

LECCIONES
Y
ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO

Decana
Dra. Mónica Pinto

Vicedecano
Dr. Alberto J. Bueres

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora
Mary Beloff

Subdirector
Sebastián Picasso

Secretario
Jonathan M. Brodsky

**CONSEJO DE REDACCIÓN
PRIMER SEMESTRE 2016**

Director

Federico Maximiliano Mantiñan

Secretaria de Redacción

Camila Petrone

Tutor

Francisco Sáez Zamora

Colaboradores

María Paula Cardella

Ramiro Manuel Fihman

Ariel Salomon Liniado

Todos/as los/as integrantes del Consejo de Redacción son
estudiantes de grado de la Facultad de Derecho (UBA).

RÉPLICA

Lecciones y Ensayos invita a escribir respuestas o reacciones a los artículos publicados en la Revista. Para su publicación, dichas respuestas deberán ser enviadas, junto con los datos completos del/de la autor/a, a lye@derecho.uba.ar.

2016

96

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

José Casás
María Laura Clérico
Aníbal D' Auría
Marisa Herrera
Sandra Negro
Marcelo Raffin
Mario Villar

Algunos derechos reservados

Copyright by Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P (C1425CKB) -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los trabajos
está a cargo exclusivamente de los autores.

ISSN (en papel): 0024-0079.

ISSN (en línea): 2362-4620.

Los artículos de esta revista se distribuyen bajo una licencia Atribución-NoComercial-Sin-Derivadas 2.5 Argentina (CC BY-NC-ND 2.5 AR) <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/>

Usted es libre para: Compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, bajo las siguientes condiciones: atribuir correctamente la fuente, proveer un link a la licencia, e indicar cualquier cambio en el material; no puede hacer uso del material con fines comerciales, ni distribuir el material modificado, en caso de mezcla, transformación o creación de nuevo material a partir de esta obra, sin permiso previo del editor y/o los respectivos autores.

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a

Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - UBA
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel./Fax: (54-11) 4809-5668

ÍNDICE

Editorial	13
-----------------	----

LECCIONES

Cruz, Carlos, <i>La fábrica como núcleo productivo y efector disciplinario. Origen de la ciudad moderna</i>	17
Maisley, Nahuel, <i>El campamento participativo. Por qué la representación política no es virtuosa en sí misma, sino en todo caso un mal necesario</i>	51
Najurieta, María Susana, <i>La responsabilidad por daños en casos multinacionales no contractuales. Desafíos y soluciones del Sistema de Derecho Internacional Privado de Fuente Interna</i>	87

ENSAYOS

Guisado Litterio, Tomás M., <i>La dimensión jurídica de los elementos de la estatalidad a la luz del caso del autodenominado “Estado islámico”</i>	119
--	-----

TRABAJOS DE CURSOS DEL C.P.O. ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

Lañño Dondiz, Manuel, <i>Una mirada crítica al fallo “Góngora” de la C.S.J.N., una tesis de contradicción salvable por la víctima</i>	153
---	-----

CONCURSO DE PONENCIAS PARA ESTUDIANTES “TEMAS DE DERECHO
CIVIL DESDE LA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS”

Olivera, Martina, <i>Reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución y su contradicción con el silencio legislativo. Una perspectiva desde los Derechos Humanos</i>	189
Silva, Sabrina Anabel, <i>Fidelidad conyugal y responsabilidad civil: ¿acaso el desamor es un sentimiento indemnizable?</i>	211
Tolosa, Nadia Belén, <i>La regulación de los derechos de incidencia colectiva en materia ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación</i>	227

LITERATURA Y DERECHO

Costabile, Ornella, González Zurro, Guillermo D. y Marhaba, Débora, <i>“Lectores para la Justicia” como proyecto de investigación-acción: aproximaciones filosóficas</i>	243
--	-----

ENTREVISTAS

Croxatto, Guido L., <i>Entrevista a Juan Guzmán Tapia: el juez que procesó a Pinochet</i>	273
¿Cómo publicar y participar en <i>Lecciones y Ensayos?</i>	287

EDITORIAL

Movimiento. Cambiar de rol. Dinamismo. Ir hacia otro lugar.

Nuestra revista tiene esa particularidad, la de estar siempre en movimiento: como Consejo de Redacción conformado íntegramente por estudiantes siempre se renuevan las participaciones y los roles.

Tal vez por esto es que en viejos editoriales vemos a aquellos Consejos reafirmando su calidad de jóvenes, de estudiantes, de personas que se encuentran ante la novedad de dirigir una revista jurídica. Tal vez por eso las leemos y reflexionamos que podrían ser nuestras. Podemos reconocernos en la necesidad de reafirmar las nuevas ideas e inquietudes que les surgen, y que hoy nos aparecen como consecuentes con el desarrollo cultural y político del país y del mundo.

Acaso haya alguna identidad común entre *leccioneros* y *leccioneras*. Pero como recordara un editorial de algunos años atrás: la identidad es dinámica. Por eso, en esta ocasión, queremos reafirmarnos en la identidad, esa palabra tan profunda y relevante para nuestra historia nacional.

Lo que queremos decir es que esta revista, *Lecciones y Ensayos*, somos todas, somos todos, somos todes, somos todxs. Somos quienes hablamos de democracia porque la afirmamos, la defendemos y la practicamos. Somos quien quiera venir, quien quiera participar, con su identidad, con sus ideas y con sus ganas de construir este espacio. Como siempre, invitamos a todas, todos, todes y todxs, las, los, les y lxs estudiantes a compartir esta experiencia.

CONSEJO DE REDACCIÓN

LECCIONES

LA FÁBRICA COMO NÚCLEO PRODUCTIVO Y EFECTOR DISCIPLINARIO. ORIGEN DE LA CIUDAD MODERNA*

CARLOS CRUZ**

Resumen: El presente trabajo¹ procura aportar a la comprensión de algunos as-

* Recepción: 19/10/2015. Aceptación: 16/06/2016.

** Profesor Adjunto Consulto en Facultad de Derecho UBA. Director del Seminario Permanente de Investigación sobre Delitos Societarios, Instituto de Investigaciones Ambrosio Gioja, UBA. *En Homenaje a David Tute Baigún. El 1 de octubre de 2015, murió David Tute Baigún, días después que falleciera otro importante pensador, Massimo Pavarini. El Tute Baigún, maestro, amigo y compañero de distintas militancias, en el transcurso de su vida, con el recuerdo permanente de una niñez afincada en las verdes llanuras de su Macachín pampeano, recorrió diferentes senderos como docente e investigador social. Recorrido este que fue construyendo un pensamiento y una práctica penal ligados a la defensa de los pobres, la protección de los derechos sociales y un batallar, sin concesiones, contra el poder económico concentrado. En ese devenir Baigún, a la vez que no sucumbió a las influencias del pensamiento conservador en materia penal –concebido en otras geografías– supo articular, en sentido gramsciano, el conocimiento teórico con acciones transformadoras a partir de su ejercicio profesional. De los múltiples territorios por él transitados, y a los cuales nos convocaba, creo que merecen ser evocados, en tanto son fiel reflejo de su espíritu: la fundación –junto con Isidoro De Benedetti y un nutrido grupo de docentes y alumnos– del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP); su producción intelectual sobre el control de la delincuencia económica; la Dirección del Centro de Estudios Penales del Banco Central –que permitió llevar adelante los primeros juicios contra entidades financieras y bancarias que habían medrado durante los años de la última dictadura cívico-militar–; la creación de la Maestría en Derecho Penal del Mercosur de la Facultad de Derecho y el haber conducido, con Alberto Pedroncini, el equipo que integramos para llevar adelante las investigaciones judiciales sobre apropiación de menores y el Plan Cóndor. Todo ello enmarcado en una clara adhesión a la filosofía de la praxis y en su empeño por abordar los temas teóricos, propios de la disciplina penal, desde el marco analítico del marxismo. Esta trayectoria, testimonio de una existencia comprometida y proba, nos sigue acompañando en la imagen de su figura –integrada con su boina y el infaltable maletín– recorriendo los pasillos de la Facultad de Derecho; los gestos de cariño que nos brindaba y su vocación por afrontar desafíos para lograr una sociedad más justa. Compañía que también se hace presente en sus libros y trabajos que, desde los estantes de las bibliotecas, nos miran y nos invitan a leerlo, a reencontrarnos. A poder dialogar con él una vez más.*

1. Parte del material aquí expuesto integra los resultados de la investigación, que realiza

pectos, de índole económico-social y cultural, que incidieron sobre el nacimiento de la ciudad moderna. Aspectos estos entre los que cabe destacar: el pasaje del modo de producción feudal al capitalismo, los cambios en las condiciones materiales de producción, la conformación de la burguesía y proletariado como nuevas clases sociales (que pasarán a disputar el poder político con monarcas, señores feudales y clero) a la vez de considerar ciertos mecanismos disciplinarios que fueron utilizados para controlar a pobres y trabajadores. A partir de estos objetos centrales, no abordaremos otros elementos ligados con la evolución de la ciudad europea de la modernidad como ser: las cuestiones antropológicas, el desarrollo cultural, el problema habitacional y los temas vinculados con el tratamiento de aguas, alumbrado, higiene, educación, salud pública y función policial, o los estudios y trabajos urbanísticos realizados a partir del siglo XVI.

Palabras clave: modo de producción – campesino – fábrica – obrero – burguesía – salario – monopolio – contrabando – control social – castigo físico.

Abstract: The purpose of this work is to contribute to the understanding of certain aspects of economic, social and cultural nature which led to the birth of the modern city. Aspects among which stand out the transition from the feudal mode of production to capitalism, changes in the material conditions of production, the conformation of the bourgeoisie and proletariat as new social classes (which later on would dispute political power with monarchs, feudal lords and the clergy) as well as to consider certain disciplinary mechanisms that were employed to control poor people and workers. From these central objects, we will not address other elements related to the evolution of the European city in modernity such as anthropological matters, cultural development, housing problems and matters related to water treatment, streetlight, hygiene, education, public health and policing, or urban works and studies carried out as from the XVI century.

Keywords: mode of production – peasant – factory – worker – bourgeoisie – salary – monopoly – contraband – social control – physical punishment.

I. LAS CIUDADES MEDIEVALES. EL PODER MONOPÓLICO DE LAS CORPORACIONES ARTESANALES

Para empezar a pensar sobre el tema que nos propone el título de este trabajo, podemos señalar que la mayoría de las ciudades del medioevo europeo se fueron integrando como nuevos conjuntos sociales a los que se iban incorporando artesanos, comerciantes, siervos de la gleba, clérigos, banqueros y administradores y que en esos asentamientos –durante los primeros siglos de la Edad Media– la organización de la propiedad se correspondía básicamente con la actividad de mercaderes y el trabajo en los gremios.

Estos gremios –en especial, los de comerciantes y artesanos– se ocuparon de construir fuertes vínculos con las monarquías de forma tal de procurarse privilegios (fueros) que les permitieran sustraerse del libre intercambio, protegerse de ingerencias ajenas a la corporación y resguardar los oficios aprendidos.² El rumbo resultante de este entramado llevó a que los sectores excluidos de las cofradías tuvieran que dedicarse, para su subsistencia, a las faenas agrícolas o bien a producir manufacturas en fundos instalados fuera de los límites de la ciudad y alejados de las restricciones corporativas.

De esta manera, en el contexto de un ciclo que limitó el progreso técnico y la posibilidad de acumular capital,³ las mercancías eran producidas

2. Ver Partida V, Título VII, Ley III: *De las ferias, e de los mercados en que van los omes fazer vendidas, e compras*, (Ley de las Siete Partidas de Alfonso X), consultado en [<http://www.biblioteca.org.ar/libros/130949.pdf>] el 4/10/2015.

3. "...a pesar del desarrollo alcanzado por las ciudades, sería un error pensar que estas sustituyeron por completo el mundo arraigado en la costumbre y en los intercambios de naturaleza no mercantil; en realidad este mundo se sostuvo hasta el final de la Edad Media... Probablemente, los historiadores medievalistas al describir a los mercaderes, banqueros, fabricantes de textiles y la vida en las ciudades, han ocultado en cierta forma, el hecho más palpable de que, incluso las sociedades más desarrolladas de la Europa medieval siguieron siendo fundamentalmente agrarias. La fracción de la población activa y de los recursos dedicada al comercio y a la fabricación era pequeña, la mayor parte del comercio estaba relacionada con los productos agrícolas, los mercaderes a menudo también eran terratenientes, al igual que los artesanos y marinos eran campesinos eventualmente, además que el mayor porcentaje de la energía utilizada provenía de la agricultura". COVARRUBIAS, I. M., *La economía medieval y la emergencia del capitalismo*, 2004, p. 39, consultado en [<http://www.eumed.net/coursecon/librería/>] el 4/10/2015.

por trabajadores agremiados, que obtuvieron prerrogativas y monopolios⁴ (tales como la exención de pago del *derecho de marca* o el permiso para vender en forma exclusiva determinados bienes).⁵ Mercancías que estaban destinadas a satisfacer las necesidades de pobladores de distintas ciudades que concurrían a las lonjas de frutos y productos.

A los efectos de poder representarnos el trajinar en los mercados de esa época resultan ilustrativas las palabras de Eileen Power (1899-1940) cuando nos describe la bulliciosa vida de la feria de San Dionisio en París (el principal centro urbano de la Edad Media –que reunía una población de 200.000 personas–).⁶ Así, la autora narra que las calles de ese asentamiento “[...] se atestaban de mercaderes que transportaban sus productos [...] se interrumpían las transacciones corrientes durante un mes y todos los negociantes instalaban puestos en algún lugar de la feria y trocaban el trigo, el vino y la miel de la región por mercaderías más raras provenientes de comarcas extranjeras”.⁷

El incremento de las transacciones –generado entre los siglos XI y XIII– dio lugar a un ciclo de transformaciones, que impulsaron la etapa co-

4. PÉREZ MIRANDA, R., *Derecho y relaciones de producción*, México, Plaza Valdés Editores, 1988, p. 101.

5. Ver Partida V, Título VII, Ley III: *De las ferias, e de los mercados, en que van los omes fazer vendidas, e compras*. (Ley de las Siete Partidas de Alfonso X). consultado en [<http://www.biblioteca.org.ar/libros/130949.pdf>] el 4/10/15.

6. Gimpel estima la población de París, en la Edad Media, en más de 200.000 habitantes. Ver GIMPEL, J., *La révolution industrielle du Moyen Age*, París, Editions du Seuil, 1975, p. 77.

7. Con el objeto de retener a los hombres, para que realizaran sus trabajos en los fundos, Carlomagno dictó una ordenanza para sus administradores en la que establecía: “Debéis cuidar que vuestros siervos cumplan correctamente las tareas que es lícito exigirles sin perder el tiempo en correrías por mercados y ferias”, ver POWER, E., *Gente de la Edad Media*, Buenos Aires, Eudeba, 1994, pp. 38/39. Engels, al analizar la función de los mercaderes, entendía: “La civilización consolida y aumenta todas estas divisiones del trabajo ya existentes ... y añade una tercera división del trabajo, propia de ella y de capital importancia: crea una clase que no se ocupa de la producción sino únicamente del cambio de los productos: los mercaderes [...] [que] saben conquistar su dirección general y avasallar económicamente a los productores; una clase que se hace de intermediario indispensable entre dos productores y los explota a ambos... que bajo la forma de salarios crecidos por servicios reales muy mezquinos succiona lo mejor de la producción indígena y extranjera, adquiere riquezas enormes y una influencia social proporcional a estas”, ver ENGELS, F., *Origen de la familia. La propiedad privada y el Estado*, México, Editores Unidos, 1992, pp. 190/191.

nocida como *Revolución Comercial*. Revolución esta que fue el resultado de la confluencia de diferentes factores, entre los que se puede mencionar: el cese de invasiones militares; el surgir de nuevas ciudades;⁸ el desarrollo de un régimen alimentario más sano,⁹ un aumento del consumo derivado de la expansión demográfica (interrumpida con la llegada de la peste bubónica en 1347)¹⁰ y los progresos en matemáticas.

Al mismo tiempo, el tráfico trashumante, a cargo de mercaderes itinerantes, fue sustituido por novedosas formas de organización de los comerciantes sedentarios, quienes pudieron dirigir sus negocios desde una sede central e ir desplazando –a través de una cadena de asociados, agentes y empleados– al *pie polvoriento* de los caminos.

II. MERCANTILISMO. EL CADALSO, LA PICOTA Y EL LÁTIGO COMO INCENTIVOS LABORALES

La salida del medioevo y el devenir del precapitalismo mercantil (s. XVI) estuvo acompañada por profundos cambios sobre las formas de relación social y en la organización territorial de Europa occidental.

8. Cuyo centro vital, junto al castillo medieval –centro religioso y militar– está constituido por el barrio de tiendas, el mercado, los puertos y las rutas comerciales terrestres, ver LE GOFF, J., *Mercaderes y banqueros de la Edad Media*, Barcelona, Oikos Tau, 1991, p.14.

9. Eric Hobsbawm señala, al analizar una disminución en el crecimiento de la población europea hacia el siglo XVI: "Nunca, desde el siglo XIV se registró [en Europa], durante todo el siglo un porcentaje mayor de enfermedades epidémicas. A este respecto, trabajos de investigación recientes han demostrado que los estragos de las epidemias no pueden explicarse sin tener en cuenta el hambre", HOBBSAWM, E. J., *En torno a los orígenes de la revolución industrial*, Madrid, Siglo XXI, 2003, p.11. En este mismo sentido puede consultarse: LE GOFF, J., *Mercaderes y banqueros de la Edad Media*, *op. cit.*, p.13.

10. *Ibid.*

Gimpel, por su parte, refiere al respecto: "Los adelantos técnicos de la agricultura y de la industria, un clima más templado y más seco, un régimen alimentario sano, son algunos de los factores que favorecerán la explosión demográfica de la Edad Media [...] La mortalidad descende con la extinción de las grandes epidemias de peste que habían asolado Europa durante el siglo VII (...)", ver GIMPEL, J., *op. cit.*, pp. 76-78. Sin embargo, cabe tener presente que entre 1347 y 1351 se produjo un brote de peste bubónica que mató alrededor de un tercio de la población europea. Gimpel señala, asimismo, que esta explosión demográfica generó polución y distintos perjuicios para el medio ambiente de la Europa medieval, ver GIMPEL, J., *op. cit.*, pp. 79 y ss.

En ese acontecer, si bien entre los siglos XI a XV se asentaron las bases que hicieron posible el posterior desarrollo de la Revolución Industrial, es en el período de los trescientos años que van desde las postrimerías del siglo XV hasta fines del siglo XVIII¹¹ que se produce –a la par de a la expansión de las ciudades– el tránsito del modo de producción feudal a la fase capitalista.

Esta etapa, identificada como *Mercantilismo*, *Precapitalismo* o *Capitalismo Mercantil* –que transita por el *Renacimiento* y la *Reforma Protestante*– estuvo signada por un conjunto de sucesos entre los cuales sobresalen: la acumulación de riquezas monetarias derivadas de la expoliación de plata y oro de las colonias;¹² el situar al hombre como *el* sujeto del conocimiento que va a dominar la naturaleza (*ego cogito -ego conquiro*);¹³ el incremento de la actividad manufacturera urbana, la concentración de los medios de trabajo, el ascenso político de la burguesía y la aparición de una masa de *trabajadores asalariados* (ajena a la propiedad de los medios de producción).¹⁴

Todo lo cual contribuyó para que *la fábrica* llegara a erigirse en núcleo del territorio urbano y motor de mecanismos disciplinarios.¹⁵ Mecanismos

11. Este proceso coincide con acontecimientos significativos como ser el Descubrimiento de América (1492), la Revolución inglesa de 1688; la publicación de la obra de Beccaria *De los delitos y de las penas* (1764), la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica (1776), la publicación de *Investigación sobre la de naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* de Adam Smith (1776); la creación del Virreinato del Río de la Plata (1776), la Revolución francesa (1789) y la primera edición del *Plan de legislación criminal* de Jean Paul Marat (1790).

12. Galbraith cita a Hamilton para señalar que entre los años 1531 y 1570 la plata representaba entre el 85 y el 97 por ciento del peso total de los tesoros transportados a Europa, ver GALBRAITH, J. K., *Historia de la economía*, Buenos Aires, Ariel, 1994, p. 45, cita 3.

13. El concepto *ego conquiro* ha sido desarrollado por Dussel. Al respecto puede verse: DUSSEL, E. *El encubrimiento del otro. Hacia el origen del Mito de la Modernidad*, La Paz, Plural Ed., 1994.

14. Estos trabajadores libres ya no son esclavos o siervos de otra persona; se han sustraído a las ordenanzas de los gremios y no revisten el carácter de titulares de medios de producción (como era el caso del labrador que trabajaba su propia tierra o el artesano que hacía mercancías con sus instrumentos de trabajo). Ver MARX, C., *El Capital: crítica de la economía política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, (trad.) Roces, Wenceslao, p. 608.

15. Ante las invasiones bárbaras, los propietarios de tierras construyeron fortificaciones para protegerse de los ataques. Los siervos que trabajaban en los campos cercanos a estas

factibles de ser considerados como anticipo de lo que, en nuestros tiempos, se llegó a denominar: *derecho penal del enemigo*.¹⁶

Ahora bien, para poder comprender en toda su dimensión ese acaecer, entiendo que es imprescindible poner de relieve una circunstancia no siempre destacada. Esto es: que tanto los metales americanos que ingresaban a Europa –por medio de navegantes, mercaderes y banqueros (tal el caso de la *Casa Fugger* de Ausburgo)– como el comercio de esclavos, fueron dos factores estructurales que contribuyeron, de manera decisiva, para que se pudiera acumular moneda, salir de una economía asentada en la producción agrícola-artesanal, impulsar la actividad industrial, promover los cambios tecnológicos que la fábrica requería y forjar el despliegue del *capitalismo inicial*.

Es decir: que de no haberse generado ese tráfico de seres humanos¹⁷ sumado al saqueo de la plata y oro americanos con destino a Europa, la revolución industrial, el modo capitalista de producción y el pensar *iluminista* no se hubieran podido desplegar en los términos (de tiempo, espacio y contenido) que conocemos.

Por otra parte, también es indispensable señalar que, a consecuencia del movimiento migratorio interno de campesinos expulsados de la tierra y de soldados licenciados, la mano de obra *potencialmente libre* quedó en una situación en la cual, para poder subsistir, debía vender su fuerza de trabajo o bien recurrir al vagabundeo, la mendicidad o el robo. Sin embargo, bajo la impronta que consideró a la ciudad como expresión de una *voluntad de orden*, se trató de apartar a las personas de esas últimas alternativas de subsistencia y se las indujo hacia el "... estrecho sendero que conducía al mercado de trabajo, por medio del cadalso, la picota y el látigo".¹⁸ Entonces, para poder controlar y usufructuar de esa mano de obra se crearon y

construcciones a la vez que producían para el señor, ante un embate se instalaban dentro del castillo (*burg*) y participaban de la defensa de este.

16. Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, pp. 13-21. ZAFFARONI, E. R., "Política y Dogmática jurídico penal", en CAFFERATA NORES, J. I. y ZAFFARONI, E. R., *Crisis y legitimación de la Política Criminal, del Derecho Penal y Procesal Penal*, Córdoba, Advocatus, 2002, pp. 69-71.

17. Ver KUSCH, R., "Lo americano y lo argentino desde el ángulo simbólico-filosófico", en *Obras Completas*, Rosario, Fundación Ross, 2000, p. 17.

18. MARX, C., *Formaciones económicas precapitalistas*, Buenos Aires, Anteo, 1973, pp. 55/56.

perfeccionaron un conjunto de engranajes disciplinarios que implicaron la aplicación de castigos físicos, el dictado de una legislación que prohibía la agremiación obrera y la creación de casas de corrección. Precisamente, ante el incremento de las personas que no trabajaban y con la finalidad de reprimir a los que se mostraran remisos a vender su fuerza laboral, Enrique VIII (1491-1547) ordenó decapitar, en la Inglaterra del siglo XVI, a más de 70.000 vagabundos teniendo en mira lograr "que esas grandes masas de gentes dedicadas a la vagancia" se decidieran a trabajar y fueran absorbidas, paulatinamente por el florecimiento manufacturero.¹⁹

Otra de las importantes transformaciones, forjadas entre los siglos XV y XVIII, fue la lucha por transferir el poder político –detenido por monarcas, clero, señores feudales y autoridades urbanas– hacia la pujante burguesía impulsora del estado moderno. El cambio en el sistema de organización y legitimación política que sobrevino a esos conflictos implicó, a su vez, la necesidad de negociar y articular una relación más estrecha entre autoridad pública y comerciantes, banqueros e industriales, cuyos proyectos exigían un poder fuerte que pudiera eliminar las barreras medievales, incentivar el comercio entre ciudades, unificar aduanas, disciplinar a los obreros para el trabajo fabril y promover las exportaciones, mediante la concesión de privilegios monopolísticos, hacia nuevos mercados.

III. TRÁNSITO DE LOS CAMPESINOS A LAS CIUDADES. FORMACIÓN DE LA RESERVA OBRERA

En el ciclo analizado se consolidó un desplazamiento conforme el cual los productos agrarios, destinados a satisfacer las necesidades de la población rural que los cultivaba, pasaron a ser vendidos en los mercados. De esta manera, la sustitución del régimen sustentado en el *valor de uso* entrañó la supresión del modelo de producción agrícola –que tenía por objeto la subsistencia– a la vez que determinó uno de los acontecimientos característicos de esa coyuntura: el cercado de campos.

Es importante referir al respecto que en Inglaterra, en medio de las convulsiones de la época, los bienes comunales y las tierras de la Igle-

19. MARX, C., "La ideología alemana", en *Formaciones económicas precapitalistas*, Buenos Aires, Anteo, 1973, p. 83.

sia fueron pasibles de violentas usurpaciones, en parte encubiertas bajo el manto de pugnas religiosas emergentes de la Reforma protestante.²⁰ Despojados estos que posibilitaron la conversión de tierras destinadas a la siembra en campos para pasturas. En este sentido, la delimitación de territorios mediante la instalación de cercas –que culmina en Inglaterra con los *Bill for Inclosures of Commons* (leyes sobre cercado de terrenos comunales)– tenía por finalidad resguardar la apropiación de tierras públicas por parte de los terratenientes, además de reasignar las tierras arables para la cría de ovejas y satisfacer los pedidos de lana provenientes de la incipiente industria textil británica.

A resultas de este cambio en el destino de los predios rurales, se originó una baja en la demanda de mano de obra agrícola toda vez que el cuidado del ganado lanar requería de menos labriegos que los exigidos para atender la siembra. Esta merma trajo aparejado que los siervos de la gleba *excedentes* fueran expulsados de los campos,²¹ al tiempo que eran reemplazados por colonos, labradores asalariados, arrendatarios y pequeños agricultores independientes (v.gr. los *yeomanry* ingleses) quienes mantuvieron el vínculo de dependencia respecto del suelo y del dueño de las tierras.

En una gráfica descripción de este estado de cosas, Tomás Moro (1478-1535) en su obra *Utopía* narra: “Vemos, en efecto, a los nobles, a los ricos, y hasta a los mismos abades (que) lo cercan todo, y para ello, si

20. “La Reforma con su séquito de colosales depredaciones de los bienes de la Iglesia, vino a dar, en el siglo XVI, un nuevo y espantoso impulso al proceso violento de expropiación de la masa del pueblo. Al producirse la Reforma la Iglesia católica era propietaria feudal de gran parte del suelo inglés. La persecución contra los conventos etc. lanzó a sus moradores a las filas del proletariado. Muchos de los bienes de la Iglesia fueron regalados a unos cuantos individuos rapaces protegidos por el rey, o vendidos a un precio irrisorio a especuladores y personas residentes en la ciudad, quienes, reuniendo sus explotaciones, arrojaron de ellas en masa a los antiguos tributarios, que las venían llevando de padres a hijos”, ver MARX, C., *El Capital: crítica de la Economía política*, ob. cit., t. I., p. 613.

“Cuando, con motivo de la supresión de los monasterios, los pobres se vieron privados de la caridad de dichas casas religiosas...se ordenó, por el Estatuto 43 de la reina Isabel, capítulo II, que toda parroquia estuviese obligada de socorrer a sus pobres”, ver SMITH, A., *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, México, FCE, 2008, p. 132.

21. Hobsbawm refiere que en Europa Central y Oriental se desarrolló una economía de tipo servil, lo que puede ser considerado como un triunfo de los *magnates* (grandes poseedores de siervos), sobre la nobleza menor y las clases medias, ver HOBBSAWM, E. J., *En torno a los orígenes de la revolución industrial*, op. cit. pp. 31 y 43.

es necesario derriban casas, destruyen las aldeas no dejando en pie más que las iglesias que destinan como establo para las ovejas...han tenido que forzar a sus colonos a que les vendan sus tierras... A unos por medio del fraude y con engaño, a otros se los ha cargado de injurias, y a otros se los ha acorralado con pleitos y vejaciones. Y así se ven obligados a emigrar como pueden, hombres, mujeres... Emigran de sus lugares conocidos y acostumbrados sin encontrar dónde asentarse. Ante la necesidad de dejar sus enseres, ya de por sí de escaso valor, tienen que venderlos al más bajo precio. Y luego de agotar en su ir y venir el poco dinero que tenían ¿qué otro camino les queda más que robar y exponerse a que los ahorquen con todo el derecho o marcharse por esos caminos pidiendo limosna...?".²²

De esta forma, el proceso expulsivo de las tierras y el desarrollo de nuevas técnicas agrícolas acentuaron el mencionado traslado de los siervos rurales hacia las ciudades, donde pasaron a engrosar los contingentes de desocupados o de obreros asalariados que empezaban a ser requeridos por una industria manufacturera en crecimiento.

Debido a esas vicisitudes, la actividad agropecuaria pasó a tener una mayor relación de dependencia respecto de las decisiones que adoptaban los arrendatarios capitalistas y de los encargos generados por los grandes mercados asentados en las ciudades, cuya operatoria era fiscalizada a su vez, por el capital mercantil.

IV. LA FÁBRICA COMO NÚCLEO PRODUCTIVO URBANO. MECANISMOS DISCIPLINARIOS DE LA FUERZA DE TRABAJO

La escisión productor-medios de producción condujo a que hombres y mujeres, separados de la titularidad de los medios de trabajo y teóricamente *libres* para disponer de su fuerza laboral, debieran vender su tiempo a cambio de un salario. Situación esta que caracterizó a la llamada *acumulación originaria* (identificada por Adam Smith como

22. MORO, T., *Utopía*, Buenos Aires, Gradifco, 2007, p. 26. Tomás Moro, por los conflictos que mantuvo con el protestantismo y el monarca Enrique VIII (quien dictara la Poor Law Act en el año 1530), fue condenado a muerte por alta traición. Sentencia que se ejecutó en la Torre de Londres el 6 de julio de 1535.

previous accumulation) considerada a modo de etapa previa –*prehistórica*– a la conformación de la estructura económica de la sociedad capitalista.²³

De esta manera, los siervos –sometidos al aludido proceso expulsivo de la tierra que cultivaban y privados de los instrumentos individuales de trabajo– pasaron a vender su fuerza laboral, desempeñándose como jornaleros asalariados de los capitalistas arrendatarios, o como obreros a sueldo para el capitalista manufacturero. Es decir, como resalta Raffin,²⁴ que los productores no podían acceder al goce del fruto de su trabajo, “lo que ubica al ser humano en una posición trágica frente a la irracionalidad de este sistema”. La mano de obra asalariada debió comprar así los frutos, materias primas y productos –similares a los que ellos mismos elaboraban antes–²⁵ los cuales, convertidos ahora en mercancías, les eran vendidos en el mercado. Sistema de producción e intercambio este que contribuyó a generar parte de la demanda necesaria para posibilitar la acumulación y desarrollo del capital industrial.

En este marco, distintos factores se conjugaron para dar un fuerte impulso a la actividad económica. Entre estos podemos detallar: una inédita acumulación de capital (en el interior de los gremios y también en manos de fabricantes de manufacturas, arrendatarios, comerciantes y prestamistas), la progresiva concentración de población en las ciudades; la división del trabajo entre distintas localidades y el incremento de requerimientos de los mercados internos (en los casos de Francia e Inglaterra) y externo (como en Italia y Flandes). A partir de esos factores, el comercio y la producción de manufacturas se expandieron en términos que excedieron los restringidos cánones que les había impuesto la organización artesanal feudal.

23. Ver SMITH, A., Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones, México, FCE, 2008, p. 47 y 63132; MELOSSI, D. y PAVARINI, M., *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, México, Siglo XXI Editores, 1980, p.29; MARX, C., *El Capital, op. cit.*, t. I, Capítulo XXIV, p. 607.

24. RAFFIN, M., *La experiencia del horror*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp. 82-83.

25. Roll señala al respecto que, en Inglaterra, donde puede observarse con mayor nitidez la expansión del capitalismo, el desarrollo de la actividad mercantil implicó la aniquilación de la agricultura de consumo, que se vio obligada a recurrir al mercado, ver ROLL, E., *Historia de las doctrinas económicas*, México, FCE, 1973, pp. 50-51.

Mientras, la fabricación de manufacturas comenzó a expandirse aún en lugares instalados en los puertos de exportación o en el campo, lejos de los gremios afincados en las viejas ciudades.²⁶

Ante este panorama, el nuevo capitalista manufacturero debió enfrentar un doble conflicto: por un lado va a confrontar con el capitalista mercantil –que tenía el monopolio del comercio mayorista y de las exportaciones–²⁷ y por el otro, va a intervenir en la pugna entre los nuevos asentamientos industriales con las *corporate towns*.

Es en medio de esta fase de acumulación de ganancias y distribución desigual de la riqueza que, a lo largo del siglo XVII, se van a conformar los cimientos que darán lugar al crecimiento de la producción en ciudades como Liverpool, Birmingham, Lieja o Manchester y al acaecer de la Revolución Industrial.

Resulta asimismo interesante puntualizar (en vista de alguna construcción teórica en torno a lo que se identificó como *nuevos riesgos de sociedades posindustriales*)²⁸ que ya desde fines del medioevo, se ocasionó una importante contaminación *preindustrial* en campos y ciudades. Contaminación esta que fue secuela de la destrucción de miles de hectáreas de bosques, impulsada con la finalidad de habilitar tierras agrícolas y disponer de madera para ser utilizada como combustible o bien para la construcción de viviendas. A lo que se sumó la polución atmosférica de los centros urbanos –ex-

26. La industria textil, dedicada a la elaboración de hilados y telas para vestir, fue una de las actividades productivas que adquirió una acelerada expansión, como consecuencia del incremento de la demanda.

27. Ver HOBBSAWM, E., ob. cit., p. 12 y ROLL, E., ob. cit., pp. 50-51.

28. El renovado auge de la *cultura del peligro*, que invoca la presencia de una nueva *sociedad de riesgos* y evoca el *sentimiento de inseguridad* –desplegada en un contexto de crisis del *Estado de bienestar*, de aumento de la exclusión social, de retroceso de los mecanismos de protección comunitaria y de reducción de la capacidad del estado para mediar en los conflictos sociales- ha estado orientada –en su expresión jurídica- a pretender legitimar nuevos *paradigmas de emergencia*, restrictivos de las garantías de los *ciudadanos* devenidos en *enemigos*. Se recurre así a sostener una representación imaginaria –alienada- sobre la existencia de nuevos y graves riesgos potenciales, con la finalidad de convocar al modelo mágico de solución de conflictos, ver CRUZ, C.; THUS, V.; CONDE, M.; RODRÍGUEZ, M.; SASTRE, M.; LAFUENTE, P.; HIMSCHOOT, C.; HERNÁNDEZ GALARZA, R., "Cuestiones de imputación en el ámbito de la actividad empresaria", en FELLINI, Z. (dir.), *Temas de Derecho penal económico*, Buenos Aires, Grün, 2004, t.1, p. 119.

MENDOZA BUERGO, B., *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001, p. 15 y ss.

pandida desde inicios del siglo XIII— a resultas del uso cotidiano del carbón²⁹ y de la contaminación de las aguas por el vertido de residuos procedentes de la faena de animales y del uso de componentes químicos (v. gr. el tanino). Daños estos que llevaron a que el Parlamento inglés, por ejemplo, tuviera que abocarse al tratamiento de esa problemática y procediera a votar, antes del período industrial la primera *ley antipolución* (año 1388).³⁰

Ahora bien, de acuerdo con lo que venimos reseñando, los campesinos y los soldados licenciados formaron una aglomeración *de trabajo asalariado* que operó como sobreoferta de mano de obra disponible, que permitía reducir el precio que se pagaba por el trabajo vendido.

De este modo, al mismo tiempo en que se llevaba a cabo la acumulación de capitales en manos de las burguesías comercial y manufacturera, se reunió una fuerza de trabajo —destinada a integrar el denominado *ejército de reserva industrial*—³¹ sujeta a las estrictas condiciones laborales que les eran impuestas por los empleadores.

Por otro lado, los integrantes de esa *reserva*, ante la imposibilidad de ser absorbidos por los centros manufactureros al mismo ritmo en que se producía la salida de lo que había sido su medio de vida habitual, pasaron a conformar conjuntos de hombres, mujeres y niños vagabundos, salteadores y mendigos excluidos del sistema de trabajo y disponibles para la coyuntura en que fueran convocados.

IV.A. Dolor y castigo físico para los desocupados. *Poor Law Act*

Así, con el fin de encaminar a la muchedumbre hacia el trabajo, Inglaterra adoptó varias disposiciones, entre las que cabe enunciar el *Estatuto* de Enrique VIII, denominado *Poor Law Act*.³²

29. GIMPEL, Jean, *La révolution industrielle du Moyen Age*, op.cit., p. 84.

30. COULTON, G. C., *Social life in Britain from de conquest to the reformation*, Cambridge University Press, 1918, p. 330, citado por GIMPEL, J., ob. cit., p. 90. Ver VILLAS TINOCO, S., *Las claves de la revolución industrial*, Barcelona, Planeta, 1990, p. 80.

31. HARNECKER, M., *Los conceptos elementales del materialismo histórico*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1974, pp. 274-275.

32. CRUZ, C., "Política Criminal. Necesidad de un Pensamiento Situado", en BAIGÚN, et al., "Reforma Penal y Política Criminal. La codificación en el Estado de Derecho. VI Encuentro AAPDP en homenaje al Prof. Enrique U. García Vitor", Buenos Aires, Ediar, 2007, pp. 223 y ss.

La legislación para pobres estableció, en el año 1530, la distinción entre personas inhabilitadas para realizar trabajos –viejos, pobres e impotentes, a quienes se confería autorización para mendigar– y aquellos que no merecían recibir limosnas, so amenaza de ser pasibles de pena. Para los vagabundos jóvenes y fuertes se decretaba azotes y reclusión, previéndose que se los ataría a la parte trasera de un carro y se les castigaría hasta que volvieran bajo juramento, a su pueblo natal o al sitio en que hubieran residido en los últimos tres años y se pusieran a trabajar, “*to put himself to labour*”.³³ Posteriormente, el mismo monarca reforzó esta cruenta normativa, haciéndola todavía más rigurosa, al disponer que, en caso de reincidencia y vagabundeo, se debía azotar “de nuevo al culpable y cortarle media oreja, a la tercera vez que se lo sorprenda se le ahorcará como criminal peligroso y enemigo de la sociedad”.³⁴

En esta misma orientación, Eduardo VI (1537-1553) dictó el *Estatuto de 1547* que ordenaba: “si alguien se niega a trabajar se le asigne como esclavo a la persona que le denuncie... Tiene derecho a obligarle a que realice cualquier trabajo, por muy repelente que sea, azotándole y encadenándolo si fuere necesario. Si el esclavo desaparece durante dos semanas, se le condenará a esclavitud de por vida, marcándole a fuego con una S [*slave*; esclavo] en la frente o en un carrillo; si huye por tercera vez, se le ahorcará como reo de alta traición. Su dueño puede venderlo y legarlo a sus herederos o cederlo como esclavo... Los esclavos que se confabulen contra sus dueños serán también ahorcados... Si se averigua que un vagabundo lleva tres días seguidos haraganeando, se le expedirá a su pueblo natal con una V [*vagabond*; vagabundo] marcada a fuego en el pecho, y le sacarán a la calle con cadenas o empleándole en otros servicios. El vagabundo que indique

33. *Poor Law Act* (22 HenVIII, c.1 2) “how aged, poor, and impotent Persons, compelled to live by Alms, shall be ordered, and how Vagabonds and Beggars shall be punished”. The aged, poor, impotent persons (i.e. the unsteady) were to be licensed to beg; sturdy vagabond were not. If sturdy vagabond begs it is an offence. Sturdy vagabond was to be whipped or put in the stocks for three days and nights with bread and water only and then to return to their birth-place and put to labour”. *Key dates in Poor Law and Relief, Great Britain 1300-1899*, consultado en [<http://www.thepotteries.org/dates/poor.htm>] el 4/10/2015.

34. Ver RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O., *Pena y estructura social*, Colombia, Temis, 1984, p. 20. MARX, C., *El Capital- Crítica de la Economía política*, op. cit., t.1, p. 625. Respecto a la referencia a: 27 Enrique VIII, cabe especificar que el número “27” indica el año que corresponde al reinado de Enrique VIII.

un pueblo falso será castigado a permanecer en él toda la vida como esclavo, sea de los vecinos o de la corporación, y se le marcará a fuego con una S. Todo el mundo tiene derecho a quitarle al vagabundo sus hijos y tenerlos bajo su custodia como aprendices; los hijos hasta los veinticuatro años, las hijas hasta los veinte. Si se escapan, serán entregados como esclavos, hasta la dicha edad, a sus maestros, quienes podrán azotarlos, cargarlos de cadenas, etc., a su libre albedrío. El maestro puede poner a su esclavo un anillo de hierro en el cuello, el brazo o la pierna, para identificarlo mejor y tenerlo más a mano". En la última parte de este Estatuto se estableció que ciertos pobres podrán ser obligados a trabajar para el lugar o para el individuo que les dé de comer y beber y les busque trabajo. Esta clase de esclavos parroquiales subsistió en Inglaterra hasta bien entrado el siglo XIX, bajo el nombre de *roundsmen* (rondadores)".³⁵

En ese ambiente, entre fines del siglo XVI y mediados del siglo XVII se registra una crisis y retracción en la economía europea, traducidas en un retroceso en la elaboración de manufacturas en Italia, Alemania y Francia, una disminución del comercio en el Báltico y el Mediterráneo y una lenta mejora de la producción agraria, que no alcanzaba a cubrir los requerimientos de la demanda.

Este conjunto de circunstancias tuvieron una incidencia negativa respecto de la generación de trabajo, el nivel de precios y jornales y la provisión de alimentos. Precisamente, las dificultades para proveerse del sustento indispensable mermaron la capacidad del pueblo para resistir enfermedades e infecciones. El hambre y las pandemias (que se extendieron hasta la epidemia de Marsella de 1720) sumados a las guerras religiosas, las revueltas de los campesinos (rebelados ante los múltiples impuestos exigidos por el rey y la nobleza) los disturbios internos en Inglaterra y la Guerra de los Treinta Años en Alemania³⁶ (1618-1648) contribuyeron para

35. Ver MARX, C., *El Capital*, ob.cit., t. I, pp. 625-626.

36. El estado de conflictividad social tuvo su expresión en distintos movimientos como ser la revolución inglesa, la revolución ucraniana (1648-1654), los *kurucz* húngaros, la guerra campesina suiza (1653), la guerra de los *camisard*, las *frondas* francesas (1648-1653), derivadas del descontento general producido por la crisis económica y el aumento de la presión fiscal generada para hacer frente a la Guerra de los Treinta Años (el nombre *fronde* remite a las hondas que utilizaban los sublevados del primer levantamiento en París) y el levantamiento del *papel sellado* en Burdeos y Bretaña (1675).

que se conformara, a mediados del siglo XVII,³⁷ una secuencia de estancamiento y declinación de la población de Europa.

En una etapa en que no se había efectivizado aun la redistribución necesaria de la fuerza de trabajo, el descenso poblacional acarreó una reducción del *ejército de reserva* y enfrentó a los capitalistas manufactureros con una mermada masa laboral, que les exigía mejorar salarios y limitar la duración de la jornada de trabajo. En medio de estos enfrentamientos, se produjo un alza en el costo de la mano de obra, que afectó la acumulación de capital³⁸ y llevó a que fabricantes y mercaderes no solo aumentaran los precios de las mercancías sino que, además, promovieran la intervención del poder político en vista a tratar de ordenar la producción, buscar nuevos trabajadores y suprimir los reclamos salariales.

Ante esta situación, las monarquías absolutas y los nuevos regímenes burgueses de las potencias marítimas, interesados en reforzar sus acuerdos y negocios con el sector manufacturero, impusieron normas que buscaban incrementar el número de trabajadores *libres*, controlar remuneraciones y mantener a los obreros en condiciones de subordinación.

A punto tal que mediante la aplicación del terror, el dolor o la eliminación física –utilizados a manera de incentivos laborales– los obreros *potenciales libres* eran tratados como si fueran *delincuentes voluntarios* de los que dependía la posibilidad de obtener un puesto de trabajo que, en realidad, casi nunca existía en condiciones humanamente aceptables.

Entonces, la violencia emergente ejercida sobre los desocupados, mediante ejecuciones sanguinarias, el trabajo en *organizaciones asistenciales* o el encierro coactivo tuvieron por objeto proteger el orden, adiestrar a los ociosos y encaminar esta mano de obra cesante para que integrara la

37. HOBBSAWM, E., *En torno a los orígenes de la revolución industrial*, ob. cit., pp. 10-81. Ver también RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O., *Pena y estructura social*, ob. cit., p. 26. En el año 1348 se instaló en la ciudad de Florencia la primera *Junta de Salud*, que tenía por objeto supervisar las actividades públicas destinadas a controlar las pestes. Las tareas de fiscalización que realizaba la *Junta* afectaban el desarrollo de la economía, motivo por el cual lo mercaderes se negaban a darles cumplimiento. Cuando se produjo el brote de peste del año 1629, la "muerte masiva hizo que la urbe de los canales y las góndolas dejará de ser unapotencia". Cfr. RODRÍGUEZ, M., *La peste negra y el debut de la salud pública*, Suplemento Futuro, Buenos Aires, Diario Página 12, 6 de marzo de 2010.

38. BAIGÚN, D. y CRUZ, C., "El Desabastecimiento. Un delito olvidado", en *Modernas Tendencias de Dogmática penal y Política Criminal. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*", Lima-Perú, IDEMSA, 2007, pp. 196-199.

reserva laboral, de manera que estuviera disponible para cuando fuera convocada según las necesidades de la producción manufacturera.

Las imágenes de esos suplicios –que llegan a nuestros días en dibujos de la época y exposiciones sobre instrumentos de tortura– hacen patente el carácter pervertido de las prácticas: *castigo-dolor-orden* aplicadas sobre seres humanos.

Para la misma época, Francia estableció la obligación de realizar trabajos públicos –consistentes en la construcción de fortalezas o caminos– en tanto artilugio para forzar el empleo de vagabundos desocupados. Tiempo después, el Código Penal francés de 1810 retomó los antecedentes ingleses de la época de Enrique VIII y consideró a los vagabundos sin trabajo y mendigos como delincuentes pasibles de pena privativa de libertad (*Le vagabondage est un délit*).³⁹

En un ciclo caracterizado por la sujeción personal, el aplicar tormentos importaba el ejercicio de actos de dominio dirigidos a controlar el trabajo de la población, a la vez que perseguían el fin de reconstruir, a través de ritos ejecutorios, el poder soberano. Se trataba, en términos de Foucault (1926-1984), de restaurar en “todo su esplendor” la soberanía mancillada.⁴⁰

39. PAVARINI, M., *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, México, Siglo XXI, 1988, p.32. **Code pénal de 1810: Paragraphe II.- Vagabondage.- Article 269.** Le vagabondage est un délit. Article 270. Les vagabonds ou gens sans aveu sont ceux qui n'ont ni domicile certain, ni moyen de subsistance, et qui n'exercent habituellement ni métier ni profession. Article 271. Les vagabonds ou gens sans aveu qui auront été légalement déclarés tels, seront, pour ce seul fait, punis de trois à six mois d'emprisonnement, et demeureront, après avoir subi leur peine, à la disposition du gouvernement pendant le temps qu'il déterminera, eu égard à leur conduite. Paragraphe III. – Mendicité. Article 274. Toute personne qui aura été trouvée mendiant dans un lieu pour lequel il existera un établissement public organisé afin d'obvier à la mendicité, sera punie de trois à six mois d'emprisonnement, et sera, après l'expiration de sa peine, conduite au dépôt de mendicité.

Article 275. Dans les lieux où il n'existe point encore de tels établissements, les mendiants d'habitude valides seront punis d'un mois à trois mois d'emprisonnement. S'ils ont été arrêtés hors du canton de leur résidence, ils seront punis d'un emprisonnement de six mois à deux ans. Consultado en [http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_de_1810.htm] 5/10/2015.

40. FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI Editores, 1987, p. 54.

IV.B. Sujeción a un mercado de trabajo

Como otra expresión de potestad dominante, el Statute of Cambridge de 1388 ya había determinado que los trabajadores no podían hacer abandono de su lugar de residencia sin una autorización –otorgada por los jueces de paz– que consignara una causa razonable de mudanza. Para reforzar este sometimiento de los trabajadores a un territorio (en realidad a un mercado de oferta laboral) se dispuso, de igual forma, que quienes estuvieran deambulando sin permiso debían ser castigados y sometidos a la práctica del cepo.

Años más tarde, el gobierno francés con el fin de contener la fuga de obreros adoptó un régimen similar y prohibió la emigración mediante el dictado de decretos (años 1669 y 1682) que establecían penas de arresto, confiscación de bienes e inclusive la muerte, para los trabajadores que abandonaran el país.⁴¹ También se impusieron regulaciones que tuvieron en mira controlar las exigencias de mejoras laborales, en momentos en que se estimulaba el trabajo de menores –huérfanos o alquilados por sus padres– y se prohibió la creación de organizaciones obreras.

Algunos de estos mecanismos represivos, según veremos mas adelante, fueron utilizados en el Río de la Plata, tal es el caso del *Bando* dictado el 30 de agosto de 1815 por el Gobernador de la provincia de Buenos Aires y, ulteriormente, la sanción de la *Ley del vago* de la provincia de Entre Ríos en el año 1860.

IV.C. Insolencias y leyes destinadas a contener los reclamos salariales

Para hacer frente a las reivindicaciones salariales, las primeras leyes inglesas y francesas referentes al trabajo remunerado –v.gr. el *Statute of Labourers* de 1349 y la posterior *Ordennance* francesa– prohibieron el pago de jornales que excedieran los límites impuestos por la autoridad, al mismo tiempo que acosaban a las organizaciones obreras.⁴²

41. Ver RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O., *Pena y estructura social*, op. cit., pp. 34.

42. Respecto a la forma en que eran reprimidas estas agrupaciones, de Roover describe el caso de Ciuto Brandini, un cardador de lanas florentino que fue arrestado y ejecutado por tratar de organizar un sindicato; Cfr. DE ROOVER cita el trabajo de RODOLICO, N., *La democrazia fiorentina nel suo tramonto, 1378-1382*, Boloña, 1905, pp. 54 y 114. Ver DE ROOVER,

En oportunidad de analizar el *Estatuto de trabajadores* británico, Adam Smith puso de manifiesto: "que siempre que se ha pensado en dictar una ley para regular los salarios de los obreros ha servido generalmente para disminuirlos, y no para aumentarlos".⁴³ Asimismo el autor de la *Riqueza de las naciones* se encargó de referir: que en el Preámbulo de ese *Statute* se formulaban reparos respecto a "la insolencia de los criados domésticos que intentaban aumentar sus salarios en perjuicio de sus amos", en vista de lo cual se ordenó que todos los criados y obreros se contentasen con los mismos salarios (que comprendían vestimenta y alimentos).⁴⁴

Para reforzar esta tendencia y someter a la población fluctuante⁴⁵ se promovieron dispositivos destinados a inducir a ex campesinos, artesanos y proletarios para que aceptaran como algo *natural* la lógica del trabajo asalariado y el rigor de los nuevos sistemas fabriles. Se distinguió así –en forma similar a la *Poor Law*– entre: *pobres inocentes*, sujetos a la asistencia pública (inválidos, ancianos, huérfanos, viudas, dementes) y *pobres*

R., *La teoría del monopolio antes de Adam Smith: una revisión*, consultado en [www.cep-chile.cl/dms/archivo_1392_1083/rev25_roover.pdf] en 4/10/2015.

