehabilitation– are presented as they function as guides for determining the *quantum* of the fine. It includes a review of local jurisprudence that allows identifying the variables used by the courts to graduate the condemnation. Judicial practice’s difficulties are exposed in order to achieve an adequate and justified quantification with dissuasive capacity (principle of consistency, evidence, imposition of costs and legal limit).

Keywords: Quantification of punitive damage - Deterrence - Retribution - Principle of consistency- Burden of proof.

Roberto Fermín Bertossi

Doctrine and cooperative management in pandemic (From the first industrial revolution to the era of the coronavirus)

Abstract: Cooperativism appears in England, when 28 unemployed people, hungry and destitute, as a result of the first industrial revolution, sought to self-manage a solution without intermediaries or profit. On August 24, 1844, they embodied the “Society of the Fair Pioneers of Rochdale” which, inspired by cooperative principles, channeled with good practical sense the satisfaction of their first basic physical needs. After COVID-19’, millions of people will be left without any work or food. To this, prior to the reconversions and transformations of the case, we propose a cooperative solution, similarly similar, through self-management and neighborhood action.

Keywords: Cooperativism. Industrial Revolution. COVID-19’. Cooperative becoming

Laura Alejandra Calderón

Autonomy of the will of people with restricted capacity and its impact on labor relations

Abstract: The Civil and Commercial Code has profoundly innovated in relation to the regulation of capacity, recognizing principles of constitutional rank and essentially those that arise from the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Thus, the autonomy of people with restricted capacity and the replacement of the figure of the curator by that of support are the pillars of the current system. However, in relation to the right of people with restricted capacity to access work, manage their income and the role of support in this regard, there is still a regulatory gap and, in particular, in jurisdictional decisions.

Keyword: Autonomy, capacity, supports, convention, work.

María Cristina Di Pietro

Decision on self-composition methods: rationality or satisfaction?

Abstract: Hypotheses and variables are raised in the autocompositive processes referring to the civil, commercial, family legal spheres that allow privileging the prior decision-making process of those involved in the conflict. Thus, the starting point of the judicial process can be reversed. It describes aspects of the Decision Theory to which we adhere as a foundation.

Keywords: Decision. Autocomposition processes. Mediation

Yasmín Aguada - Laura Martina Jeifetz

New opportunities for international judicial cooperation: electronic letters rogatory and blockchain

Abstract: Globalization, the increase in international relationships, and the deep changes regarding the use of new information and communication technologies, make a scenario where the access to justice has particular tools and challenges. International Judicial Cooperation in general and the use of electronic letters rogatory or the potential usefulness of the blockchain, in particular, play a leading role in order to achieve agile, effective and accessible justice that exceeds the limits of traditional means of processing and communication in the context of Private International Law.

Keywords: Private International Law, access to justice; international judicial cooperation; electronic letters rogatory, blockchain

María Eugenia Ferreyra y Camila Segura

Challenges of private international law in the face of the development of artificial intelligence

Abstract: The article addresses the link between artificial intelligence and private international law, taking into account that AI development takes place in Cyberspace, characterized by the absence of borders and sovereignty. Thus modifying the perspective of the territorial and extra-territorial effectiveness of the law, (this last characteristic of the DIPr.) Since AI is not applied in any territory in the strict sense. Addressing then the need to broaden the notion of DIPr.

Keywords: Territoriality; Exterritoriality; Private international right; Cyberspace; Dimensions of private international law; Jurisdiction; Comparative law.

Edgardo García Chiple – Amalia U De Martinoli – Adriana Zavatti De Rougier - Laura E. Salomón - María Valeria Sala Mercado - Lorena Sanchez- Eduardo Villafaña Molina – Gonzalo Crespo.

The consumer relationships. Its international significance. The legacy of roman law

Abstract: The consumer relationship when transcends borders shows complexity, both physical and virtual. This requires an adequate protection system that takes into account the interests of the parties and guarantee the defense of their rights. This article is the result of the research project that studies: **“The transnational consumer relation: Compatibility analysis between national legal systems of the region and Mercosur system: improvement proposals”**, exhibits the regulatory framework of transnational consumer relations in some States of the region, both their internal and international regulations, in order to analyze the common bases and their divergences. In this paper, we also address the inherited antecedents of Roman Law, whose protective institutions found and form the basis of current legislation.