43. SMITH, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, op. cit., p. 127. En oportunidad de analizar los acuerdos celebrados entre patronos con el objeto de bajar los sueldos, Adam Smith se ocupó de destacar que ese tipo de "combinaciones se hacen siempre con la mayor precaución y sigilo, hasta el momento mismo de su ejecución".

44. "Se refiere al Acta de 1349, que ordenaba el mantenimiento de los salarios al nivel de 20. Edw. III, y cinco o seis años antes (1347 o 1348 a 1353), promulgada contra la malicia de los sirvientes que ... no guardan consideración alguna a la referida ordenanza, sino a su propia comodidad y codicia, retirándose del servicio de los grandes y otros señores, sino tienen librea y salarios del doble o triple de los que solían percibir por los años veinte y con anterioridad, con gran perjuicio de los aludidos grandes y empobrecimiento de la comunidad, por lo que está urgiendo el adecuado remedio", SMITH, A., *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, op. cit., pp. 171/172. Sobre el tema de salarios y los recursos de la seguridad social en Argentina, ver; CATANIA, A., *Régimen Penal Tributario. Estudios sobre la ley 24.769*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2007, p. 19 y ss.

45. MARX, C., *El Capital*, ob. cit., t. I, p. 628. Ver CRUZ, C., "Delitos contra la libertad de trabajo y asociación", en BAIGÚN, D. y ZAFFARONI E. R. (dir.), *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, t. V, pp. 833 y ss. Ver, en orden a las actuales tendencias en materia de tutela de los derechos de los trabajadores: TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Empresa y Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, pp. 21-52.

culpables, que se encontraban en situaciones marginales (jóvenes y hombres maduros desocupados, mendigos aptos para el trabajo y prostitutas). Para vigilar a los primeros se establecieron organizaciones asistenciales, mientras que para los segundos se conformaron distintas unidades institucionales de internación coactiva.⁴⁶

Ulteriormente, la monarquía absoluta francesa, representada en la figura de Luis XIV (el *rey sol*), dictó la *Ordennance Criminnelle du mois de août 1670*.⁴⁷ Esta Ordenanza previó distintos castigos para el imputado –convertido en objeto de investigación– entre los que se incluía la aplicación de tormentos, el látigo, la retractación pública, el trabajo en galeras, el destierro y la pena de muerte.

Al abordar este panorama represivo, Jiménez de Asúa pone de relieve el carácter arbitrario de las penas fijadas libremente por el juez, quien si bien no podía inventar suplicios, tenía la posibilidad de agravar y acumular penas que variaban según fuera la condición social del reo. Los martirios más frecuentes estaban constituidos por el trabajo en galeras y latigazos seguidos del extrañamiento. El maestro español destaca el carácter atroz de los suplicios que se aplicaban a delincuentes y regicidas⁴⁸ a la vez de apuntar que la “confiscación general” emergió como una importante fuente de recursos para el tesoro público.

En ese período, se llegó a evaluar el costo que aparejaba la compra y mantenimiento de la mano de obra esclava, lo que hizo concluir que los hombres libres valían más vivos que muertos, y en consecuencia era conveniente “hacerlos trabajar una vez que cometen un delito”.⁴⁹ Desde esa perspectiva, y bajo el influjo de esos criterios, se empezaron a organizar distintas instituciones de internamiento obligatorio⁵⁰ sobre la base de los

46. PAVARINI, M., *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, ob. cit., pp. 31-32; RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O., *Pena y estructura social*, ob. cit., p. 38.

47. Ver Ordenanza Criminal francesa de 1670, consultado en [ledroitcriminel.free.fr] el 4/10/15.

48. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, t. I, Buenos Aires, Losada, 1950, p. 303.

49. MELOSSI, D.; PAVARINI M., *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX)*, ob. cit., p. 37.

50. “En un sistema de producción precapitalista la cárcel como pena no existe; esta afirmación es históricamente verificable con la advertencia de que no se refiere tanto a la cárcel como institución ignorada en el sistema feudal cuanto a la pena de internación como priva-

métodos disciplinarios que habían sido desarrollados en el Castillo de Bridewell (Londres, 1555).

Las experiencias *reformistas* se extienden a Holanda –país que había alcanzado el sistema precapitalista más avanzado del siglo XVI– a partir de *casas de trabajo* y *casas de corrección* (*Poorhouse, Workhouses*) que hacían trabajar a desocupados, ladrones, prostitutas, pobres e hijos de pobres. Instituciones estas que apuntaban a disminuir los costos de producción, controlar los altos *jornales libres*, capacitar mano de obra calificada y adiestrar a las personas en los mecanismos de la disciplina fabril.⁵¹ En esas casas, la fuerza de trabajo de los reclusos –apropiada por las autoridades de la institución al ser utilizada para producir o alquilar a terceros– pasó a operar a modo de nuevo artilugio regulador de las remuneraciones. Ello enmarcado en circunstancias en que, conforme señaláramos, se había fijado la paga *máxima* que cobrarían los obreros, quienes estaban obligados a aceptarla bajo pena de ser castigados.

Así, podemos especular que esas injustas condiciones de vida y trabajo –a que fueron forzados hombres, mujeres, niños y niñas de todas las edades– hayan incidido para que Adam Smith llegara a concebir aquello que este autor caracterizara como: *el odio al trabajo en el pobre*.⁵²

Al tratar estas cuestiones, Beccaria se representa el razonamiento que puede efectuar un delincuente y pone en cabeza de este el siguiente interrogante: “¿Qué leyes son estas que debo yo respetar, pero que dejan a una tan gran distancia entre el rico y yo? Él me niega el salario que yo le pido, y se excusa con encomendarme un trabajo que no conoce. ¿Quién ha hecho estas leyes? Hombres ricos y poderosos que no se han dignado nunca visitar las tristes cabañas del pobre, que nunca han repartido un pan enmohecido entre los gritos inocentes de los hambrientos hijitos y las lágrimas de la esposa. Rompamos estos vínculos fatales para la mayoría

ción de libertad. En la sociedad feudal existía la cárcel preventiva o la cárcel por deudas”, ver MELOSSI, D. y PAVARINI, M., *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, *op.cit.* p. 19, ver también p. 32.

51. MELOSSI, D. y PAVARINI, M., *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, *ob. cit.*, pp. 19-32.; RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O., *Pena y estructura social*, *op. cit.*, p. 47; ALTHUSER, L., *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2008, p. 14.

52. SMITH, A., *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, *ob. cit.*, p. 629.

y útiles para unos pocos e indolentes tiranos; ataquemos la injusticia en su origen".⁵³

V. MONOPOLIOS, VAGOS Y NEGOCIOS EN LA CIUDAD DE SANTA MARÍA DEL BUEN AYRE

Llegado a este punto de análisis respecto del despliegue urbano-fábril y su entramado con prácticas disciplinarias, nos parece útil, a manera de epílogo, que veamos algunas de las interrelaciones que se dieron entre ese proceso europeo y acontecimientos desarrollados en el Sur de América.

A partir de esta mirada, es factible verificar que mientras en los países precapitalistas la fábrica urbana –de la mano del comercio– se instaba en el centro de la actividad productiva, en los territorios coloniales sudamericanos la economía se desenvolvía, de manera trágica, en torno al tráfico de esclavos, la extracción de metales preciosos y el contrabando.

Sobre estas cuestiones, cabe recordar que la Corona Española había conferido a ciertos grupos –pertenecientes a la nobleza y burguesía marítima de Castilla y Aragón– derechos monopolísticos para abastecer los territorios de América del Sur, a la vez de otorgar permisos a Holanda (1595) e Inglaterra (1713) para que se encargaran del comercio de esclavos. Entre estos privilegios deben destacarse los beneficios otorgados a banqueros, tal el caso de la mencionada *Casa Fugger* (s. XV-XVI) a la que se otorgó concesiones en minas de oro, cobre, sal para poder introducir el oro y plata americanos en el continente europeo.

Respecto al tráfico de esclavos, se estima que en el lapso transcurrido entre los años 1500 y 1800 –al mismo tiempo que desaparecía, a consecuencia de guerras y plagas, el noventa por ciento de la población nativa– ingresaron a América alrededor de seis millones de cautivos negros, lo que representa aproximadamente un noventa por ciento del comercio esclavista de esa fase.⁵⁴

53. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Ediciones Libertador, 2005, p. 62.

55. Ver FERRER, Aldo, *La economía Argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 49.

Beccaria (1738-1794), en sus estudios sobre economía,⁵⁵ se ocupó de resaltar: "El oro, que brilla por todas partes, lanza a los españoles...a buscar fortuna. Fluyen torrentes de sangre y son inmoladas millones de víctimas, aparentemente a la religión de un Dios de paz, y en realidad a la voracidad del metal que representa todos los placeres".

Es, precisamente, en atención a esos actos de barbarie que Sartre (1905-1980), repasa la historia del *sujeto colonizador* y entonces él, le dice a sus contemporáneos europeos: "Ustedes, tan liberales, tan humanos, que llevan al preciosismo el amor por la cultura, parecen olvidar que tienen colonias... Hay que afrontar un espectáculo inesperado: el *strip tease* de nuestro humanismo. Helo aquí desnudo y nada hermoso: no era sino una ideología mentirosa: la exquisita justificación del pillaje... El europeo no ha podido hacerse hombre sino fabricando esclavos y monstruos... Nuestras víctimas nos conocen por sus heridas y por sus cadenas".⁵⁶

En ocasión de estudiar los beneficios que obtuvo la Corona española provenientes del tráfico de esclavos, Rodolfo Puiggrós (1906-1980), destaca dos aspectos: la venta del derecho a exportar negros y la forma en que la ganancia, proveniente de la subasta de africanos, era distribuida entre la corona, los jueces y los denunciadores del ingreso clandestino.⁵⁷ Las naves negreras incluso permitieron que muchos navegantes se enriquecieran infiltrando a judíos perseguidos por la Inquisición lusitana.⁵⁸

Por otra parte, si observamos las características del intercambio de

56. BECCARIA, C., *Principios de economía pública y otros ensayos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp.21-23.

57. SARTRE, J. P. "Prefacio", en FANON, F., *Los condenados de la tierra*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 7 y ss. Al abordar el impacto que significó el dominio de Europa sobre los nuevos territorios, Michael Payne, desde otra perspectiva, efectúa una apreciación similar a la del filósofo francés al recalcar que el brutal encuentro entre la modernidad europea y el mundo africano "constituye una crisis de proporciones indescriptibles, cuya realidad trágica está encarnada en las instituciones de la esclavitud, el colonialismo y las ideologías de la superioridad cultural y racial", ver: PAYNE, M., *Diccionario de teoría crítica y estudios culturales*, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 294. Ver también: THUS, V.; "El antinegacionismo jurídico: Derecho internacional vs. Derecho local" en *Pensar en Derecho*, n° 2, Buenos Aires, Eudeba, 2013, p. 85 y ss.

58. PUIGGRÓS, R., *Historia Económica del Río de La Plata*, Buenos Aires, Retórica Ediciones: Altamira, 2006, p. 32. Este mismo autor refiere que entre los años 1600-1625 se declaró el decomiso de 8.932 negros, lo que le redituó al rey la suma de 743.433 pesos de plata.

59. Ver: PIGNA, F., *Los mitos de la historia argentina*, Buenos Aires, Norma, 2004, p. 105.

productos entre ambos continentes, podemos constatar que los españoles –carentes de un soporte manufacturero propio que les permitiera abastecer a los territorios coloniales– tuvieron que dedicarse a comprar mercancías a fabricantes y comerciantes ingleses, holandeses, franceses e italianos (en los mercados de Cádiz o Sevilla), mientras les vendían plata del Potosí, cueros de las pampas y yerba mate (proveniente de los actuales territorios de Misiones y Paraguay). La administración de este sistema reportaba importantes ganancias a los monopolios ibéricos que operaban en medio de un sistema de control mercantil, donde toda trasgresión era considerada un acto de contrabando o piratería. Sin embargo, pese a la vigilancia que se procuraban ejercer desde la Casa de Contratación o el Consulado, gran parte de las mercaderías que ingresaban a Buenos Aires eran introducidas por contrabandistas ingleses, holandeses o portugueses (asentados en la vecina ciudad de Colonia). Como secuela de este estado de cosas, los precios se multiplicaban varias veces, a través de una cadena de sucesivos intermediarios que actuaba desde que los bienes salían de fábrica, pasaban por España y llegaban al Río de la Plata, para retornar las ganancias, en definitiva, a las factorías británicas.

En este estado de las cosas, el pueblo de Buenos Aires tuvo que afrontar tanto los altos precios de productos importados o contrabandeados, como graves privaciones derivadas de la falta de mercancías básicas.

Las paupérrimas condiciones de vida de los habitantes rioplatenses se encuentran reflejadas en un informe del Cabildo de Buenos Aires, del 21 de julio de 1598, donde se expone: "...hay tanta hambre y miseria en esta ciudad que si esta pasa adelante y Su Majestad no provee do remedio, será forzoso aberse de poblar esta ciudad porque ni los hombres tienen de que vestir".⁵⁹ En el mismo sentido, un obispo de la época, al describir las posibilidades de acceso a productos básicos, señalaba: "Así ocurre con todo de cuenta que 200 ducados valen en España más que 200 aquí, a causa del precio de las cosas. Para hacerse unos zapatos es menester comprar un cuero, buscar luego un zapatero, rogarle y rogarle muchos meses seguidos, pagarle un precio alto como las nubes, contentarse con los zapatos, estén como estén, y dar las gracias al operario efusivamente. No hay médicos, ni droguistas, no existen medicinas, ni barberías, pero todos ofician de médicos y barberos, cada cual prepara las medicinas del modo que se le alcanza,

60. PUIGGRÓS, R., *Historia Económica del Río de La Plata*, ob. cit., p. 20.

como es de suponer [...] no hay plata ni oro, ni moneda real, ni de cobre, de ninguna clase. Las transacciones se hacen a causa de esto por medio del cambio de producto, dando vino por trigo, trigo por azúcar, azúcar por carne, carne por mate y así sucesivamente".⁶⁰

Con el objeto de administrar justicia y en un nuevo intento por tratar de contener el contrabando que mermaba las arcas de la corona, se estableció en la Ciudad de *Santa María del Buen Ayre* una Real Audiencia –integrada por tres oidores y un fiscal– (año 1661).⁶¹ Sin embargo, este intento por controlar el comercio ilícito no dio buenos resultados y tuvo su fin cuando la Reina regente Mariana de Austria resolvió cerrar la Audiencia debido, entre otros motivos, a los vínculos y negocios existentes entre oidores y contrabandistas.

Ahora bien, al momento de evaluar las implicancias negativas para las poblaciones del Virreynato emanadas del contrabando y el comercio de ultramar, resulta ineludible tener presente que el interés inglés sobre nuestro actual territorio –conforme los objetivos definidos por las *Acts of Navigation* (1651-1696)– fue una constante durante todo el período de dominio español. *Actas de Navegación* esas que, acorde señalara Adam Smith, fueron promulgadas: para defender el interés nacional británico, incentivar la inversión industrial y consolidar el monopolio de Inglaterra en materia de comercio exterior. Además de renovar, en palabras de Beccaria: “el antiguo ejemplo cartaginés de los mercaderes conquistadores”.⁶²

En ese marco, las tareas productivas de la colonia a principios del siglo XIX se centraban en la elaboración doméstica de distintos objetos y en las faenas que se realizaban en los alrededores de las estancias. Es a partir de estas unidades económicas⁶³ que se va a extender la ganadería y el procesamiento del cuero, tasajos y otros productos derivados que eran requeridos por el mercado externo. En medio de esta incipiente actividad, los ganaderos y comerciantes porteños ligados al comercio exterior bregaban contra el restablecimiento de privilegios o trabas que afectarán el libre comercio con otros países (en especial Inglaterra) a través de *su* puerto.⁶⁴ De esta

61. PUIGGRÓS, R., *Historia Económica del Río de La Plata*, ob. cit., p. 31.

62. CONESA, E., “La economía política de la Revolución de Mayo”, en *La Ley*, n° 98, Buenos Aires, 2010, p. 11.

63. BECCARIA, C., *Principios de economía pública y otros ensayos*, ob. cit., p. 23.

64. Cfr. PUIGGRÓS, R., *Historia Económica del Río de La Plata*, ob. cit., p. 51.

65. SCHMIT, R., “Las consecuencias económicas de la revolución en el Río de la Plata”, en

manera, más del cincuenta por ciento de los productos que ingresaban por el puerto de Buenos Aires provenían de fábricas inglesas, mientras que, como contrapartida, las exportaciones rioplatenses estaban compuestas en un 80% por metales preciosos⁶⁵ (en especial plata) provenientes del Alto Perú.

En esta época, en que no existían alambrados ni delimitaciones territoriales específicas fuera del área urbana, se generaron múltiples conflictos entre ganaderos y agricultores, quienes a medida que iban siendo desplazados de sus tierras también perdían su fuente de trabajo. El proceso de exclusión territorial y generación de mano de obra barata en nuestros territorios tuvo uno de sus hitos, años más tarde, con el dictado de un *Bando* por parte del Gobernador de la Provincia de Buenos Aires Manuel Oliden el 30 de agosto de 1815. Mediante esta norma se estableció que toda persona que no fuera propietaria debía tener una constancia de trabajo, visada por el juez del partido y renovable cada tres meses, especificándose asimismo que los que carecieran de este documento serían considerados *vagos* y obligados a *reconocer un patrón*, para quien debían trabajar dos años o servir en el ejército durante cinco años. Todo ello en forma similar a lo acontecido en Inglaterra con la aludida *Poor Law Act* de 1530 y a lo que sucedería con la sanción de la *Ley del vago* de la Provincia de Entre Ríos (1860).⁶⁶

BANDIERI, S., (comp), *La historia económica y los procesos de independencia en la América Hispana*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2010, p. 78.

66. ROSAL, M. A. y SCHMIT, R., "Las exportaciones pecuarias bonaerenses y el espacio mercantil rioplatense (1768-1854)", en FRADKIN, R. O., GARAVAGLIA, J. C. (ed.), *En busca del tiempo perdido*, Buenos Aires, Prometeo libros, 2004, p.159.

67. Registro Nacional – 1815.- 809- Disposiciones sobre policía rural. BANDO. Don Manuel Luis Oliden, Gobernador Intendente de la Provincia de Buenos Aires, delegado de Correos, etc. Con fecha 9 de Agosto de 1813 se circuló por este Gobierno á los Alcaldes de Hermandad de la Campaña la orden de tenor siguiente: El arreglo de la campaña es uno de los puntos más interesantes al Estado y para consultarlo en algún modo, tendrá vd. presente los arts. 1º a 10º, del 30 de Agosto de 1815.- Manuel Luis de Oliden, consultado en [<http://cdi.mecon.gob.ar/greenstone/collect/registr1/index/assoc/HASH010c.dir/doc.pdf>] el 5/10/2015. En esta misma orientación, la Legislatura de la Provincia de Entre Ríos, sancionó en el año 1860, la llamada "Ley de Vagos" que clasificaba a "los vagos" en sus arts. 1 y 2, luego un "procedimiento contra vagos" en los Arts. 3º y 4º y, por último, el "Destino de los vagos" en sus Arts. 9º a 13º, según la Transcripción de la copia facsimilar existente en el Palacio de San José, Museo y Monumento Nacional Justo José de Urquiza. Consultado en [servicios2.abc.gov.ar/docentes/efemerides/10denoviembre/descargas/ley_vago.pdf] 5/10/15. Cabe tener presente al respecto que, acorde referimos anteriormente, en el año

En los años que siguieron a la Revolución de Mayo de 1810, frustrado el *Plan de operaciones* de Mariano Moreno, la estrategia británica en el Río de la Plata giró en torno a cuatro objetivos centrales: promover el *libre comercio*, obtener la apertura de los puertos y la libre navegación en los ríos interiores, monopolizar el comercio exterior y suscitar, a partir del intercambio, un flujo de metálico hacia la metrópoli.

En función de estas políticas estratégicas, encaminadas a incrementar la venta de mercancías de origen extranjero en nuestras comarcas, los empresarios ingleses procedieron a copiar los modelos de distintos productos locales –como ser ponchos cordobeses y santiagueños, artículos de cuero correntinos, clavos y espuelas– para producirlos, a menor costo, en las plantas industriales más avanzadas del mundo y poder comercializarlos luego en las ciudades y campaña, a un precio inferior al de las manufacturas y alfarería criollas, las que resultaron finalmente desplazadas por la competencia fabril.

Al describir los efectos de esas políticas, Woodbine Parish (Cónsul general, Encargado de negocios británico en el Río de la Plata entre los años 1824 y 1832 y familiar de los hermanos Parish Robertson) expresaba: “Los precios módicos de las mercaderías inglesas, especialmente las adecuadas al consumo de las masas de la población de aquellos países, les aseguraron una general demanda desde el momento de abrirse el comercio. Ellas se han hecho hoy artículos de primera necesidad en las clases bajas de Sudamérica. El gaucho se viste en todas partes con ellas. Tómese todas las piezas de su ropa, examínese todo lo que lo rodea y exceptuando lo que sea de cuero, ¿qué cosa habrá que no sea inglesa? Si su mujer tiene una pollera, hay diez probabilidades contra una de que será manufactura de Manchester. La caldera u olla en que cocina su co-

1530, Enrique VIII a través de un estatuto específico (*Poor law Act*) había establecido la distinción entre las personas inhabilitadas para realizar trabajos –entre las cuales diferenciaba entre viejos, pobres, impotentes, a quienes se confería autorización para mendigar–, y aquellos que no podían recibir limosnas, bajo castigo de ser azotados hasta hacerlos sangrar. Para los vagabundos jóvenes y fuertes se establecían azotes y reclusión, previéndose que se los ataría a la parte trasera de un carro y se les azotaría “hasta que la sangre mane de su cuerpo, devolviéndolos luego, bajo juramento, a su pueblo natal o al sitio en que hayan residido en los últimos tres años, para que “se pongan a trabajar”, “to put himself to labour”. En la misma época, Francia estableció la obligación de realizar de trabajos públicos –que podían consistir en la construcción de fortalezas o caminos–, como forma de emplear a los vagabundos desocupados. *Poor Law Act* (22 HenVIII, c.1 2), ver cita 31.

mida, la taza de loza ordinaria en que la come, su cuchillo, sus espuelas, el freno, el poncho que lo cubre, todos son efectos llevados de Inglaterra. Cuanto más barato podamos producir estos artículos, tanto más consumo tendrán. De esta suerte, cada adelanto en nuestra maquinaria que haga abaratar el precio de estos efectos contribuye, sin que acaso podamos alcanzar a comprender en cuán grande parte, a la comodidad y bienestar de las clases más pobres de aquellos remotos países, al mismo tiempo que perpetúa nuestro predominio en sus mercados. Es tanto más esto cuanto que, en la venta de aquellos artículos, ningún país extranjero puede competir con Gran Bretaña en el módico costo de su producción; y en cuanto a manufacturas del país, sería inútil esperar que las haya en un país tan poco poblado, en donde lo que hace falta son brazos y en donde estos puedan dedicarse a un objeto diez veces más provechoso aumentando sus recursos naturales y sus medios de producción, tan imperfectamente desarrollados hasta ahora".⁶⁷

El ingreso de esos bienes importados daba lugar a su intercambio por metales, lo que implicó hacia el año 1822, que más de una cuarta parte de las exportaciones criollas llegaran a estar conformadas por oro, plata y cobre que salían con rumbo a Inglaterra (1.356.493 pesos fuertes en metales preciosos sobre un total de 5.000.000 exportado).⁶⁸ Todo ello gestado en oportunidad en que la falta de circulante constituía una traba para el comercio local, a punto tal que en las transacciones cotidianas se utilizaban unos discos de hojalata marcados con el nombre del emisor.

Para fiscalizar el uso de múltiples monedas, el gobierno del general Martín Rodríguez –integrado por los ministros Bernardino Rivadavia y Manuel García– creó bajo el auspicio de capitales sajones el *Banco de Buenos Aires* (también llamado *De Descuentos*) el 15 de enero de 1822. Entidad esta que pasaría a operar con facultades para intervenir en el comercio exterior y emitir papel moneda, y bajo el control de comerciantes ingleses residentes en Buenos Aires, a la sazón titulares de dos tercios de las acciones del Banco.⁶⁹

67. PARISH, W., *Buenos Aires y las Provincias del Río de la Plata*, Buenos Aires, Editorial Hachette, 1958, p. 527-528. LEVENE, R., *Obras Completas - Introducción a Documentos para la Historia Argentina*, Buenos Aires, 1962.

68. Ver SCALABRINI ORTIZ, R., *Política Británica en el Río de la Plata*, Rosario, Editorial Fundación Ross, 2008, t. III., p. 57.

69. "Ese Banco de Buenos Aires estuvo siempre bajo el contralor de Inglaterra. Sus reunio-

En esas circunstancias, la Junta de Representantes bonaerense sancionó, el 19 de agosto de 1822, una ley que facultaba al Ejecutivo provincial a gestionar un empréstito, de hasta cuatro millones de pesos, destinados a construir el puerto de la Ciudad de Buenos Aires, instalar el servicio de agua corriente para esta, crear tres ciudades sobre la costa provincial y varios pueblos en la zona de frontera con los pueblos originarios. A los efectos de llevar adelante la operación, Rivadavia organizó un *Consortio negociador* integrado por comerciantes de Buenos Aires y los hermanos escoceses John y William Parish Robertson. Consortio que, el 1 de julio de 1824, suscribió en Londres el acuerdo con la firma *Baring Brothers*. Conforme lo acordado el préstamo sería por la suma de 1.000.000 de libras esterlinas (equivalente a 5.000.000 de pesos fuertes). No obstante, los negociadores pactaron entonces colocar ese monto al 85%, entregando a Buenos Aires el 70% y repartir la diferencia del 15% en comisiones del 12% (120.000 libras) para el Consortio y del 3% (30.000 libras) para la Banca. Finalmente, luego de deducirse los importes correspondientes al pago de comisiones y cuotas adelantadas solo llegaron a Buenos Aires unas 570.000 libras, integradas en su mayor parte por letras de cambio. Capital este que no fue aplicado a las obras previstas sino que se entregó al Banco de Descuentos, con el objeto de que pudiera otorgar créditos a sus clientes.

VI. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo que venimos exponiendo, los cambios en el modo de producción y en las formas de relación social que se sucedieron en Europa entre los siglos XV a XVIII llevaron a que la ciudad de la modernidad

nes de accionistas muestran su abrumadora mayoría (...) Y en la Junta general de accionistas efectuada el 9 de enero de 1826, poco antes de refundirse el Banco Nacional, los ingleses tenían 589 sobre un total de 838, es decir, más de dos tercios (...) En el acta del Banco del 27 de septiembre de 1824 se deja constancia sucintamente de la renuncia a su cargo de un director. Se dice que Mr. Robertson, director también, fue encargado de solicitar explicaciones al renunciante que se syndica por sus iniciales exclusivamente: el señor S.V. suponemos que es el señor Sáenz Valiente, comerciante conspicuo. Robertson dice, según el acta: "que el señor S. V. protestándole la mayor franqueza, le había expresado que el motivo que él tenía para no admitir dicho honor, era que creía lo que generalmente se de en el pueblo y es que en el Banco los extranjeros ejercen una influencia perniciosa para el país, a cuyo abuso él no quería contribuir". *Ibid.*, pp. 60-61.

se conformara en torno a un sistema fabril que, con el aporte de los capitales provenientes del territorio americano y del tráfico de esclavos, hizo posible la Revolución Industrial.

El pasaje del modo de producción feudal al capitalismo también fue viable por la generación de una masa de desocupados, que para subsistir, debía vender su fuerza de trabajo a cambio de un acotado estipendio (que permitía incrementar la tasa de ganancia)

Así, para disciplinar a desocupados, campesinos, obreros y peones, de modo tal que se sometieran a las condiciones laborales que les eran impuestas, se recurrió a distintos mecanismos e instrumentos jurídicos, como ser el castigo físico, la prohibición de agremiarse, la sujeción a un territorio o las casas de corrección.

En ese devenir, los países coloniales tuvieron que afrontar dos situaciones que limitaron sus posibilidades de desarrollo al verse conminados a contribuir —mediante la *exspoliatio* de metales preciosos y la exportación de monedas— a la formación de los capitales originarios, a la vez de tener que competir, en condiciones desfavorables, con las naciones que habían resultado beneficiadas por ese proceso de transferencia y acumulación de capitales destinados a la producción de manufacturas y el desarrollo de prácticas monopolísticas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTHUSSER, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2008.
- BAIGÚN, David y CRUZ, Carlos, "El Desabastecimiento. Un delito olvidado", en *Modernas Tendencias de Dogmática penal y Política Criminal. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*", Lima, IDEMSA, 2007, pp. 191-211.
- BECCARIA, Cesare, *Principios de economía pública y otros ensayos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- , *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Ediciones Libertador, 2005.
- CATANIA, Alejandro, *Régimen Penal Tributario. Estudios sobre la ley 24.769*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2007.
- CÓDIGO PENAL FRANCÉS DE 1810, consultado en [http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_de_1810.htm] el 5/10/2015.

- CONESA, Eduardo, "La economía política de la Revolución de Mayo", en *La Ley*, n° 98, Buenos Aires, 2010.
- COVARRUBIAS, Isaías M., *La economía medieval y la emergencia del capitalismo*, consultado en [<http://www.eumed.net/coursecon/libreria/>] el 4/10/2015.
- CRUZ, Carlos, "Política Criminal. Necesidad de un Pensamiento Situado", en BAIGÚN, *et al.*, *Reforma Penal y Política Criminal. La codificación en el Estado de Derecho. VI Encuentro AAPDP en homenaje al Prof. Enrique U. García Vitor*, Buenos Aires, Ediar, 2007, pp. 217-245.
- CRUZ, Carlos, "Delitos contra la libertad de trabajo y asociación", en BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio R. (dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, t. V, pp. 833-922.
- CRUZ, Carlos, *et al.*, "Cuestiones de imputación en el ámbito de la actividad empresaria", en FELLINI, Zulita (dir.), *Temas de Derecho penal económico*, Buenos Aires, Grün, 2004. pp. 115-136.
- DUSSEL, Enrique, *El encubrimiento del otro. Hacia el origen del "Mito de la Modernidad"*, La Paz, Plural Ed., 1994.
- ENGELS, Federico, *Origen de la familia. La propiedad privada y el Estado*, México, Editores Unidos, 1992.
- FERRER, Aldo, *La economía Argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI, 1987.
- GALBRAITH, John K., *Historia de la economía*, Buenos Aires, Ariel, 1994.
- GIMPEL, Jean, *La révolution industrielle du Moyen Age*, París, Editions du Seuil, 1975.
- HARNECKER, Marta, *Los conceptos elementales del materialismo histórico*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1974.
- HOBBSAWM, Eric J., *En torno a los orígenes de la revolución industrial*, Madrid, Siglo XXI, 2003.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Losada, 1950.
- KUSCH, Rodolfo, "Lo americano y lo argentino desde el ángulo simbólico-filosófico", en KUSCH, Rodolfo, *Obras Completas*, Rosario, Fundación Ross, 2000.
- LE GOFF, Jacques, *Mercaderes y banqueros de la Edad Media*, Barcelona, Oikos Tau, 1991.

- LEVENE, Ricardo, *Obras Completas - Introducción a Documentos para la Historia Argentina*, Buenos Aires, 1962.
- MARX, Carlos, *Formaciones económicas precapitalistas*, Buenos Aires, Anteo, 1973.
- MARX, Carlos, "La ideología alemana", en *Formaciones económicas precapitalistas*, Buenos Aires, Anteo, 1973.
- MARX, Carlos, *El Capital: crítica de la economía política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.
- MELOSSI, Dario y PAVARINI, Máximo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX)*, México, Siglo XXI Editores, 1980.
- MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.
- MORO, Tomás, *Utopía*, Buenos Aires, Gradifco, 2007.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- ORDENANZA CRIMINAL FRANCESA DE 1670, consultado en [ledroitcriminel.free.fr] el 4/10/2015.
- PARISH, Woodbine, *Buenos Aires y las Provincias del Río de la Plata*, Buenos Aires, Hachette, 1958.
- PAVARINI, Máximo, *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, México, Siglo XXI, 1988.
- PAYNE, Michael, *Diccionario de teoría crítica y estudios culturales*, Buenos Aires, Paidós, 2002.
- PÉREZ MIRANDA, Rafael, *Derecho y relaciones de producción*, México, Plaza Valdés Editores, 1988.
- PIGNA, Felipe, *Los mitos de la historia argentina*, Buenos Aires, Norma, 2004.
- POOR LAW ACT (22 HenVIII, c.1 2) *Key dates in Poor Law and Relief , Great Britain 1300-1899*, consultado en [http://www.thepotteries.org/dates/poor.htm] el 4/0/20015.
- POWER, Eileen, *Gente de la Edad Media*, Buenos Aires, Eudeba, 1994.
- PUIGGRÓS, Rodolfo, *Historia Económica del Río de La Plata*, Buenos Aires, Altamira, 2006.
- RAFFIN, Marcelo, *La experiencia del horror*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- SCHMIT, Roberto, "Las consecuencias económicas de la revolución en el Río de la Plata", en BANDIERI, Susana (comp.), *La historia económica y*

- los procesos de independencia en la América Hispana*, Buenos Aires, Prometeo libros, 2010, pp. 71- 104.
- RODRÍGUEZ, Marcelo, "La peste negra y el debut de la salud pública", en *Suplemento Futuro*, Buenos Aires, Diario *Página 12*, 6 de marzo de 2010.
- ROLL, Eric, *Historia de las doctrinas económicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.
- ROOVER, Raymond de, *La teoría del monopolio antes de Adam Smith: una revisión*, consultado en [www.cepchile.cl/dms/archivo_1392_1083/rev25_roover.pdf .] el 5/10/2015.
- ROSAL, Miguel A. y SCHMIT, Roberto, "Las exportaciones pecuarias bonaerenses y el espacio mercantil rioplatense (1768-1854)" en FRADKIN, Raúl O.; GARAVAGLIA, Juan. C. (ed.), *En busca del tiempo perdido*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2004, pp. 159-193.
- RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto, *Pena y estructura social*, Colombia, Temis, 1984.
- SARTRE, Jean P., "Prefacio", en FANON, Frantz, *Los condenados de la tierra*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009.
- SCALABRINI ORTIZ, Raúl, *Política Británica en el Río de la Plata*, Rosario, Editorial Fundación Ross, 2008.
- SMITH, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M., *Empresa y Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.
- THUS, Valeria, "El antinegacionismo jurídico: Derecho internacional vs. Derecho local", en *Pensar en Derecho*, n° 2, Buenos Aires, Eudeba, 2013, p. 85 y ss.
- VILLAS TINOCO, Siro, *Las claves de la revolución industrial*, Barcelona, Planeta, 1990.
- ZAFFARONI, Eugenio R., "Política y Dogmática jurídico penal", en CAFFERATA NORES, José I. y ZAFFARONI, Eugenio R., *Crisis y legitimación de la Política Criminal, del Derecho Penal y Procesal Penal*, Córdoba, Advocatus, 2002, pp. 51-71.

EL CAMPAMENTO PARTICIPATIVO. POR QUÉ LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA NO ES VIRTUOSA EN SÍ MISMA, SINO EN TODO CASO UN MAL NECESARIO*

NAHUEL MAISLEY**

Resumen: En este trabajo defiendo la posición que sostiene que la representación política es un mal necesario, que la participación directa es indispensable para democratizar los procesos de toma de decisiones, y que, por lo tanto, el contenido del derecho a tomar parte en la conducción de los asuntos públicos debe ser leído a esa luz. Para ello, primero (1) presento un argumento afirmativo respecto del ideal de autogobierno como un ideal de participación plena. Luego, (2) intento responder los argumentos presentados por lo que describo como dos corrientes "representativistas" distintas: (a) una clásica, madisoniana, reacia a cualquier idea participativa, y (b) otra más bien moderna, que admite cierto espacio para la participación. A continuación, (3) considero el impacto de estas discusiones sobre la interpretación del derecho humano a tomar parte en la conducción de los asuntos públicos. Finalmente, (4) hago una recapitulación del argumento.

Palabras clave: representación – participación – deliberación – derecho humano a la democracia – derecho a la participación política – democracia participativa – democracia deliberativa

* Recepción del original: 02/08/2016. Aceptación: 19/08/2016.

** Profesor Adjunto Interino y Doctorando (Becario CONICET), Facultad de Derecho, UBA. AGRADECIMIENTOS: La primera versión de este trabajo fue el resultado de un seminario coordinado por Marcelo Alegre y Roberto Gargarella. Las versiones subsiguientes fueron desarrolladas en el marco de un proyecto de investigación UBACyT que Marcelo y Roberto codirigen en la Facultad de Derecho. A ellos, infinitas gracias. Una versión intermedia fue presentada en el 1er. Workshop sobre Ética y Política del GFP y del DEEP (UNC), que tuvo lugar en SADAF en 2015, donde recibí excelentes comentarios, por los que estoy muy agradecido. También quiero agradecer a Gustavo Beade, Vladimir Chorny, Marcos Kotlik, Florencia Lebensohn, Liliana Ronconi, Florencia Saulino, y Mora Straschnoy. Los múltiples problemas que seguramente tenga el trabajo son mucho menores gracias a la invaluable ayuda de todas/os ellas/os.

Abstract: In this paper I defend the idea that political representation is a necessary evil, that direct participation is indispensable to democratize decision-making procedures and that, thus, the content of the right to take part in the conduct of public affairs must be read under this light. For this purpose, first, (1) I present an affirmative argument regarding the ideal of self-government as an ideal of full participation. Then, (2) I try to answer the arguments presented by what I describe as two lines of "representativist" thought: (a) a classic, madisonian, line of thought, reluctant to any idea of participation, and (b) another, more modern, which admits some space for participation. Later, (3) I consider the impact of these discussions on the interpretation of the human right to take part in the conduct of public affairs. Finally, (4) I sum up the argument.

Keywords: representation – participation – deliberation – human right to democracy – right to political participation – participatory democracy – deliberative democracy

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, nadie discute la centralidad que tiene la representación política para los procesos democráticos de toma de decisiones. Vivimos en sociedades extensas, complejas, y en las que el tiempo de los ciudadanos es escaso, lo que impide que podamos adoptar cada decisión en una asamblea participativa. Esa situación sería agotadora, desgastante, invasiva. Frente a estos límites, la representación parece ser la solución de consenso.

Ahora bien, pese a que (casi¹) nadie discute el desarrollo de este proceso, sí existe un cierto disenso respecto de su justificación normativa: mientras que algunos autores (i) creen que la representación es un "mal necesario"² al que tenemos que apelar frente al tamaño de las comunidades políticas, es decir, "un *second best* respecto a la participación directa e informada de los ciudadanos en dicha toma de decisiones";³ (ii) otros

1. La excepción quizás sea Benjamin Barber (BARBER, B. B., *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*, Berkeley, University of California Press, 1984, pp. 145-146.).

2. NINO, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, Nueva Haven y Londres, Yale University Press, 1996, pp. 146-147.

3. MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons,

entienden que la representación tiene un valor democrático en sí mismo, que la hace apreciable más allá de su rol subsidiario respecto de la participación directa.⁴ El debate puede parecer abstracto, dado que ambos grupos aceptan en última instancia la importancia de la representación, pero, no obstante, creo que tiene cierta relevancia, por dos razones. En primer lugar, se trata de una discusión importante para la determinación de la agenda de la democratización: si la participación política constituye la verdadera esencia de la democracia, entonces tiene sentido, en respuesta a la crisis de nuestra política contemporánea, apostar por procesos de toma de decisiones más inclusivos, como sugieren ciertos autores.⁵ En segundo lugar, la discusión se vuelve relevante cuando se consideran las discusiones interpretativas respecto de un derecho humano ampliamente reconocido,⁶

Madrid/Barcelona, 2006, p. 242. Véase también BOHMAN, J., "Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy", *The Journal of Political Philosophy*, vol. 6, 4, 1998, p. 416.

4. BESSON, S., "The Paradox of Democratic Representation. On Whether and How Disagreement Should be Represented", en L. Wintgens (ed.) *The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence*, Aldershot, Ashgate, 2005; BRENNAN, G. y HAMLIN, A., *Democratic Devices and Desires*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; KATEB, G., "The moral distinctiveness of representative democracy", *Ethics*, vol. 91, 1981; PLOTKE, D., "Representation is Democracy", *Constellations*, vol. 4, 1, 1997; N. URBINATI, "Representation as Advocacy", *Political Theory*, vol. 28, 6, 2000; URBINATI, N., *Representative Democracy. Principles & Genealogy*, Chicago y Londres, University of Chicago Press, 2006; "Representative Democracy and Its Critics", en S. Alonso, J. Keane, W. Merkel (eds.) *The Future of Representative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; YOUNG, I. M., "Deferring Group Representation", en Ian Shapiro, Will Kymlicka (eds.) *Ethnicity and Group Rights: Nomos XXXIX*, Nueva York, NYU Press, 1997.

5. Véase, por ejemplo, lo que afirma Loïc Blondiaux: "Las democracias contemporáneas se encuentran a la búsqueda de un nuevo espíritu, de nuevos fundamentos; las formas clásicas de la representación política sobreviven, pero su legitimidad se debilita y su eficacia declina. (...) A la vista de ese fracaso programado, la democracia participativa se ofrece como alternativa política" (BLONDIAUX, L., *El nuevo espíritu de la democracia. Actualidad de la democracia participativa*, Buenos Aires, Prometeo, 2013, pp. 33-36).

6. El artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece, primero, que "toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos", y segundo, que "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". El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas,

pero muy debatido:⁷ el derecho a tomar parte en la conducción de los asuntos públicos. Si aceptamos la premisa de que la interpretación del derecho requiere la consideración de cuestiones normativas (es decir, morales),⁸ entonces la discusión de filosofía política respecto del valor de la participación ciudadana puede tener un impacto decisivo en el contenido de este derecho político fundamental.

En este trabajo quiero defender la posición que sostiene que la representación es un mal necesario, que la participación directa es indispensable para democratizar los procesos de toma de decisiones, y que, por lo tanto, el contenido del derecho a tomar parte en la conducción de los asuntos públicos debe ser leído a esa luz. Para ello, primero (1) presentaré un argumento afirmativo respecto del ideal de autogobierno como un ideal de participación plena. Luego, (2) intentaré responder los argumentos presen-

de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”.

7. Véanse, por ejemplo, las discusiones en torno a la existencia o inexistencia de un “derecho humano a la democracia”: BENHABIB, S., “Is There a Human Right to Democracy? Beyond Interventionism and Indifference”, en C. Corradetti (ed.) *Philosophical Dimensions of Human Rights. Some Contemporary Views*, Dordrecht, Springer, 2012; CHRISTIANO, T., “An Instrumental Argument for a Human Right to Democracy”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 39, 2, 2011; COHEN, J., “Is there a Human Right to Democracy?”, en C. Sypnowich (ed.) *The Egalitarian Conscience: Essays in Honour of G. A. Cohen*, Oxford, Oxford University Press, 2006; GILBERT, P., “Is there a Human Right to Democracy? A response to Joshua Cohen”, *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, vol. 1, 2, 2012; MAISLEY, N., “Cohen v. Cohen: Why a Human Right to (Domestic and Global) Democracy Derives from the Right to Self-Determination”, *Latin American Journal of Political Philosophy*, vol. 4, 5, 2015; PETER, F., “The Human Right to Political Participation”, *Journal of Ethics & Social Philosophy*, vol. 7, 2, 2013.

8. Véase, sobre este punto, DWORKIN, R., *Law's empire*, Cambridge y Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986; NINO, C. S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014. Sobre una aplicación de estas ideas al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, véase LETSAS, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007; “Strasbourg’s Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer”, *European Journal of International Law*, vol. 21, 3, 2010. Para una aplicación específica al derecho a la participación política, véase MAISLEY, N., “The International Right of Rights? Article 25(a) of the ICCPR as a Human Right to Take Part in International Law-Making”, *European Journal of International Law*, 2017.

tados por lo que describiré como dos corrientes "representativistas" distintas: (a) una clásica, *madisoniana*, reacia a cualquier idea participativa, y (b) otra más bien moderna, que admite cierto espacio para la participación. A continuación, (3) consideraré el impacto de estas discusiones sobre la interpretación del derecho humano a tomar parte en la conducción de los asuntos públicos. Finalmente, (4) haré una recapitulación del argumento.

II. EL IDEAL DE AUTOGOBIERNO: PARTICIPACIÓN Y DELIBERACIÓN

Creo que son tres los motivos por los cuales quienes creen que la representación es un "mal", entienden de todos modos que es un mal "necesario". En primer lugar, (i) por una cuestión de *tamaño*: sería fácticamente imposible que todos los ciudadanos de cualquier comunidad política contemporánea puedan tener una participación activa en cada una de las decisiones que se toman. En segundo lugar, por una cuestión de (ii) *tiempo*: como sugirió Benjamin Constant hace ya varios siglos,⁹ un modelo en el cual los ciudadanos participen en cada una de las decisiones los privaría de cualquier esfera de autonomía, puesto que su plan de vida individual debería ceder ante el interés público en su participación política. Y, en tercer lugar, por una cuestión relacionada con (iii) *la cantidad de decisiones*, y *el grado de afectación sobre los individuos*: hoy en día, nuestras comunidades políticas toman infinidad de decisiones cada día, y no todas tienen la misma relevancia para los ciudadanos. Por este motivo, los individuos delegan en representantes ciertas decisiones que no consideran tan importantes en relación a su plan de vida.

Ahora bien, para poder comparar las posiciones de quienes consideran que la representación es valiosa en sí misma y quienes la aceptan solo como un *second best*, propongo que imaginemos una situación en la cual estos tres obstáculos no sean tales: si –aun en esa situación– entendemos que la representación es positiva, entonces estaremos obligados a aceptar su valor intrínseco; si, en cambio, en esa situación preferimos un modelo de participación directa, entonces tendremos que aceptar que lo único que justifica a la representación es su valor para superar las dificultades

9. CONSTANT, B., "De la liberté des anciens comparée a celle des modernes", en *Ecrits Politiques*, París, Gallimard, 1819.

prácticas planteadas por estos tres obstáculos, y no algún mérito propio, inherente.

Para imaginar esta situación, propongo que apelemos al ejemplo que plantea Gerald Cohen en su libro *Why Not Socialism?*, el de un campamento pequeño.¹⁰ Supongamos que diez amigos deciden irse de campamento para pasar sus vacaciones, y que deben tomar una serie de decisiones relevantes para la experiencia, como, por ejemplo, el lugar en el que ubicar las carpas. Mientras algunos creen que conviene hacerlo junto al lago, principalmente para tener mejor vista, otros temen que por la noche allí haga frío, y prefieren hacerlo más lejos, detrás de unos árboles. En este caso, ninguno de los tres obstáculos es tal: (i) diez personas pueden juntarse a deliberar sin mayores inconvenientes; (ii) los acampantes están de vacaciones, por lo cual deliberar no les quita tiempo, y no afecta sustancialmente su plan de vida y (iii) las decisiones en juego son lo suficientemente importantes para todos como para decidir no delegarlas: por ejemplo, respecto de la ubicación de las carpas, el propósito del viaje es tener buenas vistas y disfrutar del paisaje, pero, a la vez, pasar frío puede arruinar toda la experiencia.

En este contexto, entiendo que los viajeros tendrían dos grandes opciones respecto de qué mecanismo utilizar para tomar la decisión.¹¹ La primera sería a través de un *modelo participativo*, en el cual (i) todos los viajeros tengan el derecho de participar en la votación final en la que se tomen las decisiones, siempre y cuando (ii) hayan participado en la deliberación previa a esta decisión, proveyendo razones en defensa de su posición, y respondiendo a los argumentos esbozados por sus pares. La segunda opción sería la de un *modelo representativo*, en el cual (i), en última instancia, solo contarían los votos de los representantes electos por los viajeros, y en el cual (ii) solo estos representantes tendrían tanto la obligación de dar razones en la deliberación previa a la decisión, como el derecho de que esas razones sean tomadas en cuenta (es decir, que se decida en su favor o se argumente por qué se decide en contra).

10. COHEN, G. A., *Why Not Socialism?*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2009. El ejemplo con el que trabajo no es exactamente el mismo que el de Cohen, sino que está adaptado para el argumento que quiero hacer en este trabajo.

11. Por supuesto que en realidad existen infinitas opciones, porque existen infinitos modelos políticos, pero en este trabajo operaré con los dos tipos ideales que defino a continuación: el de un modelo participativo y el de otro representativo.

Considerando estas dos opciones, creo que los viajeros estarían de acuerdo en que sería mejor que la decisión fuera tomada utilizando el primer modelo, es decir, que la decisión final fuera tomada por todos ellos, en conjunto, de forma participativa, y no por ciertos representantes de las distintas posiciones en juego. Pienso en tres grandes razones para adoptar esta postura.

En primer lugar, existen (a) *razones epistémicas* que sugieren que, en una situación como la descrita, el modelo participativo sería preferible al representativo. Diversos autores han subrayado una serie de factores que hacen que la participación de todos los potencialmente afectados por una cierta decisión sea más efectiva que la deliberación entre representantes a los fines de lograr una solución más imparcial.¹² El primer factor es que (i) oír todas las voces permite que se intercambie información que los representantes no necesariamente conocen. Por ejemplo, los representantes pueden no saber que uno de los acampantes estuvo con fiebre los últimos días, y que no puede pasar frío, o que otro de los viajeros es alérgico a las semillas de los árboles cercanos. Estos datos son fundamentales para que la decisión final sea más justa, y más respetuosa de los derechos de todos, y podrían ser pasados por alto en un mecanismo representativo. Segundo, (ii) la deliberación entre todos los afectados ayuda a detectar errores fácticos y lógicos que puedan ser cometidos en el proceso de toma de decisiones. En nuestro caso, quizás uno de los acampantes no elegido como representante es meteorólogo, y puede comentar que no hay viento cerca de ese lago, u otro puede darse cuenta de que, siendo otoño, las semillas de los árboles lindantes no serían un problema. Por supuesto, estos errores también podrían ser detectados por los representantes, pero las probabilidades de filtrarlos serían mayores en caso de que la deliberación fuera más inclusiva. Tercero, (iii) la participación permite que los acampantes modifiquen sus posiciones a la luz de los argumentos presentados por otros de sus compañeros. A diferencia de lo que ocurre en el modelo representativo –en el cual, una vez elegido un representante, son menores los espacios para modificar el programa de acción elegido– el modelo participativo permite

12. Véase, en general, GARGARELLA, R., "Full representation, deliberation, and impartiality", en Jon Elster (ed.) *Deliberative democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 261; MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, ob. cit., pp. 194-195; NINO, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, ob. cit., pp. 117-128.

que los viajeros sean flexibles y, por lo tanto, más sensibles a los intereses y necesidades de sus pares, modificando su posición según lo que aprenden en la discusión colectiva. Por último, (iv) la participación dificulta la manipulación de la información, de la agenda, y de las preferencias políticas. Así, un procedimiento participativo evitaría, por ejemplo, que los representantes de quienes quieren acampar cerca del lago acepten ir más lejos a cambio de que algunos de los acampantes beneficiados se ocupen de lavar sus platos luego de la cena.

En segundo lugar, como explica Roberto Gargarella, existen (b) *razones motivacionales* para preferir la participación a la intervención de los representantes. "Aun cuando conozcamos perfectamente las preferencias de los otros, podemos no tener motivaciones para tomar en cuenta estas preferencias", dice Gargarella. Con la participación, en cambio, "los 'otros' estarán 'allí', para impelernos a respetarlos".¹³ Trayendo el argumento a nuestro caso, no es lo mismo que todos los acampantes escuchan a algunos de sus compañeros explicar cuánto sufren el frío por las noches, y lo mal que la pasarían cerca del lago, a que un representante deba convencer a otro —que ya tiene un mandato para ubicar las carpas cerca del lago, y que para cambiar de posición debería convencer luego él o ella a sus representados— de la importancia que tiene esta situación para algunos acampantes.

Por último, más allá de los dos tipos de razones instrumentales mencionados anteriormente, creo que existen (c) *razones morales* para adoptar esta solución. La igualdad moral de todos los individuos —que constituye simultáneamente "el corazón de todas las teorías políticas plausibles"¹⁴ y

13. GARGARELLA, R., "Full representation, deliberation, and impartiality", ob. cit., p. 262.

14. KYMLICKA, W., *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Segunda edición, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 4.. Véase también DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*. ("El derecho a la igual consideración y respeto, entonces, es más abstracto que las concepciones estándar de la igualdad que distinguen distintas teorías políticas. Permite argumentos de que este derecho básico requiere una u otra de estas concepciones como un derecho o un objetivo derivativo"); DWORKIN, R., *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge y Londres, 2000, p. 1. Harvard University Press, ("Igual consideración es la virtud soberana de la comunidad política —sin ella, el gobierno es solo tiranía"); RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1971, p. 511. A. SEN, *The Idea of Justice*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2009, p. 291. ("Toda teoría normativa de la justicia social que ha recibido apoyo en tiempos recientes parece demandar igualdad de *algo* —algo que es visto como particular-

el núcleo duro del derecho internacional de los derechos humanos—¹⁵ exige que las opiniones y los intereses de todos respecto de una cierta decisión política sean tratados con igual consideración y respeto.¹⁶ Dado que necesariamente existirán desacuerdos razonables respecto de qué opción elegir en este proceso,¹⁷ y dado que las personas tendrán intereses divergentes respecto de la decisión,¹⁸ "cualquiera que sea excluido de participar en la

mente importante en esa teoría") y, más generalmente, SEN, A., *Inequality Reexamined*, Harvard University Press, Cambridge, 1992. Para una explicación general, véase ALEGRE, M., *Igualdad, derecho y política*, México D.F., Fontamara, 2010, p. 13.

15. La expresión más clara de esto es probablemente el primer artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que afirma que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". El Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se expresa en el mismo sentido, sosteniendo que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables". Al respecto, véase MAISLEY, N., "The International Right of Rights? Article 25(a) of the ICCPR as a Human Right to Take Part in International Law-Making", cit.

16. Como explica Harry Brighouse, "un requisito para expresar respeto por nuestros conciudadanos es garantizar que van a tener disponible la posibilidad de ejercer igual influencia sobre nuestras circunstancias colectivas" (BRIGHOUSE, H., "Egalitarianism and Equal Availability of Political Influence", *The Journal of Political Philosophy*, vol. 4, 2, 1996, p. 123.) Brighouse lo compara con las relaciones cotidianas: "Consideren las formas en que el igual respeto es expresado en el contexto de ciertas asociaciones afectivas; por ejemplo, en un grupo de amigos, sus preferencias en tomar decisiones acerca de dónde ir para cenar o qué película mirar. Si no consultamos a un miembro del grupo o, si habiéndolo consultado, no tomamos sus preferencias en cuenta al momento de tomar la decisión, eso es generalmente un signo de falta de respeto relativo. Darle sistemáticamente más o menos peso a los aportes de un amigo que al resto, o darle más o menos oportunidades de ser escuchados contaría también como una expresión de respeto desigual" (*Ibid.*). Véase también BAYÓN, J. C., "¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?", *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 9, 2009, p. 223; MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, ob. cit., pp. 96, 210; N. URBINATI; M. P. SAFFON, "Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty", *Political Theory*, vol. 41, 3, 2013, p. 442.

17. Véase al respecto, famosamente, WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

18. Para esta idea, véase MARMOR, A., "Authority, Equality and Democracy", *Ratio Juris*, vol. 18, 3, 2005, pp. 323-326. De esta lectura, Marmor deriva un fundamento diferente (aunque bastante similar) del derecho igual a la participación política: para él, este es consecuencia de la relevancia que las decisiones políticas tienen en la distribución de los recursos necesarios para que cada individuo pueda perseguir libremente su plan de vida o, en otras palabras, en el principio de autonomía personal. En sus propias palabras: "Esta caracter-

discusión y en la toma de decisiones podrá ver que sus intereses no están siendo tomados seriamente y podrá legítimamente inferir que su estatus moral está siendo tratado como menor al del resto".¹⁹ El derecho igual a la participación es fundamental, entonces, por lo que Christopher Griffin llama "la afirmación pública del status básico social de los individuos":²⁰ a través de su consideración y respeto a las distintas opiniones políticas, la comunidad le expresa a cada uno de sus miembros su igualdad de status.²¹ Así, al asegurar un procedimiento en el que participan todos, la sociedad se reconoce a sí misma como una comunidad de libres e iguales, que to-

ística esencialmente competitiva de las decisiones políticas provee considerable apoyo a la idea de que el poder político, es decir, el poder de tomar decisiones autoritativas, puede ser visto como una especie de 'bien primario' que debe estar sujeto a consideraciones de ecuanimidad y de justicia distributiva. Por lo tanto, asumiendo, como hicimos, que el ideal de igual ciudadanía trae consigo el ideal de un derecho igual al respeto de la autonomía de uno, sería natural concluir que una distribución justa del poder político debería ser, *prima facie*, una igualitaria" (*Ibid.*, p. 326).

19. CHRISTIANO, T., *The Constitution of Equality. Democratic Authority and its Limits*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 88. En palabras de Juan Carlos Bayón: "el propio hecho de someter nuestros argumentos a la evaluación de los demás y estar dispuesto a reconocer el valor de los suyos es una forma de mostrar respeto hacia ellos y, en definitiva, de reconocerlos como nuestros iguales" (BAYÓN, J. C., "¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?", *ob. cit.*, p. 223).

20. GRIFFIN, C. G., "Debate: Democracy as a Non-Instrumentally Just Procedure", *The Journal of Political Philosophy*, vol. 11, 1, 2003, p. 120. La defensa de Ronald Dworkin de esta idea es similar, aunque él divide este concepto general en dos partes: una función "simbólica" ("la comunidad confirma la membresía de una persona, como un ciudadano libre e igual, al otorgarle un rol en el proceso de toma de decisiones colectivas"), y otra función relacionada con la "agencia moral" ("una estructura política decente permitirá que la gente participe no solo como votante sino como agentes morales que traerán razón, pasión y convicción a este rol"). Véase DWORKIN, R., "What is Equality? Part 4: Political Equality", *University of San Francisco Law Review*, vol. 22, 1987, pp. 4-5-23.

21. Griffin lo explica por analogía a la función expresiva de la pena, defendida por autores como Joel Feinberg: "El castigo representa la valoración de la comunidad de qué conducta es errónea o dañina. Del mismo modo, la distribución de poder político por parte de las instituciones representa la valoración de la comunidad respecto de qué juicios deben contar sobre estas cuestiones. No hay misterio respecto de cómo el castigo daña los intereses de una persona. Una defensa completa del argumento en favor de la democracia ofrecida aquí depende del argumento de que la afirmación pública del status social de cada uno en el contexto de la decisión de las reglas básicas de la vida social es una contribución a los intereses de cada uno" (GRIFFIN, C. G., "Debate: Democracy as a Non-Instrumentally Just Procedure", *ob. cit.*, p. 119).

man ellos mismos –a través de procedimientos inclusivos– las decisiones respecto de su futuro. Lo opuesto, es decir, la exclusión del proceso político, “es una declaración de ciudadanía de segunda clase”,²² es “una situación de dominación”,²³ es un “insulto, deshonor, o denigración”,²⁴ es “irrespetuoso”,²⁵ y es “un rechazo al reconocimiento de la capacidad de juicio moral de esa persona, que implica tratarla como a un niño, o como a un animal”,²⁶ o incluso “como [un] mero objeto”.²⁷

Entonces, dado el valor central de darle a cada ciudadano la posibilidad de hacer oír y de hacer valer su voz respecto de las cuestiones políticas que le competen,²⁸ debería optarse siempre por aquel procedimiento de toma de decisiones que restrinja menos estas oportunidades, y que limite la exclusión de voces a lo estrictamente necesario. Como, de acuerdo a lo que vimos, en el caso del campamento no aparece ninguna de las razones que en general vuelven indispensable la representación política (son pocas personas, con tiempo, y con mucho interés en la decisión), la igualdad moral parece exigir la adopción de un mecanismo participativo, en el que todos los acampantes puedan hacer oír su voz, y puedan tener un rol significativo en la decisión final.

22. *Ibid.*, p. 120.

23. MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, ob. cit., p. 248.

24. WALDRON, J., *Law and Disagreement*, ob. cit., p. 238.

25. BRIGHOUSE, H., “Egalitarianism and Equal Availability of Political Influence”, ob. cit., p. 139.

26. CHRISTIANO, T., *The Constitution of Equality. Democratic Authority and its Limits*, ob. cit., p. 93.

27. BAYÓN, J. C., “¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?”, ob. cit., p. 223.

28. “Es cierto que el interés en la afirmación pública del igual status social básico es un interés entre otros. No obstante, cuando apreciamos totalmente la medida en la que la realización de una sociedad más justa es el resultado de una empresa práctica perseguida en una crecientemente compleja y disputada arena política, la justicia del procedimiento democrático es reconocida por su importancia fundamental” (GRIFFIN, C. G., “Debate: Democracy as a Non-Instrumentally Just Procedure”, cit., p. 121.). Véase también MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, ob. cit., p. 264.

III. RESPUESTAS A LOS REPRESENTATIVISTAS

En el punto anterior intenté presentar las razones por las cuales creo que la representación no tiene ventajas intrínsecas, sino que simplemente sirve para superar una serie de obstáculos prácticos. En este apartado, intentaré responder a los argumentos presentados por distintos autores para caracterizar a la representación como algo valioso en sí mismo. Para ello, los dividiré en dos grupos: primero, (a) los argumentos presentados por los defensores clásicos de la representación y luego, (b) las razones de una corriente neorepresentativista que ha tomado vigor en la teoría política de los últimos veinte años.

III.A. La defensa clásica de la representación

La línea tradicional en defensa de la representación entiende que es mejor separar al pueblo de los procesos de toma de decisiones por dos tipos de razones: (i) razones elitistas y (ii) argumentos de división del trabajo.²⁹

III.A.1. Razones "elitistas"

De acuerdo con este primer grupo de argumentos, ciertas personas están en mejores condiciones que el pueblo para decidir porque (a) tienen mayor capacidad epistémica;³⁰ o (b) al no ser ellas mismas objeto de la decisión, pueden desapegarse de las emociones y actuar de un modo más racional.³¹ En nuestro caso, esto implicaría que los acampantes deberían (a)

29. Véase MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, ob. cit., pp. 252-273.

30. BRENNAN, G. y HAMLIN, A., *Democratic Devices and Desires*, ob. cit., p. 179; MADISON, J., "Federalist 10", en A. Hamilton, J. Madison, J. Jay (eds.) *The Federalist Papers*, Nueva York, Penguin, 1787; SCHUMPETER, Joseph, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, Nueva York, Harper Colophon Books, 1942.; véase al respecto FERREJOHN, J., y ROSENBLUTH, F., "Electoral Representation and the Aristocratic Thesis", en I. Shapiro, S. Stokes, E. J. Wood, A. Kirshner (eds.) *Political Representation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 289; MANIN, B., *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 2.

31. KANT, I., "Perpetual Peace", en H. Reiss (ed.) *Kant's Political Writings*, Nueva York, Cambridge University Press, 1795; J. MADISON, "Federalist 63", en A. Hamilton, J. Madi-

delegar la decisión en aquellos viajeros que tengan más experiencia en campamentos, por ejemplo, o que sean considerados más inteligentes por los demás, o (b) delegar la decisión en otros acampantes, como terceros imparciales.

José Luis Martí presenta tres respuestas a estos argumentos, a los que denomina "elitistas". Primero, retomando a Jeremy Waldron, y siguiendo la línea en la que argumenté en el apartado anterior, Martí sostiene que los procedimientos de toma de decisiones que excluyen a ciertos ciudadanos son insultantes a la dignidad de estas personas excluidas, y por lo tanto inaceptables.³² El hecho de que una persona sea considerada más inteligente, o que tenga más experiencia en estos procesos no hace que sus opiniones o intereses sean más valiosos que los de otros cuando la decisión a tomar no es técnica, sino normativa, es decir, política. En el campamento, una persona puede ser experta en fotografía, y apreciar mejor que otros viajeros la belleza de acampar junto al lago, pero eso no le dará mayor relevancia a su opinión que a la de aquellos que temen pasar frío. Segundo, Martí afirma que "por más proporcional que sea la representación, ningún órgano representativo puede ser un fiel reflejo de la pluralidad y riqueza de la sociedad".³³ En este caso, es posible que el representante del grupo que quiere acampar lejos del lago no pueda, por ejemplo, transmitir adecuadamente el mensaje de uno de sus compañeros que en realidad no quiere evitar pasar frío, sino que le tiene miedo al agua. O que no pueda expresar con su lenguaje occidental los intereses de uno de sus compañeros de origen indígena.³⁴ Por último, Martí comenta que "parece ciertamente inconsistente desconfiar en los ciudadanos para tomar decisiones políticas correctas, pero confiar en ellos para nombrar a los que sí van a tomar tales decisiones correctas".³⁵ En otras palabras, ¿por qué habríamos de

son, J. Jay (eds.) *The Federalist Papers*, Nueva York, Penguin, 1787; véase J. FERREJOHN; F. ROSENBLUTH, "Electoral Representation and the Aristocratic Thesis", ob. cit., p. 287.

32. MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, ob. cit., p. 264; J. WALDRON, *Law and Disagreement*, cit.

33. MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, ob. cit., p. 265.; véase, de nuevo, GARGARELLA, R., "Full representation, deliberation, and impartiality", ob. cit., p. 262.

34. Véase KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 139.

35. MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, ob. cit., p. 255.

confiar en los propios acampantes para determinar quiénes son los más inteligentes, o los que tienen más experiencia, y no confiar en ellos directamente para que tomen la decisión?

III.A.2. *Los argumentos de la división del trabajo*

El segundo argumento es el que sostiene que un modelo en el cual los ciudadanos deban tomar las decisiones públicas es invasivo respecto de su autonomía individual.³⁶ Como sugerí en el punto anterior, este clásico argumento de Emmanuel de Sieyès y Benjamin Constant, según el cual los ciudadanos de las democracias modernas no tienen tiempo para ocuparse de los asuntos públicos, es más un obstáculo práctico que un problema teórico respecto de la democracia participativa.³⁷ Como traté de probar con el caso hipotético del campamento, el grado de afectación de la autonomía dependerá en realidad de la importancia que le asignen los individuos a la decisión en juego: si se trata de algo central para su plan de vida, la participación no podrá ser vista como una carga, sino más bien todo lo contrario, como una protección a ese plan; si, por el contrario, se trata de una cuestión marginal, entonces sí la participación directa será un estándar demasiado demandante.³⁸ Entonces, la representación podrá ser considerada valiosa en aquellos casos en que la decisión no sea tan importante, pero jamás en aquellos que sean centrales para los individuos.

Ahora bien, podría darse la situación en la cual algunos individuos

36. CONSTANT, B., "De la liberté des anciens comparée a celle des modernes", cit.; KATEB, G., "The moral distinctiveness of representative democracy", ob. cit.; SIEYÈS, E.-J., *Observations sur le rapport du comité de constitution concernant la nouvelle organisation de la France*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, 1789.; véase MANIN, B., *The Principles of Representative Government*, ob. cit., p. 3.

37. Véase MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, ob. cit., p. 270.

38. Como señala José Luis Martí, "el problema no está en saber si los procedimientos democráticos deliberativos son más costosos que los de voto o negociación, sino en si esos costes putativos son asumibles o no. El procedimiento general menos costoso en términos temporales, personales y económicos es sin duda el de una dictadura, donde una sola persona toma rápidamente decisiones, especialmente si lo hace, por ejemplo, lanzando una moneda al aire, evitando así (el coste de) tener que evaluar la información y sopesar las ventajas y desventajas de cada alternativa. Pero es evidente que lo único que nos importa no es el coste del procedimiento" (*Ibid.*, p. 271.).

tengan una intensidad mayor de preferencias políticas que otros, y que entonces dediquen más tiempo y esfuerzo al proceso político, debilitando –en términos relativos– la influencia de aquellos que prefieren dedicar su tiempo a actividades no relacionadas con la toma de decisiones colectivas.³⁹ En estos casos, la existencia de un mecanismo participativo parecería, en principio, acentuar la desigualdad de influencia de los individuos, mientras que un procedimiento representativo parecería garantizar que los intereses de aquellos que no quieren dedicarse a la política tengan igual consideración que los de aquellos que sí decidieran participar activamente.⁴⁰

A mi entender, no obstante, existen varios argumentos que reducen significativamente la potencia de esta objeción. Primero, como explica Thomas Christiano, las comunidades políticas se suelen constituir en torno a un "mundo común", es decir, un conjunto de circunstancias en el marco del cual "la satisfacción de todos o casi todos los intereses fundamentales de cada persona están conectados con la satisfacción de todos o casi todos los intereses fundamentales de cada otra persona".⁴¹ Considerando esta interdependencia, inevitable, dentro de cada comunidad, Christiano afirma que "los miembros de ese mundo tienen, en general, intereses [*stakes*] iguales en cómo esta se estructura".⁴² Trayéndolo a nuestro ejemplo, la conclusión de este razonamiento sería que todos los acampantes tendrán razones, en uno u otro momento, de participar en la toma de decisiones. A algunos les preocupará más la decisión respecto de las carpas, pero a otros les importará más decidir cuál va a ser la cena, o qué excursiones se harán al día siguiente. Lo que los une como comunidad es que todos tienen intereses en ciertas cuestiones colectivas, y por lo tanto participarán en alguna de las discusiones en torno a ellas, y se preocuparán por qué decisión se toma al respecto. Son tantas las actividades a realizar que, estadísticamen-

39. Agradezco a Marcelo Alegre por señalarme esta objeción (y por defenderla tenazmente, ¡sin éxito, espero!).

40. Peter Jones nota que "la capacidad de un gobierno electo de responder a la intensidad de preferencias se ha convertido en una razón clásica para sostener que hay al menos una cuestión en la cual la democracia representativa es superior a, más que meramente un sustituto pobre de, la democracia directa" (JONES, P., "Intense Preferences, Strong Beliefs and Democratic Decision-making", *Political Studies*, vol. XXXVI, 1988, p. 11).

41. CHRISTIANO, T., *The Constitution of Equality. Democratic Authority and its Limits*, ob. cit., p. 80.

42. *Ibid.*

te, diría Christiano, es muy probable que todos terminen teniendo interés en participar activamente en algunas decisiones y no en otras, dando como saldo un balance participativo relativamente equilibrado.

En segundo lugar, habría que considerar en qué medida sería justo que aquellos que no tienen interés en participar en el proceso político –teniendo la oportunidad de hacerlo– puedan reclamar por la exclusión de sus intereses en la toma de decisiones.⁴³ Volviendo a nuestro ejemplo, supongamos que un grupo de acampantes muy sensibles al frío prefiere jugar al fútbol en lugar de participar en la discusión respecto de la ubicación de las carpas, sabiendo la importancia que esta decisión tiene para ellos. Es cierto que en un procedimiento representativo sus voces estarían presentes en el debate, de un modo en que no lo están en un mecanismo participativo. Pero ello se puede atribuir a sus propias decisiones y no a las falencias del modelo. Distinto sería el caso si en lugar de quedarse jugando al fútbol se quedaran en sus bolsas de dormir, enfermos, con fiebre. En ese caso, por supuesto, el procedimiento debería encontrar una forma de escuchar las voces de aquellos que están incapacitados de llegar presencialmente a la discusión, sea acercando el debate a la carpa, o aceptando que un representante lleve el mensaje de quienes no pudieron acudir a la deliberación. Pero en la medida en que todas las personas tengan igual oportunidad de participar, es razonable que “aquel que esté dispuesto a dedicar más tiempo, energía y recursos personales a la participación política tenga derecho a cosechar los frutos de su esfuerzo teniendo mayor influencia en el resultado final”.⁴⁴

En tercer término, es importante considerar que las motivaciones de los individuos para participar en los procesos políticos no son independientes de los diseños institucionales existentes.⁴⁵ Así, entre las instituciones y la virtud cívica puede existir o bien un círculo vicioso, o bien un círculo virtuoso: si los procedimientos presuponen un ciudadano activo y generan

43. Para una fuerte defensa de esta idea, véase DWORKIN, R., “What is Equality? Part 4: Political Equality”, ob. cit. Véase también, al respecto, NINO, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, ob. cit., p. 154.

44. MARMOR, A., “Authority, Equality and Democracy”, ob. cit., p. 332.

45. Para esta idea, véase GARGARELLA, R., *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 186-187; MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, ob. cit., pp. 298-300; OVEJERO LUCAS, F., *La libertad inhóspita. Modelos humanos y democracia liberal*, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 178-191.

oportunidades de influencia real, es probable que aumente la predisposición a la actividad política; si, en cambio, se asume que los ciudadanos serán pasivos y se cierran estos espacios, es probable que los individuos no encuentren motivación para una vida política activa. En palabras de Félix Ovejero, "lo que importa es reconocer la existencia de diversas motivaciones y sugerir la posibilidad de configurar las instituciones de tal modo que rescaten –y alienten– las disposiciones cívicas y se muestren cautelosas frente a las menos públicas".⁴⁶ En nuestro caso del campamento, si las reuniones son interminables, si no se intercambian argumentos sino que se presentan posiciones inmutables, o si los participantes se agreden constantemente, es lógico que muchos acampantes prefieran jugar al fútbol o hacer cualquier otra cosa antes que participar de esta práctica colectiva. Si, en cambio, las decisiones se toman en una asamblea bien organizada, en la cual se valoran las ideas nuevas, y en la cual los participantes se tratan mutuamente con respeto, es posible que algunos de los menos propensos a la vida política se vean atraídos a las reuniones. De hecho, cierta literatura reciente ha sugerido que los mecanismos democráticos deberían intentar hacer de los procesos de toma de decisiones algo no solo interesante e importante, sino también "divertido". Para ello, por ejemplo, han sugerido aprender de disciplinas totalmente foráneas, como la del diseño de videojuegos.⁴⁷ Esto podría, también, aminorar el problema de la apatía frente a la política.

Por último, un modelo participativo podría no solamente ofrecer a sus ciudadanos el derecho a tomar parte en los asuntos públicos, sino además exigir de ellos un mínimo de participación, que garantice cierta igualdad básica última de impacto.⁴⁸ Aunque tal modelo podría correr el riesgo de

46. OVEJERO LUCAS, F., *La libertad inhóspita. Modelos humanos y democracia liberal*, ob. cit., p. 186.

47. LERNER, J., *Making Democracy Fun. How Game Design Can Empower Citizens and Transform Politics*, Cambridge, MIT Press, 2014.

48. Dworkin distingue la noción de "impacto" ("la diferencia que una persona puede hacer, por sí misma, al votar o elegir una decisión en lugar de otra") de la de "influencia" ("la diferencia que puede hacer no solo por sí mismo, sino liderando o induciendo a otros a creer o votar o elegir como él/ella"): véase DWORKIN, R., "What is Equality? Part 4: Political Equality", ob. cit., p. 9. En este caso, el mínimo de participación obligatoria no estaría orientado a lograr igual influencia en la toma de decisiones (dado que, de hecho, esto sería imposible de lograr por esta vía), sino a lograr un mínimo de igual impacto, similar al del principio de una persona, un voto.

ser considerado perfeccionista, Carlos Nino explica que este puede no ser el caso, siempre que el mecanismo no sea excesivamente demandante, y no absorba todo el tiempo de los ciudadanos. Nino da tres razones para ello: primero, (i) que –como vimos– el gobierno democrático es un bien público, y como tal, es injusto que ciertos ciudadanos disfruten sus beneficios como *free riders*,⁴⁹ segundo, (ii) que la pasividad podría generar daños a terceros, dado que “participar en la discusión y decisión pública es esencial para proteger los intereses de otros que están igualmente situados”;⁵⁰ y tercero, (iii) que “la participación puede ser requerida como una forma legítima de paternalismo no-perfeccionista, dado que la participación voluntaria puede crear un dilema del prisionero en el cual cada uno se niega a asumir los costos de la participación, por las ventajas desdeñables de votar en un grupo grande”.⁵¹ Llevando estas consideraciones a nuestro ejemplo, los acampantes podrían establecer la obligación de participar en al menos una reunión diaria, de duración limitada, en la cual se discutan las cuestiones más fundamentales respecto de la vida en el campamento. Si bien esto significaría una restricción respecto del plan de vida de quienes quieran jugar al fútbol todo el día, por ejemplo, este sería un sacrificio mínimo considerando que los futboleros obtendrían su seguridad, su alimento, y sus comodidades de la comunidad de acampantes en el marco de la cual viven.

Antes de terminar este punto, quiero considerar otra derivación del argumento de Sieyès y Constant que ha tenido cierta presencia en la literatura: la que sugiere que la representación permite que aquellos a cargo de la toma de decisiones sean más proactivos y eficientes, de un modo análogo a lo que ocurre con los emprendedores en el ámbito económico.⁵² Nuevamente, esto no parecería aplicarse a nuestro ejemplo hipotético, donde todos los acampantes tienen tiempo de deliberar y tomar las decisiones en conjunto. Pero en todo caso, la eficiencia es solamente un valor entre otros, y debería ser la propia comunidad la que determine que ese será el valor a priorizar. Es decir que, a menos que los propios acampantes decidan que la discusión de prioridades no es tan central para su proyecto y que decidan priorizar la eficiencia en el proceso, no parece haber razones para preferir

49. NINO, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, ob. cit., p. 154.

50. *Ibid.*

51. *Ibid.*, p. 155.

52. BRENNAN, G. y HAMLIN, A., *Democratic Devices and Desires*, ob. cit., p. 172.

una decisión eficiente a una imparcial. Como dice Martí, "que el pueblo tome sus propias decisiones es una cuestión de dignidad, y no puede ser derrotada por ninguna otra consideración",⁵³ exceptuando la propia decisión del pueblo.

III.B. La defensa participativa de la representación

En los últimos años, un grupo de autores, encabezado por Nadia Urbinati e Iris Marion Young, ha redefinido la idea de representación.⁵⁴ Según Young, el problema con las críticas habituales al sistema representativo radica en que estas piensan la relación entre representantes y representados en términos de "identidad".⁵⁵ En cambio, para autoras como Young o Urbinati, lo relevante de este tipo de sistema de toma de decisiones no es que los representantes compartan características con sus mandatarios, sino que se genere un *proceso* de relaciones efectivas entre representantes y representados, a través del cual, en última instancia, los ciudadanos puedan participar en la determinación de su futuro. Así, Urbinati afirma que la democracia representativa es "un tipo de gobierno que empieza con las elecciones pero que se desarrolla más allá de estas", y que "abre un espacio de participación que, aunque informal y no autoritativo, puede influenciar fuertemente la dirección política de un país".⁵⁶

A la luz de esta redefinición, participativa, de la representación, estas autoras han propuesto una re-evaluación de sus virtudes. En particular, podemos identificar dos argumentos centrales por los cuales las neo-representativistas creen que la representación es inherentemente valiosa, relacionados con su capacidad de estimular la deliberación: (i) su carácter no concluyente, y (ii) la separación temporal entre la deliberación y la decisión.

53. MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, ob. cit., p. 264.

54. BESSON, S., "The Paradox of Democratic Representation. On Whether and How Disagreement Should be Represented", ob. cit.; PLOTKE, D., "Representation is Democracy", ob. cit.; URBINATI, N., "Representation as Advocacy", ob. cit.; *Representative Democracy. Principles & Genealogy.*, cit.; "Representative Democracy and Its Critics", ob. cit.; YOUNG, I. M., "Deferring Group Representation", cit.

55. YOUNG, I. M., "Deferring Group Representation", ob. cit., pp. 352-353.

56. URBINATI, N., "Representative Democracy and Its Critics", ob. cit., p. 26.

III.B.1. La representación como un proceso no concluyente

El primer argumento de las neorepresentativistas sostiene que la representación permite justificar mejor los cambios de opinión de una comunidad política a lo largo del tiempo.⁵⁷ Urbinati explica que en la democracia representativa "tanto los ganadores como los perdedores saben que los votos en sí mismos nunca agotan sus pensamientos y acciones, y que siempre hay espacio para la esperanza".⁵⁸ En una democracia directa, en cambio, dado que el voto se asocia a la "voluntad colectiva", a la "verdad", al "pueblo", no tiene sentido re-evaluar las decisiones tomadas en tiempos pasados, dado que estas serán inmanentemente correctas. Aplicando esta idea a nuestro ejemplo, supongamos que luego de un procedimiento participativo, los acampantes deciden dormir junto al lago la primera noche. ¿Por qué habrían de revisar esta decisión la segunda noche, si no quedan dudas de que lo decidido el primer día fue una verdadera expresión de la voluntad y los intereses de todos? Si el procedimiento hubiera sido representativo, en cambio, las imperfecciones propias del sistema impedirían asociar la decisión tomada con "la justicia", y garantizarían la continuidad del proceso crítico, reflexivo, a lo largo del tiempo.

Ahora bien, esto no tiene por qué ser así. Aun en un proceso participativo, el hecho de que una decisión sea considerada legítima en un determinado momento histórico no impide que luego el proceso deliberativo reevalúe sus méritos y la modifique. De hecho, a mi entender, la participación directa es más efectiva que la representación a los fines de generar esta reflexión posterior. Volvamos al ejemplo. Supongamos que las acampantes pasan su primera noche junto al lago, y que algunas de ellas efectivamente pasan frío. ¿Quién tendrá mayor legitimidad para reclamar el cambio de ubicación el segundo día? ¿Las representantes derrotadas el día anterior, o las acampantes efectivamente afectadas? A mi juicio, el sistema en el cual es más probable que se modifique la decisión adoptada es aquel en el cual todas estén obligadas a escuchar *directamente* las voces de las afectadas,

57. GARSTEN, B., "Representative government and popular sovereignty", en SHAPIRO, I., STOKES, S., WOOD, E.J. y KIRSHNER, A. (eds.) *Political Representation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010; URBINATI, N., *Representative Democracy. Principles & Genealogy.*, cit., pp. 31-32; YOUNG, I. M., "Deferring Group Representation", ob. cit., p. 352.
58. URBINATI, N., *Representative Democracy. Principles & Genealogy.*, ob. cit., pp. 31-32.

contando cómo sufrieron a lo largo de la noche por los vientos que soplaban junto al lago.

Por otra parte, la crítica de las neorepresentativistas asume que el proceso deliberativo tiene por objeto la búsqueda de "la verdad", es decir, una respuesta universal e inmanente. Pero en realidad, como explica Gargarella, el propósito de la deliberación democrática no es alcanzar "la verdad", sino simplemente cierta "imparcialidad", es decir, igual consideración por los intereses de cada uno de los ciudadanos.⁵⁹ A diferencia de lo que ocurre con "la verdad", los requerimientos de la "imparcialidad" pueden mutar con el tiempo, y la democracia participativa tiene una responsabilidad de adaptarse a ellos, a través de nuevas deliberaciones.

III.B.2. El argumento de la separación temporal

El segundo argumento de las neorepresentativistas sostiene que la separación temporal en el proceso representativo entre la deliberación y la decisión "otorga más tiempo para la reflexión y la deliberación entre los ciudadanos, entre los representantes, y entre los ciudadanos y los representantes".⁶⁰ Nadia Urbinati explica que incluso en la democracia ateniense, la participación efectiva de los ciudadanos era limitada, dado que no todos podían hablar en la asamblea, y que no todos tenían el mismo poder de influencia. La diferencia, para ella, entre ese modelo y el representativo, no reside en el grado de participación –dado que en ambas los ciudadanos influyen sobre los que efectivamente hablan– sino en la diferencia temporal que existe entre el proceso de deliberación y el proceso de decisión: en uno es casi simultáneo, mientras que en el otro los dos momentos están separados. Esta separación, para Urbinati, permite una mejor deliberación.⁶¹ Aplicando esta idea a nuestro ejemplo, los acampantes

59. GARGARELLA, R., "Full representation, deliberation, and impartiality", ob. cit. y véase la distinción entre "el modelo clásico" y las versiones modernas de la democracia deliberativa en MANSBRIDGE, J. y otros, "The Place of Self-Interest and the Role of Power in Deliberative Democracy", *The Journal of Political Philosophy*, vol. 18, 1, 2010, pp. 66-69.

60. BESSON, S., "The Paradox of Democratic Representation. On Whether and How Disagreement Should be Represented", ob. cit., p. 128.; véase también URBINATI, S., "Representative Democracy and Its Critics", ob. cit., p. 26; YOUNG, I. M., "Deferring Group Representation", cit., p. 353.

61. URBINATI, N., "Representation as Advocacy", ob. cit., pp. 765-768.

deberían votar por la mañana sus representantes, y dejar que estos tomen una decisión respecto del lugar donde ubicar las carpas recién por la noche. En el ínterin, los acampantes deberían discutir, durante las comidas y los paseos, tratando de influenciar la decisión de sus representantes.

Ahora bien, una vez más, el modelo participativo puede permitir los mismos beneficios sin cargar con los costos. ¿Por qué no podrían las acampantes plantear el problema por la mañana y decidir en una asamblea por la noche? ¿Qué diferencia habría con el tipo de deliberación que permitiría la representación? Un mecanismo participativo no necesariamente implica que se tomen decisiones impulsivas, automáticas, informales, ni tampoco implica la ausencia total de reglas. Por el contrario, es posible pensar –al menos en un contexto ideal como el del ejemplo planteado– en un modelo participativo con instituciones y límites formales, cuyo propósito sea garantizar un procedimiento justo, meditado y deliberativo, que exprese más consideración y respeto por las opiniones e intereses de cada uno de los participantes de la que puede existir en un procedimiento representativo.

IV. UNA INTERPRETACIÓN PROGRAMÁTICA DEL DERECHO HUMANO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Como sugerí en la introducción, esta discusión en torno a si la representación es un mal necesario o un bien en sí mismo puede sonar irrelevante en nuestro mundo actual, dado que vivimos en sociedades extensas, en las cuales sería imposible pensar en deshacernos de la representación política. No obstante, en este apartado quiero enfocarme en una cuestión para la cual la discusión que he dado hasta aquí puede tener cierta importancia: la de la determinación del contenido del derecho humano a la participación política, expresado principalmente en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP):

“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores (...).”

En particular, me quiero referir a dos discusiones interpretativas respecto de este artículo. La primera tiene que ver con el alcance de las obligaciones de los estados en cuanto a la participación directa que deben tener los ciudadanos en la dirección de los asuntos públicos. Una visión con cierto arraigo en la bibliografía es la que sostiene que, como el artículo establece que la participación puede darse directamente "o" por medio de representantes, entonces los estados no tienen obligación alguna de establecer canales directos de involucramiento ciudadano siempre que existan elecciones libres de representantes.⁶² Esta postura, creo yo, es cuestionable. La segunda discusión tiene que ver con la aplicabilidad de este artículo más allá de las fronteras de los estados, particularmente en los procesos de creación de normas de derecho internacional. La mayor parte de la bibliografía entiende que si bien la participación de las organizaciones de la sociedad civil en este tipo de procesos puede ser beneficiosa, esta no es exigida por el artículo 25 del PIDCyP.⁶³ En mi opinión, por el contrario, el artículo 25 sí establece una obligación de establecer estos mecanismos participativos.⁶⁴

62. NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2da. edición revisada, Kehl, N.P. Engel, 2005, p. 571.

63. Véase, por ejemplo, BEN-ARI, R. H., *The Normative Position of International Non-Governmental Organizations under International Law*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2012; *The Legal Status of International Non-Governmental Organizations. Analysis of Past and Present Initiatives (1912–2012)*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2013, p. 93; BOYLE, A. y CHINKIN, C., *The making of international law*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 57; CHARNOVITZ, S., "Nongovernmental organizations and international law", *The American journal of international law*, vol. 100, 2, 2006; MALANCZUK, P., *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Nueva York, Routledge, 1997, pp. 97, 100; NGUYEN QUOC, D., DAILLIER, P. y PELLET, A., *Droit International Public*, París, LGDJ, 2002, p. 653; PRONTO, A. N., "Some Thoughts on the Making of International Law", *European Journal of International Law*, vol. 19, 3, 2008, p. 605; RYNGAERT, C., "Imposing international duties on Non-State actors and the legitimacy of international law", en Math Noortmann, Cedric Ryngaert (eds.) *Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law Taking to Law Making?*, Ashgate, Farnham, Surrey, 2010, p. 81; TULLY, S., *Corporations and International Law making*, Boston y Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, p. 329; WOODWARD, B. K., *Global Civil Society in International Lawmaking and Global Governance: Theory and Practice*, Martinus Nijhoff, Boston and Leiden, 2010, p. 40. Para una revisión completa de la bibliografía, véase MAISLEY, N., "The International Right of Rights? Article 25(a) of the ICCPR as a Human Right to Take Part in International Law-Making", cit.

64. Para una exposición completa de mi postura, véase MAISLEY, N., "The International Right of Rights? Article 25(a) of the ICCPR as a Human Right to Take Part in Interna-

Ahora bien, para que la argumentación de filosofía política que presenté a lo largo del trabajo tenga relevancia para estas discusiones, es necesario que exista algún vínculo entre derecho, moral y política. Más precisamente, es necesario que la interpretación del derecho admita (o exija) la inclusión de consideraciones morales para resolver disputas hermenéuticas respecto de las normas. Defender esta posición es una tarea que excede largamente los propósitos y las posibilidades de este trabajo. Por lo tanto, simplemente la asumiré como dada, siguiendo las posturas de autores como Ronald Dworkin o Carlos Nino, quien sostiene que "sin recurrir a principios valorativos no es posible elegir entre dos o más normas contradictorias, llenar una laguna, seleccionar el sentido de una expresión o de una conexión sintáctica ambigua, o fijar el límite de aplicabilidad de una expresión real o potencialmente vaga".⁶⁵

En lo que sigue, utilizaré los principios valorativos enunciados en las secciones precedentes del trabajo para tratar de resolver las disputas interpretativas presentadas en los párrafos anteriores.

IV.A. La participación directa de la ciudadanía en el artículo 25 del PIDCyP

El artículo 25 del PIDCyP establece que los ciudadanos tienen derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos directamente o por

tional Law-Making", ob. cit. Para posiciones similares, véase SZAZI, E., *NGOs: Legitimate Subjects of International Law*, Leiden University Press, Leiden, 2012; WILLETS, P., "From 'Consultative Arrangements' to «Partnership»: The Changing Status of NGOs in Diplomacy at the UN", *Global Governance*, vol. 6, 2, 2000.

65. NINO, C. S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, ob. cit., p. 97. Véase, generalmente, al respecto, DWORKIN, R., *Law's empire*, cit. Véanse también LETSAS, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, cit.; "Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer", ob. cit.; MAISLEY, N., "The International Right of Rights? Article 25(a) of the ICCPR as a Human Right to Take Part in International Law-Making", ob. cit.; PETERS, A., "Realizing Utopia as a Scholarly Endeavour", *European Journal of International Law*, vol. 24, 2, 2013; ROBERTS, A. E., "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", *The American Journal of International Law*, vol. 95, 4, 2001; TASIOLAS, J., "Customary international law and the quest for global justice", en PERRAU-SAUSSINE, A., MURPHY, J. B. (eds.) *The Nature of Customary Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

medio de representantes elegidos. Existen dos posibles interpretaciones de este texto. Una es la que sugiere Manfred Nowak, según quien la inclusión de la palabra "o" sugiere que "los Estados parte no están obligados a crear posibilidades de participación".⁶⁶ La otra es la de autores como Henry Steiner, quien propone que el derecho a la participación política debe ser entendido de forma "programática", es decir, que debe ser "receptivo a un ideal compartido, pero que debe ser realizado progresivamente en el tiempo, de diversas formas, en diversos contextos, a través de la invención y la planificación".⁶⁷ La idea es que los estados tienen una obligación de crear espacios participativos, pero que no es una obligación automática, sino progresiva: con el correr del tiempo, deberían expandirse estos espacios tanto como sea posible. Esta interpretación ha sido recogida explícitamente, entre otras, por la Corte Constitucional Sudafricana, según la cual "el PIDCyP garantiza no solo 'el derecho' sino también 'la oportunidad' de participar en la conducción de los asuntos públicos. Esto impone a los estados una obligación de tomar pasos afirmativos para asegurar que los ciudadanos tengan la oportunidad de ejercer su derecho la participación política",⁶⁸ que incluye no solo la posibilidad de elegir a sus representantes, sino también la de tener un rol activo, directo, en el proceso de toma de decisiones públicas.⁶⁹

Lo que quiero sugerir aquí es que, si mi argumento de las dos primeras secciones de este texto fue exitoso, y si, además –como propuse– las cuestiones valorativas tienen algún espacio en la interpretación del dere-

66. NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, ob. cit., p. 571.

67. STEINER, H. J., "Political Participation as a Human Right", *Harvard Human Rights Yearbook*, vol. 1, 1988, p. 130. Véanse también Fox, G. H., *Democratic governance and international law*, Cambridge, UK; Nueva York, Cambridge University Press, 2000, p. 555; PETER, F., "The Human Right to Political Participation", ob. cit. La postura de S. Joseph y M. Castan parece ser similar: "de acuerdo con el artículo 25, un estado parte no estaría obligado a proveer medios particulares de participación política directa, pero sí violaría sus obligaciones si no proveyera algún tipo de avenidas adicional de participación política directa" (JOSEPH, S.; CASTAN, M., *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 737).

68. *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly and Others* (CCT12/05) [2006] ZACC 11; 2006 (12) BCLR 1399 (CC); 2006 (6) SA 416 (CC) (17 August 2006), par. 91.

69. *Ibid.*, par. 95-104.

cho, entonces deberíamos inclinarnos por la segunda interpretación de la norma, es decir, la aproximación programática. Los estados podrían optar, en principio, por instituciones representativas, dado que la vida contemporánea incluye numerosos obstáculos al manejo participativo de las decisiones públicas.⁷⁰ Para ello es que el artículo 25 incluye su componente representativo. No obstante, dado que el ideal es uno de participación, los estados deberían poner sus máximos esfuerzos en remover tanto como puedan estos obstáculos, y en permitir la implicación de la ciudadanía en la toma de decisiones. Dado que la igualdad moral exige el respeto de las opiniones e intereses de todas y todos respecto de las cuestiones públicas, cualquier restricción a la participación ciudadana debería ser indispensable (por alguna de las tres razones antes mencionadas), y no viceversa.

Ahora bien, es importante subrayar que esta obligación de expandir la inclusión de la ciudadanía debe ser llevada a cabo de forma cuidadosa, de modo de evitar la –lamentablemente frecuente–⁷¹ manipulación de las opiniones públicas a través de estructuras institucionales que parecen inclusivas a primera vista, pero que en realidad pueden ser engañosas y exclusivas. El ejemplo clásico de esto son los plebiscitos o referén-

70. Es en esta clave que deben ser leídas ciertas decisiones del Comité de Derechos Humanos, particularmente la que dio en *Marshall v. Canada*. En esa ocasión, el Comité les denegó a los oficiales del Gran Consejo de la tribu su pedido de que los habiliten a participar de las conferencias constitucionales representando a su pueblo. El Comité afirmó que el artículo 25(a) "no puede ser entendido afirmando que cualquier grupo directamente afectado, grande o chico, tiene el derecho incondicional de elegir las modalidades de participación en la conducción de los asuntos públicos", incluso si "las consultas previas, como la conducción de audiencias públicas o consultas con los grupos interesados pueden muchas veces ser vistas como derecho, o pueden haberse desarrollado como política pública en la conducción de los asuntos públicos" (Human Rights Committee, Communication 205 (1986), *Mikmaq People v. Canada*, *Official Records of the Human Rights Committee* 1991/92 (II), UN Doc. CCPR/II/Add.I.). Lo que el Comité parece haber sugerido es que, en ese caso, los obstáculos que requieren la utilización de mecanismos representativos preestablecidos no podían ser removidos (es decir, que el "mal necesario" era necesario), y que la participación directa no estaba aún regulada. De todos modos, en años venideros, el Comité "fue cambiando su postura respecto de la posición conservadora" adoptada en *Marshall*, exigiendo una expansión de las oportunidades participativas más acelerada (JOSEPH, S., CASTAN, M., *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, ob. cit., p. 737).

71. Martí afirma que los referéndums han sido "poco y mal utilizados" (J. L. MARTÍ, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, ob. cit., p. 309).

dums. El problema de este tipo de mecanismos es que generalmente no están acompañados por el factor crucial de la participación política, que es la igual consideración y respeto por los intereses y opiniones de los ciudadanos, expresada en el debate público que precede a la toma de decisiones. Como dice Nino, "mientras que la democracia directa incluye una expresión directa de las opiniones de los votantes respecto de ciertas cuestiones, o del desempeño de los funcionarios, no refleja una discusión genuina. Los participantes simplemente contestan sí o no".⁷² Entonces, más que invitados a participar, los ciudadanos son puestos en una trampa en la cual deben optar por dos opciones predeterminadas por unos pocos. El efecto final es el de excluir los argumentos que pretenden ir más allá de una dicotomía decidida –generalmente– a puertas cerradas y de espaldas a las mayorías.

Por lo tanto, como sugiere Nino, "debemos continuar explorando nuevas formas de participación popular",⁷³ con el objeto de expandir la expresión genuina de los intereses y las opiniones de la ciudadanía. En su libro, José Luis Martí sugiere una batería de mecanismos participativos disponibles, que van desde la obligación de motivar las decisiones políticas hasta la expansión de los mecanismos de iniciativa popular, pasando por la creación de foros deliberativos y la regulación del acceso a los medios de comunicación.⁷⁴ En otros textos, yo mismo he señalado la existencia de experiencias medianamente exitosas, pero poco expandidas y poco difundidas, como la de la Comisión Nacional de Debate Público francesa.⁷⁵ Lo importante aquí, en todo caso, es subrayar la obligación que el PIDCyP impone en los estados, que consiste, como sostiene el Comité de Derechos Humanos, en garantizar que los ciudadanos "particip[en] en la conducción de los asuntos públicos, ejerciendo influencia mediante

72. NINO, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, ob. cit., p. 150.

73. *Ibid.*, p. 153.

74. MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, ob. cit., pp. 297-312.

75. MAISLEY, N., "Completando un proyecto inconcluso. Una propuesta de aplicación de la teoría de la democracia deliberativa de Carlos Nino al plano global", *Análisis Filosófico*, 2014. Véase al respecto BLONDIAUX, L., y SINTOMER, Y., "El imperativo deliberativo", *Estudios Políticos*, vol. 24, 2004; FOURNIAU, J.-M., "Information, access to decision-making and public debate in France: the growing demand for deliberative democracy", *Science and Public Policy*, vol. 28, 6, 2001.

el debate y el diálogo público con sus representantes, o a través de su capacidad para organizarse".⁷⁶ Cualquier mecanismo participativo que cumpla estos fines, y que otorgue igual consideración y respeto a las opiniones e intereses de los ciudadanos, puede ser una opción válida para cumplir esta exigencia.

IV.B. La participación de la sociedad civil en la creación del derecho internacional, según el artículo 25 del PIDCyP

La segunda discusión interpretativa en torno al artículo 25 tiene que ver con su alcance geográfico. En nuestro mundo globalizado, en el cual el impacto de la mayor parte de las decisiones públicas trasciende fronteras, se vuelve cada vez más importante determinar si la participación ciudadana debe limitarse al espacio del estado nación, o si debe expandirse más allá, abarcando los procesos de toma de decisiones supranacionales.

Si bien un análisis completo de esta cuestión –tanto en términos políticos como jurídicos– excede el objeto de este trabajo,⁷⁷ sí quiero señalar aquí la relevancia que tiene la argumentación presentada en los apartados precedentes para esta discusión. Si la representación fuera valiosa en sí misma y no existieran motivos para expandir los procesos participativos directos, entonces quizás tendría sentido aceptar que las decisiones en la esfera supranacional fueran tomadas exclusivamente por los representantes estatales⁷⁸ o, eventualmente, por representantes directamente elegidos a tal efecto por el voto popular.⁷⁹ Al fin y al cabo,

76. **Human Rights Committee**, *General Comment No. 25: (Art. 25)*, (Dec. 7, 1996), UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, ¶ 8.

77. Para un análisis completo de este punto, véase MAISLEY, N., "The International Right of Rights? Article 25(a) of the ICCPR as a Human Right to Take Part in International Law-Making", ob. cit.

78. Dejo de lado aquí una discusión centralmente relevante, pero ajena al punto que quiero resaltar: la de qué hacer con la representación internacional de los estados no democráticos.

79. Esto es lo que proponen la mayor parte de los defensores de la "democracia global". Véase el estado de la cuestión presentado en, por ejemplo, ARCHIBUGI, D. y KOENIG-ARCHIBUGI, M., "Globalization, Democracy and Cosmopolis: A Bibliographical Essay", en D. ARCHIBUGI (ed.) *Debating Cosmopolitics*, Londres y Nueva York, Verso, 2003; ARCHIBUGI, D., KOENIG-ARCHIBUGI, D. y MARCHETTI, R., "Introduction. Mapping Global Democracy", en ARCHIBUGI, D., KOENIG-ARCHIBUGI, D. y MARCHETTI, R. (eds.) *Global Democracy. Normative and Empirical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; MAISLEY,

las elecciones libres en las cuales cada persona cuenta con un voto son la mejor forma de garantizar igual impacto en la toma de decisiones. Pero, como vimos, la democracia requiere más que igual impacto: requiere la mayor medida posible de igual consideración y respeto hacia las opiniones e intereses de cada uno. Y esto, en tanto, requiere la creación de mecanismos a través de los cuales la ciudadanía pueda hacer oír su voz en el proceso de toma de decisiones. Por supuesto, sería imposible que los siete mil millones de seres humanos tomen la palabra antes de, por ejemplo, adoptar el texto de un tratado sobre cambio climático. Pero sí sería posible –y, de hecho, ha sido posible– que aquellos individuos que estén interesados en hacer llegar un mensaje se organicen en asociaciones voluntarias que, cumpliendo ciertos requisitos, sean admitidas a las conferencias donde se discuten las cláusulas de esos tratados. En la medida en que esto sea posible, la interpretación participativa, programática, del artículo 25 obliga a los estados a adoptar acciones afirmativas para hacer que esto ocurra.

Por lo tanto, si se aceptaran mis argumentos, el artículo 25 establecería un derecho humano a participar directamente en la creación del derecho internacional, a través de organizaciones de la sociedad civil. La práctica internacional existente⁸⁰ y otras reglas internacionales⁸¹ parecen apuntar, adicionalmente, en este sentido.

V. CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo, intenté probar que la representación política no es valiosa en sí misma, sino simplemente un método para sortear los

N., "Completando un proyecto inconcluso. Una propuesta de aplicación de la teoría de la democracia deliberativa de Carlos Nino al plano global", ob. cit.; ZÜRN, M., "Survey Article: Four Models of a Global Order with Cosmopolitan Intent: An Empirical Assessment", *The Journal of Political Philosophy*, vol. 24, 1, 2016.

80. Véase, al respecto MAISLEY, N., "The Customary Right of Civil Society to Participate in International Law-Making: Access, Guarantees and Voice (Unpublished Manuscript)", 2016.