Keywords: consumer relationships – protections - regulations

Carlos Juárez Centeno y Adrián Tuninetti

FIFA as an international actor and its actions in the field of human rights.

Abstract: This article analyzes and describes, in the first place, the International Federation of Associated Football (FIFA) as an international actor from the perspective of international relations. Secondly, how it has received compliance with international human rights law in its domestic law. Finally, a tour is made of aspects of its actions related to this theme: its alleged political apoliticism, the problems arising in the organization of the World Cup, the policies to fight against all forms of discrimination in football and actions to achieve gender equality in the discipline.

Keywords: international relations- human rights- FIFA- political apoliticism- discrimination in soccer- gender equality.

María Pilar Llorens

Cyberspace and international law

Abstract: Cyberspace is the new domain where States dispute power. However, there are multiple issues which remain unclear and should be addressed in order to identify the applicable norms to cyberspace. This article aims to specify cyberspace definition, next to examine its legal nature, and finally describe the issues arising from international law regulation of cyberspace.

Keywords: cyberspace – international law – legal nature - sovereignty

Luciano Pezzano

The responsibility to protect and the International Law Commission: from a cautious approach to a nonsensical rejection

Abstract: The purpose of this paper is to explore the treatment of the Responsibility to Protect in the debates of the International Law Commission and the effects that its consideration by that body may have on the development of the concept at the United Nations. To that end, the paper analyzes the extensive discussions in the ILC on the topic of “protection of persons in the event of disasters”, culminating in the right exclusion of the concept, and the unexplained RtoP’s absence in the ILC’s discussion on the topic “crimes against humanity”, and its draft articles on that matter.

Keywords: Responsibility to Protect – International Law Commission – protection of persons in the event of disasters – crimes against humanity

Carla Saad

The social model and monitoring of the Convention on the rights of persons with disabilities (CRPD) for Sudamerica- advances and setbacks

Abstract: Taking as a starting point the precepts of the social model and its relevant influence on the Convention on the rights of persons with disabilities, the work addresses a conclusion regarding the follow-up by the International Commission on the result of the commitment assumed by the States parties of Sudamerica, its advances and setbacks.

Keywords: Human rights – Disability’s social model - Persons with disabilities- CRPD.

María Alejandra Sticca

Successive treaties relating to the same subject matter – solutions provided by article 30 of the Vienna Convention on the law of treaties

Abstract: The purpose of this contribution it is to analyze the different solutions provided by article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Controversial article that generates difficulties when applying treaties on the same subject celebrated at different times by the same or different states.

Keywords: Successive treaties - Vienna Convention - article 30

Yamila Carolina Yunis

20 years after the Interamerican Democratic Charter

Abstract: 2021 will mark the 20th anniversary of the signing of the Inter-American Democratic Charter. In this paper, a brief analysis of the contents of the Charter and its application in recent years is carried out. Likewise, an analysis of the reports prepared by the bodies of the Regional is carried out in view of the protection of democracy in this crisis situation as a consequence of the pandemic in which the world lives as a whole.

Keywords: Inter-American Democratic Charter - Organization of American States - United Nations - Democracy - Pandemic.

Maximiliano Campana

COVID19 and the “new world order”: the role of conspiracy theories during the pandemic

Abstract: The rapid spread of Covid19 at a global level led the World Health Organization to declare a pandemic in March 2020. With a global pandemic, in a globalized and inter-connected world, old and new conspiracy theories started circulating through social networks and internet forums. This article aims to expose some conspiracy theories in the movement “Anti-quarantine” at a global and national level, based on the analysis of a video taken during one of the “anti-quarantine” protests in Buenos Aires.