81. Véase, al respecto MAISLEY, N., "The Principle of Participation as a General Principle of Law: Why Civil Society can Derive a Right to Take Part in International Law-Making from Article 38.1.c of the ICJ Statute (Unpublished Manuscript)", 2016.

tres obstáculos prácticos que tiene la democracia participativa en nuestras sociedades (el tamaño, el tiempo y la cantidad de decisiones que se deben tomar). Para ello, planteé un ejemplo hipotético en el cual estos obstáculos no estuvieran presentes, y evalué los distintos argumentos presentados por las dos corrientes representativistas para optar –aun en ese contexto– por designar representantes. A mi juicio, ninguno de estos argumentos fue suficiente para defender esa posición. Por lo tanto, y asumiendo que estas consideraciones valorativas son relevantes para la interpretación del derecho, estudié el impacto que estas conclusiones podían tener para la determinación del contenido del derecho humano a la participación política. Sugerí, entonces, dos cosas: por un lado, que la mejor interpretación del derecho es la “programática”, que exige que los estados hagan todo lo posible para sortear estos tres obstáculos y expandir los espacios participativos y, por otro lado, que esto no se aplica únicamente a la esfera doméstica, sino que también debería aplicarse a la esfera supranacional, ampliando las posibilidades de la sociedad civil de hacer oír su voz en el marco de los procesos de creación del derecho internacional. En suma, entonces, propuse que la agenda de la democratización debería volcarse por aumentar las instancias de participación directa en la toma de decisiones, brindando así la mayor consideración y respeto posible, en igualdad de condiciones, a las opiniones e intereses de todos los ciudadanos respecto de una cierta cuestión pública.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEGRE, Marcelo, *Igualdad, derecho y política*, México, Fontamara, 2010.
- ARCHIBUGI, Daniele y KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias, “Globalization, Democracy and Cosmopolis: A Bibliographical Essay”, en ARCHIBUGI, Daniele (ed.) *Debating Cosmopolitics*, Londres y Nueva York, Verso, 2003, pp. 273-291.
- ARCHIBUGI, Daniele, KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias y MARCHETTI, Raffaele, “Introduction. Mapping Global Democracy”, en ARCHIBUGI, Daniele, KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias y MARCHETTI, Raffaele (eds.) *Global Democracy. Normative and Empirical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 1-21.
- BARBER, Benjamin, *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*, Berkeley, University of California Press, 1984.

- BAYÓN, Juan C., "¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?", *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 9, 2009, pp. 189-228.
- BEN-ARI, Raphael H., *The Legal Status of International Non-Governmental Organizations. Analysis of Past and Present Initiatives (1912–2012)*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2013.
- , *The Normative Position of International Non-Governmental Organizations under International Law*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2012.
- BENHABIB, Seyla, "Is There a Human Right to Democracy? Beyond Interventionism and Indifference", en CORRADETTI, Claudio (ed.) *Philosophical Dimensions of Human Rights. Some Contemporary Views.*, Dordrecht, Springer, 2012, pp. 191-213.
- BESSON, Samantha, "The Paradox of Democratic Representation. On Whether and How Disagreement Should be Represented", en WINTGENS, Luc (ed.) *The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence*, Aldershot, Ashgate, 2005, pp. 125-161.
- BLONDIAUX, Loïc, *El nuevo espíritu de la democracia. Actualidad de la democracia participativa*, Buenos Aires, Prometeo, 2013.
- BLONDIAUX, Loïc y SINTOMER, Yves, "El imperativo deliberativo", *Estudios Políticos*, vol. 24, 2004, pp. 95-114.
- BOHMAN, James, "Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy", *The Journal of Political Philosophy*, vol. 6, n.º 4, 1998, pp. 400-425.
- BOYLE, Alan y CHINKIN, Christine, *The making of international law*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- BRENNAN, Geoffrey y HAMLIN, Alan, *Democratic Devices and Desires*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- BRIGHOUSE, Harry, "Egalitarianism and Equal Availability of Political Influence", *The Journal of Political Philosophy*, vol. 4, n.º 2, 1996, pp. 118-141.
- CHARNOVITZ, Steve, "Nongovernmental organizations and international law", *The American journal of international law*, vol. 100, n.º 2, 2006, pp. 348-372.
- CHRISTIANO, Thomas, "An Instrumental Argument for a Human Right to Democracy", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 39, n.º 2, 2011, pp. 142-176.
- , *The Constitution of Equality. Democratic Authority and its Limits*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

- COHEN, Gerald A., *Why Not Socialism?*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2009.
- COHEN, Joshua, "Is there a Human Right to Democracy?", en SYPNOWICH, Christine (ed.) *The Egalitarian Conscience: Essays in Honour of G. A. Cohen*, Oxford University Press, 2006, pp. 226-248.
- CONSTANT, Benjamin, "De la liberté des anciens comparée a celle des modernes", en *Ecrits Politiques*, París, Gallimard, 1819.
- DWORKIN, Ronald, *Law's empire*, Cambridge y Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- , *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge y Londres, Harvard University Press, 2000.
- , "Taking Rights Seriously".
- , "What is Equality? Part 4: Political Equality", *University of San Francisco Law Review*, vol. 22, 1987, pp. 1-30.
- FEREJOHN, John y ROSENBLUTH, Frances, "Electoral Representation and the Aristocratic Thesis", en SHAPIRO, Ian, STOKES, Susan, JEAN WOOD, Elisabeth y KIRSHNER, Alexander (eds.) *Political Representation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 271-303.
- FOURNIAU, Jean-Michel, "Information, access to decision-making and public debate in France: the growing demand for deliberative democracy", *Science and Public Policy*, vol. 28, n.º 6, 2001, pp. 441-451.
- FOX, Gregory H., *Democratic governance and international law*, Cambridge, UK; Nueva York, Cambridge University Press, 2000.
- GARGARELLA, Roberto, "Full representation, deliberation, and impartiality", en ELSTER, Jon (ed.) *Deliberative democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp. 260-280.
- , *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- GARSTEN, Bryan, "Representative government and popular sovereignty", en SHAPIRO, Ian, STOKES, Susan, JEAN WOOD, Elisabeth y KIRSHNER, Alexander (eds.) *Political Representation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 90-110.
- GILBERT, Pablo, "Is there a Human Right to Democracy? A response to Joshua Cohen", *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, vol. 1, n.º 2, 2012, pp. 1-37.
- GRIFFIN, C., "Debate: Democracy as a Non-Instrumentally Just Procedure", *The Journal of Political Philosophy*, vol. 11, n.º 1, 2003, pp. 111-121.

- JONES, Peter, "Intense Preferences, Strong Beliefs and Democratic Decision-making", *Political Studies*, vol. XXXVI, 1988, pp. 7-29.
- JOSEPH, Sarah y CASTAN, Melissa, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- KANT, Immanuel, "Perpetual Peace", en REISS, Han (ed.) *Kant's Political Writings*, Nueva York, Cambridge University Press, 1795.
- KATEB, George, "The moral distinctiveness of representative democracy", *Ethics*, vol. 91, 1981, pp. 357-374.
- KYMLICKA, William, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Segunda edición, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- , *Multicultural Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- LERNER, Josh, *Making Democracy Fun. How Game Design Can Empower Citizens and Transform Politics*, Cambridge, MIT Press, 2014.
- LETSAS, George, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- , "Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer", *European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 3, 2010, pp. 509-541.
- MADISON, James, "Federalist 10", en HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John (eds.) *The Federalist Papers*, Nueva York, Penguin, 1787.
- , "Federalist 63", en Alexander Hamilton, James Madison, John Jay (eds.) *The Federalist Papers*, Nueva York, Penguin, 1787.
- MAISLEY, Nahuel, "Cohen v. Cohen: Why a Human Right to (Domestic and Global) Democracy Derives from the Right to Self-Determination", *Latin American Journal of Political Philosophy*, vol. 4, n.º 5, 2015.
- , "Completando un proyecto inconcluso. Una propuesta de aplicación de la teoría de la democracia deliberativa de Carlos Nino al plano global", *Análisis Filosófico*, 2014.
- , "The Customary Right of Civil Society to Participate in International Law-Making: Access, Guarantees and Voice (Unpublished Manuscript)", 2016.
- , "The International Right of Rights? Article 25(a) of the ICCPR as a Human Right to Take Part in International Law-Making", *European Journal of International Law*, 2017.
- , "The Principle of Participation as a General Principle of Law: Why Civil Society can Derive a Right to Take Part in International Law-Ma-

- king from Article 38.1.c of the ICJ Statute (Unpublished Manuscript)", 2016.
- MALANCZUK, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Nueva York, Routledge, 1997.
- MANIN, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- MANSBRIDGE, Jane, BOHMAN, James, CHAMBERS, Simone, ESTLUND, David, FØLLESDAL, Andreas, FUNG, Archong y otros, "The Place of Self-Interest and the Role of Power in Deliberative Democracy", *The Journal of Political Philosophy*, vol. 18, n.º 1, 2010, pp. 64-100.
- MARMOR, Andrei, "Authority, Equality and Democracy", *Ratio Juris*, vol. 18, n.º 3, 2005, pp. 315-345.
- MARTÍ, José L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2006.
- NGUYEN QUOC, Dinh, DAILLIER, Patrick y PELLET, Alain, *Droit International Public*, París, LGDJ, 2002.
- NINO, Carlos S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.
- , *The Constitution of Deliberative Democracy*, Nueva Haven y Londres, Yale University Press, 1996.
- NOWAK, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2da. edición revisada, Kehl, N.P. Engel, 2005.
- OVEJERO LUCAS, Félix, *La libertad inhóspita. Modelos humanos y democracia liberal*, Barcelona, Paidós, 2002.
- PETER, Fabienne, "The Human Right to Political Participation", *Journal of Ethics & Social Philosophy*, vol. 7, n.º 2, 2013, pp. 1-16.
- PETERS, Anne, "Realizing Utopia as a Scholarly Endeavour", *European Journal of International Law*, vol. 24, n.º 2, 2013, pp. 533-552.
- PLOTKE, David, "Representation is Democracy", *Constellations*, vol. 4, n.º 1, 1997, pp. 19-34.
- PRONTO, Arnold N., "Some Thoughts on the Making of International Law", *European Journal of International Law*, vol. 19, n.º 3, 2008, pp. 601-616.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- ROBERTS, Aantha E., "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", *The American Journal of International Law*, vol. 95, n.º 4, 2001, pp. 757-791.

- RYNGAERT, Cedric, "Imposing international duties on Non-State actors and the legitimacy of international law", en NOORTMANN, Math y RYNGAERT, Cedric (eds.) *Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law Taking to Law Making?*, Ashgate, Farnham, Surrey, 2010, pp. 69-90.
- SCHUMPETER, Joseph, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, Nueva York, Harper Colophon Books, 1942.
- SEN, Amartya, *Inequality Reexamined*, Cambridge, Harvard University Press, 1992.
- , *The Idea of Justice*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2009.
- SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, *Observations sur le rapport du comité de constitution concernant la nouvelle organisation de la France*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, 1789.
- STEINER, Henry J., "Political Participation as a Human Right", *Harvard Human Rights Yearbook*, vol. 1, 1988, pp. 77-134.
- SZAZI, Eduardo, *NGOs: Legitimate Subjects of International Law*, Leiden, Leiden University Press, 2012.
- TASIOULAS, John, "Customary international law and the quest for global justice", en PERRAU-SAUSSINE, Amanda y MURPHY, James Bernard (eds.) *The Nature of Customary Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 307-335.
- TULLY, Stephen, *Corporations and International Lawmaking*, Boston y Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.
- URBINATI, Nadia, "Representation as Advocacy", *Political Theory*, vol. 28, n.º 6, 2000, pp. 758-786.
- , "Representative Democracy and Its Critics", en ALONSO, Sonia, KEANE, John y MERKEL, Wolfgang (eds.) *The Future of Representative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 23-49.
- , *Representative Democracy. Principles & Genealogy*, Chicago y Londres, University of Chicago Press, 2006.
- URBINATI, Nadia y SAFFON, María P., "Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty", *Political Theory*, vol. 41, n.º 3, 2013, pp. 441-481.
- WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- WILLETTS, Peter, "From «Consultative Arrangements» to «Partnership»: The Changing Status of NGOs in Diplomacy at the UN", *Global Governance*, vol. 6, n.º 2, 2000, pp. 191-212.

- WOODWARD, Barbara K., *Global Civil Society in International Lawmaking and Global Governance: Theory and Practice*, Boston y Leiden, Martinus Nijhoff, 2010.
- YOUNG, Iris M., “Deferring Group Representation”, en SHAPIRO, Ian, KYMLICKA, Will (eds.) *Ethnicity and Group Rights: Nomos XXXIX*, Nueva York, NYU Press, 1997, pp. 349-376.
- ZÜRN, Michael, “Survey Article: Four Models of a Global Order with Cosmopolitan Intent: An Empirical Assessment”, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 24, n.º 1, 2016, pp. 88-119.

LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN CASOS MULTINACIONALES NO CONTRACTUALES. DESAFÍOS Y SOLUCIONES DEL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FUENTE INTERNA*

MARÍA SUSANA NAJURIETA **

Resumen: El trabajo plantea los desafíos particulares de la regulación de la responsabilidad civil en casos no contractuales internacionales, que han sido enfrentados por el legislador argentino al prever –por primera vez en el derecho internacional privado de fuente interna– soluciones concernientes a la jurisdicción internacional y al derecho aplicable respecto de la categoría “responsabilidad civil”. La regulación se inserta en un movimiento de primacía de los derechos fundamentales y de modificación del paradigma del derecho sustancial en la materia, centrado en nuestros días en la indemnización de la víctima y no exclusivamente en la conducta del responsable. El tratamiento de la problemática da lugar a una reflexión metodológica sobre el derecho internacional privado de nuestro tiempo y sobre los equilibrios necesarios entre los distintos intereses en juego.

Palabras clave: responsabilidad por daños – jurisdicción internacional y derecho aplicable – nuevos paradigmas – previsibilidad y flexibilidad

Abstract: The work raises particular challenges of civil liability’s regulation in non-contractual international cases that had been faced by the Argentine legislator by providing –for the first time in the internal source private international law– solutions concerning international jurisdiction and applicable law regarding “civil liability”. This regulation is inserted into a movement of primacy of fundamental rights and modification of the paradigm of substantive law in the matter, which is currently focused on the compensation of the victim and not

* Recepción del original: 13/12/2015. Aceptación: 14/04/2016.

** Doctora por la Universidad de Buenos Aires. Diplomada por la Universidad de París I-Sorbonne. Profesora Adjunta de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la UBA. Ha dictado un curso especial en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en la sesión de verano de 2014. Juez de la Cámara Civil y Comercial Federal.

exclusively on the liable's conduct. The study of this subject leads to a methodological reflection on private international law in our time and on the necessary balance between the different interests at stake.

Key words: damage liability – international jurisdiction and applicable law – new paradigms – predictability and flexibility

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional privado relativo a la responsabilidad por daños en un marco ajeno al ámbito contractual, ha sido el campo propicio para los grandes desarrollos metodológicos de la materia. Ciertamente, la originalidad del pensamiento de los grandes juristas norteamericanos respecto de la búsqueda de la justicia sin cánones abstractos y rígidos y la preocupación por hacer que el sistema jurídico respondiera a los intereses preferentes que subyacen en las normas reguladoras, se manifestó de manera relevante en el conflicto de jurisdicciones y en el conflicto de leyes en materia de actos ilícitos o responsabilidad civil extracontractual.¹ El debate se ha reavivado en nuestros tiempos, en razón del fenómeno de la globalización que impacta en diversas circunstancias, por ejemplo, la dificultad de alcanzar una regulación uniforme en un marco teñido de consideraciones de orden público y de disposiciones internacionalmente imperativas y, por otro lado, el desarrollo de una mayor conciencia no solo sobre la situación de la víctima sino sobre las consecuencias generales de desequilibrar el sistema rompiendo la previsibilidad de las empresas y, por ende, sus posibilidades de ofrecer garantías.

El tema es especialmente interesante para el derecho internacional privado argentino pues el Código Civil de Vélez Sarsfield, tan avanzado para su época respecto a la regulación de los casos internacionales, no incluyó normas específicas relativas a la responsabilidad civil extracontractual o delictual. Existía una única norma genérica, el artículo 8, primer párrafo, que comprende "actos, contratos, hechos y derechos adquiridos fuera del domicilio de la persona" en un contexto vinculado con los actos suscepti-

1. SYMEONIDES, S., "The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow", *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2002, t. 298, pp. 9-448.

bles de ejecución en el país, dudosamente apropiado para una categoría tan amplia que abarca la responsabilidad civil por actos ilícitos. En todo caso, el principio general de la *lex civilis actus*, dio lugar a una interesante elaboración doctrinal respecto a las obligaciones que nacen sin convención,² como así también a ricos desarrollos de la jurisprudencia, la cual procuró integrar la ausencia de regla específica con soluciones dinámicas según la evolución de los tiempos.³

La gran reforma del derecho privado, civil y comercial, encomendada a una Comisión de relevantes juristas argentinos⁴ incluyó un título específico relativo a disposiciones de derecho internacional privado,⁵ que contiene en su "Parte especial" (Capítulo 3) una sección destinada a regular la "responsabilidad civil". En la versión final, las disposiciones consisten en una única categoría, que es contemplada desde un imprescindible enfoque jurisdiccional y desde la óptica conflictual. La simplicidad del conjunto no debe opacar las importantes opciones legislativas consagradas, así como la necesidad de insertar este régimen específico dentro de las líneas generales del sistema de derecho internacional privado que es coherente con los consensos de nuestro tiempo y responde, a la vez, a las particularidades de nuestra región.

2. GOLDSCHMIDT, W., *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, 10° ed. Actualizado por Alicia M. Perugini Zanetti, Abeledo Perrot, 2009, pp. 814-820 y citas; BOGGIANO, A., *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ta. Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 561/565.; UZAL M. E., "Determinación de la ley aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual en derecho internacional privado", *ED 140*, pp. 845-850; Fermé, E. L., "La responsabilidad civil por hechos ilícitos en el derecho internacional privado", Informe general ante el X° Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Buenos Aires, 9 noviembre 1989.

3. CSJN, 1969, "Tomás Sastre c. Filiberto Narciso Bibiloni y otro" (Fallos 274:455); "Maruba S.C.A. c/Itaipu Binacional" CSJN, (05/2/98); Cám. Nac. Civil, Sala I, "Rivas Cordero Santiago v. Natanson Jorge Gustavo o Gustavo Jorge Osvaldo s/daños y perjuicios" (14/4/98), *ED 182*, p. 752.

4. El Poder Ejecutivo Nacional por decreto N° 191/2011 designó la Comisión de Reformas integrada por el Dr. Ricardo L. Lorenzetti (Presidente) y las doctoras Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

5. "Sobre las disposiciones de derecho internacional privado" Título IV del Libro VI.

II. CARACTERES DE LA REFORMA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El Título IV del Libro VI del Código Civil y Comercial de la Nación comprende tres capítulos, a saber: la parte general (Capítulo 1), los problemas de jurisdicción internacional (Capítulo 2) y la parte especial (Capítulo 3). Esta última está dividida en dieciséis secciones, habiendo sido regulada la "responsabilidad civil" (Sección 13^a) a continuación de la materia contractual ("Contratos" y "Contratos de consumo"). Conviene recordar que el Título no pretende constituir una regulación exhaustiva y que, además, fue decisión de la Comisión Reformadora reservar algunas materias esenciales –tal como sociedades o concursos– a leyes específicas.

Hecha esta salvedad, es importante señalar que todo tema regulado en la parte especial, debe ser interpretado en consonancia con los principios y fundamentos del sistema, e integrado con reglas relativas a los institutos generales contemplados en el Capítulo 1, tanto en la medida de lo que disponen como en el significado de las omisiones.

II.A. La óptica de los derechos fundamentales

Una de las ideas importantes que animaron la reforma ha sido actualizar los principios y los contenidos normativos al impacto de los derechos fundamentales.⁶ Sabido es que el Código Civil de Vélez Sársfield entró en vigor el 1º de enero de 1871 y que la Constitución Nacional del 1º de mayo de 1853 tuvo reformas en los años 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994 que no se reflejaron de manera inmediata en el derecho internacional privado positivo.⁷ No obstante, las respuestas jurisprudenciales a los conflictos se tornaron coherentes con la vigencia del Estado de derecho desde fines de 1983 y con la ratificación de los grandes tratados del derecho internacional de los derechos humanos en los años siguientes.⁸ A partir de

6. RIVERA, J. C., "La constitucionalización del Derecho Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" en RIVERA J. C. (dir.)/ Medina G. (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 1-22.

7. Una excepción está constituida por la reforma del tema "matrimonio en derecho internacional privado", que tuvo modificación relevante en 1987 mediante la ley 23.515 (B.O. 12/6/1987).

8. La Convención Americana de Derechos Humanos, firmada en San José de Costa Rica el

la reforma de 1994, el contenido de los tratados de derechos del Hombre ha sido integrado al contenido de la Constitución Nacional –artículo 75, inciso 22– en tanto valores materiales que se hallan en lo más alto de la pirámide normativa.⁹

Sin duda, los derechos humanos ejercen una doble función en todo el derecho privado. Por una parte, provocan una modificación estructural en el interior del ordenamiento jurídico, obligando a la derogación o a la reforma de las normas contrarias a su letra o a su espíritu en un despliegue dinámico que afecta el corazón del sistema nacional. Por otra parte, los derechos fundamentales cumplen una función de articulación entre diversos órdenes jurídicos en la dimensión horizontal,¹⁰ conformando el núcleo duro del orden público internacional y favoreciendo la circulación internacional de sentencias y de decisiones.

En esta apreciación global, y en lo que respecta a la responsabilidad civil, no deben soslayarse algunos institutos vinculados con el acceso a la jurisdicción como el "foro de necesidad" (art. 2602 del Código),¹¹ como así

22/11/1969 (y en vigor en el plano internacional en 1978) fue ratificada por la República Argentina por ley 23.054 (1984). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 2200 del 16/12/1966), fueron ratificados por nuestro país por ley 23.313, promulgada el 6/5/1986.

9. Dice el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, que concierne a las facultades del Congreso de la Nación: "...(los grandes tratados del derecho internacional de los derechos humanos que se enuncian en el texto y los que se incorporen posteriormente de conformidad con la Constitución) en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara..."

10. DUBOUT, E. y TOUZÉ S., *Les droits fondamentaux charnières entre ordres et systèmes juridiques*, París, Pedone, 2010, pp. 16 y ss.

11. Dispone el artículo 2602 del Código Civil y Comercial de la Nación: "Foro de necesidad. Aunque las reglas del presente Código no atribuyen jurisdicción internacional a los jueces argentinos, estos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz". La finalidad de evitar la denegación internacional de justicia justificó la solución dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el célebre caso "Vlasov c. Vlasov" (1960). La solución fue propuesta en el proyecto de ley de derecho internacional privado

también la explícita formulación de los principios de "igualdad de trato" (art. 2610) y de "cooperación jurisdiccional" (art. 2611), de vasta aceptación en el derecho internacional privado de fuente convencional y en la práctica jurisprudencial.

II.B. Flexibilidad metodológica y correctiva

La compleja realidad de las situaciones privadas multinacionales exige la utilización de distintos métodos de conformidad con las finalidades buscadas por el legislador. En nuestro país existe un consenso generalizado sobre el pluralismo metodológico del derecho internacional privado¹² y las diferencias se advierten, no en el plano de la aceptación teórica de distintos tipos normativos, sino en las soluciones concretas que conciernen a su concurrencia, así como en el impacto de las normas imperativas en ámbitos abiertos a la autonomía de la voluntad y en el papel reservado al principio de proximidad.¹³

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, una propuesta de metodología actualizada e interesante categorización fue la formulada en el proyecto de Código de derecho internacional privado de 2003.¹⁴ En efecto, ese importante antecedente contempló el fraccionamiento de categorías, previendo reglas particulares para casos de contaminación ambiental, de responsabilidad por causa de un producto y accidentes de circulación.¹⁵

de la República Oriental del Uruguay y en el proyecto de Código de derecho internacional privado de la Argentina de 2003 (artículo 19).

12. UZAL, M. E., "El pluralismo en el derecho internacional privado como una necesidad metodológica", *ED* 161, pp. 1056-1063.

13. GAUDEMET TALLON, H., "Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)", en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tomo 312, 2005, especialmente pp. 255-319.

14. El Proyecto de Código de derecho internacional privado de 2003 fue elaborado por una comisión de distinguidos profesores y juristas: M. A. Ciuro Caldani, E. L. Fermé, Berta K. de Orchansky, R. Manovil, M. B. Noodt Taquela, B. Pallarés, A. Perugini Zanetti, H. Piombo, Julio C. Rivera, A. Uriondo de Martinoli e Inés Weinberg de Roca (Resoluciones 191/02 y 134/02 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos). Fue presentado al H. Congreso de la Nación pero perdió estado parlamentario. Ha sido publicado en: Weinberg de Roca, I., *Derecho internacional privado*, 3ª edición, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2004, pp. 437-457.

15. Arts. 90, 91 y 92 del proyecto de Código de derecho internacional privado de 2003.

La Reforma del año 2012 –aprobada por ley 26.994 en octubre de 2014– contiene técnicas de flexibilización del razonamiento, como los institutos de la adaptación (artículo 2595, inciso ‘c’), del “reenvío” (art. 2596) y la formulación de una cláusula de excepción general (art. 2597), cuya inclusión en el Capítulo 1 de “disposiciones generales” habilita a su utilización en todos los ámbitos especiales cuando resulte manifiesto que la situación tiene vínculos poco relevantes con el derecho designado por la regla prevista y, en cambio, presente lazos muy estrechos con el derecho de otro Estado cuya aplicación resulta previsible. En atención a la amplitud de la categoría “responsabilidad por daños”, parece relevante esta posibilidad de flexibilizar la designación del derecho con sustento en la cláusula general de excepción,¹⁶ que ha sido fundada en razones de proximidad.¹⁷

Asimismo, es necesario ponderar la influencia que ejerce la regulación contenida en el artículo 2599 del Capítulo 1 de “disposiciones generales” sobre la totalidad del sistema de derecho internacional privado. Esta regla sigue una denominación utilizada en doctrina extranjera¹⁸ y en instrumen-

16. La llamada “cláusula escapatoria o de excepción” aparece tempranamente en Europa para dar flexibilidad a un sistema conflictual basado en conexiones rígidas. Así, un antecedente es el proyecto de ley uniforme relativa al derecho internacional privado de los países del Benelux, del 15 de marzo de 1950. Se desarrolla en la década del 80, especialmente en materia contractual. Cfr. GIULIANO M. y LAGARDE P., “Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, JOCE N° C-282 del 31/11/1980 (artículos 4.5 y 6.2.). En materia extracontractual, tiene un lugar destacado en la Propuesta de convención europea sobre ley aplicable a obligaciones no contractuales, adoptada por el Grupo europeo de derecho internacional privado (GEDIP) en la sesión de Luxemburgo del 25/27 de septiembre de 1998 (artículos 3.4; 7.5. y también en el supuesto de las presunciones especiales del artículo 4). Esta propuesta fue publicada en *Revue critique de droit international privé*, 1998, pp. 802-807. El Código Civil y Comercial de la Nación ha previsto cláusulas especiales de excepción en materia de contratos (art. 2653) y en materia de responsabilidad parental (art. 2639 in fine).

17. DUBLER, C., *Les clauses d’exception en droit international privé*, Génova, Librairie de l’Université, Georg & Cie. S.A., 1983. Según este autor, lo característico de las cláusulas de excepción es flexibilizar una regla fundada en el principio de proximidad y no corresponde desvirtuar la función por consideraciones materiales ni por la eventual dificultad de acceder al conocimiento del contenido del derecho extranjero. Ob. Cit., p. 99. No obstante: comparar el fundamento del art. 2597 y del art. 2639 in fine, ambos del Código Civil y Comercial de la Nación.

18. AUDIT, B., *Droit International privé*, 3° ed., París, Económica, 2000, p. 99. Este autor afirma que las denominaciones de leyes de aplicación inmediata o necesaria y de leyes de

tos de fuente convencional ("normas internacionalmente imperativas" que según el legislador que las ha emitido son aplicables sea cual fuere la ley normalmente aplicable al caso), aun cuando en doctrina nacional se ha preferido la designación de "normas de policía del derecho internacional privado".¹⁹ Se contemplan normas de policía del foro, absolutamente imperativas para el juez argentino, como así también la aplicación de normas internacionalmente imperativas de un derecho extranjero designado por el método conflictual e, incluso, la toma en consideración (facultativa) de normas de policía de terceros Estados, siempre y cuando existan vínculos manifiestamente significativos con el caso.

Una observación general merece el juego de la autonomía de la voluntad, aceptada por el orden jurídico argentino desde antiguo en el ámbito contractual,²⁰ tanto en su despliegue conflictual como material. El Título IV (del Libro sexto) del Código Civil y Comercial de la Nación ha admitido el ejercicio de la autonomía de la voluntad no solamente en materia contractual (artículo 2651) sino en el ámbito de las obligaciones alimentarias (artículo 2630) y en materia de convenciones matrimoniales (artículo 2625). En el derecho comparado, la ley italiana de derecho internacional privado de 1995 –que faculta a la víctima a apartarse de la regla general y a elegir el derecho del Estado donde se produjo el hecho generador del daño (art. 62, ley n° 218)²¹– fue inspiradora del proyecto de Código de derecho internacional privado de 2003, que aceptaba la posibilidad de confiar a la

policía son utilizadas por la doctrina francesa y europea como conceptos equivalentes. El punto esencial es la voluntad del legislador de asegurar ciertos contenidos materiales que estima fundamentales para la comunidad, evitando el riesgo que puede derivarse del normal funcionamiento de una norma de conflicto (con vocación a designar un derecho extranjero): "...la loi de police force, sur un point particulier, la compétence de l'ordre juridique auquel elle appartient: elle est considérée comme internationalement impérative..."

19. BOGGIANO, A., *Derecho internacional privado*, ob. cit., Capítulo VI, pp. 205 y ss.

20. BOGGIANO, A., *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, ob. cit., Capítulo XX "Contratos", pp. 501 y ss.

21. Ley de derecho internacional privado de Italia, n° 218 del 31/5/1995, *Revue critique de droit international privé*, 1996, pp. 174-188. El artículo 62 establece: "Responsabilidad por hecho ilícito. 1. La responsabilidad por hecho ilícito se rige por la ley del Estado en el cual se produce la consecuencia. No obstante, la víctima puede pedir la aplicación de la ley del Estado en el cual se ha producido el hecho generador. 2. Cuando el hecho ilícito solo involucre a dos personas que sean nacionales de un mismo Estado donde ellas residan, el derecho de este Estado es aplicable".

víctima la elección del derecho, entre opciones limitadas, y todas ellas, con lazos significativos.

Parece indudable que la autonomía de la voluntad es un mecanismo que puede funcionar como "correctivo" de localizaciones difíciles en caso de delitos complejos, cuya validez dependerá de la aptitud del sistema para prevenir abusos en perjuicio de la víctima del daño.

El anteproyecto presentado por el equipo de colaboradores a la Comisión de Reforma incluía una norma redactada en los términos siguientes: "Art. 88.1. Las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan: a) mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño, o bien, b) cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial, también mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño. La elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudicará los derechos de terceros".

Tal disposición no fue recogida por la Comisión de Reforma y la autonomía de la voluntad aparece omitida en la Sección 13ª del Capítulo 3. Indudablemente, la omisión debe ser interpretada como la voluntad de no habilitar la elección del derecho por las partes ni antes ni después de ocurrido el hecho generador del daño. En este contexto, la flexibilidad de la designación puede ser lograda, excepcionalmente, por el prudente uso de la cláusula escapatoria.

II.C. Los desafíos particulares de la responsabilidad civil: la búsqueda de equilibrios

En la primera mitad del siglo XX existía una tendencia a someter la responsabilidad civil extracontractual a la *lex fori*, por primar razones de soberanía que conducían al legislador a imponer sus propias soluciones a los aspectos civiles de las conductas delictuales o cuasidelictuales. Sin embargo, a lo largo de los años, se fueron imponiendo razones de previsibilidad y de eficiencia.²² En efecto, en la mayoría de los grandes casos

22. A nivel de los fundamentos, hay cierta convergencia entre las conclusiones de la teoría conflictualista clásica, savigniana, para la cual el lugar del delito es la única conexión objetiva que ofrece seguridad en la materia, y las conclusiones de la teoría de los "vested rights" que se inclinan por vincular el delito al lugar del daño. *Cfr.* AUDIT, B., "Le caractère fonctionnelle de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois)", en *Recueil des*

multinacionales de la materia, la realidad revela que el punto de inflexión es la previsibilidad de las aseguradoras de las empresas, que procuraran solucionar los casos por transacción fuera de los estrados de los tribunales.²³ Este desafío de la previsibilidad se advierte en los fundamentos del Reglamento (CE) N° 864/2007²⁴ que instaura reglas uniformes en el espacio judicial europeo a fin de mejorar la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales y asegurar un equilibrio razonable entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se invoca y los de la persona perjudicada. Además de previsible, la respuesta legislativa debe estar dotada de flexibilidad en razón del carácter complejo de la categoría.

III. LAS SOLUCIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS EN CASOS MULTINACIONALES NO CONTRACTUALES

Las legislaciones nacionales han evolucionado de manera diferente en cuanto a las nociones sustanciales básicas en esta materia, tales como la diferencia de régimen entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad extracontractual, ya sea delictual o cuasi contractual,²⁵ el balance de intereses con centro en el responsable o enfocado en la víctima, los remedios procesales de tutela preventiva en casos de daño ambiental, de difamación o de infracciones marcarias, por ejemplo. En casos multinacionales, las opciones se inclinan por la apertura de foros concurrentes con igual o diferente alcance. Estas diferencias tornan fundamentales la definición de las normas de jurisdicción internacional de cada sistema, como así también

Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984, tomo 186, especialmente p. 299.

23. ANCEL, B. y LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ta. Edición, París, Dalloz, 2006, comentario al fallo "Lautour", p. 168.

24. Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento europeo y del Consejo del 11 de julio 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales (Roma II). J.O.U.E. L.199 del 31/7/2007.

25. La doctrina critica la construcción de una categoría de manera negativa ("obligaciones no contractuales") por su imprecisión, puesto que existen obligaciones de origen legal que no pueden ser calificadas de contractuales ni de no contractuales. Conf. Seuba Torreblanca J.C., "Derecho de daños y derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la propuesta de Reglamento Roma II", consultado en [www.indret.com/es/index.php] en noviembre 2015.

el mantenimiento de la coherencia entre la definición de la categoría y el respectivo sistema de localización.

III.A. El fenómeno de la categorización y el ámbito de la ley aplicable

Una categoría omnicomprendiva que solo trate "responsabilidad civil" no sería suficiente para impedir que la responsabilidad civil derivada de incumplimientos contractuales sea vinculada con la ley que rige el contrato de cuyas obligaciones se trata. En consecuencia, aun cuando se elimine la expresión "responsabilidad extracontractual", por no gozar de consenso en el derecho comparado, parece innegable que existe una primera delimitación de la categoría que se refiere a obligaciones que se derivan de un hecho dañoso y que no consisten en una acción u omisión vinculada a una relación contractual o a la preparación encaminada a la conclusión de un contrato.²⁶

Una única categoría omnicomprendiva –una única regla general de creación legislativa²⁷ o de creación jurisprudencial²⁸– mostrará su insuficiencia frente a delitos complejos y requerirá una localización principal y otra subsidiaria o el acompañamiento de una cláusula de excepción que pueda dotarla de flexibilidad en cuanto a la designación del derecho aplicable. Nuestro tiempo refleja la tendencia a prever una categoría general y diversas categorías específicas para regular daños de naturaleza peculiar, vinculando la adaptación de la categoría a las necesidades de localización por proximidad mediante matices sofisticados.

El primer ejemplo que ofrece el derecho comparado –en cuanto a una ley específica de derecho internacional privado, que innova por el tratamiento de los problemas de jurisdicción internacional, de derecho aplica-

26. En un interesante documento del Comité Jurídico Interamericano, el ámbito ha sido definido como "obligaciones no convencionales nacidas al margen de la autonomía de la voluntad". Informe CJI/doc.119/2003 del 6/3/2003.

27. Art. 51 del proyecto de Código de derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay.

28. Como la regla de principio sentada por la Corte de Casación francesa en 1948, en el caso "Lautour c. Veuve Guiraud", C. Cass., Ch. civ., 25/5/1948. *Cfr.* ANCEL B. y LEQUETTE Y., *Les grandes arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ta. edición, París, Dalloz, 2006, pp. 164-176.

ble y de reconocimiento de sentencias extranjeras— es la ley federal suiza de 1987. En la sección 3ª del Capítulo 9º —dedicado a derecho de las obligaciones— contempla dos reglas dedicadas a jurisdicción internacional (artículos 129 y 130) y, respecto del derecho aplicable, regula una categoría general (artículos 132 y 133)²⁹ acompañada por reglas especiales para accidentes de circulación por ruta, responsabilidad por el hecho de un producto, competencia desleal, obstáculos a la libre competencia, inmisiones dañosas y lesión a los derechos de la personalidad (artículos 134 a 139 de la ley federal suiza).

El fenómeno del fraccionamiento de categorías aparece, asimismo, en la ley belga de derecho internacional privado de 2004, que contempla una regla general para “obligaciones que se derivan de un hecho dañoso” (artículo 99, párrafo 1) y categorías específicas para difamación o atentado a la vida privada o a los derechos de la personalidad, competencia desleal o de práctica comercial restrictiva, daño a los bienes o a las personas resultantes de una afectación al medio ambiente, responsabilidad del productor, del importador o del proveedor por el hecho de un producto y accidentes en la circulación por ruta (artículo 99, párrafo 2, apartados 1, 2, 3, 4 y 5).³⁰

Entre las legislaciones de derecho internacional privado más recientes, señalamos que la estructura de regla general y categorías específicas aparece también en la ley china de derecho internacional privado del 28

29. El sistema suizo sobre derecho aplicable a actos ilícitos ha previsto un régimen escalonado en donde el primer renglón corresponde al derecho suizo elegido de común acuerdo por las partes con posterioridad al acaecimiento del hecho dañoso. En ausencia de ejercicio de la autonomía de la voluntad, las normas prevén la aplicación del derecho de la residencia habitual común de la víctima y del responsable del daño y, en su defecto, el derecho del lugar de comisión del acto ilícito. En caso de disociación entre el lugar de comisión del acto y el lugar de producción del resultado dañoso, prevalece esta última localización en tanto el autor del acto haya podido prever esa consecuencia. No obstante, si existiera una relación jurídica especial entre las partes y el acto ilícito afecta esa relación, el derecho aplicable a esta relación regiría la responsabilidad civil por daño (artículo 133, párrafo tercero, ley federal suiza de derecho internacional privado).

30. En una tendencia similar de construcción de categorías específicas, el Reglamento europeo N° 864/2007 contempla una regla general para “obligación no contractual resultante de hecho dañoso” y reglas especiales para las categorías: responsabilidad por el hecho del producto, concurrencia desleal o actos que restringen la libre competencia, atentado al medio ambiente, atentado a los derechos de propiedad intelectual, responsabilidad por el hecho de huelga o de *lock out* (artículos 4 a 8 del Reglamento Roma II).

de octubre de 2010³¹ y el Código de Derecho Internacional privado de la República de Panamá del 8 de mayo de 2014.³²

Una cuestión estrechamente vinculada con la delimitación de la categoría es la definición del alcance del "derecho aplicable". La necesidad de evitar la distinción entre cuestiones procesales y sustanciales, así como la conveniencia de simplificar la aplicación de la regla soslayando el fraccionamiento que se derivaría de una categorización autónoma de la "reparación",³³ han suscitado reglas especiales como el artículo 15 del Reglamento (CE) N° 864/2007, que comprende, entre otras cuestiones, las cláusulas de exoneración, de limitación y de participación en la responsabilidad, la existencia, naturaleza y evaluación de los daños o de la reparación, la transmisibilidad del derecho a la reparación y el modo de extinción de las obligaciones, como la prescripción y la caducidad.³⁴

Es insoslayable una reflexión sobre uno de los riesgos de la extrema categorización, a saber, la ruptura de la coherencia material de la solución. Por lo demás, la búsqueda de determinados foros para asegurar la procedencia de daños punitivos –haciendo regir la reparación por la *lex*

31. La regla general designa el derecho por la *lex loci delicti* y admite el juego de la autonomía de la voluntad posterior al hecho dañoso, si bien prevalece el derecho de la residencia habitual común al tiempo del hecho, si correspondiera. Las categorías particulares se refieren a la responsabilidad por el hecho del producto y a la lesión a los derechos de la personalidad. Ley de la República Popular de China sobre las leyes aplicables a las relaciones civiles con elementos de extranjería. Decreto n° 36 (en vigor desde el 1/4/2011). Consultado en [www.asadip.world/press.com/2011/03/31/ley-china-sobre-la-ley-aplicable] en fecha noviembre 2015.

32. La regla general sigue el criterio de la *lex damni* (artículo 140). El Código de Panamá contempla normas específicas para responsabilidad por productos o sustancias nocivas, por injurias o calumnias en el plano internacional y por práctica desleal. Código de Derecho internacional privado de Panamá (Gaceta Oficial n° 27530). Consultado en [www.asadip.org/v.2/?p=4664] en fecha noviembre 2015.

33. BOSKOVIC, O., "La réparation du préjudice en droit international privé", en *Bibliothèque de droit privé*, tome 407, LGDJ, París, 2003. Primer premio de tesis del Centre français de droit comparé.

34. En un sentido similar, regularon el ámbito del derecho aplicable el artículo 5 del proyecto de 1998 de convención europea sobre ley aplicable a obligaciones no contractuales (GEDIP), el artículo 103 de la ley belga de derecho internacional privado de 2004 y, en el marco nacional, el artículo 94 del Proyecto de Código de derecho internacional privado de la Argentina de 2003.

fori– tiene como contrapartida la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*.³⁵

III.B. Los fundamentos que subyacen en las preferencias del legislador

En la década de los cuarenta, la doctrina francesa abandonó la designación de la *lex fori* –justificada esencialmente por razones de política de seguridad– en favor de la *lex loci delicti* (el derecho del Estado en donde se cometió el delito o acto ilícito). En esa primera época, la regla gozó de amplia aceptación en doctrina europea.³⁶

En la década de los setenta se percibió el impacto del pensamiento anglosajón en la escuela continental de derecho internacional privado y apareció la tendencia jurisprudencial de tomar en consideración la regla "*lex loci delicti*" como principio, pero examinando seguidamente todos los elementos de la concreta situación a fin de advertir la presencia de otro derecho de mayores vínculos, habida cuenta el contexto social en donde el daño se produce. Es la época en que la doctrina francesa examinó –bajo una particular mirada– la doctrina sentada por la Corte de Apelaciones de Nueva York en el célebre caso "Babcock v. Jackson", del 9 de mayo de 1963.³⁷ En el pensamiento norteamericano, se introdujeron doctrinas que propiciaban balancear el peso de los intereses subyacentes.³⁸ En forma

35. GEMA DIAZ, R., "Forum non conveniens. Los casos Spanair y Air France", en *Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico*, N° 8, agosto 2012.

36. En esa época los juristas Henri y Léon Mazeaud sostenían la aplicación de la *lex fori*, "Conflits de lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle et quasi délictuelle", en *Revue critique de droit international privé*, 1934, pp. 384 y ss. Sin embargo, la regla sentada por la Corte de Casación en el caso "Lautour c. Veuve Guiraud" fue ampliamente aplaudida por los destacados profesores de derecho internacional privado: H. BATIFFOL, P. LAGARDE, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, etc. *Cfr.* ANCEL B. y LEQUETTE Y, *Les grands arrêts...*, ob. cit., p. 167.

37. Corte de Apelaciones de Nueva York, "Babcock v. Jackson", 9/5/1963, *Revue critique de droit international privé* 1964-p. 284; ver las características del razonamiento en: von Mehren Arthur T., "Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux États Unis", *Journal de droit international* 1973-especialmente p. 135/136.

38. El profesor Symeon Symeonides estima que el caso "Babcock" representa el ocaso de la *lex loci delicti*, especialmente cuando las partes están domiciliadas en un mismo Estado y se ven involucradas en un acto ilícito en otro Estado diferente y la ley del domicilio común ofrece una solución más conveniente a la víctima que la ley del lugar del daño o del

concomitante, el pensamiento europeo se orientó a establecer una regla previsible de principio –la *lex loci delicti*– y a definir las excepciones –es decir, la designación de un derecho con mejores títulos– en razón de las particulares circunstancias fácticas, por ejemplo, la residencia habitual común de todas las partes involucradas (*lex communis*), solución conocida en la jurisprudencia alemana, en la ley federal suiza de 1987³⁹ y en interesantes tratados bilaterales y regionales elaborados en el Río de La Plata y en el Mercosur.⁴⁰

Es interesante destacar la metodología seguida por el Grupo europeo de profesores de derecho internacional privado, basada en el principio de proximidad –la regla de los lazos más estrechos entre un derecho y el daño– unida a una presunción general *iuris tantum* y al juego de una cláusula escapatoria, inspirada en el artículo 4 de la Convención de Roma de 1980 sobre ley aplicable a obligaciones contractuales. El sistema de esta interesante propuesta formulada en el año 1998⁴¹ consiste en una regla general de punto de conexión flexible definido como “el derecho del país con el cual la obligación presenta los lazos más estrechos” (artículo 3.1.). Seguidamente, se formuló una presunción general compuesta por dos “escalones”, a saber: el derecho del Estado de la residencia habitual común del alegado responsable y de la víctima al tiempo del daño, o, en su defecto, el derecho del Estado en el cual el hecho generador y el daño se producen o amenazan de producirse. Si no se da esta coincidencia, el razonamiento

Estado de comisión del acto ilícito o delito. SYMEONIDES, S., “The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow”, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 2002, t. 298, especialmente p. 178, ob. cit. Este prestigioso profesor afirma que solo los tribunales de New Jersey y los del Distrito de Columbia continuaron –en los albores del siglo XXI– apegados al análisis de intereses originalmente propuesto por el profesor Currie. Como tendencia mayoritaria señala la influencia del Prof. Leflar y el enfoque de la “better law”, sin bien combinada en la práctica con otras posiciones eclécticas (ob.cit., pp. 109-115).

39. Tal la solución del artículo 133.1 de la ley federal suiza sobre el derecho internacional privado de 1987.

40. Tratado bilateral entre Argentina y Uruguay (aprobado por la ley 24.106 de la República Argentina) y Protocolo de San Luis en materia de Responsabilidad Civil emergente de accidentes de tránsito, aprobado por decisión CMC 1/99. El protocolo de San Luis fue aprobado por ley argentina 25.407 y se halla vigente entre la Argentina, Uruguay, Brasil y Paraguay.

41. Propuesta adoptada en Luxemburgo (25/27 de septiembre de 1998), publicada en *Revue critique de droit international privé*, 1998-4, pp. 802-807, ya citada.

consiste en descartar las presunciones y retornar al principio de los lazos más estrechos. El último párrafo precisa que, en ocasión de la apreciación de los lazos más estrechos, se podrá tener en cuenta una relación preexistente o vislumbrada como una perspectiva futura entre las partes. A su vez, este proyecto contiene presunciones especiales para daños contra la vida privada o los derechos de la personalidad, la concurrencia desleal o las prácticas comerciales restrictivas y para los daños a las personas que deriven de ataques al medio ambiente.⁴²

A comienzos del siglo XXI el acento fue puesto en el lugar en que el daño directo ocurre o se produce. Esta localización *lex loci damni* reemplaza el lugar de comisión del delito o del acto ilícito, pues, sin alterar la regla general basada en el principio de proximidad y la admisión de excepciones justificadas por la realidad fáctica, la solución se centra en la ocurrencia del daño y ello significa que la localización da preeminencia a la víctima y no a la conducta del presunto responsable. Un antecedente en jurisprudencia francesa fue el caso "Kieger c/Amigues", fallado por la Corte de Casación el 30 de mayo de 1967,⁴³ en una época en que la solución no era aún mayoritaria en la jurisprudencia.

Un momento de transición lo constituyó el fallo del citado tribunal

42. El artículo 4 de la propuesta del GEDIP de 1998, establece: "Présomptions spéciales. Nonobstant les dispositions des paragraphes 2 et 3 de l'article 3 et sous réserve des paragraphes 4 et 5 de l'article 3, il est présumé que l'obligation non contractuelle a les liens les plus étroits: a) en cas d'atteinte à la vie privée ou aux droits de la personnalité, ou de diffamation, avec le pays dans lequel le dommage est survenu ou menace de survenir; le dommage est présumé survenir dans le pays où la personne lésée a sa résidence habituelle au moment du fait dommageable; b) en cas de concurrence déloyale ou de pratique commerciale restrictive, avec le pays dont le marché est concerné par le fait dommageable; c) en cas de dommage causé aux biens ou aux personnes résultant d'une atteinte à l'environnement, avec le pays sur le territoire duquel le dommage est survenu ou menace de survenir". En todos los delitos específicos contemplados, es posible descartar la presunción especial y retornar a la búsqueda del derecho que en el caso concreto presente los lazos más estrechos.

43. C. Cass., Ch. civ., 30/5/1967, "Kieger c. Amigues", *Revue critique de droit international privé*, 1967, pp. 728-733 con comentario de P. Bourel. La sentencia de la Corte de Casación francesa dejó sin efecto la decisión de la Corte de Apelaciones de París (*Revue critique de droit international privé*, 1964, p. 332, nota de P. Lagarde), con una interesante distinción entre orden público interno y orden público internacional. En lo que es pertinente, aplicó a la responsabilidad extracontractual la ley del lugar donde se produjo el hecho dañoso (un accidente de automóviles fuera de Francia), sin descartar la solución de fondo extranjera que no confería resarcimiento por daño moral al padre de la víctima.

francés en la causa “*Mobil North Sea Ltd. et autres c. Compagnie française d’entreprises métalliques et autres*” del año 1999.⁴⁴ Conviene recordar que, en este último conflicto, la sociedad británica Mobil North Sea Ltd. había dirigido una primera demanda de responsabilidad contractual contra las empresas constructoras francesas ante tribunales de Francia, que fue declarada prescripta de conformidad con el derecho inglés aplicable al contrato. Seguidamente, la empresa británica dirigió una acción de responsabilidad por daño contra Lloyds’ Register of Shipping, imputándole falta en su misión de controlar y verificar la aptitud de las embarcaciones navales antes de otorgar el “certificado de conformidad”. La función del Lloyds’ Register of Shipping se había desplegado en varios países, incluyendo acciones en Francia y la demandante pretendía la aplicación del derecho francés. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de París en 1997 y la Corte de Casación francesa en 1999 —esta última con sustento en otro razonamiento levemente diferente— rechazaron la demanda por aplicación de la ley escocesa, ley del lugar del daño.⁴⁵

La Corte de París partió de la presunción de que la *lex loci damni* expresaba el derecho con mayores vínculos de proximidad con el conflicto y procuró verificar diferentes indicios de esta relación preponderante. Por su lado, la Corte de Casación ponderó tanto la conexión del lugar del daño como la del lugar de comisión de las conductas presuntamente ilícitas —en el caso, diseminadas en más de un Estado— y llegó a la conclusión de que la *lex loci delicti* representaba, en el caso, una vinculación más alejada y menos significativa. Es decir, el razonamiento fundado en el principio de proximidad es utilizado para descartar la solución con menores justificativos.⁴⁶

44. C.Cass, 1^o Ch. civ., 11/5/1999 “*Mobil North Sea Ltd. et autres c. Compagnie française d’entreprises et autres*”, *Revue critique de droit international privé*, 2000, p. 199 con nota de J. M. Bischoff.

45. La plataforma naval se había siniestrado y hundido en el Mar del Norte, en una sección a la que se aplicaba la ley escocesa.

46. El profesor M. Bischoff explicó este razonamiento como la utilización del principio de proximidad como excepción de “lejanía”. Nota citada precedentemente, *Revue critique de droit international privé*, 2000, p. 199. Particular dificultad en la definición del hecho causal generador del daño se presenta en casos de competencia desleal o en casos de afectación de la vida privada. Sobre este punto, se puede examinar el caso de la CJCE, asunto C-68/93 “*Fiona Shevill*”, Rec. I, 415, conclusiones Darmon y Léger, *Revue critique de droit international privé*, 1996, p. 487 y comentario P. Lagarde. Ver nota de J. M. BISCHOFF en *Revue critique de droit international privé*, 1998, especialmente p. 513.

No obstante, la solución de someter la responsabilidad civil al derecho del Estado donde ocurre el daño sin posibilidad alguna de poner en juego los correctivos tradicionales –autonomía de la voluntad o cláusula escapatoria– puede conducir a soluciones rígidas, tal como se revela en la sentencia dictada en la causa "Pays-Fourvel", fallada por la Corte de Casación francesa en octubre de 2003.⁴⁷

III.C. Las opciones fundamentales del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

El panorama que se presentará a continuación se centrará en los artículos 2656 y 2657 del Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994, realizando, cuando sea conveniente, alguna comparación con el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 y con las normas propuestas a la Comisión de Reforma por el equipo de colaboradores especializados en la materia que fueron designados por la Comisión para esa misión.⁴⁸

En primer lugar, se ha previsto una norma de jurisdicción internacional para la categoría "responsabilidad civil" y se ha dejado a salvo lo dis-

47. C. CASS., Ch. civ., 28/10/2003, "Pays-Fourvel c. Sté Axa Courtage et autres", *Revue critique de droit international privé*, 2004, p. 83 con comentario de D. Bureau. Este caso versó sobre el daño causado por el hundimiento de una embarcación de turismo que realizaba una excursión por el río Mekong. Una parte de los viajeros sobrevivieron y demandaron por responsabilidad contractual (Dalloz 2000, jurisprud., p. 840 y nota de Y. Derains). Los familiares de cuatro turistas fallecidos promovieron demanda de responsabilidad extracontractual contra la empresa organizadora del viaje y contra su aseguradora en su condición de damnificados indirectos. Las dos leyes con vocación a ser aplicadas conducían a soluciones dispares: según la ley francesa de la residencia habitual de los familiares próximos se admitía el resarcimiento por daño moral de las víctimas indirectas; la ley de Camboya rechaza en estos supuestos la indemnización por daño moral. La doctrina establecida por la Corte de Casación fue: el daño moral sufrido por las víctimas indirectas encuentra su fuente en el daño causado a la víctima directa, por tanto, la ley aplicable es aquella donde el daño se produjo y no donde el perjuicio moral es sufrido. El daño del familiar sigue la suerte del daño a la víctima directa: en el caso, la solución condujo a la aplicación de la ley camboyana, que desconoce el resarcimiento moral del damnificado indirecto. La aplicación con rigidez de la *lex loci damni* causa perplejidad desde el sentimiento de justicia sustancial.

48. La Comisión de Reformas del Código Civil y Comercial de la Nación designó como colaboradores en el área del derecho internacional privado a los profesores: Adriana Dreyzun de Klor, Marcelo Iñiguez, María S. Najurieta y María Elsa Uzal.

puesto en los artículos que preceden esta Sección, es decir, lo dispuesto sobre jurisdicción y derecho aplicable en la Sección 11^a (contratos) y en la Sección 12^a (contratos de consumo).

La Sección 13^a comienza con el artículo 2656, que establece: "Jurisdicción. Excepto lo dispuesto en los artículos anteriores, son competentes para conocer en las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil: a) el juez del domicilio del demandado; b) el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde este produce sus efectos dañosos directos". Se trata de una norma de jurisdicción internacional que ofrece al demandante la opción de un abanico de foros concurrentes. La norma es una novedad para un código nacional, pues el Código de Vélez Sarsfield no contenía ninguna regulación sobre el juez argentino competente en materia de responsabilidad extracontractual,⁴⁹ si bien plasma soluciones conocidas por la doctrina.

La redacción está inspirada en el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, aun cuando consideramos que el texto es más preciso que el artículo 32 del citado proyecto. En efecto, dejando a salvo la coincidencia en cuanto al foro general del domicilio del demandado, la opción del foro especial fue concebida en estos términos en el proyecto del año 2003: "los tribunales del lugar donde se ha producido el hecho dañoso, o donde este produce sus efectos directos y relevantes" (art. 32, inciso 'b', proyecto citado). La opción es engañosa, pues la producción de los "efectos directos" y relevantes es el dato que permite definir el lugar de producción del daño –descartando el lugar donde se produce la repercusión o efectos indirectos–, con lo cual la regla está designando un derecho y no una opción entre dos.⁵⁰ En cambio, el artículo 2656 del Código Civil y Comercial de la Nación establece claramente la facultad del actor de elegir tres foros concurrentes: el domicilio del demandado, el lugar en que se ha producido

49. La jurisprudencia ha aplicado por extensión analógica las soluciones de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 o de 1940, a saber, el artículo 56 que admite el juez del domicilio del demandado o el juez del Estado cuyo derecho se aplica al fondo de la causa, este último derecho designado según el principio de la *lex loci delicti* (con distinta formulación en el artículo 38 del Tratado de Montevideo de 1889 y en el artículo 43 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940).

50. La opción 'c' del art. 32 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 es un foro general en materia de demandas dirigidas a personas jurídicas, en casos en que la obligación se suscite por la explotación de una sucursal o establecimiento.

“el hecho generador del daño” (disociación solo relevante en materia de jurisdicción internacional)⁵¹ y el lugar donde se produce el daño.

En cuanto al derecho aplicable, el artículo 2657 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: “Derecho aplicable. Excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país”.

Esta norma es interesante en muchos aspectos pues la Comisión de Reformas –si bien ha seguido de manera textual la propuesta elevada por el equipo de colaboradores en el primer párrafo– introdujo modificaciones en la metodología general de la Sección.

En efecto, en el texto final que quedó plasmado en la ley 26.994, ha desaparecido la “cláusula de excepción especial” para la categoría, que daba gran flexibilidad al sistema y estaba redactada en estos términos: “Si del conjunto de circunstancias del caso se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2 –es decir, los dos párrafos del artículo 2657 de la ley sancionada– se aplicará el derecho de ese otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país puede estar dado por una relación preexistente entre las partes que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión, en cuyo caso el derecho aplicable al daño será el que regula las relaciones jurídicas a que responde”.⁵²

La norma contenida en el artículo 2657 –la única regla para la categoría general “responsabilidad civil”– está claramente inspirada en el artículo 4 del Reglamento (CE) N° 864/07 del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de julio de 2007 concerniente a la ley aplicable a las obligaciones no con-

51. Esta distinción fue examinada por la CJCE el 30 de noviembre de 1976 en el caso “Mines de Potasse de Alsace”, *Revue critique de droit international privé*, 1977, p. 568.

52. Esta posible interpretación de los vínculos más estrechos se remonta al art. 43 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, que designa la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden y, en su caso, la ley que regula las relaciones jurídicas a que responden.

tractuales, que no solo elimina la relevancia del "hecho generador del daño" como criterio de localización general sino que contiene una cláusula especial de excepción basada en el principio de proximidad.⁵³ Esta última técnica ha sido suprimida en el texto final del Código aprobado por la ley 26.994.

El texto adoptado tiene una cierta rigidez, dada –a nuestro juicio– por tres circunstancias: a) el segundo párrafo, que designa la *lex communis* –el domicilio en el mismo país tanto de la parte cuya responsabilidad se alega como de la parte perjudicada–, no está contemplada como una opción justificada por la búsqueda de los lazos más estrechos en un caso concreto, dentro de un abanico de opciones –a elección del juez que aplica la regla o a favor de la víctima–, sino como designación de primer rango en la hipótesis señalada; b) la ausencia de una norma explícita que acepte la elección por las partes del derecho aplicable, aun cuando el acuerdo sea posterior al hecho dañoso –como aparece regulada la autonomía de la voluntad en el artículo 14 del Reglamento (CE) N° 864/07–, apartándose asimismo de la propuesta del equipo de colaboradores⁵⁴ y c) la eliminación de una cláusula de excepción especial para la materia "responsabilidad civil".

La doctrina ha reprochado la falta de una clara explicitación del juego de la autonomía de la voluntad, tanto en cuanto a cláusulas de prórroga de jurisdicción como de elección de la ley aplicable, como así también de condiciones materiales pactadas de común acuerdo por las partes con el debido resguardo de la paridad negocial.⁵⁵

No obstante, como la regulación especial debe ser interpretada y aplicada en conjunto con los institutos generales previstos en el Capítulo 1° del Título, la posibilidad de adaptar la regla general a una situación específica

53. En este sentido, ver el comentario de Luciana Scotti en Bueres Alberto J. (dirección), *Código Civil y Comercial de la Nación, Analizado, comparado y comentado*, tomo 2, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2015, p. 731.

54. En efecto, la sección propuesta contenía una regla relativa a la autonomía de la voluntad que se ha transcrita precedentemente. A diferencia del artículo 14 del Reglamento (CE) N° 864/07 que solo acepta la elección del derecho por ambas partes después de ocurrido el hecho dañoso, la regla contenida en la propuesta la admitía con posterioridad al hecho dañoso, pero también con anterioridad, a condición de que ambas partes mantuvieran relaciones comerciales previas en cuyo marco hubiesen elegido el derecho aplicable para la responsabilidad por daño.

55. ALBORNOZ J. R., Comentario a la Sección 13ª "Responsabilidad civil", en la obra RIVERA J. C. (dir.), MEDINA G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo VI, p. 965.

mediante una mejor localización fundada en el principio de proximidad está resguardada por el artículo 2597 del Código Civil y Comercial de la Nación, que establece: "Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente...".

La Comisión de Reformas suprimió la referencia a las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y en el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad, a ser tomadas en consideración como cuestión de hecho para valorar la conducta de la persona de cuya responsabilidad se alega.⁵⁶ No obstante, parece evidente que la consideración de tales normas integra el contexto del caso, es decir, el sustrato material que permitirá calificar una conducta como ilícita de conformidad con el derecho aplicable.

Mayor repercusión en el funcionamiento global del sistema parece tener la supresión de una categoría específica referida a derecho aplicable a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. La norma propuesta por el equipo de colaboradores no había seguido el criterio de abrir la elección a la víctima entre dos derechos con justificados vínculos de proximidad,⁵⁷ sino que estaba inspirada en el artículo 5 del Reglamento (CE) N° 864/2007.⁵⁸ Esta opción significaba la ventaja de extender

56. El artículo 90 de la propuesta elevada por el equipo de colaboradores a la Comisión de Reforma estaba inspirado en el artículo 17 del Reglamento N° 864/2007 Roma II. Se trataba de tomar en cuenta reglas de seguridad y de conducta como "elemento de hecho" para apreciar el comportamiento de la persona de cuya responsabilidad se trata. En la propuesta del Grupo GEDIP de 1998, el artículo 10 establecía la obligación de tomar en cuenta dichas normas en la "determinación de la obligación". En sentido similar, el artículo 102 de la ley de derecho internacional privado de Bélgica del 16 de julio de 2004.

57. El artículo 91 del Proyecto de Código de derecho internacional privado de 2003 establecía: "Responsabilidad por causa de un producto. La responsabilidad fundada en los defectos de un producto se rige, a elección de la víctima, por el derecho del Estado en el que se encuentra el establecimiento o el domicilio del productor, o por el del Estado en el que el producto ha sido adquirido, siempre que allí exista un servicio técnico autorizado o se hubiese realizado publicidad en medios locales".

58. El artículo 89 de la propuesta del equipo de colaboradores tenía el siguiente texto: "Responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. 1. Sin perjuicio de lo

una regla uniforme –vigente en los países de la Unión Europea– además de lograr un difícil equilibrio entre la tutela del derecho de la víctima del producto y la expectativa de previsibilidad razonable desde la óptica de la persona cuya responsabilidad se alega.

Aun cuando se evalúen las soluciones de la Sección 13ª del Título IV tomando en consideración la flexibilización que supone el correctivo de la cláusula escapatoria general (art. 2597), la omisión de toda reglamentación respecto de categorías extremadamente dificultosas de localizar (por ejemplo, la categoría "competencia desleal"⁵⁹ o "daños causados por productos defectuosos"⁶⁰ o "daños a las personas o a los bienes resultantes

dispuesto en el artículo 87, apartado 2 (es decir, la *lex communis*), el derecho aplicable a la obligación extracontractual que se derive en caso de daño causado por un producto será: a) el derecho del país en el cual la persona perjudicada tuviera su domicilio o residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país, o, en su defecto; b) el derecho del país en el que se adquirió el producto si este se comercializó en dicho país, o en su defecto; c) el derecho del país en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país. No obstante, el derecho aplicable será el del país en el que tenga su domicilio la persona cuya responsabilidad se alega si no podía prever razonablemente la comercialización del producto o de un producto del mismo tipo en el país cuyo derecho resulte aplicable con arreglo a los puntos a), b) o c). 2. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el apartado 1, se aplicará el derecho de ese otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país puede estar dado por una relación preexistente entre las partes, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión, en cuyo caso el derecho aplicable al daño se regirá por la ley que regula las relaciones jurídicas a que responde".

59. El artículo 136 de la ley federal suiza de 1987 dispone; "1. Las pretensiones fundadas sobre un acto de competencia desleal se rigen por el derecho del Estado que corresponda al mercado donde se produjo el resultado. 2. Si el acto afectó exclusivamente los intereses de una empresa determinada, el derecho aplicable será el de la sede del establecimiento afectado. 3. Se hace reserva de lo dispuesto en el art. 133, tercer apartado".

60. Cuando en la República Argentina se localiza tanto el mercado donde el producto ha sido adquirido como la residencia habitual del consumidor adquirente, se justifica la aplicación de la ley sustancial argentina tanto desde la óptica del principio de proximidad como desde el enfoque que prioriza el derecho del Estado que tiene interés preeminente en asegurar un mismo estándar de protección a los consumidores domiciliados en su jurisdicción frente al daño causado por productos que se adquieren en el mercado local. NAJURIETA M. S., "Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. Desafíos que presentan los casos multinacionales", en UZAL M. E. (coord.), *Relaciones de consumo, derecho y economía*, tomo I, Academia Judicial Internacional, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 249.

de la degradación del medio ambiente"),⁶¹ deja en manos de los jueces una importante facultad de adaptación de los criterios generales.

III.D. Previsibilidad y flexibilidad: los desafíos de nuestro tiempo

En el artículo 2597 del Código Civil y Comercial de la Nación, la llamada "cláusula de excepción" está concebida como un instituto que no sustituye el funcionamiento regular de la norma de conflicto, sino que es formulada con la función de "corregir" una primera designación del derecho que, excepcionalmente, no es satisfactoria desde el tamiz del principio de proximidad, designando otra ley que tiene vínculos manifiestamente más estrechos con el caso y no perturba ni la validez de la relación ni la expectativa previsible de las partes.

Este "correctivo", conocido en doctrina y en el derecho comparado, constituye una novedad para el sistema de derecho internacional privado positivo argentino, sobre el que puede incidir beneficiosamente dado que responde a dos líneas muy afianzadas en el derecho de nuestros días. La primera de ellas responde a un movimiento –admitido hace más de treinta años– orientado a la flexibilización de los razonamientos propios del derecho internacional privado.⁶² En segundo lugar, la inclusión de una cláusula de excepción de amplio espectro es perfectamente coincidente con la tendencia del legislador consistente en otorgar mayores facultades al juez para alcanzar la solución justa en el caso concreto. Ahora bien: la cláusula escapatoria incorporada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación está inspirada en la "justicia de la localización o justicia propia del derecho internacional privado"⁶³ y

61. El artículo 7 del Reglamento europeo N° 867/07 establece: "Daño al medio ambiente. La ley aplicable a una obligación no contractual generada por daño ambiental o por daños subsiguientes sufridos por personas o causados a sus bienes, es la que resulta de la aplicación del artículo 4, párrafo 1 (la ley del país donde se produjo el daño), a menos que el reclamante de la reparación elija fundar sus pretensiones en la ley del país donde se produjo el hecho generador del daño".

62. MAYER, P., *Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois*, R. DALLOZ, 1985, p. 127.

63. Al presentar la función de la cláusula general de excepción del sistema belga de derecho internacional privado, el Profesor Marc Fallon afirma que, en tanto una regla especial de conflicto expresa una localización abstracta de una relación jurídica, la cláusula de excepción o de proximidad tiene su rol ante una situación concreta para proceder a una

corrige el funcionamiento de una norma de conflicto cuyo fundamento es la proximidad.

En cambio, si se tratara de una norma de derecho internacional privado fundada en la autonomía de la voluntad o en el principio de soberanía, la corrección no puede realizarse exclusivamente mediante un razonamiento basado en el principio de proximidad.⁶⁴ Es en este sentido que la última frase del artículo 2597 destaca: "Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso". De todos modos, la Comisión de Reformas no admitió el despliegue de la autonomía de la voluntad en este sector.

En relación con las dificultades de interpretación y de aplicación de una cláusula escapatoria, parece conveniente distinguir al menos tres funciones diferentes del instituto, a saber:

- La función de flexibilización de una regla de conflicto clásica, localizadora y neutra. El razonamiento juega a título excepcional cuando el juez advierte que la primera designación no responde a lazos de proximidad. Sirve para descartar una designación que responde a una conexión fortuita, en el sentido del artículo 10.2 del anteproyecto de las Comunidades europeas en materia de responsabilidad delictual.⁶⁵
- La función de constituir una opción más, en pie de igualdad con otras reglas también fundadas en la búsqueda de los lazos más estrechos, que solo son concebidas como "presunciones" generales o especiales, pero presunciones que pueden descartarse cuando quien aplica la norma advierte una conexión –o conjunto de conexiones– que expresan la relación más significativa del caso.⁶⁶

designación del derecho con mayor justificación de proximidad. *Cfr.* FALLON M., "La loi belge de droit international privé, pour un bicentenaire", comunicación del 27/5/2005 ante el Comité francés de derecho internacional privado. *Travaux du comité français de droit international privé*, 2004-2006, París, Pedone, 2008, p. 102.

64. RÉMY-CORLAY P., "Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d'exception dans le conflit de lois", en *Revue critique de droit international privé*, 2003, pp. 37-76, especialmente p. 38.

65. Esta función es la que admite la doctrina francesa mayoritaria y es aplicada por los tribunales franceses desde abril de 1991, en que entró en vigor la Convención de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, más tarde sustituida por el Reglamento "Roma I".

66. Esta función se aproxima a la doctrina y práctica norteamericana (sistema de la "proper

Asimismo, la cláusula de excepción puede utilizarse con la función de precisar con sentido razonable el concepto que constituye la "conexión principal", por ejemplo, el "lugar donde se produce el daño" (*lex loci damni*).⁶⁷ Cuando se trata de un delito complejo y el sistema no ofrece sino esa localización, es posible examinar las distintas conexiones que concurren a dar la noción del "lugar del daño" y descartar mediante el tamiz de la proximidad (en función de evicción) las situaciones que tienen vínculos más alejados o que son meramente fortuitas.

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La responsabilidad civil por daños es una categoría donde confluyen múltiples intereses: los de la víctima dañada; los de las empresas que deben poder contratar sus seguros en condiciones de previsibilidad; los de los Estados, que tienen derecho a una política de prevención, precaución y sanción, especialmente en ámbitos no tradicionales como el resarcimiento por daño al medio ambiente o por daño causado por defecto de producto.

Las diferencias sustanciales que contienen las legislaciones nacionales sobre el tema, tornan esencial contar con reglas claras de jurisdicción internacional: foros concurrentes, todos ellos con vínculos de justificación relevantes y previsibles para todos los involucrados.

La complejidad alcanzada en nuestros días en los litigios relativos al resarcimiento civil, hace celebrar la novedad de contar en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación con reglas claras y de gran consenso, tales como los artículos 2656 (jurisdicción) y 2657 (derecho aplicable). Las soluciones muestran que el método conflictual no ha perdido su vigor ni sus

law"). El principio de proximidad se encuentra en el corazón de la regla de conflicto y constituye en sí mismo el punto de conexión de la responsabilidad civil no contractual. *Cfr.* artículos 3 y 4 de la proposición del Grupo de profesores de derecho internacional privado sobre ley aplicable a obligaciones no contractuales, *Revue critique de droit international privé*, 1998, p. 802; BISCHOFF, J. M., comentario al fallo de la Corte de Casación francesa "Mobil North Sea Ltd et autres c. Compagnie française d'entreprises métalliques et autres", del 11/5/99, en *Revue critique de droit international privé*, 1999, p. 202, ya citado.

67. Corte de Casación francesa, "Mobil North Sea Ltd. et autres v. Compagnie française d'entreprises et autres"(11/5/1999), ya citado. Una dificultad similar se advierte en la localización del "lugar donde se produce el daño" en caso de delitos financieros complejos. Ver: CJCE, asunto C-168/02 "Rudolf Kronhofer c. Marianne Maier et autres" (10/6/2004).

posibilidades y que el peso de las políticas públicas que subyacen en las reglas con vocación a regir el caso, debe ser integrado a los razonamientos, pero sin sustituir la razonabilidad que resulta del principio de proximidad. Esto asegura el valor previsibilidad, esencial en la categoría, el cual, en atención a la eventual disparidad de fuerzas, debe ser conjugado con la flexibilidad.⁶⁸

La búsqueda del equilibrio entre la seguridad jurídica y la necesidad de tener herramientas flexibles que aseguren la justicia del caso concreto, está brillantemente expresada en los considerandos 14 y 16 del Reglamento (CE) N° 864/2007 (Roma II), donde se afirma que la conexión al Estado donde ocurre el daño directo (*lex loci damni*) es la que mejor concilia los intereses de la persona cuya responsabilidad se alega y los de la persona lesionada, respondiendo a las exigencias de las más modernas concepciones sobre el derecho de daños.

En cuanto a la decisión de política legislativa de excluir el juego de la autonomía de la voluntad, probablemente responda a la preocupación –presente en todo el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación– de resguardar los intereses de quien puede vislumbrarse como más vulnerable. No obstante, creemos que se ha soslayado la función “correctora” de la voluntad de las partes, herramienta que, dentro de límites ya explorados en el derecho comparado, hubiera podido aportar soluciones artesanales, muchas veces más cercanas a la justicia.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBORNOZ, Jorge R., *Comentario a la Sección 13ª “Responsabilidad civil”* en RIVERA, Julio C. (dir.) y MEDINA, Graciela (coord.), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo VI”.

ANCEL, Bernard y LEQUETTE, Ives, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ta. Ed., París, Dalloz, 2006.

68. Este último objetivo se alcanza, en el nuevo Código, por el juego de la cláusula de excepción contenida en el artículo 2597. En palabras de la Profesora Helène Gaudemet Tallon, tratándose de obligaciones extracontractuales se presentan los objetivos “contradictorios” de “prévisibilité et de souplesse” que tienen tanto valor el uno como el otro, lo cual obliga a alcanzar soluciones plenas de matices. Curso general “Le pluralisme en droit international privé...”, en *Recueil des Cours*, tomo 312, ya citado, p. 319.

- AUDIT, Bernard, *Droit international privé*, 3ra Ed., París, Economica, 2000.
- , "Le caractère fonctionnelle de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois)", *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, n° 186, 1984, pp. 219-398.
- BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ta. Ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- BOSKOVIC, Olivera, *La réparation du préjudice en droit international privé*, París, LGDJ, 2003.
- DUBLER, Cesar, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Genova, Librairie de l'Université, Georg & Cie, 1983.
- DUBOUT, Edouard y TOUZÉ, Sebastien, *Les droits fondamentaux charnières entre ordres et systèmes juridiques*, París, Pedone, 2010.
- FALLON, Marc, "La loi belge de droit international privé, pour un bicentenaire", en *Travaux du comité français de droit international privé, 2004-2006*, París, Pedone, 2008, pp. 89-132.
- FERMÉ, Eduardo L., *La responsabilidad civil por hechos ilícitos en el derecho internacional privado*, Relato general ante el X° Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, 1989.
- GAUDEMET-TALLON, Helène, "Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)", en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tomo 312, 2005, pp. 9-488.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, 10ma Ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014.
- MAYER, Pierre, "Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois", en *Recueil Dalloz*, 1985, p. 127.
- MAZEAU, Henri y MAZEAU, Léon, "Conflits de lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle et quasi délictuelle", *Revue critique de droit international privé*, 1934, p. 384.
- MORSE, Robin, "Substance and Procedure: Aspects of Damages in Tort in the Conflict of Laws", en *Un engagement au service du droit international privé. Mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2013, pp. 389-396.
- NAJURIETA, María S., "Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos", en UZAL, María E. (coord.), *Ciencia, técnica y*

- Poder Judicial*, Buenos Aires, Academia Judicial Internacional, La Ley, 2006, pp. 217-251.
- RÉMY-CORLAY, Pauline, "Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois", en *Revue critique de droit international privé*, 2003, pp. 37-76.
- RIVERA, Julio C., "La constitucionalización del Derecho Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en RIVERA, Julio C. (dir.), MEDINA, Graciela (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 1-22.
- SCOTTI, Luciana, "Comentario a la reforma" en BUERES Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y comentado*, tomo 2, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.
- SEUBA TORREBLANCA, Joan C., *Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento Roma II*, Barcelona, 2005, disponible en www.indret.com.
- SYMEONIDES, Symeon, "The American Choice of Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow", en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tomo 298, pp. 9-448.
- UZAL, María E., "Determinación de la ley aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual en el derecho internacional privado", en *El Derecho*, Buenos Aires, Tomo 140, pp. 845-850.
- , "El pluralismo en el derecho internacional privado como una necesidad metodológica", en *El Derecho*, Buenos Aires, tomo 161, pp. 1056-1063.
- VON MEHREN, Arthur T., "Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux États-Unis", en *Journal de droit international*, 1973, p. 116.

ENSAYOS

LA DIMENSIÓN JURÍDICA DE LOS ELEMENTOS DE LA ESTATALIDAD A LA LUZ DEL CASO DEL AUTODENOMINADO "ESTADO ISLÁMICO"*

TOMÁS M. GUISADO LITTERIO**

"Crimen omnia ex se nata vitiat"

(El crimen vicia todo aquello que de él nazca)

Adagio latino anónimo

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto indagar sobre la existencia de una dimensión jurídica de los elementos de la estatalidad que requiera que los componentes del Estado hayan sido obtenidos por causa lícita, entendiéndose como tal a una no contraria al ordenamiento imperativo del Derecho Internacional. A tales efectos, se analizará en concreto si la agrupación autodenominada "Estado Islámico de Irak y el Levante" puede ser considerada un Estado conforme a las normas actuales de Derecho Internacional.

Palabras clave: estatalidad – principio de efectividad – estado islámico – *ius cogens* – *principio ex iniuria ius non oritur* – uso de la fuerza – violaciones masivas al DIH y DIDH

Abstract: The present paper's objective is to inquire into the existence of a legal dimension to the elements of statehood that requires that the components of the State have been obtained by a licit cause -understood as a cause in accordance to International Law's preemptory order-. To these ends, it will be analyzed in concrete whether the organization known as the "Islamic State of Iraq and the Levant" can be considered a State under the current norms of International Law.

* Recepción del original: 13/03/2016. Aceptación: 17/08/2016.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

Keywords: statehood – principle of effectiveness – islamic state – *ius cogens* – *ex iniuria uis non oritur* principle – use of force – massive violations of IHL and IHRL

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto indagar sobre la existencia de una dimensión jurídica de los elementos de la estatalidad que requiera que los componentes del Estado hayan sido obtenidos por causa lícita, entendiéndose como tal a una no contraria al ordenamiento imperativo del Derecho Internacional. A tales efectos, analizaré en concreto si la agrupación auto-denominada “Estado Islámico de Irak y el Levante” (en adelante, “Estado Islámico” o “EI”) puede ser considerada un Estado conforme a las normas actuales de Derecho Internacional. En particular, lo haré a la luz de la reacción, en práctica y *opinio iuris*, de los integrantes de la Comunidad Internacional frente a casos similares, en los que ciertos Estados putativos reclamaron el reconocimiento de la Comunidad Internacional a partir de la reunión de los requisitos fácticos de la estatalidad. Intentaré demostrar que los Estados han mudado el tradicional criterio estrictamente fáctico de determinación de la existencia de un Estado (compuesto por un territorio, una población permanente, un gobierno con control efectivo y soberanía) por uno que requiere que estos componentes se ajusten a causas que no sean en sí mismas contrarias a las normas de *ius cogens*.

Debe aclararse que el ensayo circunscribirá su análisis a la verificación de la estatalidad del EI (y su eventual proyección a otros casos futuros), sin adentrarse en profundidad en el estudio de si, eventualmente, podría encasillarse al EI bajo otra forma de subjetividad internacional, como un grupo armado o un movimiento de liberación nacional. Ello, en virtud de que son los voceros de la propia agrupación quienes insisten en su carácter estatal,¹ y que esta cuestión es de suma trascendencia, puesto que el Estado es el único sujeto de derecho de gentes que cuenta con capacidad plena de actuación en el plano internacional. Sin perjuicio de que hoy resulta incontrovertible la existencia de una mul-

1. S/F, *What is ‘Islamic State’?*, consultado en [<http://www.bbc.com/news/world-middleeast-29052144>] el 4/12/2015.

titud de entidades susceptibles de adquirir derechos y obligaciones en el plano internacional,² en el estado actual de la ciencia jurídica son los Estados los únicos sujetos que gozan de una "personalidad internacional completa",³ mientras que otros sujetos carecen de la batería de derechos y deberes asociados con la estatalidad. Sin perderse de vista que el tradicional esquema westfaliano se encuentra hoy en un proceso de profunda revisión, debe destacarse que sigue siendo predominante la doctrina de que los Estados son los únicos sujetos verdaderamente legiferantes en el plano internacional, y que las normas de Derecho Internacional nacen de la voluntad de los Estados, manifestada a través de formas explícitas e implícitas de coordinación,⁴ que a la vez puede presentarse de forma directa o por intermedio de Organizaciones Internacionales.⁵ Por todo lo expuesto, es de remarcada importancia la determinación de si el EI ha de ser considerado un Estado y por ende, titular de todos los derechos y las obligaciones asociadas con la estatalidad, o no.

II. DIMENSIÓN FÁCTICA DE LOS COMPONENTES DE LA ESTATALIDAD

Antes de analizar los elementos de la estatalidad, debe aclararse que este trabajo tiene como premisa el entendimiento de que el reconocimiento de la estatalidad de parte de terceros Estados es meramente declarativo. Esta doctrina fue plasmada en la Convención de Montevideo de 1933,⁶ y a su vez es la posición que cuenta con mayor consenso internacional.⁷ La teoría declarativa, que considera que el reconocimiento

2. Este proceso de aparición de nuevos sujetos con características distintas a los Estados ha sido denominado "polimorfismo". Al respecto, ver REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Branch, 2007, p. 93.

3. ABDULLAH, Y., "The Holy See at United Nations Conferences: State or Church?", en *Columbia Law Review*, 96/7, Nueva York, 1996, p. 1860.

4. PORTMANN, R., *Legal Personality in International Law*, New York, Cambridge, 2010, p. 9.

5. REMIRO BROTONS, A., ob. cit., p. 93.

6. "Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados", firmada en Montevideo, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933, en la Séptima Conferencia Internacional de los Estados Americanos (art. 3°).

7. LOZZA, M., "Surgimiento del Estado y reconocimiento", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. S. (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Erreius, 2015, pp. 356-360.

no es más que una afirmación política de la existencia del Estado sin efectos jurídicos, es aquella que, además de gozar de predominio, se encuentra exenta de las falencias teóricas de la doctrina constitutiva.⁸ Por otro lado, la teoría constitutiva descansa en una negación del principio de la igualdad soberana, puesto que permite que los Estados preexistentes decidan discrecionalmente si un Estado surgente adquirirá o no el título de estatalidad.⁹ Resultaría así adecuado considerar a la existencia estatal como independiente del reconocimiento, simplemente como un hecho con consecuencias jurídicas, tal como enuncia el adagio latino *ex factis ius oritur* ("de los hechos emana el Derecho"). Por superar las dificultades prácticas y lógicas de la teoría constitutiva, la doctrina declarativa se alza como predominante tanto en la experiencia y la jurisprudencia internacionales como en la opinión de los juristas,¹⁰ sin perjuicio de las dificultades prácticas que puede sufrir un Estado con escaso reconocimiento para establecerse y ejercer sus derechos.

Una vez zanjada la cuestión del carácter del reconocimiento por parte de terceros Estados, debo referirme a cuáles serán los elementos que serán considerados como determinantes de la estatalidad; tales son: territorio determinado, población permanente, gobierno efectivo, y soberanía (o independencia). A continuación se pasará a exponer los motivos por los que los elementos enunciados han sido seleccionados para la determinación de la dimensión fáctica de la estatalidad, destacando además que el criterio de categorizar los elementos de la estatalidad en los cuatro enuncia-

8. ABDULLAH, Y., ob. cit., p. 1859. Quizás el más importante inconveniente de esta última es la cuestión de qué sucede cuando un aspirante a estatalidad es reconocido como tal por un grupo de Estados establecidos, pero negado en su carácter de tal por otro grupo igualmente establecido, como es hoy en día el caso de Israel y de Palestina, entre varios otros. Hans Kelsen resolvía esta contradicción argumentando que la existencia de los Estados es relativa: los Estados existen exclusivamente en sus relaciones con los Estados que los reconocen como tales. No obstante, Crawford ataca esta solución por violar el sentido común (CRAWFORD, J., *The Creation of States in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, cap. 2, p. 13).

9. En otras palabras, suscribir a la teoría constitutiva implicaría negar el derecho de un Estado a existir, puesto que importa otorgar a los demás Estados la potestad discrecional de determinar cuándo es políticamente conveniente otorgarle existencia a otro Estado.

10. CRAWFORD, J., ob. cit., cap. 2, pp. 14 y 15.

dos *ut supra* es seguido por Oppenheim,¹¹ Brownlie,¹² Crawford,¹³ Díez de Velazco,¹⁴ Barboza,¹⁵ González Napolitano,¹⁶ etc.

Los primeros tres elementos están enumerados en la Convención de Montevideo,¹⁷ y además cuentan con un consenso casi unánime entre los doctrinarios.¹⁸ Ya desde antes de la redacción de la Convención, los elementos territorio, población y gobierno eran reconocidos por los juristas como constitutivos de la estatalidad, y los diplomáticos en Montevideo no hicieron más que recoger la opinión imperante en la época, opinión que se ha mantenido desde entonces.¹⁹ La Convención reconoce un cuarto elemento: la capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados. Este cuarto requisito ha sido criticado por la doctrina por ser considerado más bien una consecuencia de la estatalidad que una condición.²⁰ Por otra parte, la capacidad de ejercer relaciones exteriores es mejor concebida como una prerrogativa ejercida por sujetos de Derecho Internacional, que no es exclusiva de los Estados (ya que todos los sujetos pueden entablar relaciones entre sí), y que debería considerarse un atisbo a los fines de determinar si una entidad es un Estado, pero no un requisito *per se*.

No obstante, queda claro que los primeros tres elementos, por sí solos, no son constitutivos de la estatalidad, puesto que podría encontrarse un gobierno con control efectivo sobre un territorio y una población, que esté no obstante, sujeto a una autoridad superior, como es el caso de una provincia o una colonia, sujetos a la autoridad del gobierno federal o metropolitano,

11. OPPENHEIM, L. F.L., *International Law: A Treatise*, Nueva York, Longmans, Green & Co., 1905, Vol. 1, pp. 100 y 101.

12. BROWNLIE, I., *Principles of International Law*, 8ª ed. actualizada por Crawford, James, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 128-130.

13. CRAWFORD, J., *ob. cit.*, cap. 2.

14. DÍEZ DE VELAZCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2007, pp. 274-278.

15. BARBOZA, J., *Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Buenos Aires, Zavallía, 2008, p. 167.

16. GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. S., y FELLAY, M., "Sujetos del Derecho Internacional", en GONZÁLEZ NAPOLITANO (coord.), *ob. cit.*, pp. 25-26.

17. Artículo 1º de la citada Convención.

18. CRAWFORD, J., *ob. cit.*, cap. 2, p. 16.

19. GRANT, T. D., "Defining Statehood: The Montevideo Convention and its Discontents" en *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 37, Nueva York, 1999, pp. 414-418.

20. ABDULLAH, *ob. cit.*, p. 1866 y CRAWFORD, *ob. cit.*, p. 58.

respectivamente. Por eso, se ha agregado el cuarto elemento: la soberanía o independencia,²¹ que garantiza que el sujeto ejerza la *summa potestas*, en otras palabras, que no esté sometido a ningún orden que no sea el propio Derecho Internacional.²² La capacidad para entablar relaciones exteriores es, entonces, un síntoma de independencia, un indicio para que los juristas distingan a un Estado de otra entidad territorial que no llegue a esa categoría.²³

III. VERIFICACIÓN DE LA DIMENSIÓN FÁCTICA DE LA ESTATALIDAD EN EL CASO DEL EI

Habiéndose ya planteado los cuatro elementos que componen la dimensión fáctica de la estatalidad, en los próximos párrafos se analizará cada componente en relación con el caso de estudio: el EI. A tales efectos se tendrá por irrelevante el hecho de que no haya un solo Estado que reconozca al EI como un Estado –más bien, la Comunidad Internacional en su generalidad mantiene activa, consistente e impetuosamente que no lo es—²⁴ puesto que la existencia estatal es una cuestión independiente del reconocimiento, que es meramente declarativo.

Con respecto al territorio, el EI tiene dominio sobre tierras que pertenecen (o pertenecían) principalmente a Irak y Siria,²⁵ pero también abar-

21. GONZALEZ NAPOLITANO, S. S., y FELLAY, M., ob. cit., pp. 25-26 y BARBOZA, J., ob. cit., p. 167. Cabe aclarar que en el presente ensayo, los términos "soberanía" e "independencia" serán tenidos como sinónimos.

22. BARBERIS, J. A., *Sujetos del derecho internacional actual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 41 y 42. Crawford califica a la independencia como el "criterio central" para la estatalidad (CRAWFORD, ob. cit., cap. 2, p. 17.).

23. Brownlie resuelve de forma elegante esta discordancia aseverando que el requisito de "capacidad de entablar relaciones exteriores" es simplemente una representación del requisito de independencia (BROWNLIE, ob. cit., p. 129).

24. Puede vislumbrarse un ejemplo de este contundente rechazo en el discurso del Secretario General de la ONU, Ban Ki-moon, en el Consejo de Seguridad en 24/09/2014. El discurso se encuentra disponible online en [<http://www.un.org/sg/STATEMENTS/index.asp?nid=8040>].

25. NEBEHAY, S., *Islamic State-controlled parts of Syria, Iraq largely out of reach: Red Cross*, consultado en [<http://www.reuters.com/article/2015/03/13/us-mideast-crisissyria-irc-idUSKBN0M921N20150313>] el 4/12/2015.

ca espacios más pequeños en otros países de la región del Medio Oriente y el Norte Africano.²⁶ Su superficie se ha estimado en 21.000 km cuadrados²⁷ (aunque los números oscilan según quién los cuente), y si bien sus posesiones son discontinuas y sus límites difusos, puede aseverarse con seguridad que se cumple el requisito del territorio determinado, dado que ni la continuidad ni la definición incontrovertida de sus límites impiden tal calificación.²⁸ Al respecto, existe jurisprudencia internacional²⁹ que sostiene categóricamente que no puede subordinarse la existencia del Estado a la precisa determinación de sus límites, sino que basta con "suficiente consistencia" en el territorio como para que quede verificado el requisito del territorio determinado. Este criterio fue ratificado por la Corte Internacional de Justicia en el "Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte".³⁰

A su vez, Crawford aborda la cuestión de Estados cuyo territorio en su totalidad está sometido a controversias con terceros Estados,³¹ como era el caso de Israel al momento de ingresar a las Naciones Unidas, cuyo territorio era reclamado por sus vecinos. Luego de un análisis de la jurisprudencia y la práctica internacional, concluye que la cuestión territorial no obsta a la consideración de Estado. Este razonamiento podría ser aplicado por analogía al EI, cuyo territorio está enteramente controvertido por los Estados bajo ocupación, principalmente Irak y Siria.

En cuanto a la población, sobre las tierras en posesión del EI habitan aproximadamente diez millones de personas.³² Se entiende que la población debe ser permanente para que este requisito se cumpla, y el hecho de que la mayor parte de la población se vea sometida involuntariamente a un régimen despótico no obsta a su permanencia, sin perjuicio de que existan grandes grupos humanos que busquen migrar a otros países

26. S/F, *ISIL territorial claims*, consultado en [https://en.wikipedia.org/wiki/ISIL_territorial_claims] el 4/12/2015.

27. S/F, *What is 'Islamic State'?*, ob. cit.

28. CRAWFORD, J., ob. cit., cap. 2, pp. 46-50.

29. Tribunal Arbitral Mixto Germano-Polaco, "Deutsche Continental Gas-Gesellschaft c. Estado Polaco", 1929.

30. CIJ, "Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte (Países Bajos y Dinamarca c. Alemania)", 20/02/1969 (sentencia de fondo).

31. CRAWFORD, J., ob. cit., cap. 3, p. 8.

32. NEBEHAY, S., ob. cit.

para lograr escapar del conflicto.³³ Asimismo, tampoco es un obstáculo el hecho de que el EI no haya organizado un régimen formal de nacionalidad, dado que ello es una cuestión reservada al Derecho Interno de los Estados y no es óbice para la existencia de población. A tal efecto, se requiere solamente un grupo humano que habite en forma permanente en el territorio estatal sometido a la jurisdicción del Estado,³⁴ extremo que se cumple en el caso.

Respecto del gobierno, Crawford opina que para que se verifique este requisito, es necesario que este goce de un control efectivo sobre la generalidad del territorio estatal, y que este control se caracterice, al menos, por el mantenimiento de un estándar mínimo de ley y orden y el establecimiento de instituciones básicas.³⁵ El EI está organizado bajo un gobierno con una estructura institucional³⁶ que toma por modelo lo que sus integrantes entienden que es un "Califato Islámico", con un aparato burocrático que es, *mutatis mutandi*, análogo al arquetipo convencional moderno. Aunque el territorio sobre el cual el EI se despliega está sometido a un conflicto constante, no cabe duda de que su control es efectivo.³⁷ El régimen terrorista tiene su capital *de facto* en la ciudad siria de Al-Raqqa. Allí, los jerarcas de la organización imponen con rigor absoluto las normas que surgen de su interpretación del Corán, estableciendo castigos severos para las infracciones, y sometiendo con efectividad a los habitantes a una vida de terror y continua sumisión,³⁸ pero también proveyendo servicios públicos y estableciendo estructuras que son propias de cualquier organización gubernamental.³⁹ La intensidad del dominio

33. HENDAWI, H., *Refugees describe life under ISIS*, consultado en [<http://www.cbc.ca/news/world/refugees-flee-isis-1.3235831>] el 4/12/2015.

34. DIEZ DE VELAZCO, M., ob. cit., p. 274.

35. CRAWFORD, J., ob. cit., cap. 2, p. 15.

36. BELLINI, J., *The Islamic State: how its leadership is organized*, consultado en [<https://www.youtube.com/watch?v=1HzMucorCwoj>] el 4/12/2015.

37. S/F, *What is 'Islamic State'?*, ob. cit.

38. HENDAWI, H., ob. cit.

39. El gobierno del EI está encabezado por el Califa, que tiene a su disposición un gabinete de asesores. Existen además, un gobernador designado para la región de Siria bajo control, y otro para la región de Irak. El Consejo de Shura hace las veces de una legislatura, y está encargado de interpretar la ley islámica; esto le otorga poder para controlar a los líderes y autorizar sus decisiones, conforme su lectura del Corán. También existen otros consejos asimilables a ministerios, que se especializan en determinadas áreas de gobierno (financiero,

del EI sobre las tierras que ocupa lleva a la consideración indubitable de que su control es efectivo.

No debe perderse de vista, sin embargo, que este gobierno es ejercido de manera inhumana y que someten a su población a un régimen terrorífico y horrendo, donde las ejecuciones más sanguinarias y cruentas son una ocurrencia diaria. Sin embargo, es un asentado principio del Derecho Internacional que la forma de gobierno y la manera en que este es manejado no obsta a la existencia del Estado.⁴⁰ Díez de Velazco ha expresado que "...los regímenes políticos más diversos, incluso los más odiosos, ocupan su sitio en la actual sociedad internacional, sin que la calidad estatal de los respectivos países resulte cuestionada".⁴¹ Para sostener esta postura, cita a la CIJ cuando expresó que el sistema de gobierno de cada Estado es de su exclusiva incumbencia.⁴² Lo cierto es que sobran ejemplos de Estados cuyos gobiernos han cometido las más grandes atrocidades sin que ello haya afectado su calificación como Estados.⁴³ Por esta razón, no vendría al caso el hecho de que este gobierno ejerce el poder de una forma despótica y sin el menor vestigio de respeto por los derechos humanos o el trato humani-

de liderazgo, militar, jurídico, de seguridad, de inteligencia, etc.) (Hendawi, H., ob. cit.). Cuenta además con una fuerza de policía y un sistema de tribunales para administrar justicia y castigar a quienes infrinjan las reglas establecidas. El EI pasó de ser exclusivamente una fuerza militar a un grupo hábil en gestión gubernamental. (ZERIN, A., *The Islamic State of Iraq and Syria has a Consumer Protection Office*, consultado en [<http://www.theatlantic.com/international/archive/2014/06/the-isis-guide-to-building-an-islamic-state/372769>] el 4/12/2015). En las áreas bajo su control proveen servicios sociales, realizan controles de precios máximos, recaudan impuestos, construyen obras, proveen servicios públicos (correo postal, transporte, ceremonias religiosas) y proporcionan comida y energía eléctrica a los habitantes. Los servicios sociales que prestan incluyen escolarización y atención médica. Todas estas operaciones son financiadas con dinero de venta de petróleo, imposición de cargas tributarias a los locales, y saqueos y expropiaciones en ciudades conquistadas.

40. GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. S. y FELLAY, M., ob. cit., pp. 25-26.

41. DÍEZ DE VELAZCO, M., ob. cit., p. 275.

42. CIJ, "Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)", 27/06/1986 (sentencia de fondo).

43. Nadie negó, por ejemplo, que Alemania bajo el régimen nazi o la URSS bajo la conducción de Joseph Stalin eran Estados, pese a haber perpetrado los crímenes de lesa humanidad más atroces que la historia haya conocido jamás, y contra su propia población. En casos más recientes, lo mismo podría decirse de Argentina y otros países de la región cuando fueron gobernados por regímenes militares durante la segunda mitad del siglo XX.

tario de los prisioneros de guerra,⁴⁴ puesto que, a los fines de determinar la existencia fáctica del gobierno, no es relevante.

En cuanto a la independencia, el juez Anzilotti de la CPJI sostuvo en un célebre voto⁴⁵ que un Estado putativo no sería independiente si no pudiese ejercer su propio juicio en lo relativo a las decisiones concernientes al gobierno de su territorio. El árbitro Max Huber, en su laudo sobre el Caso de la Isla de Palmas⁴⁶ entendió que "soberanía, en las relaciones internacionales, significa independencia", y que la independencia es el ejercicio en cierta porción del globo de la función estatal. Barberis clarifica que por "función estatal" debe entenderse "toda actividad que un Estado puede cumplir respecto de un territorio determinado", cuyo ámbito de competencia material es, en principio, ilimitado; y este ejercicio debe ser "...excluyente, esto es, eliminando a cualquier otro Estado que tuviere una pretensión semejante".⁴⁷ En este sentido, sería difícil negar que el EI es independiente de otras potencias, ya que ejerce y continúa ejerciendo su control territorial aún bajo la resistencia de las fuerzas armadas de los Estados cuyos territorios son "ocupados", así como también bajo el asedio diario de una importante coalición de Estados propuesta a destruirlo.⁴⁸

Crawford sugiere que el elemento independencia no puede ser evaluado con el mismo estándar a la hora de determinar la continuación de un Estado preexistente que la existencia de un nuevo Estado. Expresa que un Estado ya existente puede continuar incluso sin tener una independencia efectiva por un período considerable de tiempo debido al derecho proveniente del Derecho Internacional General relativo a la prohibición de la anexión territorial. En cambio, un nuevo Estado, para probar su carácter

44. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "Rule of Terror: Living under ISIS in Syria", en *Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic*, 14/11/2014.

45. Voto disidente en CPJI, "Opinión Consultiva sobre el Régimen Aduanero entre Alemania y Austria", 1931.

46. CPA, "Caso de la Isla de Palmas (Estados Unidos c. Países Bajos)", 1928 (laudo sobre el fondo).

47. BARBERIS, J. A., *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003, p. 181.

48. ROSS, A., *Hundreds of civilians killed in US-led air strikes on Isis targets – report*, consultado en [<http://www.theguardian.com/world/2015/aug/03/us-led-air-strikes-on-isis-targets-killed-more-than-450-civilians-report>] el 4/12/2015.

deberá demostrar sustancial independencia real y formal.⁴⁹ La independencia formal consiste en el revestimiento de los poderes de gobierno en los órganos institucionales del Estado putativo, ya sea a través de normas de Derecho Interno o por concesión del anterior Soberano.⁵⁰ La independencia real, en cambio, consiste en "el mínimo grado de poder gubernamental real a disposición de las autoridades del Estado putativo que sea necesario para calificarlo como 'independiente'".⁵¹

Con estos criterios, no resulta difícil sostener, por un lado, que el EI ha otorgado a través de su ordenamiento jurídico interno plenas competencias estatales a sus órganos institucionales. En cuanto a la independencia real, sería difícil negar que el EI supera el estándar mínimo de plenitud de competencias que el Derecho Internacional exige para no ser considerado como sometido a potencia exterior alguna. Así, como se describió *ut supra*, es indubitable que el EI ejerce control efectivo en ciertas tierras tradicionalmente pertenecientes a Irak y Siria, y pese a que su dominio no es pacífico, ya que se encuentra en un estado de continua guerra civil y asedio exterior, logra mantener con relativa eficacia el ejercicio de la función estatal en los territorios bajo su posesión. En consecuencia, debe concluirse que el EI cumple con los requisitos para ser considerado independiente.

IV. ¿ES LA DIMENSIÓN FÁCTICA SUFICIENTE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA ESTATALIDAD?

Hasta ahora se ha analizado la dimensión estrictamente fáctica de los componentes de la estatalidad, siguiéndose sin tapujos la regla de *ex factis ius oritur*, considerándose que la existencia estatal es una cuestión puramente *de facto*, y que de esa situación fáctica emanarán todas las consecuencias jurídicas propias de la estatalidad, lo que Crawford llama "*principle of effectiveness*".⁵² En otras palabras, cada vez que un gobierno soberano ejerce control efectivo sobre una población permanente en un territorio, acontecería *ipso facto* la existencia estatal, sin que nada más

49. CRAWFORD, J., ob. cit., cap. 2, p. 18.

50. *Ibid.*, p. 20.

51. *Ibid.*, p. 24.

52. *Ibid.*, p. 6.

sea necesario. Este criterio no es indeseable, de hecho es lo que permite el funcionamiento de la Comunidad Internacional. La costumbre internacional, tradicionalmente, no ha requerido más que esto para que terceros Estados comiencen a entablar relaciones con el naciente Estado como un nuevo socio en el club de los Estados. Por supuesto, los casos de Estados asentados que no han reconocido a Estados emergentes son frecuentísimos a lo largo de la historia, pero responden más bien a motivaciones políticas que a razonamientos jurídicos que puedan compartirse en la Comunidad Internacional a modo de una *opinio iuris*. Pareciese que existe, como algunos han sugerido, un derecho inherente a todo Estado a existir y ser tratado como tal.⁵³ Crawford señala que hay quienes opinan que si el Derecho Internacional negase la validez de situaciones de poder fácticas, correría el peligroso riesgo de perder eficacia por la falta de conciliación entre Derecho y realidad.⁵⁴

No obstante, han surgido ideas en los últimos tiempos que vienen a poner en crisis el criterio de que la efectividad es una regla absoluta.⁵⁵ Una exigencia que ha ganado popularidad en las últimas décadas es la de la constitución de un gobierno democrático.⁵⁶ No obstante, el informe producido por *The Economist Intelligence Unit* dio como resultado que en el año 2014 tan solo el 45,5% de los Estados tenían un régimen democrático (este grupo está compuesto por un 14,4% de Estados plenamente democráticos y 31,1% de Estados con democracias deficientes), mientras que el 54,5% no tienen un sistema democrático (el 23,4% tiene un régimen híbrido y el 31,1% tiene un régimen autoritario).⁵⁷ Estos números conducen a la categórica conclusión de que la Comunidad Internacional no solo no desconoce

53. HALL, W. E., *International Law*, 8va. Ed., Oxford, Higgins, 1924, p. 103.

54. CRAWFORD, J., ob. cit., cap. 3, p. 2-3.

55. GRANT, T. D., ob. cit., p. 442.

56. *Ibid.*, pp. 443 y 444. Grant refiere a la "Guía de Reconocimiento de Estados en Europa Oriental y la Unión Soviética" que elaboraron los miembros de la Comunidad Europea en 1991 luego de iniciado el proceso de desintegración de la URSS. En este documento expresaron que la institución de un régimen democrático era un requisito para que los Estados nacientes de la caída de la Unión Soviética sean reconocidos por los Estados de Europa Occidental. Sin embargo, Grant destaca que este criterio no fue estrictamente respetado en la práctica; y no debe soslayarse una importante diferenciación: la guía imponía a la democracia como un requisito para el reconocimiento del Estado, no para su existencia como tal.

57. THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *Democracy Index 2014*, consultado en [http://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=Democracy0115] el 4/12/2015.

la existencia de Estados no democráticos, sino que está mayoritariamente integrada por esta clase de Estados. No cabe lugar a la afirmación de que pueda llegar a existir una norma consuetudinaria tendiente al desconocimiento de los Estados no democráticos: sencillamente no existe práctica en esa dirección.⁵⁸ La Comunidad Internacional se ha planteado como meta expresa en numerosas ocasiones la expansión de la democracia en todo el mundo, y ha considerado a la democracia como un bien jurídico digno de protección.⁵⁹ Me parece que estas acciones plantean el camino correcto, puesto que el fomento de la democracia en todo el mundo es un bien en sí mismo, pero la imposición de la democracia so pena de desconocer la estatalidad no es viable. Esto implicaría, en mi opinión, y pese a la loable intención, un retroceso enorme.⁶⁰

58. GRACIA, M. B., "Igualdad soberana y no intervención", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. S., ob. cit., pp. 723 y 724. Esto podría llegar a verse como una deficiencia del Derecho Internacional que necesite corregirse. Después de todo, la democracia es tenida axiomáticamente como el sistema de gobierno preferible, pues no parece cuestionable que bajo un sistema de auto-gobierno los pueblos se conducirán de la forma más favorable a sus intereses, y más respetuosa de los derechos humanos. Sin embargo, el desconocimiento de los Estados no democráticos traería aún peores consecuencias para las poblaciones sometidas a estos regímenes no representativos. Al no ser Estados, no podrían nunca adherirse a convenciones sobre DDHH, ni consentir la competencia de tribunales regionales de DDHH u órganos cuasijurisdiccionales de control, ni a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, ni ser considerados internacionalmente responsables por sus violaciones al Derecho Internacional Humanitario ni de los Derechos Humanos, ni a otras normas del Derecho Internacional General. Por otro lado, se estaría aislando de la Comunidad Internacional a la mayoría de sus actuales miembros, incluyendo actores importantísimos como la República Popular China. Ello llevaría a la paralización de las relaciones internacionales: sería inconcebible una Comunidad Internacional en que un número tan significativo de sus miembros sea negado, incluyendo algunos de los actores más relevantes.

59. PETERS, A., "Bienes Jurídicos Globales en un Orden Mundial Constitucionalizado", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 16, Madrid, 2012, pp. 75-90.

60. Sería un requerimiento demasiado estricto considerando el estado actual de las cosas, y tendría, por lo tanto, efectos contraproducentes. Quizás en las próximas décadas la situación sea distinta y la democracia se haya expandido lo suficiente, pero hoy es muy prematuro imponer a la democracia como condición para la estatalidad, o impulsar el desarrollo progresivo de una norma consuetudinaria que requiera esta circunstancia. Resultan sustancialmente diferentes los casos de que Estados se niegan a reconocer gobiernos de facto que depusieron a las autoridades legítimas en Estados que tenían un régimen democrático, como una medida de presión para el restablecimiento de la democracia; pero esta cuestión es ajena al tema de la existencia misma del Estado, puesto que hace a la cuestión de la legitimidad del gobierno de un Estado consolidado.

Sin perjuicio de todo lo planteado anteriormente, nada obsta a la existencia de una dimensión jurídica como adicional a la fáctica a la hora de analizar los cuatro elementos de la estatalidad. Crawford sostiene que, si bien la efectividad debe permanecer como el principio general predominante, debe darse lugar a que otros principios fundamentales puedan desplazarlo en ciertas circunstancias.⁶¹ Así, aunque se considere que la exigencia de un régimen democrático para la condición de Estado es un requisito tan estricto que resultaría contraproducente, debe sostenerse otro recaudo que se mueva en el plano jurídico de la cuestión, complementado a la existencia fáctica de un Estado putativo. Tal requisito exigiría que los componentes del Estado tengan que haber tenido un origen que no haya contravenido una norma imperativa de Derecho Internacional general, o de *ius cogens*. No solo este criterio es suficientemente flexible como para no desconocer Estados que no deberían ser desconocidos, sino que permite lidiar con casos extremos, negándole la posibilidad a una asociación criminal como el EI de que pueda adquirir el título de Estado y los derechos asociados a esa condición. La aceptación de esta situación fáctica sería, a todas luces, indeseable. La Comunidad Internacional se ha esforzado en condenar el accionar del EI y esta condena permite que la situación *de facto* no se consolide como regular, sino que se encuentre en un continuo proceso de recomposición, hasta el día en que el conflicto pueda al fin resolverse con la afirmación de la vigencia del Derecho Internacional.

Pero además, la doctrina de la dimensión jurídica de los elementos de la estatalidad no se trata de una mera propuesta *de lege ferenda*, sino que es una conclusión que puede derivarse directamente del ordenamiento jurídico internacional actualmente vigente. En los próximos apartados se desarrollará este plano normativo de la estatalidad.

V. EL PRINCIPIO DE *EX INIURIA IUS NON ORITUR*

La dimensión jurídica de la estatalidad, como se avizoró *ut supra* refiere a que los elementos de la estatalidad, además de exigir una comprobación fáctica en cada caso concreto, requerirán haber surgido conforme las

61. CRAWFORD, J., ob. cit., cap. 3, p. 4.

normas imperativas del Derecho Internacional o *ius cogens*.⁶² Una norma de *ius cogens* es aquella que la Comunidad Internacional en su conjunto reconoce como que no puede ser derogada, salvo por norma de igual carácter.⁶³ La CIJ reconoció a las normas de *ius cogens* en el ya citado caso de "Nicaragua",⁶⁴ con referencia a la prohibición del uso de la fuerza armada, y luego volvió a reconocerlas en la opinión consultiva sobre las "Armas Nucleares"⁶⁵ y la del "Muro en Territorio Palestino",⁶⁶ aludiendo a ciertas normas de DIH, y nuevamente en el caso de la "Convención sobre Genocidio"⁶⁷ respecto a la prohibición del genocidio.⁶⁸

Existe una obligación, plasmada en el art. 41 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre Responsabilidad Internacional del Estado,⁶⁹ para toda la Comunidad Internacional, de no reconocer como lícita una situación

62. Debe aclararse que esta teoría coincide en parte con la denominada *Doctrina Stimson*, que consiste en sostener que "los Estados no debieran reconocer a un nuevo Estado que ha surgido como consecuencia de la violación de una norma de derecho internacional". Sin embargo, se diferencia de esta en que aquí se está postulando no una política de reconocimiento, sino una dimensión constitutiva de la estatalidad (LOZZA, ob. cit., p. 359).

63. Art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Pellet sugiere que estas normas, que se caracterizan por ser jerárquicamente superiores a todas las demás que componen el ordenamiento jurídico internacional, adquieren tal carácter por gozar de una *opinio iuris* "intensificada" por el hecho de que los Estados no solo guardan la convicción generalizada de que esa regla es obligatoria, sino también que constituye una norma imperativa de Derecho Internacional General (PELLET, A., "Article 38", en ZIMMERMANN, A.; OELLERS-FRAHM, K.; TOMUSCHAT, C. y TAMS, C. J. (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2ª ed., Londres, Oxford University Press, 2012, p. 757).

64. CIJ, "Actividad Militares y Paramilitares...", doc. cit.

65. CIJ, "Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares", 08/07/1996.

66. CIJ, "Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en Territorio Ocupado Palestino", 09/07/2004.

67. CIJ, "Caso Concerniente a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)", 26/02/2007 (sentencia de fondo).

68. En estos pronunciamientos, las normas imperativas son también llamadas, de forma indistinta, "perentorias", "inderogables", "intransigibles" y "esenciales", y son descriptas como "principios fundamentales o cardinales de costumbre internacional" y "consideraciones elementales de humanidad".

69. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones, y aprobado por la Asamblea General en 12/12/2001.

creada por la violación grave de una norma imperativa de Derecho Internacional, y de no prestar ayuda o asistencia para mantener esa situación; a la vez que surge, por el contrario, una obligación *erga omnes* de cooperar para concluir tal violación. Este artículo debe ser leído en conjunción con el art. 48 del mismo Proyecto, que dispone que ante toda violación de una obligación *erga omnes*,⁷⁰ todos los Estados tendrán derecho a exigir la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, y a reclamar la reparación del daño producido al Estado o conjunto de Estados lesionados por el ilícito. Además, se desprende del art. 54 que todos los Estados tendrán derecho a adoptar medidas lícitas para asegurar la consecución efectiva de los derechos previamente enunciados. Estas obligaciones emanan de la regla expresada en el adagio latino *ex iniuria ius non oritur*: no puede erigirse Derecho sobre injusticias. Rohr señala que el fundamento de este principio es "...prevenir la convalidación de una situación ilegal procurando garantizar que un *fait accompli* resultante de una ilegalidad seria no se consolide y cristalice a lo largo del tiempo".⁷¹ La vigencia prolongada de una situación antijurídica podría ocasionar, de otra forma, que se cristalice el *statu quo* en perjuicio de la juridicidad exigida por el ordenamiento internacional, dejándolo hueco e inefectivo. La CDI ha considerado que esta obligación encuentra fundamento consuetudinario en la práctica estatal y la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales.⁷²

70. Vale aclarar que todas las normas de *ius cogens* imponen obligaciones *erga omnes*, aunque no todas las obligaciones *erga omnes* emanan del *ius cogens* (ROHR, A., *La Responsabilidad Internacional del Estado por Violación al Jus Cogens*, Buenos Aires, SGN, 2015, p. 9).

71. *Ibid.*, p. 75.

72. Comentarios de la CDI al Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Art. 41. Tal regla ya había sido expresada –con referencia a la prohibición del uso de la fuerza armada– en la "Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", aprobada por Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, que expresa que "...no se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza". Un brillante antecedente de esta codificación fue el Pacto Antibélico Saavedra Lamas, celebrado en 1933, que contenía la siguiente disposición: "Declaran las Altas Partes Contratantes que las cuestiones territoriales no deben resolverse por la violencia, y que no reconocerán arreglo territorial alguno que no sea obtenido por medios pacíficos, ni la validez de la ocupación o adquisición de territorios que sea lograda por la fuerza de las armas".

Asimismo, el carácter consuetudinario de esta obligación fue confirmado por la CIJ en varias oportunidades: por primera vez, en la opinión consultiva sobre "Namibia".⁷³ En este pronunciamiento, la Corte expresó que Sudáfrica estaba incurriendo en responsabilidad internacional al ocupar el territorio de Namibia sin título, y que "...la declaración de la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia puede oponerse a todos los Estados en el sentido de excluir *erga omnes* la legalidad de la situación que se mantiene en violación del derecho internacional. En particular, ningún Estado que establezca relaciones con Sudáfrica respecto a Namibia puede esperar de las Naciones Unidas o sus miembros que reconozcan la validez o los efectos de esas relaciones". En este caso, Sudáfrica no se encontraba en posesión del territorio de Namibia por haber incurrido en uso ilegítimo de la fuerza, sino por permanecer en el territorio luego de que su mandato habría sido revocado por la Asamblea General. La norma de *ius cogens* tutelada en el caso era el derecho de autodeterminación de los pueblos, que estaba siendo vulnerado por la opresión al pueblo namibio. En el mismo sentido, en la opinión consultiva sobre el "Muro en Territorio Palestino",⁷⁴ la Corte consideró que Israel, a través de la construcción de un muro que separaba las poblaciones israelí y palestina en Jerusalén, había violado disposiciones de Derecho Internacional Humanitario con carácter de *ius cogens*, y confirmó que "...todos los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores. Asimismo tienen la obligación de no prestar ayuda ni asistencia para el mantenimiento de la situación creada por tal construcción".

Rohr⁷⁵ señala, además, numerosas resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en que se instó a todos los Estados a desconocer situaciones jurídicas ilegales,⁷⁶ y por último destaca el caso de la

73. CIJ, "Opinión Consultiva sobre las Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad", 21/06/1971.

74. CIJ, "Opinión Consultiva sobre las Consecuencias jurídicas...", *doc. cit.*

75. ROHR, A., *ob. cit.*, pp. 74-80.

76. Res. CSNU 264, 20/03/1969 y Res. CSNU 283, 29/07/1970 respecto del caso citado de Namibia; Res. CSNU 216, 12/11/1965 y Res. CSNU 217, 20/11/1965 en que se instó a no reconocer la declaración de independencia de Rhodesia del Sur; Res. CSNU 478, 20/08/1980, Res. CSNU 476, 30/06/1980, y Res. CSNU 497, 17/12/1981 respecto

anexión de Crimea por parte de la Federación Rusa, en que ante la inacción del Consejo de Seguridad por el veto ejercido por la delegación rusa, la Asamblea General emitió una resolución por la cual declaró la invalidez del plebiscito promovido por el gobierno ruso y exhortó "...a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a que no reconozcan ninguna modificación del estatuto de la República Autónoma de Crimea [...] y a que se abstengan de todo acto u operación que pudiera interpretarse como un reconocimiento de ese estatuto modificado" .⁷⁷

V.A. LA PROHIBICIÓN DE LA ADQUISICIÓN TERRITORIAL A TRAVÉS DEL USO DE LA FUERZA

La prohibición del uso de la fuerza armada es una norma consuetudinaria firmemente establecida⁷⁸ que integra los mismos cimientos del Derecho Internacional moderno. Luego de su establecimiento, a partir del Pacto Briand-Kellog de 1928, y su reafirmación y mejoramiento en el Pacto Antibélico Saavedra Lamas de 1930, en 1945 las potencias signatarias de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas finalmente sellaron esta proscripción en el art. 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas.⁷⁹ En la ya citada Resol. 2625 (XXV) de la Asamblea General, se reafirmó y expandió la regla, en particular agregando que "el territorio de un Estado no será objeto de adquisición por otro Estado derivada de la amenaza o el uso de la fuerza. No se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza". En el también ya citado caso "Nicaragua", la CIJ reconoció: "...la ley de la Carta concerniente a la prohibición del uso

de acciones tomadas por Israel en Jerusalén; Res. CSNU 541, 18/11/1983 y Res. CSNU 550, 11/05/1984 en que se instó a desconocer la pretendida República Turca de Chipre Septentrional, que había practicado secesión respecto de Chipre; Res. CSNU 661, 06/08/1990 y Res. CSNU 662, 09/08/1990, por las que se instó a no reconocer la anexión a Irak de Kuwait.

77. Res. AGNU 68/262 (2014), 27/03/2014.

78. MÁRSICO, O. N., "El uso de la fuerza en las relaciones internacionales", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. S., (coord.), ob. cit., pp. 825-826.

79. Dicha norma reza así: "Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas".

de la fuerza por sí misma constituye un paradigmático ejemplo de una regla de derecho internacional que tiene el carácter de *jus cogens*". Crawford expresa que esta prohibición es "una de las reglas más fundamentales del derecho internacional. La comunidad internacional se ha rehusado con considerable consistencia a aceptar la validez jurídica de actos realizados o situaciones logradas mediante el uso ilegal de la fuerza".⁸⁰ Esta prohibición podría desencadenar un vicio en la dimensión jurídica del territorio como componente del Estado, debido a que los demás Estados estarán obligados a desconocer la adquisición territorial por este medio.

Crawford admite que son pocos los casos de agresiones externas que hayan concluido con la fundación de un nuevo Estado *de facto*, puesto que en estos casos, el nuevo Estado putativo no suele cumplir con el requisito de independencia, como en el caso de Manchukuo, que era a todas luces un "Estado" marioneta de Japón.⁸¹ Con este razonamiento llega a la conclusión de que "hay una presunción contra la independencia de entidades creadas por el uso de la fuerza o durante un período de ocupación beligerante".⁸² No obstante, han existido casos en que el uso ilegal de la fuerza ha derivado en la creación de un Estado putativo que cumplía con el principio de la efectividad. Particularmente ilustrativo es el caso de la República Turca de Chipre Septentrional.⁸³ En este caso, las fuerzas armadas turcas intervinieron el norte de Chipre para que las autoridades de la comunidad turca en la isla pudiesen declarar la independencia como un Estado separado de la República de Chipre. Desde entonces la República Turca de Chipre Septentrional opera como un Estado bajo el principio de efectividad, pero con un vicio de creación: la adquisición de su territorio a través del uso ilegítimo de la fuerza. Este vicio ha comprometido su condición de Estado y, al día de hoy, la Comunidad Internacional ha condenado enfáticamente la situación, habiendo el Consejo de Seguridad instado a todos los Estados a que no la reconozcan como tal,⁸⁴ y ninguno lo ha hecho, excepto la propia Turquía.

80. CRAWFORD, J., ob. cit., cap. 3, p. 25.

81. Ibid., cap. 3, p. 23.

82. Ibid., cap. 3, p. 25.

83. Ibid., cap. 3, pp. 27-30.

84. Res. CSNU 541, 18/11/1983 y Res. CSNU 550, 11/05/1984.

V.B. LAS VIOLACIONES MASIVAS AL DIDH Y AL DIH

La doctrina predominante, sustentada por la práctica internacional y la jurisprudencia, entiende que existen varias normas de *ius cogens* vinculadas con la protección de los derechos humanos; tales son: la prohibición de impedir el ejercicio del derecho de los pueblos a la autodeterminación, la prohibición de la tortura, la prohibición del genocidio, la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, la prohibición del *apartheid* y la prohibición de la discriminación racial.⁸⁵ A partir de lo desarrollado *ut infra*, puede considerarse que un Estado putativo que emerge a raíz de una clase dominante que se instala como gobierno mediante la violación de estos principios fundamentales podría estar viciado en la dimensión jurídica de su elemento "gobierno", y eso llevaría a condicionar su existencia como Estado.

Crawford reconoce que no existen casos de Estados establecidos que hayan visto cuestionada su condición estatal cuando sus gobiernos cometen violaciones masivas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁸⁶ No obstante, Grant trae a colación el caso de Rhodesia del Sur,⁸⁷ que podría ser ilustrativo a los fines de estudiar qué ocurre cuando un Estado nace al calor de violaciones masivas de los derechos humanos. Rhodesia del Sur era una colonia británica cuando, en 1965 las autoridades locales –enteramente de ascendencia europea– declararon la independencia sin el consentimiento del gobierno británico, proclamando un nuevo Estado llamado simplemente Rhodesia, y excluyendo a más del 90% de la población, de ascendencia africana, para establecer un régimen discriminatorio y autoritario. La respuesta inmediata de la Comunidad Internacional fue el desconocimiento de ese Estado putativo, que si bien cumplía plenamente con el principio de efectividad, estaba viciado por una ilegitimidad de origen insubsanable. El Consejo de Seguridad emitió una resolución⁸⁸ instando "...a todos los Estados que no reconozcan este régimen de una minoría racista de Rhodesia del Sur y se abstengan de prestar asistencia a este régimen ilegal". En una resolución posterior,⁸⁹ el Consejo de Seguridad declaró

85. ROHR, A., ob. cit., p. 119.

86. CRAWFORD, J., ob. cit., cap. 3, p. 31.

87. GRANT, T. D., ob. cit., 441-442.

88. Res. CSNU 216, 12/11/1965.

89. Res. CSNU 217, 20/11/1965.

de ninguna validez la declaración de independencia, y consideró que la situación se trataba de una "rebelión" contra el Reino Unido, que seguía siendo el Estado que legítimamente debía administrar el territorio, y que los responsables no eran más que "usurpadores". Dado que las prohibiciones de la discriminación racial y de la privación del ejercicio de derecho de autodeterminación de los pueblos son usualmente consideradas como normas de *ius cogens*, podría deducirse, a partir de la lectura de los términos empleados por el Consejo de Seguridad, que la violación de las normas imperativas vició la causa de origen del Estado putativo, privándolo de la dimensión jurídica de la estatalidad. En un mismo sentido, Crawford sostiene que este caso parecería indicar que "...cuando un pueblo particular tiene derecho a la autodeterminación en relación con un territorio, ningún gobierno será reconocido en cuanto llegue a existir y busque controlar ese territorio como Estado en violación de la autodeterminación. Puede concluirse que una entidad no puede reclamar estatalidad si su creación es en violación de un derecho a la autodeterminación aplicable".⁹⁰

Grant cita otro caso similar al de Rhodesia, el de los bantustanes en Sudáfrica.⁹¹ Los bantustanes eran reservas dedicadas a tribus aborígenes durante el régimen de segregación racial o *apartheid*. Grant destaca que algunos de estos territorios probablemente cumplían el principio de efectividad, pero ningún Estado llegó a reconocerlos como Estados. Si bien el elemento de la independencia podía estar comprometido, los bantustanes conservaban cierto grado de emancipación respecto de Sudáfrica. No obstante, la prohibición del *apartheid* es universalmente considerada como emanada de una norma de *ius cogens*,⁹² y no cabe descartar que esta haya sido la principal razón que motivó a los Estados a desconocer a estos Estados putativos. Grant expresa que "...un Estado putativo que llega a existir como resultado de una violación de una norma de *ius cogens* puede experimentar una discapacidad distinta de aquella de la subordinación a autoridades exteriores".⁹³

90. CRAWFORD, J., ob. cit., cap. 3, p. 24.

91. GRANT, T. D., ob. cit., pp. 441-442.

92. ROHR, A., ob. cit., p. 79.

93. GRANT, T. D., ob. cit., p. 442.

VI. EL USO ILEGÍTIMO DE LA FUERZA ARMADA POR PARTE DEL ESTADO ISLÁMICO

Luego de haber desarrollado los extremos de la dimensión jurídica de los componentes de la estatalidad, en particular del territorio y del gobierno, procederé a estudiar el caso del EI en particular a la luz de esta doctrina. Para esto, procuraré adentrarme en ambos supuestos enunciados por los cuales un Estado putativo estaría afectado en su dimensión jurídica por una violación grave al *ius cogens* y por lo tanto no podría ser considerado tal, a raíz del principio *ex iniuria iure non oritur*.

Resulta claro que cuando la Carta de la ONU enuncia la prohibición del uso de la fuerza, nada más se refiere a los Estados. Pero no debe olvidarse que la Carta fue pensada en un tiempo donde los conflictos interestatales eran los únicos conflictos armados que podían concebirse, y los Estados eran los únicos sujetos en estos conflictos.⁹⁴ No obstante ello, hoy resulta incontrovertible que existen grupos armados no estatales que participan en hostilidades, y que estos grupos se ven atados por las limitaciones impuestas por el Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, no parecería haber acuerdo respecto de si las normas del *ius ad bellum* les son aplicables, o sea, si puede ser considerada ilícita su conducta cuando no se ajustan a la prohibición del uso de la fuerza armada.⁹⁵ En este sentido, Kotlik ha estudiado la cuestión en relación con el grupo armado autodenominado Ejército Zapatista de Liberación Nacional, y terminó concluyendo que los grupos armados tienen, en virtud de la costumbre internacional, la obligación de ajustarse a las normas generales sobre justificación del uso de la fuerza armada.⁹⁶

En un mismo sentido, Brownlie destaca que desde 2001, el paradigma en relación con el ejercicio de la fuerza por parte de actores no estatales ha cambiado a raíz del atentado a las Torres Gemelas. El autor se pregunta si, de este hecho, ha surgido una nueva costumbre internacional

94. GUTIERREZ POSSE, H. D.T., *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*, Buenos Aires, Eudeba, 2014, p. 114.

95. KOTLIK, M. D., "Reconocimiento de beligerancia y uso de la fuerza. La construcción de legitimidad en la Selva Lacandona", en BUIS, E. J. (dir.), *¿Justificar la guerra? Discursos y prácticas en torno a la legitimación del uso de la fuerza y su licitud en el Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2014, p. 241.

96. KOTLIK, M. D., ob. cit., p. 263.

tendiente a interpretar que actores no estatales como las agrupaciones terroristas pueden realizar "ataques armados" en los términos del art. 51 Carta de la ONU.⁹⁷ Así, luego del suceso, el Consejo de Seguridad emitió una resolución afirmando que los actos de terrorismo internacional constituyen una "amenaza a la paz y la seguridad internacionales",⁹⁸ donde instó a los Estados a "tomar los pasos necesarios para prevenir la comisión de actos terroristas" y sostuvo "la necesidad de combatir por *todos los medios*, en acatamiento de la Carta de las Naciones Unidas, amenazas contra la paz y seguridad internacionales causadas por actos terroristas". Este lenguaje fue interpretado como permisivo del ejercicio de la legítima defensa preventiva contra las agrupaciones terroristas independientes de Estados, comenzando a construir una práctica estatal tendiente a la legitimación del uso de la fuerza contra actores no estatales.⁹⁹ Así, Estados Unidos justificó su invasión de 2001 en el territorio afgano a través de la invocación del ejercicio de la legítima defensa contra la agrupación terrorista Al-Qaeda.¹⁰⁰ En un mismo sentido, en 2014 el Consejo de Seguridad consideró que el EI se trataba de un grupo terrorista desprendido del seno de Al-Qaeda, que se encontraba realizando actos de terrorismo en Irak y Siria.¹⁰¹ En esa misma resolución el Consejo ratificó "...la necesidad de combatir *por todos los medios* [...] las amenazas que para la paz y la seguridad internacionales representan los actos terroristas". El instituto de la legítima defensa importa necesariamente la previa agresión ilegítima de parte del sujeto contra quien quiera ejercerse este derecho,¹⁰² por lo que sostener que puede ejercerse la legítima defensa respecto de un grupo armado no estatal, lleva implícito que aquel grupo armado ejerció la fuerza de manera ilegítima o, en otras palabras, violó la prohibición del uso de la fuerza.

Brownlie considera además el caso de los grupos armados que operan en el marco de Estados fallidos,¹⁰³ entendidos como Estados cuyos gobiernos han perdido el control sobre parte o la totalidad del territorio frente a

97. BROWNLIE, I., ob. cit., p. 771.

98. Res. CSNU 1373 (28/11/2001).

99. BROWNLIE, I., ob. cit., pp. 772-773.

100. MÁRSICO, O. N., ob. cit., p. 852.

101. Res. CSNU 2170, 15/08/2014

102. MÁRSICO, O. N., ob. cit., p. 834.

103. BROWNLIE, I., ob. cit., pp. 773-774.

actores no estatales. En estos casos de colapso de la autoridad gubernamental, la agresión de parte de grupos armados que el Estado territorial no pueda contener constituye un ataque armado que habilita a la legítima defensa. Así lo ha expresado el juez Kooijmans en su voto en el caso de las "Actividades Armadas".¹⁰⁴ Por su parte, el EI se encuentra en control de territorio perteneciente a Irak y Siria, tal como lo ha asegurado el Consejo de Seguridad en su citada resolución de 2014. En estas tierras, los dos Estados ocupados han perdido el ejercicio de toda competencia gubernamental, permitiendo que la situación pueda encuadrarse dentro de la categoría explicada por Kooijmans.

Otra cuestión que podría traerse a colación es el caso de Somalilandia. Kreuter destaca el hecho de que Somalilandia ejerció una secesión empleando el uso de la fuerza respecto de Somalia en 1991 en violación del Derecho Internacional, pues no se encontraba haciendo un ejercicio legítimo del derecho de autodeterminación cuando el movimiento de liberación nacional declaró la independencia en el marco de una guerra civil.¹⁰⁵ Por lo tanto, aun cuando Somalilandia cumple los requisitos exigidos por la Convención de Montevideo, su territorio fue adquirido y declarado independiente luego de un golpe de Estado al gobierno central de Somalia, que provocó el comienzo de un conflicto armado interno que derivó en el colapso de la autoridad gubernamental somalí. Así, mientras el sur de Somalia todavía se encuentra sumido en un estado de anarquía, Somalilandia ejerce hoy en día competencias estatales con relativa paz y normalidad,¹⁰⁶ pero su vicio de nacimiento hizo que hasta el día de hoy ningún Estado la reconozca como tal.

Así, debe entenderse que el EI, como sujeto no estatal, se encuentra sometido a la prohibición que el Derecho Internacional General impone sobre el uso ilegítimo de la fuerza armada. El recurso a la fuerza solo es admisible en tres circunstancias: en legítima defensa, bajo autorización del Consejo de Seguridad, o en ejercicio del derecho de libre determinación.¹⁰⁷

104. CII, "Caso de las Actividades Armadas en el territorio del Congo (RDC c. Ruanda)", 19/12/2005 (sentencia de fondo).

105. KREUTER, A., "Self-Determination, Sovereignty, and the Failure of States: Somaliland and the Case for Justified Secession", en *Minnesota Journal of International Law*, vol. 19, Minnesota, 2010, pp. 363 y ss.

106. *Ibid.*

107. *Ibid.*, p. 245. En el mismo sentido, la Resol. 2105 (XX) AGNU expresa que "reconoce

Resulta evidente que el EI no puede justificar sus hostilidades bajo ninguna de las dos primeras causales; queda por estudiar la última.

No es el objetivo del trabajo adentrarse profundamente en esta cuestión, por lo que intentaré tratarla brevemente. Se señala que para que sea legítimo el uso de la fuerza para lograr la autodeterminación, debe ser ejercida por un movimiento de liberación nacional; que debe ser el representante de un pueblo en una situación de subyugación, ya sea por colonización, opresión racial, u ocupación extranjera; cuyo objetivo de lucha es precisamente lograr salir de esta situación de subyugación para constituir un nuevo Estado. Este movimiento de liberación nacional debió haber sido aceptado por el pueblo que dice representar como representante válido y confirmado por una organización regional o internacional, y no debe actuar de forma que vulnere el principio de integridad territorial del Estado en que luce, cuando este le otorgaba al pueblo autonomía y participación equitativa en el gobierno.¹⁰⁸ Pasaré a analizar sintéticamente si el EI podría ser considerado como un movimiento de liberación nacional que lucha por autodeterminación de un pueblo a la luz de lo enunciado.

Si bien resulta claro que el EI lucha para constituir un Estado¹⁰⁹ y que dice representar a los musulmanes de todo el mundo,¹¹⁰ resultaría sumamente dudoso considerar a los musulmanes como un pueblo;¹¹¹ y se encon-

la legitimidad de la lucha que los pueblos bajo dominio colonial libran para el ejercicio de su derecho a la libre determinación y a la independencia”.

108. GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. S. y FELLAY, M., ob. cit., pp. 32-35.

109. BEAUCHAMP, Z., *17 things about ISIS and Iraq you need to know*, consultado en [<http://www.vox.com/cards/things-about-isis-you-need-to-know/isis-goal-theocracy>] el 4/12/2015.

110. AL-JAZEERA'S INSIDE STORY TEAM, *Who is the US targeting in Iraq air strikes*, consultado en [<http://america.aljazeera.com/watch/shows/inside-story/articles/2014/7/7/isis-leader-emergesfromtheshadowswhoisabakrabbaghdadi.html>] el 4/12/2015.

111. Ruiloba Santana (RUIBOLA SANTANA, E., “Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional: el concepto de pueblo”, en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Mijal de la Muela*, Vol. 1, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 303 y ss.) considera que para que un pueblo sea considerado tal debe tener los siguientes elementos objetivos: un territorio geográficamente diferenciado (podría considerarse que los musulmanes sienten identificación territorial con el Medio Oriente, la Península Arábiga y el Norte de África, aunque estas tierras son muy extensas, o particularmente con ciudades de significativa importancia religiosa como La Meca o Jerusalén); unidad de raza (los musulmanes son, en su mayoría, árabes, pero no consideran a la raza como un factor relevante); conciencia nacional (sería muy difícil sostener que los musulmanes tienen conciencia nacional; actualmente se encuentran agrupados bajo distintas corrientes ideológicas, pertenecen a distintos

trarían más problemas prácticos al tener en cuenta que ya existen varios Estados oficialmente musulmanes.¹¹² Además hay terminantes vicios de representatividad, ya que los principales referentes del islam se han pronunciado en contra de la legitimidad del EI.¹¹³ Por otro lado, hubo una clara vulneración de la integridad territorial de Irak y Siria; y los integrantes del EI no parecen estar luchando contra ningún régimen de subyugación, más bien, ellos mismos han instaurado este régimen sobre las poblaciones que habitan los territorios ocupados.¹¹⁴ Por lo expuesto, no cabe considerar al EI como un movimiento de liberación, y por ende tampoco cabe la conclusión de que pueda estar actuando bajo la causal de lucha por autoderminación.

A raíz de lo desarrollado *ut supra*, debe concluirse que el EI ha hecho uso ilegítimo de la fuerza armada, iniciando un conflicto armado que no tenía derecho a iniciar, y por tanto ha incurrido en agresión y quebrantado una norma con carácter de imperativa. Las adquisiciones territoriales en virtud de esta agresión son, por lo tanto, inválidas, y deben ser desconocidas por toda la Comunidad Internacional.

VII. LAS GRAVES VIOLACIONES AL DIH Y AL DIDH DEL EI

Anteriormente se ha relatado la total falta de respeto por parte del gobierno del EI de los derechos humanos de las personas bajo el territorio ocupado. Estas violaciones incluyen ejecuciones sumarias en masa, sometimientos a tormentos inhumanos, supresión absoluta de la libertad

Estados, y guardan enfrentamientos entre sí); lengua (este elemento sí se comprobaría: podría decirse que los musulmanes tienen en común la lengua árabe, que es la utilizada para rezar y leer el Corán); cultura, tradición y costumbres comunes (este elemento también se comprobaría, dadas las implicancias de compartir la religión y sus hábitos y ritos: aquellos del islam) y el elemento subjetivo: la voluntad colectiva de constituir una nación independiente (este elemento se presentaría como problemático dado que ya existen varios Estados musulmanes).

112. Irán y Pakistán se consideran Estados islámicos, mientras que en otros países, como Arabia Saudita y Mauritania, entre muchos otros, el islam es la religión estatal.

113. MILMO, C., *Isis is 'an offence to Islam', says international coalition of major Islamic scholars*, consultado en [<http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/isis-is-an-offence-to-islam-says-international-coalition-of-major-islamic-scholars-9756255.html>] el 4/12/2015.

114. HENDAWI, H., ob. cit.

religiosa, negación del derecho de libre determinación a las poblaciones subyugadas, persecución de minorías étnicas y religiosas, sometimiento de mujeres a violaciones en masa, casamientos forzados y reducción a la esclavitud sexual, destrucción de patrimonio cultural en un intento de "limpieza cultural" y el establecimiento del más autoritario régimen de terror,¹¹⁵ así como el completo desprecio por las nociones más elementales del Derecho Internacional Humanitario,¹¹⁶ manifestado a través del asesinato de prisioneros de guerra y civiles luego de la aplicación de los tormentos más crueles y humillantes.¹¹⁷ El Consejo de Seguridad se ha hecho eco de estas cuestiones y ha expresado una enfática reprobación, en particular expresando que "deplora y condena en los términos más enérgicos los actos terroristas del EIIL y su ideología extremista violenta, así como sus abusos contra los derechos humanos y violaciones del derecho internacional humanitario, que son constantes, flagrantes, sistemáticos y generalizados".¹¹⁸

No cabe duda de que estas violaciones vulneran reconocidas normas de *ius cogens*, en particular la prohibición de impedir el ejercicio del derecho de los pueblos a autodeterminarse, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud, y la prohibición de la discriminación racial y la de violar los principios básicos del DIH. Estas infracciones constituyen además, en lo respectivo a la responsabilidad penal individual de los perpetradores, crímenes de guerra y de lesa humanidad conforme los define el

115. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *doc. cit.*

116. Contenidas en el art. 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, aplicable a grupos armados no estatales.

117. S/F, *Killing of captives by ISIL*, consultado en [https://en.wikipedia.org/wiki/Killing_of_captives_by_ISIL] el 4/12/2015.

118. Res. CSNU 2170, 15/08/2014. En esa misma resolución, enumeró los siguientes abusos cometidos por aquella agrupación: "la matanza indiscriminada de civiles y los ataques deliberados contra ellos, las ejecuciones en masa y las ejecuciones extrajudiciales, incluso de soldados, la persecución de personas y comunidades enteras a causa de su religión o sus creencias, el secuestro de civiles, los desplazamientos forzados de miembros de grupos minoritarios, la muerte y mutilación de niños, el reclutamiento y la utilización de niños, la violación y otras formas de violencia sexual, las detenciones arbitrarias, los ataques contra escuelas y hospitales, la destrucción de lugares de importancia cultural y religiosa, y la obstrucción del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a la educación".

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.¹¹⁹ Siguiendo la práctica de Rhodesia del Sur, cuando un Estado putativo nace como consecuencia de un gobierno autoritario que toma el control de un territorio para someter a sus habitantes a un régimen de violación sistemática de los derechos humanos, los Estados deben desconocer su carácter estatal por el vicio en la dimensión jurídica del componente gobierno.

VIII. REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIÓN

El principio de efectividad se ha demostrado en los últimos tiempos como insuficiente para ser el único criterio a la hora de determinar la existencia del Estado. La verificación fáctica de cada uno de los componentes de la estatalidad (territorio, población, gobierno e independencia) debe complementarse con la verificación jurídica de cada uno de ellos; debe ser cerciorado que ninguno de ellos haya surgido en contravención de una norma de *ius cogens*. La existencia de un Estado con componentes anti-jurídicos es claramente incompatible con el principio *ex iniuria iure non oritur*, puesto que no podría existir un Estado que el resto de la Comunidad Internacional tenga la obligación de desconocer, así como también de cooperar para el restablecimiento del *statu quo ante delicto*, que en este caso significaría nada menos que colaborar para concluir con la existencia del Estado putativo.

Así, si un Estado putativo nacido bajo el amparo de graves violaciones al *ius cogens* llegase a tener un gobierno que ejerza un control efectivo en condiciones de independencia sobre un determinado territorio donde reside una población permanente, los Estados tendrán la obligación de no reconocer tal situación y de cooperar para concluirarla, y esa organización no ha de ser considerada un Estado en lo absoluto.

El Estado Islámico está doblemente viciado en la dimensión jurídica de sus componentes: su territorio fue adquirido a través de una guerra ilegal iniciada mediante agresión, y su gobierno no es más que un grupo de usurpadores que impuso por la fuerza un régimen de terror a su población. Tal organización podría ser considerada como un grupo armado,

119. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, firmado en Roma en 1998, ver arts. 7 y 8.

o simplemente como una agrupación terrorista que logró apropiarse de un territorio y someter con efectividad a una población a sus terribles dictados, pero no dejará de ser nada más que eso. La vigencia del Derecho Internacional como fuente de ordenamiento de las relaciones entre las naciones exige que las situaciones creadas a partir de la violación de las más elementales consideraciones de humanidad y de respeto por la dignidad humana sean concluidas tan pronto como sea posible. Darle carácter estatal a una organización criminal simplemente por manejarse como un Estado en los hechos sería incongruente con los más altos principios que la Comunidad Internacional se propuso alcanzar cuando se organizó bajo un ordenamiento jurídico común. Debe ser expresado con firmeza que, como se desprende de lo desarrollado en este ensayo, no queda otra conclusión posible que aquella que sostiene que, pese a su nombre, el Estado Islámico no puede ser considerado un Estado bajo el Derecho Internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- ABDULLAH, Yasmin, "The Holy See at United Nations Conferences: State or Church?", en *Columbia Law Review*, 96/7, Nueva York, 1996, pp. 1835-1875.
- AL-JAZEERA'S INSIDE STORY TEAM, *Who is the US targeting in Iraq air strikes*, consultado en [<http://america.aljazeera.com/watch/shows/inside-story/articles/2014/7/7/isil-s-leader-emergesfromtheshadowswhois-abubakrabbaghdadi.html>] el 4/12/2015.
- BARBERIS, Julio A., *Sujetos del derecho internacional actual*, Madrid, Tecnos, 1984.
- BARBERIS, Julio A., *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.
- BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Buenos Aires, Zavala, 2008.
- BEAUCHAMP, Zack, *17 things about ISIS and Iraq you need to know*, consultado en [<http://www.vox.com/cards/things-about-isis-you-need-to-know/isis-goal-theocracy>] el 4/12/2015.
- BELLINI, Jason, *The Islamic State: how its leadership is organized*, consultado en [<https://www.youtube.com/watch?v=1HzMucorCwo>] el 4/12/2015.

- BROWNLIE, Ian, *Principles of International Law*, 8ª ed. actualizada por CRAWFORD, James, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- CRAWFORD, James, *The Creation of States in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- DÍEZ DE VELAZCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2007.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S. y FELLAY, Milton, "Sujetos del Derecho Internacional", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S. (COORD.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Erreius, 2015, pp. 23-50.
- GRACIA, María B., "Igualdad soberana y no intervención", en GONZALEZ NAPOLITANO, Silvina S. (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Erreius, 2015, pp. 715-724.
- GRANT, Thomas D., "Defining Statehood: The Montevideo Convention and its Discontents" en *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 37, Nueva York, 1999, pp. 403-457.
- GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*, Buenos Aires, Eudeba, 2014.
- HALL, William E., *International Law*, 8va. Ed., Oxford, Higgins, 1924.
- HENDAWI, Hamza, *Refugees describe life under ISIS*, consultado en [<http://www.cbc.ca/news/world/refugees-flee-isis-1.3235831>] el 4/12/2015.
- KOTLIK, Marcos D., "Reconocimiento de beligerancia y uso de la fuerza. La construcción de legitimidad en la Selva Lacandona", en BUIS, Emiliano J. (dir.), *¿Justificar la guerra? Discursos y prácticas en torno a la legitimación del uso de la fuerza y su licitud en el Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2014, 241-268.
- KREUTER, Aaron, "Self-Determination, Sovereignty, and the Failure of States: Somaliland and the Case for Justified Secession", en *Minnesota Journal of International Law*, vol. 19, Minnesota, 2010, pp. 363-397.
- LOZZA, Mariana, "Surgimiento del Estado y reconocimiento", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S. (COORD.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Erreius, 2015, pp. 355-366.
- MÁRSICO, Osvaldo N., "El uso de la fuerza en las relaciones internacionales", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S. (COORD.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Erreius, 2015, pp. 825-860.
- MILMO, Cahal, *Isis is 'an offence to Islam', says international coalition of major Islamic scholars*, consultado en [<http://www.independent>.

- co.uk/news/world/middle-east/isis-is-an-offence-to-islam-says-international-coalition-of-major-islamic-scholars-9756255.html] el 4/12/2015.
- NEBEHAY, Stephanie, *Islamic State-controlled parts of Syria, Iraq largely out of reach: Red Cross*, consultado en [http://www.reuters.com/article/2015/03/13/us-mideast-crisis-syria-icrc-idUSKBN0M921N20150313] el 4/12/2015.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "Rule of Terror: Living under ISIS in Syria", en *Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic*, 14/11/2014.
- OPPENHEIM, Lassa F.L., *International Law: A Treatise*, Nueva York, Longmans, Green & Co., 1905.
- PELLET, Alain, "Article 38", en ZIMMERMANN, Andreas; OELLERS-FRAHM, Karin; TOMUSCHAT, Christian and TAMS, Christian J. (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2ª ed., Londres, Oxford University Press, 2012, pp. 675-791.
- PETERS, Anne, "Bienes Jurídicos Globales en un Orden Mundial Constitucionalizado", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 16, Madrid, 2012, pp. 75-90.
- PORTMANN, Roland, *Legal Personality in International Law*, Cambridge, Nueva York, 2010.
- REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Branch, 2007.
- ROHR, Aldana, *La Responsabilidad Internacional del Estado por Violación al Jus Cogens*, Buenos Aires, SGN, 2015.
- ROSS, Alice, *Hundreds of civilians killed in US-led air strikes on Isis targets – report*, consultado en [http://www.theguardian.com/world/2015/aug/03/us-led-air-strikes-on-isis-targets-killed-more-than-450-civilians-report] el 4/12/2015.
- RUIBOLA SANTANA, Eloy, "Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional: el concepto de pueblo", en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 303-336.
- S/F, *What is 'Islamic State'?*, consultado en [http://www.bbc.com/news/world-middle-east-29052144] el 4/12/2015.
- S/F, *ISIL territorial claims*, consultado en [https://en.wikipedia.org/wiki/ISIL_territorial_claims] el 4/12/2015.

S/F, *Killing of captives by ISIL*, consultado en [https://en.wikipedia.org/wiki/Killing_of_captives_by_ISIL] el 4/12/2015.

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *Democracy Index 2014*, consultado en [http://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=Democracy0115] el 4/12/2015.

ZERIN, Aaron, *The Islamic State of Iraq and Syria has a Consumer Protection Office*, consultado en [<http://www.theatlantic.com/international/archive/2014/06/the-isis-guide-to-building-an-islamic-state/372769>] el 4/12/2015.

**TRABAJOS DE CURSOS DEL C.P.O.
ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN**

UNA MIRADA CRÍTICA AL FALLO "GÓNGORA" DE LA C.S.J.N., UNA TESIS DE CONTRADICCIÓN SALVABLE POR LA VÍCTIMA*

MANUEL LAIÑO DONDIZ**

*Yo pertenezco al tribunal –dijo el sacerdote–.
¿Por qué debería querer algo de ti?
El tribunal no quiere nada de ti.
Te toma cuando llegas y te despide cuando te vas.¹*

I. INTRODUCCIÓN

El *corpus* jurídico internacional en materia de derechos humanos al que la Argentina ha suscripto y en consecuencia su aparición como Estado obligado, ha modificado el paradigma normativo de la Nación. En este sentido, tanto la normativa supralegal como aquella de jerarquía constitucional por vía del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, impone al Estado la obligación negativa genérica de no incumplir con las obligaciones allí asumidas.

Allá lejos y hace tiempo parece estar la discusión relativa al monismo y dualismo, de antiguo ha quedado el pronóstico elaborado por Hans Kelsen y la eventual penetración del derecho internacional en los dominios normativos internos que reforzara necesariamente la tendencia a regular la conducta de los individuos.²

* Recepción Original: 22/10/2015. Aceptación: 12/08/2016.

Este trabajo fue presentado en el curso del CPO orientado a la investigación "Régimen del Proceso Penal" a cargo del Prof. Ignacio Tedesco.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

1. KAFKA, F., *El Proceso*, Buenos Aires, Centro Editor de Cultura, 2007, p. 190.

2. KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1968, p. 203.

El nuevo paradigma de los derechos humanos ha conducido a los tribunales a adecuar sus decisiones en una interpretación y aplicación del orden interno que no resulte contrario a los mandatos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, aplicando aquella normativa internacional en las condiciones de su vigencia.

A este respecto se ha sostenido que las declaraciones, tratados y pactos ingresan formalmente al paradigma del Estado constitucional de derecho con el objeto de elevar el estándar de realización de derechos y garantías, en condiciones igualitarias y eliminando manifestaciones de intolerancia racial, étnica, ideológica, social, económica, cultural y de género.³

En este contexto, un problema que se ha planteado en la doctrina y jurisprudencia Argentina es aquel relativo a la interpretación que ha efectuado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Góngora", específicamente en lo que hace a la entelequia del art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también llamada Convención de Belém do Pará.

El citado artículo establece como deberes de los Estados parte condenar todas las formas de violencia contra la mujer y conviene en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

"a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

3. FIGUEROA, A. M., "Nuevos paradigmas, supremacía constitucional y los derechos de género en Argentina." en AA.VV., *Revista de Derecho Público*, Año III, N° 8, Buenos Aires, Editorial del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos de la Nación, 2014, p. 103.

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención”.

Al respecto, la jurisprudencia mayoritaria⁴ ha seguido el criterio – irrestricto– allí establecido por el Máximo Tribunal en el sentido de que resulta improcedente la suspensión del juicio a prueba en aquellos casos en que se trate de una problemática de género atento a que habiéndose obligado el Estado Argentino a prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer y es por ello que suspender el proceso a prueba implicaría un incumplimiento de las obligaciones asumidas en la Convención de Belém do Pará y en consecuencia podría la Argentina incurrir en responsabilidad frente a la comunidad internacional.

Múltiples han sido las críticas esgrimidas desde la doctrina al referido pronunciamiento, como así también una jurisprudencia minoritaria⁵ ha interpretado restrictivamente el temperamento adoptado por el Supremo Tribunal.

4. Así se ha pronunciado la Cámara Federal de Casación Penal en: 1) Sala IV, “Lavalle, José María s/ recurso de casación”, reg. n° 670/14.4, rta. el 24/04/2014, integrado por los doctores Hornos, Borinsky y Gemignani; 2) Sala IV, “De Pérez, Carlos Guillermo s/ recurso de casación”, reg. n° 168/13, rta. el 04/03/2013, integrado por los doctores Hornos, Borinsky y Gemignani; 3) Sala III, “Paz Díaz, Gyver Enrique s/ recurso de casación”, reg. n° 564/14, rta. el 21/04/2014, integrado por los doctores Riggi, Catucci y Figueroa; 4) Sala I, “López, Mario Alberto s/ recurso de casación”, reg. n° 23.081, rta. el 19/02/2014, integrado por los doctores Figueroa, Gemignani y Cabral; entre otros.

5. T.O.C. N° 17 de la C.A.B.A., 13/05/2013, “M.P.N.”, CCC 39335/2012/TO1. Integrado por los Dres. Noceti Achával, Vega y Giudice Bravo.

De todas ellas, una de las discusiones que resulta de trascendental importancia a los efectos de plantear la posible procedencia del instituto de la *probation* frente a una litigiosidad penal en la que se ventilan hechos constitutivos de un delito circunscripto en un contexto de género, es aquella que pone el foco en el rol de la víctima y su interés en el proceso.

En este sentido, la Convención de Belém do Pará pone el foco allí, en la víctima. Ello por cuanto allí se "... pone de manifiesto la preocupación sobre la discriminación que padecen las mujeres, que se ha decidido reconocer y abordar, para que con normas internacionales y políticas públicas se pueda igualar, reparar, generar acciones positivas y remover estereotipos socio culturales, para lo cual es necesario instrumentar acciones en todos los poderes públicos".⁶

Establecido ello, ha de platearse seguidamente la hipótesis a desarrollar en la presente monografía y que –brevemente– consiste en afirmar que el criterio irrestricto adoptado por la C.S.J.N. resulta falaz, tanto en sus fundamentos como en su aplicación jurisprudencial posterior, toda vez que lejos de velar por el interés de la víctima y la evitación de su múltiple victimización, lo que en rigor ha sucedido es la adopción por parte de la judicatura de una tendencia paternalista frente a este universo de casos, lo cual concretamente ha significado un rebrote punitivista, una manifestación propia de *potentia puniendi*, que excluye las posibilidades de un desarrollo racional de una política criminal por parte del Ministerio Público Fiscal, ello acorde al caso concreto y en aplicación de criterios de oportunidad, so pretexto de arrogarse los tribunales el interés de la víctima en el proceso con el objeto de garantizar una tutela judicial efectiva.

Asimismo, ello se ha visto reforzado por el hecho de que sin perjuicio de que pese a ser la pena privativa de la libertad la máxima expresión de la violencia por parte del Estado en el ejercicio del derecho penal como *ultima ratio* para la "solución" de conflictos, es la principal política pública que se ha llevado a cabo para la lucha contra la violencia contra la mujer, junto con la tarea desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Mujer, específicamente a través de la Oficina de la Mujer y sus dependencias. A este respecto, aun en la inteligencia de que el único modo de dar cumplimiento a la Convención de Belém do Pará es a través de un juicio oral y público que declare la responsabilidad penal del acusado, podría haberse

6. FIGUEROA, ob. cit., p. 103.

planteado la posibilidad –legislativa– de normativizar la *distraction*, como instituto para la conversión de la pena, o bien medidas de seguridad que tengan en miras velar efectivamente por el interés de la víctima conforme las particulares circunstancias de cada caso.