Keywords: Conspiracy Theories - Covid19 - “Anti-quarantine” Movement - Conservative Movement - Fake News

Esteban F. Llamosas

The Provisional Constitution for the University of 1858: a Cordovan review of constitutional liberalism

Abstract: The article analyzes the first general rules of the University of Cordoba approved after its nationalization, whose objective was to adapt its internal organization to the principles of the recent National Constitution of 1853. Faced with the historiographical position that defines them from liberalism and republicanism, we tried to translate the way in which Cordovan university professors understood the new constitutional language.

Keywords: University of Cordoba – Second half of the 19th century - University Constitutions – Constitution of the Argentine Confederation.

Matias Parmigiani

Consent and moral transformation. Addressing the dominant view

Abstract: Any approach to the justifying power of consent must be prepared to deal with at least the following pair of questions: on the one hand, *what* consent is supposed to do; and, on the other, *when* its invocation would be necessary. Regarding the first question, the dominant view has it that consent aims at *transforming* the moral nature of our actions, justifying what would otherwise be unjustifiable. As regarding the second one, the view claims that such a transformation can only occur in virtue

of the morally objectionable features contained in those very actions. The aim of this paper is to address the dominant view's double hypothesis. As a result of my argument, I expect to shed some light not only on the non-transforming functions that consent would anyway accomplish, but also on how the morally objectionable features contained in those actions must be interpreted for consent to play its distinctive role. In the end, it is the value of (self)respect the one that will offer the main interpretative key.

Keywords: moral transformation; consent; (self)respect; justification; Hurd.

Mariana Sánchez Busso, Marisa Domínguez, María de los Ángeles Ledesma, Rosario Barral y Fanny Macías

Justice and gender. The legal discourses of femicide

Abstract: The article intends to investigate the senses constructed by judicial discourses about the most extreme expression of gender violence: femicide. The perspective adopted assumes Law and its language, expressed through sentences, as a form of social practice capable of reproducing social domination and inequality. In this context the judicial sentences of the femicides in the province of Córdoba from 2012 to 2018 are reviewed, and in the processes in which popular juries have intervened.

Keywords: Gender, Femicide, Sentences, Popular Jury

Adriana L. Vercellone José A. Rossi R. Augusto Aguilera Marturano

Revolving doors in public administration. An analysis of international recommendations on public-private corruption in Argentina

Abstract: Among anti-corruption institutional designs, some are highly recommended to solve conflicts of interests and the so-called "revolving door" problem. However, its implementation is often discouraged because it implies a restriction on fundamental rights of those who hold public office, such as their privacy and freedom to work. This article analyses this tension, assessing those arguments usually adopted to justify further legislation on the subject. Conclusions retrieve the importance of individual rights and wonder about minimal demands that rule on those who wish to perform within public institutions.

Keywords: conflict of interests, democracy, intimacy, transparency, autonomía.

Agostina Belén Copetti

The conservative speeches and its repercussion on life, abortion and euthanasia in Argentina

Abstract: This paper deals with analyzing from a critical and interdisciplinary perspective what is the idea of *life* that different conservative groups currently manage in Argentina; and how they mobilize it in opposition to the right to abortion, on one hand, and euthanasia, on the other hand. It seeks to explore the ways in which different discourses structure sexual and reproductive rights, in relation to other types of debates that exceed reproduction. This exploration has been carried out through an exhaustive search of bibliographic material; publications; participant observation and depth interviews that allowed me to contrast theoretical concepts with the factual.

Keywords: Life – Death - Power Speeches and Law – Sexual, Reproductive and Non-Reproductive Rights.

Joaquín Pereyra

Using history in law: legal-political discourse in the constituent convention of cordoba of 1949.

Abstract: This text summarizes the theoretical approach used for the hermeneutical analysis of the Journal of Sessions of the Constituent Convention of Córdoba of 1949, and presents an example of the interpretation of uses of the past sustained in the debates, with a historical-conceptual perspective. Based on the critical legal history, the research tried to locate the Constitution of Córdoba of 1949 as a product of a present time strained by a disputed past, where the political language was also in debate.

Keywords: Critical legal history – Constitutional language – Uses of the past.

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de julio de 2021