En idéntico sentido se ha expresado Gustavo L. Vitale al poner énfasis en que la "... necesidad de que el sistema penal tome en consideración el interés de la víctima del delito, muestra, incluso, la ventaja de establecer legalmente *sanciones penales* de carácter compensatorio o reparador (como es el caso de la prestación de trabajos en beneficio del afectado o el pago de una suma de dinero en su favor), por resultar ellos mecanismos idóneos para resolver conflictos sociales".⁷

Frente a tal panorama, a continuación ha de desarrollarse un análisis crítico sobre los argumentos de la Corte Suprema en el precedente "Góngora", que a consideración de quien escribe, constituyen una falacia argumentativa toda vez que produce una efervescencia paternalista por parte de los tribunales por sobre el interés de la víctima, para luego proponer una interpretación armónica de los instrumentos internacionales y la normativa interna, que efectivamente tenga en miras el interés y la protección efectiva de la víctima.

Por último, cabe señalar que la metodología de análisis que ha de emplearse ha de ser la relativa a un estudio de corte dialéctico, partiendo de la definición de la tesis postulada por la C.S.J.N. al pronunciarse en "Góngora", para luego efectuar un examen crítico de las afirmaciones del Máximo Tribunal para luego postular una tesis salvable, contraria a la postulada tesis de contradicción insalvable y que resulta ser la sostenida por la mayoría del tribunal en el citado fallo, poniendo de relieve la necesidad de una participación eficaz de la víctima en la suspensión del proceso a prueba y que vele, verdaderamente, por su interés y protección.

II. LA FALACIA CONCEBIDA COMO UNA CONTRADICCIÓN INSALVABLE

La Corte Suprema de Justicia de la Nación al pronunciarse en "Góngora" adhirió a lo que la doctrina ha dado a llamar una tesis de contradic-

7. VITALE, G. L., *Suspensión del Proceso Penal a Prueba*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, p. 18.

ción insalvable,⁸ la cual postula la improcedencia de la suspensión del juicio a prueba en causas en las que se ventilan hechos de violencia contra la mujer que presuntamente se habrían configurado en un contexto de género.

En este sentido, tal posición niega *a priori* la procedencia del instituto de la suspensión del proceso a prueba en todo caso que presuntamente se circunscribe en un contexto de violencia contra la mujer por su condición de género, ello sobre la base de una interpretación literal del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.⁹

Dicho esto, previo a ingresar en el tratamiento de la participación de la víctima en la sustanciación de procedimientos de suspensión del juicio a prueba en casos relativos a violencia de género y la hipótesis postulada en la introducción en el sentido de que frente a estos casos, el Estado, a través de la judicatura ha adoptado una postura paternalista y constitutiva de un interés *potentia puniendi*; resulta pertinente examinar la razonabilidad de la llamada tesis de contradicción insalvable mediante el desmembramiento de la compleja tarea interpretativa que se suscita frente a casos como "Góngora", en donde se encuentra en pugna el cumplimiento de obligaciones asumidas por el Estado frente a la comunidad internacional. Tal tarea implica, en primer término, plantarse si lo allí resuelto constituye la única interpretación válida, en tanto no conduce al Estado Argentino a incurrir en responsabilidad internacional por el incumplimiento de una obligación asumida con la comunidad interamericana a través de la suscripción de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

De ser posible (jurídicamente) una interpretación distinta de la adoptada por el Supremo Tribunal en "Góngora", podría afirmarse una operatividad distinta de la *probation* frente a este tipo de casos, especialmente una interpretación que ponga de relieve y en consideración el interés de la víctima y su protección, cuestión esta última sobre la que ha de volverse más adelante.

Dicho esto, cabe señalar que la Corte fundó su temperamento sobre la base de que "siguiendo una interpretación que vincula los objetivos men-

8. BOVINO, A.; LOPARDO, M. y ROVATI, P., *Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y práctica*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013, p. 191.

9. *Ibid.*, p. 192.

cionados con la necesidad de establecer un 'procedimiento legal justo y eficaz para la mujer', que incluya un 'juicio oportuno' (Cfr: el inc. 'f', del artículo citado), la norma en cuestión impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente."¹⁰

En este sentido, el Máximo Tribunal sostuvo que tal interpretación resulta adecuada a la pauta establecida por el artículo 31, inciso primero, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el sentido de que un instrumento de tal entidad deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

En este orden de ideas, la Corte entendió que el término "juicio expresado" en la cláusula convencional resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal atento a que es allí (únicamente) donde puede derivarse un pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, constatar la eventual sanción a esta clase de hecho que exige la Convención de Belém do Pará.

Llegado este punto es dable preguntarse, con ánimo crítico, si luce razonable concluir que la sanción penal, a través de un juicio previo¹¹ que declare la inocencia o culpabilidad penal del imputado y establezca en consecuencia la verdad procesal del caso, resulta ser la única vía posible para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional frente a casos de violencia contra la mujer en contextos de género, siendo que esto fue lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo en cuestión. A esta interrogante aquí se ha de responder en forma negativa.

De este modo, a continuación han de postularse en primer término las principales críticas a la interpretación y decisión adoptada por la Corte en

10. CSJN, 23/04/2013, "Góngora", Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092, Fallos G. 61. XL-VIII (considerando N° 7 del voto de la mayoría). Integran el Tribunal los Dres. Lorenzetti, Zaffaroni, Maqueda, Argibay, Fayt y Highton de Nolasco.

11. Debe entenderse juicio previo en los términos señalados por Maier, J. B. J., esto es, juicio y sentencia como sinónimos "en tanto la sentencia de condena es el juicio del tribunal que, al declarar la culpabilidad del imputado, determina la aplicación de una pena." en *Derecho procesal penal: fundamentos*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2004, pp. 478 - 479.

el precedente "Góngora" para luego proponer una interpretación distinta de la tesis allí sostenida respecto de las obligaciones emergentes de la Convención de Belém do Pará, poniendo de relieve los intereses de la víctima (la mujer como sujeto pasivo de tipos penales circunscriptos fácticamente en un contexto de género)¹² y que verdaderamente vele por su protección y reparación, evitando la utilización de la víctima como un medio para un fin de tipo punitivista.

III. ACERCA DE LA TÉCNICA INTERPRETATIVA ADOPTADA POR LA C.S.J.N. (DIME QUIÉN ERES Y TE DIRÉ QUÉ SIENTES)

La técnica interpretativa adoptada por la C.S.J.N., de modo expreso, remite a lo normado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su art. 31, inc. 1º, ("Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin") por encontrarse en pugna la inteligencia, operatividad y aplicación de derechos y obligaciones contenidos en un instrumento internacional al que la ha Argentina se ha obligado frente a la comunidad internacional, esta es, la Convención de Belém do Pará.

El voto por mayoría del Supremo Tribunal expresa que conforme tal interpretación y de acuerdo con lo normado por el art. 7, primer párrafo, de la Convención de Belém do Pará, el Estado deberá prevenir, investigar y sancionar, todas las formas de violencia contra la mujer, no resultando procedente la suspensión del juicio a prueba frente a delitos circunscriptos en contextos de violencia contra la mujer. A este respecto, la jurisprudencia mayoritaria¹³ de la casación federal, como máximo tribunal penal del

12. Así, al evaluar los delitos que por decisión legislativa prevén una mayor intensidad punitiva frente a hechos de violencia de género, Boumpadre sostiene que el "*incremento de la pena se fundamenta no solamente en la circunstancia subjetiva de 'matar por' (ser mujer) sino en el hecho de que la muerte se realiza en un ámbito específico que es, precisamente, el que marca la diferencia con otros tipos de formas delictivas, que es el contexto de género.*" en BOUMPADRE, J. E., *Los delitos de género en la proyectada reforma penal argentina*, consultado en [http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/28102012/dp-delitos_genero.pdf] el 03/05/2016.

13. Sala IV, "Lavalle, José María s/ recurso de casación", reg. n° 670/14.4, rta. el 24/04/2014,

país, ha acatado tal interpretación a partir del pronunciamiento cortesano en "Góngora".

Ahora bien, aquí cabe preguntarse, como se introdujera en párrafos anteriores, si la interpretación efectuada por la Corte, presuntamente motivada en la cláusula convencional de interpretación, es la única posible y aún más, si es posible afirmar que aquella interpretación resulta adecuada a la cláusula convencional. Frente a tales interrogantes, aquí ha de proponerse una interpretación alternativa atento a que lo afirmado por la Corte constituye una falacia, la cual se corrobora a través del ejercicio jurisdiccional posterior que provocó el fallo cuestionado. Respecto de esto último, Florencia Rapaport señala que la inclusión de cualquier tipo de delito que se circunscriba en un contexto de violencia de género dentro de la restricción a la salida alternativa al juicio únicamente fundada que se trata de "violencia contra la mujer" resulta irracional dado que no se hace ninguna distinción respecto de la gravedad de los delitos encuadrables bajo tal concepto.¹⁴

Volviendo sobre la técnica interpretativa adoptada por la Corte, resulta ilustrativo un trabajo efectuado por Roberto Gargarella titulado "*De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del Derecho en manos de la Corte Suprema Argentina.*". Allí el autor retoma un estudio realizado por el profesor Héctor Sagües sobre esta misma cuestión. A grandes rasgos, allí se plantea que el Supremo Tribunal ha tenido técnicas de interpretación divergentes a lo largo de su historia, lo cual implica reconocer la existencia real de un maltrato institucional por parte del Máximo Tribunal hacia los ciudadanos y, más aun, "ni siquiera optando para todos los casos futuros por un solo criterio interpretativo la Corte nos daría seguridades que tenemos derecho a exigir", lo cual

integrado por los doctores Hornos, Borinsky y Gemignani; Sala IV, "De Pérez, Carlos Guillermo s/ recurso de casación", reg. n° 168/13, rta. el 04/03/2013, integrado por los doctores Hornos, Borinsky y Gemignani; Sala III, "Paz Díaz, Gyver Enrique s/ recurso de casación", reg. n° 564/14, rta. el 21/04/2014, integrado por los doctores Riggi, Catucci y Figueroa; Sala I, "López, Mario Alberto s/ recurso de casación", reg. n° 23.081, rta. el 19/02/2014, integrado por los doctores Figueroa, Gemignani y Cabral; entre otros.

14. Rapaport, F., *El Principio de Oportunidad como herramienta eficaz de solución de conflictos penales en la CABA: 'La suspensión del juicio a prueba vs. El juicio'*, en casos de 'violencia de género', consultado en [http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/38371-principio-oportunidad-herramienta-eficaz-solucion-conflictos-penales-caba-suspension] el 19/04/2015.

conlleva la consecuencia de generar una situación de inseguridad jurídica para los justiciables.¹⁵

Dicho esto, entre las divergentes interpretaciones adoptadas por la Corte Suprema de la Nación, en el fallo aquí criticado podría afirmarse que adoptó la regla interpretativa traída por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su art. 31, inc. 1º, la cual en rigor adopta dos técnicas del catálogo propuesto por los citados autores y las combina, esto es, la interpretación literal y la interpretación teleológica.

Brevemente cabe señalar que mientras que la primera implica el seguimiento estricto de la letra de la ley, la segunda técnica consiste en observar los fines perseguidos por la norma en cuestión, en este caso, Convención de Belém do Pará.

Ahora bien, pese a lo expresado por la Corte, aquí ha de postularse que el Máximo Tribunal incurrió en una falacia argumentativa en tanto solo operó, finalmente, interpretando de modo literal el texto del art. 7, primer párrafo, de la Convención de Belém do Pará, dejando de lado una interpretación que tenga por horizonte analizar el objeto y fin del mencionado instrumento internacional de derechos humanos. Ello por cuanto la interpretación adoptada se centró en observar que los objetivos y fines de la norma son el establecimiento de un procedimiento legal justo y eficaz para la mujer, que incluya "un juicio oportuno", mientras que la centralidad y finalidad de la Convención más bien se encuentra objetivada en la tutela judicial efectiva de la víctima y no en el simplista y punitivista entendimiento de que el juicio, como método epistemológico de averiguación de la verdad, es la única vía procesal posible para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional a través del incumplimiento de la manda convencional, máxime cuando el juicio en determinados casos podría eventualmente significar un mayor padecimiento para la víctima y su re victimización, a lo que se aduna la eventual ineficacia de la sanción ulterior que determine el juicio.

En este sentido, se observa que la Corte se circunscribió a la exegesis de la Convención sin haber efectuado un reparo sobre el rol e interés de la víctima frente a conflictos de violencia contra la mujer, siéndole expropia-

15. GARGARELLA, R., *De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del Derecho en manos de la Corte Suprema Argentina*, Abeledo Perrot, SJA 11/04/2007, Ja 2007-II-1394.

do no solo el conflicto a la víctima sino que también su interés también le es arrebatado. Nada queda de la víctima, solo una excusa punitivista.

En este sentido, la administración del conflicto en tales condiciones implica una medida de corte neopunitivista, la cual al igual que el positivismo criminológico, parte de la crítica de un sistema pasado por sus excesos punitivos pero se acusa al modelo vigente de haberse pasado al otro extremo y convertirse en un sistema de control social demasiado benévolo, que debe ser reemplazado por un nuevo derecho penal más eficiente.¹⁶

Frente a tal estado de situación, cabe observar que si bien es cierto que la Corte no se expide sobre cuestiones de hecho sino que limita su análisis al derecho, respecto a este segundo existió una postura calificable como rígida, es decir, no se propició un análisis circunstanciado y acorde a parámetros de valoración que pongan el foco en la víctima y la gravedad del hecho objeto de imputación.

Frente a tales cuestionamientos, cabe señalar que en el ámbito de la Capital Federal, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 17 ha adoptado un temperamento distinto sobre el punto en tanto consideró viable la concesión de la suspensión del juicio a prueba frente a un caso en el que se imputaba la comisión del delito de amenazas coactivas en concurso con lesiones leves en un contexto de violencia contra la mujer.

Así, tal como se ha propugnado en párrafos anteriores, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 17 de la Capital Federal sostiene categóricamente que "... la naturaleza del delito imputado no debe erigirse en criterio rector a fin de establecer categorías de inculpados para luego despojarlos, con prescindencia de las circunstancias del caso concreto, del acceso a ciertos derechos o beneficios de que pueden gozar a raíz de la garantía constitucional del estado de inocencia que los ampara, por más aberrante que sea la imputación".¹⁷

A tal proposición, el tribunal decisor la complementó con la valoración de constancias concretas del caso sujeto a su decisión. Así, al momento de resolver valoró que el imputado por su voluntad decidió iniciar junto a la víctima un tratamiento psicológico y que su cónyuge resolvió a su vez retomar la pareja en convivencia, manifestado la víctima durante la

16. NAGER, H. S., *Peligrosidad y derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014, p. 157.

17. T.O.C. N° 17 de C.A.B.A., 13/05/2013 "M.P.N.", CCC 39335/2012/TO1. Integrado por los Dres. Noceti Achával, Vega y Giudice Bravo. Voto del Dr. Vega.

audiencia del art. 293 del código de rito federal su expresa voluntad de que su marido (imputado) no sea sancionado penalmente.

Esa interpretación luce ciertamente ajustada al interés de la víctima toda vez que no otorga un tratamiento cerrado a la casos de violencia de género con un carácter paternalista por parte del Estado a través de la judicatura, sino que atiende al caso particular y el reconocimiento de la víctima como titular de la protección y amparo perseguido por la Convención de Belém do Pará.

Así, una interpretación fundada en un criterio de alcance irrestricto, como la propiciada por la Corte Suprema en "Góngora", podría conducir al absurdo de sostener que por vía indirecta el Supremo Tribunal reconoció la imprescriptibilidad de los delitos que se circunscriben en un contexto de género atento a que el instituto de la prescripción eventualmente podría resultar un óbice para la investigación y sanción de los casos de violencia contra la mujer.

Tal ha sido la postura sostenida por cierta doctrina, la cual entiende que la tesis de contradicción insalvable conduce al absurdo en tanto establece la imprescriptibilidad de delitos comunes conforme sostiene que la suspensión del juicio a prueba es inconciliable con el mandato general de investigar y sancionar contenido en el art. 7 de la Convención de Belém do Pará atento a que ese método alternativo impide la realización del juicio y el dictado de la sentencia definitiva, fundamentación que resulta trasladable al instituto de la prescripción de la acción penal, en tanto este instituto impediría del mismo modo el cumplimiento por parte del estado de las obligaciones emergentes de la citada convención.¹⁸

De lo hasta aquí expuesto cabe provisoriamente concluir que, en principio, la argumentación articulada por la Corte Suprema en el sentido de sostener la tesis de contradicción insalvable con un carácter insalvable (cerrado), valga la redundancia, resulta una falacia en tanto deviene auto contradictorio su fundamento. Ello atento a que se sostiene tal interpretación sobre la base del objeto y fin de la Convención de Belém do Pará cuando en rigor lo que se está llevando a cabo respecto de la víctima es una expropiación no solo de su conflicto, sino que además se subroga su interés con un

18. ROVATI, P. y LOPARDO, M., "Violencia de género y suspensión del juicio a prueba. Contra los avances de la demagogia punitivista", Buenos Aires, en *La Ley Online*, Thomson La Ley, p.1.

carácter paternalista, ello a través de la una interpretación carente de todo tipo de circunscripción al caso particular y de valoración del interés manifestado por la víctima, máxime cuando tal entendimiento conduce por vía indirecta al absurdo de establecer la imprescriptibilidad de delitos comunes que se circunscriben en un contexto de violencia contra la mujer.

Dicho esto, brevemente cabe reseñar que otro de los cuestionamiento de los que es pasible el decisorio de la Corte es que a través de jurisprudencia estableció de hecho una requisito negativo para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, esto es, que no se trate de un caso de violencia contra la mujer. Se observa entonces que el fallo es cuestionable en este punto por implicar una posible afectación al principio de legalidad atento no se trata de una ampliación de derechos de corte *pro homine* sino que por el contrario, la Corte Suprema a través de su doctrina estableció un requisito negativo para la procedencia del instituto procesal de la suspensión del juicio a prueba y en consecuencia se reduce el universo de casos alcanzados por el método alternativo en cuestión.

Sin embargo, tal argumento no luce solido a la hora de descalificar la decisión de la Corte Suprema atento a que la ausencia de previsión legal no impide la denegatoria de instituto por cuanto ello se funda en normas de rango superior como lo es la Convención de Belém do Pará y en consecuencia, la ausencia de previsión legal se encuentra superada al sostenerse que la operatividad de la tesis de contradicción insalvable conforme aquella norma superior.

IV. VERDAD ES PODER, PERO... ¿PARA QUIÉN? ACERCA DEL *POTENTIA PUNIENDI* Y LAS SENDAS DEL LEGALISMO

Una de las discusiones que subyace a lo resuelto por la Corte Suprema en "Góngora" es la relativa a la dicotomía legalidad/oportunidad y la relación de ésta con la finalidad asignada al proceso como método epistemológico de averiguación de la verdad. Así, se opone el deber de investigación y sanción a partir de un juicio previo por parte del Estado frente a la existencia de criterios de oportunidad reglada como lo son los métodos alternativos para la solución del conflicto, contexto este último en el que se circunscribe a la suspensión del proceso a prueba como derivación del principio de oportunidad. Así, la Corte se pregunta si la solución alternativa resulta acorde a la manda convencional de prevenir, investigar y

sancionar los hechos de violencia contra la mujer o si únicamente el juicio oral que establezca la verdad procesal del caso es la única vía procesal que cumple con el deber asumido frente a la comunidad internacional.

Ahora bien, si bien la Corte se suscita al entendimiento de la adecuación del instituto de la suspensión del proceso a prueba, en rigor existe una discusión que sucede por detrás de los fundamentos esbozados en el fallo en cuestión y consiste en preguntarse hasta qué punto el análisis efectuado por el Supremo Tribunal se vio viciado por una determinada finalidad asignada al proceso penal, especialmente frente a un código ritual federal de corte mixto.

En este sentido, cabe pensar si lo resuelto en "Góngora" debe más bien concebirse como consecuencia de una determinación de la finalidad del proceso en el sentido de que este tiene por horizonte la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley, contexto en el cual la idea de juicio oportuno y el deber de garantizarlo solo resulta practicable a través del juicio previo y no mediante la aplicación de métodos alternativos a casos en donde se imputan hechos presuntamente constitutivos de violencia contra la mujer.

A este respecto, cabe observar que, como señala Alberto M. Binder al referirse a la oralidad del proceso, la justicia penal, en realidad, nunca soluciona un conflicto sino que, a lo sumo, se logra redefinirlo en términos pacíficos y reinsertarlo en la sociedad, más allá de la eventual asignación de un determinado fin al enjuiciamiento penal por parte del legislador.

En este sentido, aquí ha de postularse que la Corte Suprema en el fallo en cuestión lo que ha hecho es vincular el mandato de investigar y sancionar contenido en el art. 7 de la Convención de Belém do Pará con la finalidad asignada al proceso a nivel legislativo, resultando esto último lo que en rigor constituye un obstáculo para la suspensión del juicio a prueba frente al tipo de casos aquí analizados. Resumiendo, tal entendimiento significa que la tesis de contradicción insalvable se funda más bien en la concepción de que "juicio oportuno" es sinónimo enjuiciamiento penal y dado que ese sistema persigue la aplicación de la ley y la averiguación de la verdad, resultan improcedentes institutos alternativos que solucionan el conflicto en ausencia del establecimiento de una verdad procesal mediante un juicio previo. Como se observa, tan inteligencia se funda en una finalidad asignada a nivel interno al proceso penal y en consecuencia, tal postura no resulta ciertamente una derivación de la hermenéutica de la Convención de Belém do Pará. Así, contrariamente a lo sostenido por la Corte Supre-

ma, la tesis de contradicción insalvable no resulta adecuada al objeto y fin de la Convención sino más bien adecuada al objeto y fin asignado por el legislador nacional al proceso penal.

V. PARA PODER JUZGAR OPORTUNAMENTE, ¿SOLO VALE INVESTIGAR Y SANCIONAR?

A los efectos de continuar con el análisis de la influencia que tuvo la finalidad asignada al enjuiciamiento penal en la decisión de la C.S.J.N. en el caso "Góngora", a continuación ha de ingresarse en el estudio de qué contenido debe dársele al deber de investigar, dejando de lado por el momento lo relativo al deber de sancionar.

La Corte sustentó su decisión en que dentro de los objetivos mencionados por la Convención de Belém do Pará se encuentra la necesidad de establecer un "procedimiento legal justo y eficaz para la mujer" que incluya "un juicio oportuno" (*Cfr.* el inciso "f", del artículo citado), y en consecuencia una alternativa distinta al debate oral es improcedente. Así, entiende que el término "juicio oportuno" expresado en la cláusula en examen refiere al significado que los códigos de rito asignan a la etapa final del procedimiento, siendo que allí puede derivarse el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado y verificarse de ese modo la posibilidad de sancionar esta clase de hechos.

Ahora bien, la existencia de un juicio oportuno no conduce necesariamente a concluir que la realización de un debate oral que declare la existencia del hechos es la única vía posible para garantizar un procedimiento legal y justo para la mujer como titular de la protección buscada por la norma convencional, sino que justamente el deber de garantizar "un juicio oportuno" resulta más bien una de las garantías que debe otorgársele a las víctimas de hechos de violencia contra la mujer, siendo que observando la hermenéutica de la Convención, allí más bien podría pensarse que se garantiza el acceso efectivo a la justicia por parte de las víctimas, concretizado a través del enjuiciamiento penal en su etapa final, entre otras alternativas que el propio art. 7 de la Convención cataloga. Es decir, aquí se vuelve nuevamente a plantear la necesidad de que la directriz en materia de interpretación debe ser la víctima y su protección y tutela como objeto y fin de la norma convencional. Así, Cafferata Nores ha señalado que la jurisprudencia supra nacional a nivel regional ha precisado que la investigación

es una obligación de medio o comportamiento, la cual no resulta incumplida por el solo hecho de que no se produzca el resultado satisfactorio, la cual debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad.¹⁹

En esta inteligencia, la exigencia de un procedimiento legal, justo y eficaz para la mujer y que incluya un juicio oportuno se corresponde más bien con la obligación de que los órganos competentes impulsen con la debida diligencia el proceso penal y que, por otra parte, la judicatura juzgue de manera pronta e imparcial, sancionando en su oportunidad conforme la gravedad del delito y la ley aplicable.²⁰

Asimismo, cabe observar que sobre la vinculación efectuada por la Corte Suprema entre investigación y sanción se observa un tratamiento sin distinción sobre las características distintivas que cada acción representa en la etapa final del juicio. Esa carencia de precisión posiblemente se encuentre motivada en la ausencia de cesura de juicio en el sentido de establecer dos fases en donde "la primer fase culminaría con un interlocutorio por el hecho, tratándose todo lo referente a culpabilidad y a la determinación de pena en un segundo", siendo que una previsión en este último sentido permitiría un adecuado tratamiento, por separado, de los deberes de investigación y sanción establecidos por la convención ya citada en párrafos anteriores.²¹

Ahora bien, siguiendo en el análisis de la cuestión relativa al deber de investigar cabe preguntarse qué sucede con la interpretación adoptada por la Corte si en vez de asignarle tal finalidad al proceso, más allá de que sistémicamente se trate efectivamente de un método epistemológico de averiguación de la verdad, se le atribuye otra finalidad y entonces... ¿El razonamiento cortesano se mantiene?

Tal perspectiva de análisis resulta análoga a la cosmología y el desarrollo histórico de las disciplinas del saber científico, esto es, ciclos extraordinarios e incontrolables que los astros cumplen en los cielos y que de una u otra forma, parecen ejercer su influencia en lo que ocurre en la Tie-

19. CAFFERATA NORES, J. I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derecho humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, 2da Ed., Buenos Aires, Del Puerto, 2007, p. 67.

20. *Ibid.*, pp. 67-68

21. BERTONI, E. A., "La cesura del juicio penal" en AA.VV., *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 117.

rra.²² Así la finalidad asignada al proceso y sus principios rectores vendrían a ser la cosmovisión del proceso y que han de tener una influencia, ya sea directa o indirecta, en la interpretación y aplicación de los institutos previstos por los legisladores y las finalidades asignadas al enjuiciamiento penal.

Al respecto, el Código Procesal Penal de la Nación sancionado por la ley 27.063 establece en su artículo 22 que los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal perseguirán la solución de conflictos surgidos a consecuencia de un hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social, lo que debe ser concordado con el art. 12 del mismo cuerpo normativo en tanto establece como derechos de la víctima la tutela judicial efectiva, su participación en el proceso penal en forma autónoma y a solicitar del Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto.

En esta inteligencia, Claus Roxin señala que la finalidad del proceso penal detenta una naturaleza compleja en tanto se procura la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión, siendo todas ellas igualmente importantes. Sin embargo, la realización simultánea y equilibrio resulta compleja atento a que se deben satisfacer pretensiones opuestas, y en consecuencia no existe un camino recto para la resolución del conflicto.²³

En lo relativo a la víctima, el recientemente sancionado Código Procesal Penal de la Nación²⁴ pone como objeto del proceso la solución del conflicto, más no necesariamente averiguación de la verdad como persecución. En este contexto normativo, tal como sostiene Gustavo L. Vitale, la suspensión del juicio a prueba como método alternativo para la solución de conflictos derivado del principio de oportunidad, reviste la ventaja de establecer legalmente sanciones penales de corte reparador como lo son la prestación de trabajos comunitarios o bien en beneficio del afectado, entre otros, los cuales resultan ser mecanismos idóneas por la resolución de conflictos sociales.²⁵

22. LEVINAS, M., *Las imágenes del universo. Una historia de las ideas del cosmos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2006, p. 21.

23. ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003 p. 4.

24. Ley No. 27.063. Dic. 9, 2014

25. VITALE, ob. cit., p. 18.

Frente a tal situación, el proceso penal como materialización del derecho penal sustantivo ha de traer métodos alternativos para la solución del conflicto en el entendimiento de que, como señala Vitale, "El delito penal no puede ser considerado hoy exclusivamente desde la dogmática penal [...], sino que debe ser valorado, a su vez, como la manifestación de un conflicto el cual debe, al menos, intentarse una solución" y es en ese contexto en el que el legislador ha ido remplazando las penas carcelarias por medidas que procuren impedir sus efectos negativos y permitan plantearse la efectiva solución del conflicto penal.²⁶

Así, si en vez de pensarse al proceso penal únicamente a través de su carácter sistémico, esto es, la averiguación de la verdad como finalidad, y se le agrega la meta de ser un mecanismo estatal para la redefinición del conflicto y su solución pacífica, podría afirmarse que frente a tal entendimiento, la ausencia de un debate oral no conduciría necesariamente al incumplimiento del Estado del deber asumido frente a la comunidad internacional de garantizar un procedimiento legal y eficaz para la mujer en tanto su interés en la solución del conflicto se encuentra tutelado toda vez que en esa redefinición del conflicto ya sea a través de los métodos alternativos como la suspensión del juicio a prueba o bien a través del debate oral para el establecimiento de la culpabilidad o inocencia del imputado, es protagonizada por la víctima mediante la real y efectiva valoración de su interés.

En este entendimiento, Janice Joseph sostiene que los administradores de justicia, a nivel global, no responden adecuadamente a las víctimas de la violencia basada en el género, sino que tratan el conflicto de manera escéptica y frente a ello se impone la necesidad de que los jueces, fiscales y policías se encuentren capacitados a tratar a las víctimas mujeres. Así, la autora señala que como recomendación cabe, entre otras medidas, proveer a la víctimas un acceso a la justicia para obtener remedios justos y efectivos para resarcir el daño que han sufrido, e informar a las mujeres que tienen para pedir la reparación del daño.²⁷

Por otra parte, en lo relativo al deber de sanción, cuestión sobre la que hizo referencia brevemente al hablar sobre la cesura de juicio,

26. *Ibid.*, p. 16.

27. JOSEPH, J., "Las mujeres víctimas de la violencia de género: una perspectiva internacional", en DAVID, P. y VETTERE, E. (coord.), *Víctimas del delito y del abuso de poder*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006, pp. 491 y 493.

la Corte Suprema incurre en una deficiencia argumentativa en tanto establece su calificación a partir su necesaria antelación por un juicio previo, siendo que constitucional y convencionalmente ello se allá delimitado en tales términos en lo que respecta a la imposición de una *pena* por parte del Estado, especialmente en lo que respecta a la pena privativa de la libertad, pero no de modo genérico para toda sanción producto de una injerencia estatal sino que a este respecto se exige la legalidad de la medida.

En este sentido, la Corte por vía indirecta parece sostener que de no existir un juicio previo que declare la culpabilidad o inocencia del imputado y en consecuencia el Estado se encuentre habilitado para la imposición de una sanción, no se está frente a una sanción. Ahora bien, sobre este punto cabe indagar acerca de qué constituye una sanción penal en términos jurídicos, atendiendo a la naturaleza de la medida. Posiblemente, el entendimiento de que solo la sanción como derivación de un juicio previo proviene de la dicotomía prisión/libertad que hasta el día de hoy sobrevuela el conflicto penal que se redefine a través del enjuiciamiento y en tanto tal razonamiento se encuentra estrechamente ligado a la idea de pena como privación de la libertad.

Ahora bien, en primer término cabe referir que el vocablo "sancionar" fue interpretado por la Corte Suprema a partir de la normativa interna al establecer que sancionar constituye en sí la acción de imponer una pena y en consecuencia, la imposición de una pena solo resulta válida constitucionalmente a través de un juicio previo, lo cual torna imposible la suspensión del proceso a prueba. Sin embargo, el entendimiento de qué contenido abarca el vocablo "sancionar" expresado en el art. 7 de la Convención de Belém do Pará remite a un conflicto de interpretación semántico, esto es, establecer el significado de una palabra individual.²⁸

Frente a tal situación es dable observar que ya Hans Kelsen delimitó a la sanción como acto coactivo, el cual consiste en la privación, forzada si

28. Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, 5ta Ed., Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 130. Allí, el autor recuerda: "... en la mayor parte de las palabras son ambiguas, y que todas las palabras son vagas, esto es, que su campo de referencia es indefinido, pues consiste en un núcleo o zona central y un nebuloso círculo exterior de incertidumbre; y que el significado preciso de una palabra en una situación específica está siempre en función de la unidad total o entidad: la expresión como tal, el contexto y la situación."

es necesario, de bienes tales como la libertad o cualquier otro valor, tenga o no valor patrimonial.²⁹

En este sentido, Pablo Rovati y Mauro Lopardo sostienen que la tesis de contradicción insalvable olvida que la suspensión del procedimiento a prueba trae aparejadas consecuencias de carácter coercitivo consistentes en el sometimiento a reglas de conducta, la realización de un ofrecimiento de reparación por el daño presuntamente causado o la obligación de prestar tareas comunitarias, como así tampoco impide la investigación sino que la suspende bajo el sometimiento del probado al cumplimiento de las pautas de conducta establecidas.³⁰

Sobre este punto cabe observar que tal como sostiene Gabriel Ignacio Anitua al analizar la dependencia funcional entre la suspensión condicional de la pena y la justificación de esta última, la alternativa a la prisión no tiene en sí misma la función de prescindir de la cárcel sino que se persigue otro objetivo útil, lo cual también ocurre respecto de la probation, la cual actúa como la espada de Damocles sobre la cabeza del sujeto que está sometido a prueba el mediante la suspensión del juicio.³¹

En este entendimiento, se observa que en lo que respecta a la interpretación y aplicación del derecho por los operadores jurídicos resulta imperioso diferenciar los discursos de las prácticas que se legitiman, reconociéndole a estas últimas una función latente que se diferencia de la función manifiesta expresada en el discurso. Así, Mariano H. Gutiérrez sostiene enfáticamente que debe verse a "... la práctica como el comportamiento concreto, empíricamente verificable, de una persona, o grupo (y en nuestro caso, 'grupo' incluye espacialmente a un grupo organizado institucionalmente, es decir a una 'institución'): las relaciones concreta que establece sobre otros, sean estas visibles a nivel de los discursos o no. Y el discurso como aquella producción principalmente comunicativa, con base en un lenguaje, que marca o crea conceptos, concepciones, relaciones y valores en referencia a algo, que marca un régimen de visibilidad de otra cosa que no es el sí mismo (en el caso del derecho que aquí nos interesa, al deber ser de las prácticas estatales de administración

29. KELSEN, ob. cit., p. 70.

30. BOVINO, ob. cit., p. 209.

31. ANITUA, G. I., *Castigo, cárceles y controles*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2011, p. 101.

de la violencia), y al hacerlo permite juzgarla o cuestionarla: adecuada, inadecuada; correcta, incorrecta; eficiente, ineficiente, etc. El discurso no solo existe atado a la práctica a la que hace referencia sino que tiene sus propias 'reglas' ...".³²

Como se observa, superados los obstáculos entorno al deber de investigar, también el deber sancionatorio no se ve impedido a través de la suspensión del proceso a prueba toda vez que ella, por su naturaleza, implica una medida de coerción, una injerencia coactiva por parte del Estado, lo cual no debe ser excluido por el contenido consensual de la medida procesal como método alternativo para la solución del conflicto.

En este sentido, John H. Langbein al analizar el *plea bargaining* sostiene que aun tratándose de sistemas que se alejan del sistema contradictorio de atribución de culpabilidad, igualmente revisten un carácter sancionatorio tales medidas en tanto al acusado se lo amenaza con imponerle una sanción sustancialmente más elevada si se protege a sí mismo, siendo que esta diferencia en la gravedad de las penas impuestas es lo que torna coercitivo ese instituto anglosajón.³³ Ese análisis resulta elocuente para observar que en tanto lo sancionatorio surge a partir de la verificación de una medida de tipo coercitivo por parte del Estado, la coerción que implica la suspensión del juicio a prueba es lo que permite su reputación como sanción, sin revestir importancia a este respecto la existencia de un juicio previo, lo que si sucede respecto de las penas y específicamente en lo relativo de la privación de libertad ambulatoria.

Así, la penalidad debe ser comprendida como un instrumento que comunica significados, no solo al infractor y la víctima, sino que también al conjunto general de la sociedad, significando que no se refieren únicamente al delito y en consecuencia, abarca cuestiones culturales más importantes relativas al poder, la autoridad, las relaciones sociales, la legitimidad y la normatividad.³⁴

32. GUTIERREZ, M.H., *Prácticas, discursos, funciones, disfunciones: Herramientas para entrenar la mirada crítica sobre el sistema penal*, consultado en [<http://www.campusap.com.ar>] el 03/05/2016

33. LANGBEIN, J. H., "Tortura y plea bargaining" en MAIER, J. B. J. y BOVINO, A. (comp.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, p. 15.

34. RIVERA BEIRAS, I., "Historia y legitimación del castigo. ¿Hacia dónde vamos?" en BERGALLI, R. (comp.), *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 118.

Así, excluido el carácter insalvable de la tesis de contradicción, se observa que en rigor la Corte más que fundarse en el interés de la víctima de hechos de violencia contra la mujer, lo que efectuó fue un endurecimiento por vía de jurisprudencia del sistema penal, expresado a través de un carácter paternalista por parte del Estado en un contexto de inflación penal como lo señala Horacio Nager al citarlo en párrafos anteriores.

VI. UN MINISTERIO PÚBLICO FISCAL AL LADO DE LA VÍCTIMA

Llegado este punto cabe observar que el sancionado nuevo código de rito federal,³⁵ a diferencia del proyecto enviado por el ejecutivo, excluye la necesidad de que exista ausencia de oposición fiscal (la cual según el proyecto original solo podía fundarse en razones de política criminal) al establecer que frente a la propuesta del imputado al Fiscal de suspender el juicio a prueba, en caso de resultar procedente, se hará acuerdo por escrito, el cual será presentado ante el juez, quien evaluará las reglas de conducta aplicables a través de la celebración de una audiencia a la que se citará a las partes y a la víctima, quienes debatirán sobre las reglas de conducta a imponer.

En este sentido, se descarta la posibilidad de que la judicatura examine la logicidad y fundamentación de la conformidad fiscal y en consecuencia, se pone en cabeza del acusador público la evaluación circunstanciada del caso conforme criterios de oportunidad.

Frente a tal normativización, la Convención de Belém do Pará viene a completar la norma interna en el sentido de exigir a los representantes de la vindicta pública que, frente a los casos de violencia de la mujer, el acuerdo sobre la concesión de la suspensión del juicio a prueba debe necesariamente haberse dado mediante la garantía de una valoración efectiva del real interés de la víctima y de acuerdo con un examen circunstanciado del caso concreto.

Así, el derecho de la víctima a una tutela judicial efectiva conduce a concebir al Ministerio Público Fiscal ubicado del lado de la víctima, ayudándola si se ha constituido como querellante o cumpliendo una función de representante de ella si no lo ha hecho, ya sea porque se ha visto perju-

35. Ley 27.063.

dicada en su condición de persona individual o su condición de integrante de la sociedad.³⁶

VII. SOBRE LA DOCTRINA DEL "DESACATO"

Falsada la tesis de contradicción insalvable que condujo a la Corte al entendimiento de que la suspensión del juicio a prueba no resulta procedente ante los casos en los que se ventilen hechos que presuntamente se circunscribe en un contexto de violencia contra la mujer, dado que su concesión implicaría un incumplimiento de la manda convencional que impone al Estado investigar y sancionar esos hechos, es posible adentrarse en el análisis crítico las practicas jurisdiccionales que trajo aparejado el fallo "Góngora".

La cuestión que se suscita sobre este punto y que brevemente ha sido tratada en los puntos anteriores es la relativa al efecto que tienen los pronunciamientos del Máximo Tribunal en lo que hace al carácter vinculante o no que tiene su doctrina para futuras decisiones por parte de los tribunales inferiores ante casos análogos. A este respecto, cabe observar que al analizar la independencia judicial, Alberto Binder expone que el juez no se encuentra subordinado ni al Poder Ejecutivo ni al Poder Legislativo, pero tampoco lo está en una relación interna dentro del Poder Judicial con ninguna instancia de este. Ello por cuanto cuando se habla de jueces o instancias superiores, se lo hace en el sentido de una simple distinción de competencias que estos tribunales detentan para poder revisar la sentencia dada a un caso por los jueces o tribunales ordinarios.³⁷

Ahora bien, sobre esta cuestión la propia Corte ha establecido que "... la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (confr. doc. de Fallos, t. 25, p. 364). De esa doctrina, y de la de Fallos, t. 212, ps. 51 y 160 (Rev. LA LEY, t. 54, p. 307; t. 53, p. 39) emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que

36. CAFFERATA NORES, ob. cit., p.64.

37. BINDER, A. M., *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, pp. 149 y 150.

se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (*Cfr.* causa: 'Balbuena, César A. s/ extorsión' Rev. LA LEY, 1982B, p. 150, resuelta el 17 de noviembre de 1981), especialmente en supuestos como el presente, en el cual dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante".³⁸

A ello debe agregarse lo sostenido por Binder en el sentido de que la independencia no significa de ningún modo un total arbitrio del juez sino que este tiene dos límites que a saber son el derecho previsto en el ordenamiento jurídico a interpretar y aplicar en cada caso concreto y, por otra parte, reconoce también como límite los propios hechos, tal como han sido reconstruidos en el curso del proceso.³⁹

Frente a tal doctrina, se observa que no existe ciertamente un límite al juzgador para el seguimiento estricto de la interpretación adoptada por la Corte Suprema en "Góngora" atento a que la ausencia del análisis circunstanciado del caso por parte del Máximo Tribunal no obsta que tal valoración sea efectuada por los tribunales inferiores frente a casos que resultan análogos por tratarse de violencia de la mujer pero que por las circunstancias del caso podría adoptarse una decisión distinta a la de "Góngora", la que podría eventualmente fundarse, y aquí se considera imperativo, en el interés de la víctima y su tutela judicial efectiva en cumplimiento del objeto y fin de la Convención de Belém do Pará.

Que en ese sentido pierde peso el argumento central argüido por la Corte en el fallo en cuestión, esto es, la tesis de contradicción insalvable, atento a que más allá de la posible falacia que constituye su argumentación interna, lo cierto es que a través de la fundamentación referida en el párrafo anterior se pone de relieve a la víctima y su interés como directriz que rige el objeto y fin de la norma convencional en cuestión, no debiendo necesariamente investigar y sancionar a través de un juicio oportuno sino que lo que se debe perseguir es la efectiva tutela de la víctima a través de su reconocimiento como titular del conflicto, persiguiéndose su protección, la valoración de su interés y evitando su revictimización.

38. CSJN, 04/07/1985 "Cerámica San Lorenzo" Fallos 307:1094. Integran los Dres. Beluscio, Fayt, Petracchi y Bacqué.

39. BINDER, ob. cit., p. 153.

Evitar su revictimización necesariamente requiere el derecho de la víctima a ser oída dado que, el seguimiento del juicio a pesar de su voluntad en contrario podría implicar una nueva afectación de la víctima, esto es su revictimización mediante un ejercicio paternalista por parte del Estado sobre esta, lo cual claramente resulta contrario al objeto y fin de la Convención de Belém do Pará.

Así, en el entendimiento aquí pronunciado se ha expedido el Tribunal Oral en lo Criminal N° 17 de esta ciudad al expresar que "la necesidad de hacer valer la pretensión represiva de la víctima no se corresponde con una afirmación susceptible de asumir validez universal" y en este sentido "... la naturaleza del delito imputado no debe erigirse en criterio rector a fin de establecer categorías de inculpado para luego despojarlos, con prescindencia de las circunstancias del caso concreto, del acceso a ciertos derechos o beneficios de que pueden gozar a raíz de la garantía constitucional del estado de inocencia que los ampara, por más aberrante que sea la imputación".⁴⁰

Que tal entendimiento había sido también sostenido por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación al resolver en "Góngora" (previamente a que contra su resolución se pronunciara la Corte Suprema estableciendo la doctrina aquí cuestionada).

En aquella oportunidad Diez Ojeda sostuvo de modo concordante a lo hasta aquí sostenido, que la suspensión del juicio a prueba asigna un lugar central a la víctima dado que no solamente es imposible conceder la probation si el imputado no formula oferta de reparación sino que a ello se agrega que el procedimiento se reanuda si este no cumple con la ofrecida.⁴¹

Que la necesidad de que exista un tratamiento circunstanciado acorde los hechos del caso se impone al estar en pugna la protección efectiva de la mujer víctima de hechos violencia de género. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizar umbrales de sufrimiento de las víctimas ha sostenido que se debe atender primero a criterios objetivos que determinan los hechos del caso y, en segundo lugar, a criterios de tipo subjetivo, propios de la condición de víctima dado que un análisis abstracto o neutral implica un desconocimiento de su calidad de titular del derecho afectado y en este sentido, el análisis de la situación particular de la víctima en re-

40. Voto del Dr. Pablo Vega, T.O.C. N°17, *fallo citado*.

41. C.F.C.P., Sala IV, 26/09/2011, "Góngora, Gabriel Arnaldo s/ recurso de casación", Reg. N° 15.704.4. Integran los Dres. Diez Ojeda, González Palazzo y Gustavo M. Hornos.

lación con el caso concreto permite un adecuado respeto y garantía de los derechos de la Convención.⁴²

VIII. LA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LOS CONFLICTOS EN SEDE PENAL

Al preguntarse acerca de la pena estatal y su fundamentación, Roxin señala que en el ámbito universal actual ya no es más defendible una perspectiva que implique la expulsión de la víctima de la solución del conflicto social en el cual reside un caso penal en tanto las ideas de venganza privada o el procurarse represalias son una especie de retribución privada, la cual una vez transformada en interés público, funda la pena estatal en sí misma.⁴³

Frente a esa legitimación política de la pena estatal, el autor sostiene que la víctima tiene derecho a la disculpa del agresor, la reparación del daño causado y la aplicación racional de la ley penal para la búsqueda de la verdad. Es en tal situación que subyace el problema sistémico de tratar la cuestión criminal como una dicotomía prisión o libertad, en donde la reparación es vista como una solución más bien propia del derecho civil y por ende distinta de la sanción penal.

Sin embargo, la superación de aquella dicotomía y la puesta del foco en la solución del conflicto, dentro de lo cual la celebración de un juicio oportuno constituye una de las medidas tendientes a concretizar el derecho de la víctima a una tutela judicial efectiva pero no la única, la suspensión del juicio a prueba aparece como una de las medidas posibles para la solución alternativa del conflicto que, a su vez, se encuentra receptada en el art. 7, inc."g", de la Convención de Belém do Pará al establecer que se impone "establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces."

Así, luego de haberse efectuado las críticas pertinentes a lo resuelto por la Corte en "Góngora" es dable poner en valor la suspensión del proce-

42. NASH ROJAS, C., "Artículo 5. Derecho a la integridad personal", en AA.VV., *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Buenos Aires, Eudeba –Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 144.

43. MAIER, J. B. J., "La víctima y el sistema penal", en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, p. 214

so a prueba como instituto procesal tendiente a darle latitud amplia a la víctima y su interés. A este respecto, Vitale sostiene que en tanto la suspensión del juicio a prueba procura lograr la reparación de los daños que los delitos le han provocado, se logra un adelanto en lo que hace al sistema penal en tanto este tradicionalmente ha desatendido a las víctimas, reduciendo su actuación a la decidir si condenar o absolver, poniéndola en una situación vulnerable y de desprotección atento a que esa decisión por parte del estado no implica ninguna reparación o protección del afectado por delito.⁴⁴

En lo relativo al interés de la víctima, Bovino señala que con frecuencia ello no consiste preferentemente en la imposición de una pena sino más bien una reparación de las lesiones o daños que ha sufrido a causa del delito. Asimismo, el autor pone de relieve que el derecho internacional supone una protección privilegiada respecto de la víctima y a tal efecto se persigue la privatización de conflictos a fin de otorgar al sujeto afectado personalmente por el delito una mayor intervención en el tratamiento de conflictos tendientes a acotar realmente las diferencias con el infractor, reducir el costo social de la pena y asegurar la indemnización del damnificado.

Ante ese estado de cosas, debe volverse a lo sostenido por el juez preopinante (Diez Ojeda) al resolver la casación originaria en "Góngora", quien sostuvo la necesidad de un análisis circunstanciado del caso y la valoración de las razones de política criminal argumentadas por la vindicta pública dado que el establecimiento de un criterio rígido sobre la improcedencia de la suspensión del juicio a prueba en causas donde se ventilan hechos que constituyen presuntamente violencia contra la mujer, fundada en patrones de género, desatiende la pretensión reparadora de la víctima contenida en el art. 7, apartado "g", de la Convención de Belém do Pará.⁴⁵

Es que aun así, la tendencia que se ha observado desde los años ochenta respecto de la pena, esto es, la búsqueda de un esquema alternativo a la retribución o prevención, lo cual ha concluido en conceptualizaciones acerca de la composición entre autor y víctima,⁴⁶ procurando restablecer la

44. VITALE, ob. cit., p. 57.

45. C.F.C.P., "Góngora", fallo citado.

46. STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008. pp. 45 y 46.

paz jurídica perturbada por el hecho a través de la reparación, conduce a concluir nuevamente la conveniencia de la suspensión del juicio a prueba en el sentido de que eleva el estándar de protección de la víctima al garantizarle la tutela judicial efectiva al mismo tiempo que evita su revictimización a través del debate oral.

A ello se agrega que también resulta cuestionable la efectiva protección de la víctima a través de la investigación y sanción fundada en un juicio previo que declare la responsabilidad penal del imputado atento a que frente a determinados supuestos fácticos, la reacción estatal no pasa a ser más que una declaración formal de culpabilidad, respecto lo cual cabe preguntarse si necesariamente ello representa ante ciertos caos el verdadero interés de la víctima.

Sobre esta cuestión, resulta ilustrativo lo sostenido por Pablo Vega al expedirse como integrante del Tribunal Oral en lo Criminal N° 17⁴⁷ de esta ciudad en el sentido de que la denegación de la suspensión del juicio a prueba en determinados casos conllevaría a un juicio cuya conclusión sería una sentencia eventualmente condenatoria pero que su cumplimiento se dejaría en suspenso y en tales condiciones, la sanción solo constituiría una catarsis originada en un simple impulso vindicativo.⁴⁸

Que tal interpretación no hace más que reproducir vicios propios de las estructuras jurídicas del procedimiento penal, caracterizadas por la individualización del infractor, contexto en el cual la Corte ha otorgado un tratamiento impropio a la cuestión de género en tanto reduce el conflicto a una afrenta interpersonal al no poner la óptica sobre la tutela del interés de la víctima, reduciéndola a una condición de mera pasividad.⁴⁹

En este sentido es posible observar cómo, en rigor, la Corte ha delinado una tendencia paternalista a través de no solo la expropiación del conflicto

47. T.O.C. N° 17, fallo citado.

48. *Ibid.*

49. BODELON GONZÁLEZ, E., "Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal" en BERGALLI, R. (comp.), ob. cit., p. 483. En el sentido indicado, BODELON GONZÁLEZ señala que "Algunas feministas procedentes del feminismo radical rechazan el término 'víctima', por cuanto, afirma, implica pasividad (Walklate, 1995). En su lugar prefieren utilizar el término 'superviviente' (survivor), que implicaría un rol más positivo para la mujer y enfatiza las estrategias que diariamente son utilizadas por las mujeres para hacer frente a diversas experiencias. De esta manera también se subraya el hecho de que esa violencia tiene un origen en las relaciones de género".

sino a través de la manifestación (implícita) de cuál es el interés de la víctima. Así, siguiendo a Nils Christie es posible afirmar que a diferencia del análisis efectuado por el citado autor acerca del sistema de administración de justicia escandinavo en donde el conflicto se ha transformado en una pertenencia de otras personas –principalmente abogados–, el temperamento adoptado por el Supremo Tribunal de la Nación en el fallo que aquí se cuestiona resulta ser una afinación de que los conflictos penales pertenecen a otras personas pero a diferencia del contexto analizado por Christie,⁵⁰ aquí el conflicto relativo a los casos de violencia de género pertenecen a la judicatura, mas no a un Ministerio Público como representante de los intereses de la sociedad que se pone al lado de la víctima, lo cual resulta criticable desde una perspectiva sociológica del conflicto suscitado en casos como el tratado en el fallo criticado atento a que desplaza totalmente a la víctima.⁵¹

IX. CONCLUSIÓN, UNA SÍNTESIS SALVADORA

Concluyendo el examen crítico sobre lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha de sostenerse que frente a lo allí resuelto existe una tesis de contradicción salvable a través de un verdadero planteo dialéctico de la cuestión, teniendo como horizonte poner en superficie el interés de la víctima y su protección. Ello por cuanto a través de la interpretación efectuada por la Corte Suprema no solo se ha expropiado el conflicto sino que lo ha establecido como un pertenencia de otros, esto es, el Estado a

50. NILS, C., "Los conflictos como pertenencia", en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, ob. cit., p. 165. Allí sostiene que "Nos hemos concentrado en el delincuente, convirtiéndolo en un objeto de estudio, de manipulación y de control. Nos hemos sumado a todas aquellas fuerzas que han reducido a la víctima a una no-entidad y al delincuente a una cosa. Y tal vez la crítica no sea solo aplicable a la vieja criminología, sino también a la nueva... La vieja criminología ha perdido los conflictos, la nueva transforma los conflictos interpersonales en conflictos de clase. Y lo son. Son, también conflictos de clase. Pero al destacar esto los conflictos del delito se han transformado en una pertenencia de otras personas –principalmente de los abogados– o han sido redefinidos en interés de otras personas."

51. A este respecto resulta oportuno señalar que de conformidad con la cita anterior, en lo relativo a los casos de violencia de género es posible afirmar también que es cierto que se trata de este tipo de conflictos desde una óptica criminológica, pero también constituyen una expropiación del conflicto pasando a ser la pertenencia de otras personas, en este caso la judicatura y no la víctima.

través de la judicatura que subroga el interés de la víctima mediante la asunción de un rol paternalista que concluye en una alzada punitivista y no en una tutela efectiva de la víctima.

Podría pensarse que la Corte Suprema, en realidad, se vio motivada a cerrar la procedencia de la *probation* que había abierto al adherir a la tesis amplia en "Acosta".⁵² Sin embargo, sea cual fuere la motivación del Supremo Tribunal, lo cierto es que lo sostenido en "Góngora" constituye, como se sostuvo, una falacia argumentativa atento a que le asigna al objeto y fin de la Convención de Belém do Pará un contenido vindicativo cuando en rigor ella se funda en la necesidad de que el Estado otorgue una respuesta efectiva a la víctima, protegiéndola y velando por su interés.

En este sentido, una política integral tendiente a brindar una tutela judicial efectiva a las mujeres víctimas de hechos constitutivos de violencia de género requiere de soluciones circunstanciadas y razonadas sobre el interés tutelado, como así también se requiere políticas integrales por parte de los tres poderes del Estado para la asistencia de la víctima. Ello ha sido manifestado expresamente por los convencionales atento a que conforme se citó al introducir el presente estudio, el art. 7 de la Convención de Belém do Pará introduce no solo el deber de prevenir, investigar y sancionar por parte del Estado sino que catalogan una serie de medidas a adoptar por los estados parte a los efectos de dar una respuesta integral y efectiva a las víctimas, como así también prevenir tanto la existencia de esta violencia misógina y evitar la reproducción y reiteración de estas conductas.

Frente a tal contexto, la suspensión del juicio a prueba resulta un instituto adecuado para la efectiva tutela de la víctima de violencia de género en tanto su interés, como sostiene Bovino, con frecuencia no consiste preferentemente en la imposición de una pena sino más bien una reparación de las lesiones o daños que ha sufrido a causa del delito. A ello se agrega que el instituto procesal en cuestión evita lo que Ulf C. Eiras Nordenstahl llama victimización secundaria, esto es, las acciones y omisiones que se originan en las instituciones públicas como el Poder Judicial, que tiene como finalidad la investigación y sanción del delito,

52. CSJN, 23/04/2008 "Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737", causa n° 28/05, A. 2186. XLI. Integran los Dres. Lorenzetti, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi y Maqueda.

como así también la protección y cuidado de las víctimas a través de la solución del conflicto, y que no solamente agravan las consecuencias de la victimización primaria sino que generan también nuevos y mayores padecimientos por parte de la víctima.⁵³

En este sentido, la suspensión del proceso a prueba resulta una vía efectiva para la evitación de ese efecto toda vez que implica una solución alternativa al conflicto, distinta de la resolución que puede provocar la imposición fundada en un juicio previo, máxime cuando tal como sostiene Zaffaroni, el derecho penal material no soluciona el conflicto sino que lo suspende.⁵⁴

En ese contexto, una tutela efectiva y el efectivo acceso a la justicia por parte de las mujeres víctimas de violencia de género implica necesariamente una maximización de la necesidad de oír a la víctima, de velar por la protección de su autonomía de la voluntad como expresión personal de su interés en el conflicto.

Es por ello que a modo de conclusión ha de señalarse que el estudio dialéctico de la tesis sostenida en "Góngora" conduce a la síntesis consistente en que en tanto la Convención de Belém do Pará tiene por objeto y fin la tutela de las mujeres víctimas de violencia de género, la judicatura y la acusación pública deben velar por protección efectiva de la víctima a fin de erradicar la tales hechos, superando el paradigma punitivista, y en consecuencia considerando de forma circunstanciada la procedencia de métodos alternativos para la solución del conflicto como lo es la suspensión del juicio a prueba o bien la necesidad de llegar al debate oral para establecer la verdad procesal del caso conforme la particularidad del hecho y las manifestaciones de la víctima, máxime cuando la sanción que eventualmente se imponga a través de un juicio previo no implique en todos los casos una pena de efectivo cumplimiento y en consecución el sometimiento del condenado a un tratamiento resocializador. Lo que aquí se propone es una revisión de la tesis sostenida en "Góngora", la que por cierto no requiere un nuevo pronunciamiento por parte del Máximo Tribunal. Así, el paradig-

53. EIRAS NORDENSTAHL, U. C., "La mediación como modo de abordaje del conflicto penal", en AA.VV., *Revista de Derecho Penal. Alternativas a la prisión*, Año I, Número I, Buenos Aires, InfoJus, Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012, p. 85.

54. ZAFFARONI, E. R., SLOKAR, A. W. y ALAGIA, A., *Derecho Penal. Parte General*, 2da Ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 130."

ma construido por la Convención de Belém do Pará alrededor de la mujer afectada por el delito impone revisar el accionar jurisdiccional a los efectos de procurar resoluciones que no impliquen una violación al imperativo categórico, protegiéndose a la mujer como fin en sí misma, y no utilizándose a la víctima como un medio para un fin de corte punitivista, procurándose devolverle a la víctima su rol protagónico que tiene en lo que respecta al objeto y fin de la norma convencional.

X. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.
- AA.VV., *Revista de Derecho Penal. Alternativas a la prisión*, Año I, Número I, Buenos Aires, Infojus, Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012.
- BERSI, Daniela, La inconstitucionalidad de la Suspensión de Juicio a Prueba en causas de Violencia de Género, consultada en [<http://www.pensamientopenal.com.ar>] el 12/04/2015.
- BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.
- BOUMPADRE, Jorge E., *Los delitos de género en la proyectada reforma penal argentina*, consultada en [www.pensamientopenal.com.ar] el 12/04/2015.
- BOVINO, Alberto; LOPARDO, Mauro; y ROVATTI, Pablo, *Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y práctica*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, 10ma Ed., Madrid, Trotta, 2011.
- FIGUEROA, Ana María, "Nuevos paradigmas, supremacía constitucional y los derechos de género en Argentina." en *Revista de Derecho Público*, Año III, Número VIII, Infojus, Buenos Aires, Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2014.
- GARGARELLA, Roberto, "La dificultosa tarea de la interpretación constitucional", en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, GARGARELLA Roberto (Coord.), Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 123-145.
- HEIM, Andrés, *El rol de la víctima en los sistemas procesales penales de España, Francia e Italia*, consultada en [<http://www.catedrahendler.org/>] el 05/04/2015.

- HIGHTON, Elena I. y otros, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- KANT, Immanuel, *Cimentación para la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, Aguilar, 1968.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1992.
- KENNEDY, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2010.
- LOPARDO, Mauro y ROVATTI, Pablo, *Violencia de género y suspensión del juicio a prueba. Contra los avances de la demagogia punitivista*, La 2 Online, consultada en [<http://www.pensamientopenal.com.ar/>] el 12/04/2015.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal: fundamentos*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2004.
- Derecho procesal penal: sujetos procesales*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2004.
- NAGER, Horacio S., *Peligrosidad y derecho penal. Influencia del positivismo criminológico en el derecho penal posmoderno*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014.
- PAVARINI, Massimo, *Control y dominación*, México, Siglo XXI editores, 2010.
- RAPAPORT, Florencia, *El principio de oportunidad como herramienta eficaz de solución de conflictos penales en la CABA*, 'La suspensión del juicio a prueba vs. el juicio', en casos de 'Violencia de Género', consultada en [<http://www.pensamientopenal.com.ar/>] el 12/04/2015.
- ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.
- TREJO, Lisi, "Medios alternativos en el proceso penal: Problemas y desafíos del instituto de la suspensión del juicio a prueba en Argentina a su adecuación a un modelo acusatorio y eficiente de enjuiciamiento penal", consultada en [<http://www.pensamientopenal.com.ar/>] el 12/04/2015.
- VITALE, Gustavo L., *Suspensión del Proceso Penal a Prueba*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio R.; SLOKAR, Alejandro W.; ALAGIA, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.

XI. JURISPRUDENCIA

- “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092” (G. 61. XLVIII., C.S.J.N.).
- “N. s/ amenazas coactivas” (causa CCC 39355/2012/TO1, rta. el 13 de mayo de 2013, Tribunal Oral en lo Criminal n° 17 de la Capital Federal).
- “Ximenes, Lopes vs. Brasil” (Corte IDH, rta. el 4 de julio de 2006).
- Amitrano, Atilio Claudio s/recurso de casación” (causa n° 14.243, reg. n°19.913, rta. el 09/05/2012, Sala II).
- “Villarreo, Graciela s/recurso de casación”, (causa n°14.044, reg. n°19.914, rta. el 09/05/2012, Sala II).
- “Á., G. Y. s/recurso de casación” (causa n°10.193, reg. n°20.278, rta. el 13/07/2012, Sala II).

XII. LABOR PARLAMENTARIA

- Versión taquigráfica de la Reunión Plenaria de las comisiones de justicia y asuntos penales y de presupuesto y hacienda, Cámara de Senadores, 4 de noviembre de 2014, Dirección General de Taquígrafos.
- Versión taquigráfica de la Reunión Plenaria de las comisiones de justicia y asuntos penales y de presupuesto y hacienda, Cámara de Senadores, 5 de noviembre de 2014, Dirección General de Taquígrafos.
- Versión taquigráfica de la Reunión Plenaria de las comisiones de justicia y asuntos penales y de presupuesto y hacienda, Cámara de Senadores, 6 de noviembre de 2014, Dirección General de Taquígrafos.
- Versión taquigráfica de la Reunión Plenaria de las comisiones de justicia y asuntos penales y de presupuesto y hacienda, Cámara de Senadores, 11 de noviembre de 2014, Dirección General de Taquígrafos.

CONCURSO DE PONENCIAS PARA ESTUDIANTES
“TEMAS DE DERECHO CIVIL DESDE LA PERSPECTIVA
DE DERECHOS HUMANOS”

RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU CONTRADICCIÓN CON EL SILENCIO LEGISLATIVO. UNA PERSPECTIVA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS*

MARTINA OLIVERA **

Resumen: El presente trabajo abordará la contradicción existente en países como la Argentina, donde no existe regulación legal de la gestación por sustitución,¹ y aun así reconoce la filiación internacional derivada de la mencionada Técnica de Reproducción Humana Asistida. En este sentido abordaré los problemas que derivan de dicha contradicción y las cuestiones que se encuentran involucradas en el reconocimiento de la filiación, particularmente cuando se trata de su aspecto internacional. Sin embargo, opté por utilizar un enfoque que tenga como centro al niño o niña que nace de la maternidad subrogada, utilizando como eje rector al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Finalmente, adelantando las conclusiones, sostendré la necesidad imperiosa de contar con una legislación cierta y definida que otorgue seguridad jurídica a la situación de los niños que nacen mediante la gestación por sustitución. Así como una definición más aca-

* Esta obra ha sido seleccionada como una de las ganadoras del Concurso de Ponencias para Estudiantes "Temas de Derecho Civil desde la perspectiva de Derechos Humanos" organizado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

** Estudiante de Abogacía (UBA). Investigadora estudiante en el Proyecto UBACyT "Subjetividad y participación en instancias internacionales: un análisis jurídico en torno de las intervenciones e interacciones de actores y entidades en el ámbito internacional" dirigido por Carolina Anello y codirigido por Natalia Luterstein. *Las ideas contenidas en el presente trabajo son el resultado de un trabajo de investigación realizado en el marco del Seminario de Investigación "Filiación internacional y técnicas de reproducción asistida. El caso de la gestación por sustitución", a cargo de la Dra. Luciana Scotti.*

1. En el presente trabajo se utilizarán de manera indistinta los términos maternidad subrogada y gestación por sustitución, sin perjuicio de las diferencias que existen entre ambas figuras. Asimismo, cabe destacar que no abordaré las cuestiones involucradas en el contrato de maternidad subrogada ni las referentes a los padres con voluntad procreacional.

bada y con contenido cierto del "interés superior del niño" en lo que hace a la gestación por sustitución.

Palabras clave: gestación por sustitución – filiación – derecho a la nacionalidad – apátrida – protección a la familia – interés superior del niño

Abstract: This paper will address the contradiction in countries like Argentina, where there is no legal regulation of pregnancy by substitution, but it recognizes the international affiliation derived from the techniques of assisted human reproduction. In this regard, I will address the problems arising from this contradiction and issues that are involved in the recognition of the filiation, particularly when it comes to its international aspect. However, I chose to use an approach that has as its center the child, using as guiding principles the International Law of Human Rights. Finally, advancing conclusions, I will argue the urgent need for a certain and defined legislation that gives legal certainty to the situation of children born through gestation substitution. As well as a more complete content of the "best interest of the child" in regard to pregnancy by substitution.

Key words: pregnancy by substitution – filiation – right to a nationality – stateless person – right to family protection – best interest of the child

I. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución es una práctica que presenta diversos matices éticos, políticos, económicos, religiosos, entre otros² que hacen que las legislaciones del mundo se hayan expedido en diversos sentidos. Ellas pueden ser divididas en tres grupos:

1) Legislaciones que prohíben la gestación por sustitución, como

2. Para ampliar sobre las cuestiones involucradas en la gestación por sustitución puede consultarse: CIRUZZI, M. S. "Las técnicas de reproducción humana asistida en el anteproyecto de reforma al Código Civil: un enfoque bioético", 15 de agosto de 2012, en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC.5923-AR | MJD5923 [Consulta: 8 de noviembre de 2014]; LAMM, E., "Gestación por sustitución: realidad y derecho", julio de 2012, en *Revista para el Análisis del Derecho*, Disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf; PEREZ, F. V., "Maternidad subrogada", 21 de marzo de 2011, en *Microjuris.com*, Cita: MJ-DOC-5234-AR | MJD5234 [Consulta: 10 de noviembre de 2014].

por ejemplo: Alemania, Austria, Chile, España, Japón, Francia, Finlandia, Suecia, Suiza, Turquía, entre otros.³

- 2) Legislaciones que aceptan la práctica (aunque algunas con diferentes condiciones o matices): India, Rusia, Ucrania, Australia, Queensland, New South Wales, Western Australia, Victoria, Canadá, Columbia Británica, Grecia, Rusia, Sudáfrica, Brasil, Sinaloa, México, Uruguay.⁴
- 3) Legislaciones que no regulan la maternidad subrogada: Argentina, Andorra, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania y San Marino.⁵

Es, justamente, por esta diferencia en el derecho comparado que surgen las contradicciones que se analizarán a continuación.⁶

II. CONTRADICCIONES

En países como la Argentina, donde no está regulada la práctica de la gestación por sustitución, el hecho de reconocer la filiación de niños nacidos de esta técnica implica una clara contradicción.

No debe perderse de vista que el legislador ha dejado deliberadamente de lado el artículo que se refería a la maternidad subrogada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, recientemente sancionado. Es cierto que su exclusión se debió "...a la falta de consenso en torno a la regulación de este tipo de prácticas, atendiendo a los múltiples y comple-

3. HERRERA, M. y LAMM, E., "Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar", en *La Ley* 2014-D, 1165; LAMM, E.; "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Revista de bioética y derecho de la Universidad de Barcelona*, N° 24, enero de 2012, disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7610/9516> [Consulta: 20 de noviembre de 2014].

4. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y LAMM, E., "La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España. Paradoja de la invocación del interés superior del niño para negar sus derechos", en *La Ley* 2014-C, p. 1.

5. HERRERA, M. y LAMM, E., ob. cit., p. 1165.

6. Para ampliar sobre las diferencias en el derecho comparado, véase: VILAR GONZÁLEZ, S., "Situación actual de la gestación por sustitución", en *Revista de Derecho UNED*, 2014, Nro. 14, pp. 897-934.

jos debates éticos y morales que derivan de su aplicación".⁷ Sin embargo, lo cierto es que el posterior reconocimiento de la filiación, cuando existe un vacío legal, termina implicando, en última instancia, la aceptación de la práctica.

Por otro lado, esta situación causa una falta de seguridad jurídica⁸ que perjudica, sobretudo, al niño por nacer. Los padres que deciden someterse a esta práctica, a su vez, no tienen la seguridad de que al niño o niña que nace sea reconocido por el Estado de su nacionalidad, pudiendo quedar en un inaceptable limbo jurídico.

A su vez, ante la falta de legislación, el reconocimiento de la filiación quedaría supeditado a la discrecionalidad del juez el cual podrá, según en qué argumentos se base, otorgarle la filiación o no.

Por último, ya se ha dicho que "la diferencia de respuestas por parte de los distintos ordenamientos jurídicos ha provocado un inevitable 'turismo reproductivo'. Muchas personas o parejas deseosas de tener un hijo viajan a los países en los que se permite esta práctica, de la cual nacen niños que el derecho debe indefectiblemente proteger".⁹

Como puede evidenciarse, mantener una actitud legislativa pasiva respecto a la gestación por sustitución trae más problemas que soluciones.

III. CUESTIONES INVOLUCRADAS EN EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN

En el presente apartado se analizarán las cuestiones que tienen (o podrían tener) en cuenta los jueces al momento de reconocer o no la filiación derivada de la gestación por sustitución, sobre todo cuando se trata de filiación internacional.

7. GONZÁLEZ MAGAÑA, I., "La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Nro.181, 03 de noviembre de 2014.

8. SCOTTI, L. B., "El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas", en *Pensar en Derecho* Nro. 1, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Eudeba, diciembre de 2012 – febrero de 2013, pp. 267 - 289.

9. HERRERA, M. y LAMM, E., "¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución", 19 de septiembre de 2012, en *Microjuris.com*, Cita: MJ-DOC-5971-AR | MJD5971 [Consulta: 09 de noviembre de 2014].

Debe aclararse, a su vez, que me referiré especialmente a los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para luego proponer una solución legislativa al problema.

III.A. Derecho a una nacionalidad

El derecho a una nacionalidad se encuentra receptado en diversos Tratados Internacionales entre los cuales cabe destacar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual en su artículo 20 establece que toda persona tiene derecho a una nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra y que, además, a nadie se lo privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 7 estipula: "1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida".

Respecto a este derecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la nacionalidad es un derecho fundamental cuya importancia reside en que ella, como vínculo jurídico que liga a un niño con un Estado, permite que adquiera y ejerza los derechos propios de pertenecer a una comunidad política. En este sentido, debe ser entendido como un prerequisite para el ejercicio de otros Derechos Humanos.¹⁰

El derecho a la nacionalidad cobra especial relevancia en los casos de gestación por sustitución realizados en países como India o Ucrania, ya que esos Estados si bien admiten la práctica, no otorgan la nacionalidad a hijos de extranjeros nacidos en su territorio. Al no adquirir la nacionalidad en el país de nacimiento, los padres deben recurrir, necesariamente, al país de su nacionalidad. Sin embargo, en los países que prohíben o no reconocen la práctica, podría no reconocerse la filiación que deriva de la gesta-

10. Corte IDH, "Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana", sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párr. 136 y sgtes.

ción por sustitución, con todas las consecuencias que ello conlleva. Entre ellas debe resaltarse el hecho de que el niño queda en un limbo jurídico, imposibilitado de adquirir nacionalidad alguna y, por ende, de obtener los documentos de viaje para salir del país donde nació.¹¹

En ese caso, estaríamos frente a niños apátridas,¹² imposibilitados de gozar de sus derechos civiles, agravando su situación de vulnerabilidad.¹³ Debe resaltarse que "...una persona apátrida, ex definitione, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado".¹⁴ Ocasionando de esta manera una vulneración a la dignidad humana, "...ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado".¹⁵

Lo dicho no es una mera situación hipotética sino que, por el contrario, existen casos argentinos que han ocurrido como consecuencia de la falta de regulación legal. Entre ellos haré referencia a tres casos de ellos en los cuales, luego del análisis efectuado por el juez interviniente, decidió otorgarles a los niños nacidos por gestación por sustitución la nacionalidad argentina.

El primero es el caso de la niña Cayetana, hija de un español y una argentina, quienes residen en España. Tras varios tratamientos para poder quedar embarazada, haber perdido un embarazo y el intento fallido de adoptar, la Sra. Elsa Florentina Saint Girons y su esposo el Sr. Juan Antonio González González, decidieron realizar la gestación por sustitución en la República de la India. La niña que nació de esta práctica, Cayetana, fue inscripta en el registro correspondiente de Nueva Delhi.

La Sra. Saint Girons se dirigió a la Sección Consular de la Embajada Argentina en Nueva Delhi, a fin de inscribir a su hija con la nacionalidad argentina. Sin embargo, los funcionarios no hicieron lugar al pedido toda

11. LAMM, E., Gestación por sustitución. *Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Ed. Universitat Barcelona, 2013.

12. No debe perderse de vista la existencia de una Convención Internacional que propende a la eliminación de los casos de apatridia. Véase la "Convención para reducir los casos de apatridia" de la Organización de las Naciones Unidas de 1961, Serie Documentos de Naciones Unidas A/CONF.9/15.

13. Corte IDH, "Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana", sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párr. 142.

14. *Ibíd.*, párr. 178.

15. *Ibíd.*, párr. 179.

vez que entendían que la madre debía residir en el país para poder darle su nacionalidad a su hija.

Ante la negativa, interpuso una demanda en el Juzgado de Primera Instancia de Familia de San Lorenzo. El juez, luego de realizar un análisis pormenorizado de las cuestiones en juego, decidió otorgarle la nacionalidad a la niña.¹⁶

El segundo es el caso de un matrimonio homosexual de varones que decidieron recurrir a la gestación por sustitución también en la República de India. El niño que nació, Tobías, fue apátrida y con filiación incierta hasta que se resolvió ordenar a la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que inscribiera la partida de nacimiento de Tobías.¹⁷

Por último, el caso de una pareja homosexual de dos varones, no casados, que celebraron un acuerdo de gestación por sustitución en la República de la India. Sabiendo los problemas que conlleva esta práctica para el reconocimiento de la filiación por parte de la Argentina, promovieron una acción de amparo a fin de que se inscribiera al niño y solicitaron que se libre oficio a la Embajada Argentina en Mumbai para que expidiera un pasaporte provisional y así poder volver a la Argentina. El juez, al igual que en los dos casos anteriores, accedió a lo solicitado por los peticionantes.¹⁸

Como puede advertirse, la persona más vulnerable y a quien se le debe otorgar mayor protección es la que resulta, en estos casos, totalmente desprotegida.

III.B. Derecho a la identidad

Este derecho ha sido reconocido de manera expresa por la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 8.1 señala: "[...] los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas". En este sentido, la identidad es un

16. Juzgado de Primera Instancia de distrito de Familia, San Lorenzo, "S. G. E. F. y G. C. E. s/ medida autosatisfactiva", sentencia del 02 de julio del 2012.

17. Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "D. C. G. y G.A. M. c/ GCBA s/ Amparo", sentencias del 22 de marzo del 2012, 22 de junio del 2012 y 06 de julio de 2012.

18. Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "L. R. R. y M. H. J. C. c/ GCBA s/ Amparo", sentencia del 11 de enero del 2013.

derecho que comprende varios elementos, como la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares siendo un derecho de carácter autónomo.¹⁹

En este sentido, entiendo que el derecho a la identidad se encuentra íntimamente ligado con la nacionalidad del niño y, en consecuencia cuando no se le reconoce nacionalidad alguna se estaría vulnerando, asimismo, su derecho a la identidad.

III.C. Derecho de igualdad y no discriminación

Como eje fundamental del análisis de las cuestiones implicadas en el reconocimiento o no de la filiación derivada de la gestación por sustitución debo mencionar a la prohibición de discriminación. Teniendo en cuenta que estamos ante casos en donde se encuentran involucrados niños, el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece claramente que los Estados Parte deben respetar los derechos enunciados en la Convención y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción, independientemente del nacimiento.

En ese sentido, "el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico".²⁰

Como puede evidenciarse, otorgarle un trato diferente –discriminatorio– al niño por el hecho de haber nacido mediante maternidad subrogada implica ir en contra de un principio fundamental del derecho internacional.

III.D. Protección a la familia

Dada la importancia del derecho a la protección del núcleo familiar, el Estado está obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.²⁰ Pensemos en casos como los mencionados de Cayetana o Tobías

19. Corte IDH, "Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C No. 232, párr. 112.

20. Corte IDH, "Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C No. 257, párr. 145; "Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 3 de septiembre de 2012, Serie C No. 248, párr. 225.

quienes debieron permanecer en la República de la India durante varios días hasta tanto un juez le otorgó la nacionalidad argentina. En esos casos, las familias deben separarse pues no pueden permanecer por un tiempo indeterminado en otro país descuidando su trabajo.

Sin embargo, es cierto que, tal como lo ha establecido la Corte de Casación Francesa en el conocido caso *Menesson*,²¹ no se vería perjudicada la protección de la familia si el niño puede entrar y permanecer en el país donde viven sus padres y, donde eventualmente podría naturalizarse. Este supuesto se daría en casos como la gestación por sustitución realizada en algunos Estados de Estados Unidos pues allí les reconocen la nacionalidad norteamericana y, consecuentemente, pueden obtener los documentos de viaje para salir del país.

III.E. Derecho a la vida privada

No puede perderse de vista el pronunciamiento efectuado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Menesson* que condenó al Estado Francés por injerencias arbitrarias en la vida privada de los menores involucrados.²²

Para así decidir, el tribunal manifestó que dicha injerencia arbitraria "se observa en el desconocimiento de una relación de filiación entre padre-hijo que era legal".²³ Creo que el pronunciamiento mantiene una lógica con los derechos humanos en juego, toda vez que si no se les reconoce la filiación que ya había sido reconocida en otro país se los pondría en una situación de total inseguridad jurídica.

III. F. Interés superior del niño

La Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que el interés superior del niño debe ser entendido "...como la premisa bajo la cual debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia [...]

21. Cour de cassation, Première chambre civile, "M. X..., Mme Y... agissant en qualité de représentants légaux de leurs enfants mineurs Z... et A... X... vs. Procureur général près la Cour d'appel de Paris", Arrêt N° 370 du 6 avril 2011.

22. European Court of Human Rights, "Case *Menesson c. France*", Judgment, 26 June 2014, Application no. 65192/11.

23. HERRERA, M. y LAMM, E., ob. cit., p. 1165.

se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño [...] y es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades".²⁴

Asimismo, "...esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño".²⁵ En este sentido, toda decisión que sea tomada por el Estado que involucre una limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tener en cuenta el interés superior del niño.²⁶ Y, a su vez, "lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención".²⁷

Sin embargo, el interés superior del niño no debe ser entendido solo como un principio jurídico interpretativo fundamental ante situaciones en las que están involucrados niños, sino también un derecho sustantivo y una norma de procedimiento. En este sentido se ha expedido el Comité de los Derechos del Niño estableciendo que el interés superior del niño es:

Principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

Derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea

24. Corte IDH, "Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización". Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 32 y 33; Corte IDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 138.

25. GROSSMAN, C. P., "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño", en *La Ley* 1993-B, p. 1095.

26. Corte IDH, "Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones", Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párr. 142.

27. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General Nro. N° 14, El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*.

una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño.

Norma de procedimiento: el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.²⁸

En este sentido, y tal como lo ha expuesto parte de la doctrina, es que es imperioso analizarlo a priori y a posteriori. "A priori, ese interés exige contar con un marco legal que brinde seguridad jurídica al niño y, de este modo, lo proteja. Examinado a posteriori del nacimiento, es en su interés superior que las personas que realmente quisieron asumir el papel de padres puedan serlo. Por el contrario, la prohibición o criminalización de la gestación por sustitución (que implica que este niño no tenga vínculos jurídicos, ni viva con quienes lo quisieron e incluso, uno de ellos, al menos, aportó su material genético) puede ser causa de un daño sustancial para un niño, que ha nacido y no está con quienes quisieron asumir el rol de padres desde antes que él existiera".²⁹

Por otro lado, y en virtud del carácter vago y ambiguo de este concepto, es que ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar ciertas políticas.³⁰ Así, la Sala en lo Civil del Tribunal Supremo de España ha dicho:

"...el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Es necesario por tanto realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores".³¹

28. Ibid.

29. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., LAMM, E. y HERRERA, M., "Regulación de la gestación por sustitución", en *La Ley 2012-E*, Buenos Aires, p. 960.

30. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, Observación General Nro. N° 14, *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*.

31. Tribunal Supremo de España, Sala en lo Civil en pleno, "D. Ramón y D. César c/ Administración General del Estado" sentencia del 6 de febrero del 2014.

Como puede evidenciarse, este principio-derecho puede ser utilizado para cualquiera de las dos argumentaciones, ya sea a favor del reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución como en contra.

III.G. Orden Público

El orden público ha sido utilizado como excepción al reconocimiento de la filiación derivada de la maternidad subrogada realizada en el exterior, cuando los comitentes aspiran a que se reconozca al niño en el país de origen de los padres.³²

Así, se ha sustentado en el orden público haciendo referencia a "la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas; el cuerpo humano es inviolable y no puede ser objeto de un derecho patrimonial; afecta además, a la dignidad de los seres humanos, al ser considerados como objetos –tanto la madre gestante como el niño producto de la procreación médicamente asistida– y no como fines en sí mismos; generaría "un derecho al niño", como si fuera una cosa; la gestación de un niño mediante la donación de los gametos no puede asimilarse a la donación de un riñón o de un ojo; puede producir una confusión en la mente del niño acerca de quiénes son sus padres y ocasionar alteraciones psicológicas, en cuanto heredaría una filiación compleja; influiría también en la configuración antropológica del niño: parejas japonesas donan su embrión a mujeres indias, parejas europeas donan su embrión a mujeres africanas, etc.; sería un nuevo mecanismo de explotación de la miseria humana, ya que en la mayoría de los casos la maternidad por sustitución oculta un negocio de cifras muy abultadas, donde la madre por sustitución generalmente recibe una ínfima parte, y el resto va a las instituciones que funcionan como "bancos" de materiales genéticos, al Estado por vía indirecta a través de los impuestos aplicables, y al esposo de la mujer gestante. Se saldría del derecho de las personas para ingresar al derecho de los contratos, o al de los bienes".³³

32. DREYZIN DE KLOR, A., "El concepto de orden público internacional en las relaciones de familia", 30 de septiembre de 2014, en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC-6894-AR | MJD6894 [Consulta: 18 de noviembre de 2014].

33. SANTOS BELANDRO, R.ñ B. "La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación inter-

Sin embargo, en el caso de la República Argentina, donde los Tratados Internacionales de Derechos Humanos han sido incorporados a la propia Constitución Nacional, que consagran derechos como la nacionalidad, no discriminación, entre otros constituyen, tal como lo ha entendido reconocida doctrina, el orden público argentino.³⁴

En este sentido el orden público puede ser utilizado, dependiendo de los argumentos esgrimidos en ambos sentidos.

III.H. Soberanía Estatal

Sin perjuicio de la potestad que tiene cada Estado, en virtud de ser soberanos, de adoptar la forma que estime conveniente para adquirir su nacionalidad (*ius soli o ius sanguinis*),³⁵ lo cierto es que con la evolución de los tiempos se han impuesto ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados.

Así, actualmente "...en la reglamentación de la nacionalidad no solo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos. [...] En efecto, de la perspectiva doctrinaria clásica en que la nacionalidad se podía concebir como un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos, se va evolucionando hacia un concepto de nacionalidad en que, junto al de ser competencia del Estado, reviste el carácter de derecho de la persona humana".³⁶

III.I. Fraude a la ley

La excepción de fraude a la ley también puede ser invocada como excepción. "En efecto, el sometimiento a los procedimientos médicos ne-

nacional de los documentos relacionados con ella", en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, 25 de noviembre de 2011, *elDial.com* – DC1792 [Consulta: 3 de noviembre de 2014].

34. DREYZIN DE KLOR, A., ob. cit.

35. Para ampliar sobre el tema de la nacionalidad véase: BARBOZA, J., *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavallía, 2008, pp. 609-623.

36. Corte IDH, "Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización". Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 32 y 33; Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 138.

cesarios se torna factible solo en los sistemas jurídicos que lo autorizan, y es en virtud del paraguas de legalidad brindado por dichos ordenamientos que la maternidad subrogada se viabiliza".³⁷

En este sentido, debe distinguirse entre los casos en que la gestación por sustitución tiene lugar en países en donde los involucrados ya se encontraban internacionalmente conectados y los que los particulares se trasladan al solo efecto de realizar la práctica.³⁸ Es en este último caso en donde el fraude a la ley podría ser utilizado.

IV. EL CASO DE LA ARGENTINA: UN VACÍO LEGAL QUE DEBE SER LLENADO

En nuestro país, tal como se ha expuesto, no está legislada la gestación por sustitución, aun cuando existen casos jurisprudenciales en los cuales se optó por reconocer la filiación derivada de este tipo de técnica. Es en este orden de cosas que creo indispensable la existencia de una regulación que defina la postura argentina en torno a estas técnicas.³⁹

No debe perderse de vista que el artículo 2634 del recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación establece:

"Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño".

Sin embargo, creo que, aunque es una regulación necesaria, no es suficiente para atender a la realidad que nos rodea. El derecho debe, neces-

37. SCOTTI, L. B., ob. cit., pp. 267 - 289.

38. DREYZIN DE KLOR, A. y HARRINGTON, C., "La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?", en *Revista de Derecho de Familia*, octubre de 2011, pp. 301-329.

39. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; LAMM, E. y HERRERA, M., ob. cit., pp. 267 - 289.

riamente, acompañar los avances científicos, máxime cuando lo que está en juego es nada menos que los derechos de un niño. Tal como han dicho las Dras. Marisa Herrera y Eleonora Lamm, la gestación por sustitución es una realidad imposible de evitar, que "si se pretende ser soslayada, los principales perjudicados serán los más vulnerables y a quienes diversos instrumentos internacionales, regionales y nacionales obligan a priorizar: los niños".⁴⁰

Una parte de la doctrina⁴¹ ha interpretado que, en el estado actual de la legislación argentina, la solución a este vacío jurídico podría ser la utilización de la figura de la adopción.⁴² Esta solución mediata causa el mismo problema que se quiere evitar, toda vez que utilizar una figura distinta a la de adquisición de la filiación derivada de la gestación por sustitución es igual de fraudulento que realizar la práctica en el exterior cuando en el país no está regulada.

Sin embargo, es cierto que "...la armonización del derecho de familia no resulta posible de manera general pues se trata de un campo que refleja el ser de cada estado; si acaso pudiera avanzarse por esa dirección en algunos de sus sectores, subsistirían diferencias porque no concurren los principios sobre los que cada ordenamiento normativo basa la interpretación de sus propios axiomas".⁴³ Máxime cuando nos encontramos ante Estados Islámicos que contienen principios totalmente diferentes a los principios occidentales.⁴⁴

En otro orden de ideas, es cierto que problemas como los que se plantean aquí podrían ser solucionados por el Derecho Internacional Privado

40. HERRERA, M. y LAMM, E., ob. cit., p. 1165.

41. BASSET, Ú. C. y SALAVERRI, M., "Maternidad subrogada en el extranjero: el derecho y la filiación de un niño", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Nro. 97, 14 de julio de 2014.

42. Esta es la solución que encontró Israel al problema del reconocimiento de la filiación derivada de la maternidad subrogada. Véase Ley 5746/1996 sobre acuerdos de gestación por sustitución.

43. SCHWENZER, I., "Methodological Aspects of Harmonisation of Family Law", en *European Journal of Law Reform*, Center for International and Comparative Law, Vol. VI, N° 1/2, 2006, p. 145-157, citado por DREYZIN DE KLOR, A. y HARRINGTON, C., "La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?", en *Revista de Derecho de Familia*, octubre de 2011, pp. 301-329.

44. SCOTTI, L. B., ob. cit., pp. 267-289.

y, eventualmente, por la tarea codificadora de la Conferencia de la Haya,⁴⁵ lo cual no es objeto del presente trabajo. Sin embargo, cualquiera sea la solución a la que se arribe no deben perderse de vista los derechos humanos internacionalmente reconocidos.⁴⁶ Las distintas ramas del derecho no son compartimentos estancos de un sistema, sino que, por el contrario, se insertan y deben conjugarse con el objeto de proteger de manera acabada a los niños.

En este sentido, al intentar encontrarle una solución a esta inseguridad jurídica en la que se encuentra la parte más desprotegida y, más allá de la necesidad de una legislación interna, es que creo imperioso que se puedan consensuar unos "principios rectores" que llenen de contenido el interés superior del niño, aplicable a esta materia. Esto teniendo en cuenta que el "interés superior del niño" es un concepto tan versátil que permitiría tanto el reconocimiento como la prohibición de la práctica. Con esto propongo que existan unas pautas rectoras que propendan, efectivamente, al interés superior del niño y no, por el contrario, que sea un concepto utilizado discrecionalmente.

Entre los principios que deberían estar contenidos, entiendo que es vital hacer mención a la adquisición de la nacionalidad del niño, sobre todo cuando se den casos como el de Cayetana, con el objeto de no tener que llegar a solicitar judicialmente la nacionalidad, con todas las dificultades que ello trae aparejado.

A su vez, creo que debe estar comprendido el principio de *favor filii*, toda vez que el derecho de los niños a una filiación sostenida debe prevalecer en estas situaciones.⁴⁷

No puede perderse de vista que existen este tipo de principios y, de hecho, son aplicados por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido puede resaltarse el caso de las "Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad" las cuales fueron utilizadas en el Caso Mendoza y otros contra la Argentina.⁴⁸

45. Para más información se puede acceder a la página web: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=178

46. DREYZIN DE KLOR, A. y HARRINGTON, C., ob. cit., pp. 301-329.

47. DREYZIN DE KLOR, A., "Familia. Postmodernidad. Derecho internacional privado", en DREYZIN DE KLOR, A. y ECHEGARAY DE MAUSSIÓN, C. (dirs.), *Nuevos Paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*, Córdoba, Ed. Advocatus, 2011, pp. 55-80.

48. Corte IDH, "Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones", Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C No. 260, párr. 187 y sgtes.

V. A MODO DE COLOFÓN

Es total y completamente necesaria una legislación que se expida en algún sentido respecto a la práctica que es objeto de estudio. Sin embargo, también es imperiosa la existencia de una "armonización del derecho internacional" que llene de contenido un concepto tan vago y ambiguo como el interés superior del niño.

Creo que si se pone en el centro del escenario al niño y sus derechos, llegar a un consenso sobre principios básicos es más factible que si el centro de la cuestión versa sobre los derechos de los padres con voluntad procreacional.⁴⁹ Al fin y al cabo, lo que se está regulando involucra y perjudica directamente al niño, quien debe estar especialmente protegido por cualquier legislación tanto nacional como internacional.

En este sentido coincido con las Dras. Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera que la regulación es la solución que mejor satisface el interés superior del niño dado que la experiencia muestra que, salvo supuestos de verdaderos ilícitos (por ej., apropiación), casi siempre es mejor para el niño tener vínculo legal con quien lo quiere, lo educa y lo protege.⁵⁰

Por último, no debe perderse de vista que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación recepta de manera clara en sus artículos 1 y 2 los derechos humanos internacionalmente reconocidos tanto como fuente de derecho como principios interpretativos que deben regir en todo momento.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavalía, 2008, pp. 609-623.

49. Con esto no quiero decir que se dejen de lado sus derechos ni mucho menos, pero lo cierto es que la persona más vulnerable y que sufre todas las consecuencias de la falta de legislación es el niño.

50. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; LAMM, E. y HERRERA, M., "Regulación de la gestación por sustitución", en *La Ley* 2012-E, 960.

- BASSET, Úrsula C. y SALAVERRI, Milagros, "Maternidad subrogada en el extranjero: el derecho y la filiación de un niño", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 14 de julio de 2014, Nro. 97.
- CIRUZZI, María S. "Las técnicas de reproducción humana asistida en el anteproyecto de reforma al Código Civil: un enfoque bioético", 15 de agosto de 2012, en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC.5923-AR | MJD5923.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana y HARRINGTON, Carolina, "La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?", en *Revista de Derecho de Familia*, octubre de 2011, pp. 301-329.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, "El concepto de orden público internacional en las relaciones de familia", 30 de septiembre de 2014, en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC-6894-AR | MJD6894.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, "Familia. Postmodernidad. Derecho internacional privado", en: DREYZIN DE KLOR, Adriana y ECHEGARAY DE MAUSIÓN, Carlos (dirs.), *Nuevos Paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*, Córdoba, Ed. Advocatus, 2011.
- GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 03 de noviembre de 2014, Nro.181.
- GROSSMAN, Cecilia P., "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño", en *La Ley* 1993-B.
- HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución", 19 de septiembre de 2012, en *Microjuris.com*, Cita: MJ-DOC-5971-AR | MJD5971.
- HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu). Primera parte", 12 de abril de 2012, en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC-5751-AR | MJD5751.
- HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu). Segunda parte", 13 de abril de 2012, en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC-5752-AR | MJD5752.
- HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Un valiente fallo del TEDH sobre

- gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar", en *La Ley* 2014-D.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAMM, Eleonora, "La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España. Paradoja de la invocación del interés superior del niño para negar sus derechos", en *La Ley* 2014-C.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LAMM, Eleonora y HERRERA, Marisa, "Regulación de la gestación por sustitución", en *La Ley* 2012-E.
- LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Ed. Universitat Barcelona, 2013.
- LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución: realidad y derecho", julio de 2012, en *Revista para el Análisis del Derecho*, Disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf.
- LAMM, Eleonora, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Revista de bioética y derecho de la Universidad de Barcelona*, N° 24, enero de 2012, Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7610/9516>.
- PÉREZ, Fernanda V., "Maternidad subrogada", 21 de marzo de 2011, en *Microjuris.com*, Cita: MJ-DOC-5234-AR | MJD5234.
- SANTOS BELANDRO, Rubén B. "La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella", en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, 25 de noviembre de 2011, *elDial.com* – DC1792.
- SCHWENZER, Ingeborg, "Methodological Aspects of Harmonisation of Family Law", en *European Journal of Law Reform*, Center for International and Comparative Law, Vol. VI, N° 1/2, 2006, p. 145-157.
- SCOTTI, Luciana B. "La 'maternidad subrogada' en la legislación y jurisprudencia argentinas", en *Revista digital En Letra*, Año 1, Nro. 1, Buenos Aires, febrero de 2014, pp. 47-78.
- SCOTTI, Luciana B., "El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas", en *Pensar en Derecho* Nro. 1, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Eudeba, diciembre de 2012 – febrero de 2013, pp. 267-289.
- VILAR GONZALEZ, Silvia, "Situación actual de la gestación por sustitución", en *Revista de Derecho UNED*, 2014, Nro. 14, pp. 897-934.

Jurisprudencia Nacional

Cour de cassation, Première chambre civile, "M. X..., Mme Y... agissant en qualité de représentants légaux de leurs enfants mineurs Z... et A... X... vs. Procureur général près la Cour d'appel de Paris", Arrêt n° 370 du 6 avril 2011.

Juzgado de Primera Instancia de distrito de Familia, San Lorenzo, "S. G. E. F. y G. C. E. s/ medida autosatisfactiva", sentencia del 02 de julio del 2012.

Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "L. R. R. y M. H. J. C. c/ GCBA s/ Amparo" sentencia del 11 de enero del 2013.

Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "D. C. G. y G. A. M. c/ GCBA s/ Amparo" sentencias del 22 de marzo del 2012, 22 de junio del 2012 y 06 de julio de 2012.

Tribunal Supremo de España, Sala en lo Civil en pleno, "D. Ramón y D. César c/ Administración General del Estado" sentencia del 6 de febrero del 2014.

Jurisprudencia Internacional

Corte IDH, "Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones", Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260.

Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C No. 257.

Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251.

Corte IDH, "Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 3 de septiembre de 2012, Serie C No. 248.

Corte IDH, "Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C No. 232.

Corte IDH, "Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana", sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130.

Corte IDH, "Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa

Rica relacionada con la Naturalización". Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

European Court of Human Rights, "Case *Mennesson c. France*", Judgment, 26 June 2014, Application no. 65192/11.

Documentos y leyes

Código Civil y Comercial de la Nación.

Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro. N° 14, "el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", 29 de mayo de 2013.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención para reducir los casos de apatridia.

Convención sobre los Derechos del Niño.

FIDELIDAD CONYUGAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL: ¿ACASO EL DESAMOR ES UN SENTIMIENTO INDEMNIZABLE? *

SABRINA ANABEL SILVA **

Resumen: La autonomía de la voluntad se instala en la escena matrimonial, así la cuestiona y enriquece, conminándonos a revisar de manera crítica la conceptualización "dada" de fidelidad. El Código Civil y Comercial de la Nación alza bandera al pluralismo pregonado por la doctrina internacional de los derechos humanos y nos permite apreciar dos grandes conquistas que se retroalimentan: la derogación del contenido jurídico del derecho-deber de fidelidad y el divorcio incausado, de conformidad con el art. 19 de la Constitución Nacional. La lectura sistémica del Código Civil y Comercial de la Nación, en virtud de las directivas interpretativas del Título Preliminar, afirma que la infidelidad per se no acarrea consecuencias jurídicas. Ello no significa rechazar los daños en la órbita matrimonial, sino colocarlos en su justo lugar. Si se pretende no avasallar las particularidades y especialidades de las relaciones familiares, el deber de reparar deriva de la vulneración de los derechos fundamentales y los derechos humanos, no del divorcio.

Palabras clave: deber de fidelidad – responsabilidad civil – matrimonio – daños en las relaciones de familia – código civil y comercial

Abstract: The free will poses itself in the matrimony scene, and asking questions and making it richer, demanding of us to examine the "given" conceptualization of fidelity in a critical way of. The Civil and Commercial Cod rises up to the acclaimed

* Esta obra ha sido seleccionada como una de las ganadoras del Concurso de Ponencias para Estudiantes "Temas de Derecho Civil desde la perspectiva de Derechos Humanos" organizado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fecha de aceptación: 14/08/2015.

** Estudiante de grado en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Becaria Estímulo UBACyT 2016. Integrante del Proyecto UBACyT "Realidad y Legalidad: instrumentación, articulación e implementación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Código Civil y Comercial de la Nación" bajo la dirección de Marisa Herrera. Programación Científica 2016.

international human rights doctrine's pluralism and leads us to appreciate two great conquests: the abolition of the right-duty of fidelity's juridical content and the divorce without a cause, in accordance with the 19 article of the National Constitution. The systemic reading of the Civil and Commercial Code, in the light of the Preliminary Title's interpretative board of directions, confirms that infidelity per se doesn't carry any juridical consequences. That doesn't mean rejecting all of the damages in the matrimony orbit, but putting them in their right place. If the intention is not to contaminate the peculiarity of the family relations, the duty to repair will be only originated in the damage of the fundamental and human rights, not the divorce.

Keywords: conyugal fidelity – civil responsibility – matrimony – damage to family relationships – civil and commercial code

I. LA FIDELIDAD MARITAL DESDE LA OBLIGADA ÓPTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la Argentina, la constitucionalización implica internacionalización, desde que ciertos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos (IIDH) integran nuestra regla de reconocimiento constitucional-convencional.¹ Esta expansión hace que la doctrina de los derechos humanos sea un punto de partida y, al mismo tiempo, de llegada; el modo obligado de leer la realidad e interpretar el ordenamiento jurídico en su conjunto.²

¿Cómo y desde dónde interpretar la fidelidad conyugal? ¿Cuáles son los principios constitucionales-convencionales sobre los que se edifica?

El art. 19 de la Constitución Nacional (CN) consagra el principio de autonomía de la persona humana o libertad de intimidad, su amplitud nos permite inscribir dentro de su ámbito de protección diversas situaciones derivadas de las relaciones familiares y hablar del derecho a la intimidad familiar.³

La libertad encuentra su fundamento en la autonomía, al respecto la

1. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino", en GRAHAM, M. y HERRERA, M., *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia una mirada crítica y contemporánea*, Buenos Aires, Infojus, 2014, p.14.

2. HERRERA, M. (Dir.), CULACIATI, M. M. y RODRÍGUEZ ITURBURU, M. (coords.), *Teoría y práctica del derecho de familia hoy*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 10.

3. GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMA, M. V., HERRERA, M., *Derecho Constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 230 y ss.

Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que "la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona".⁴

La libertad en directa ligazón con la intimidad, ha sido definida hace tiempo por Bidart Campos como "una zona de reserva personal, propia de la autonomía del ser humano, dentro de la cual tanto podemos excluir las intrusiones ajenas y el conocimiento generalizado por parte de terceros, como realizar acciones autorreferentes que caigan bajo ese conocimiento".⁵

Ya en 1986 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el paradigmático fallo *Sejean*, abrió el juego al sistema constitucional de libertades individuales que gira en torno al art. 19 dentro de la órbita matrimonial, reconociendo a la libertad y dignidad como ideales básicos de la CN "que puedan conducir a la realización personal, posibilidad que por otra parte es requisito de una sociedad sana".⁶ En este orden de ideas, Petracchi en su voto deja claro que para asegurar la libertad de las personas, se requiere que actúen según su conciencia y libre elección.⁷

De lo expuesto, no debe inferirse que el art. 19 de la CN protege únicamente las acciones que de ningún modo se exteriorizan a lo público, ni que la libertad de intimidad se agota en el reconocimiento de un ámbito de protección de conductas individuales; sino que cabe incluir a aquellas conductas privadas que pueden compartir dos o más sujetos,⁸ como lo es el ejercicio de la sexualidad en el matrimonio.

La libertad de intimidad ostenta un campo de acción amplio, donde –dentro del derecho de las familias– se presenta a la autonomía de la voluntad como una de sus innumerables proyecciones; conduciéndonos hacia la contractualización de la familia, entendida como sinónimo de acuerdo de voluntades en su organización. Esta tendencia es un fenómeno evidente que nos manda a reflexionar si la autonomía, como expresión

4. KEMELMAKER DE CARLUCCI, A., "La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino", *ob. cit.*, p.4.

5. Citado por GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMA, M. V., HERRERA, M., *ob. cit.*, p. 219.

6. CSJN, "*Sejean, Juan Bautista c/ Ana Maria Saks de Sejean*", sentencia del 27 de noviembre de 1986.

7. *Ibid.*

8. GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMA, M. V. y HERRERA, M., *ob. cit.*, p. 219 y ss.

de la voluntad, impacta y cuanto en las relaciones que configuran la vida familiar.⁹

Sin duda, uno de los ámbitos en los que la autonomía de la voluntad se ha colocado como elemento rupturista del carácter "sacro" de la familia, ha sido en las relaciones personales de los cónyuges.

Plantear en la actualidad esta incidencia significa reconocer el impacto que ha sabido generar la perspectiva de género en el derecho familiar, toda vez que para hablar de autonomía de la voluntad, se debe partir de la igualdad en el status jurídico de ambos cónyuges. Pues la igualdad no solo es un derecho sino que es un principio que atraviesa y le da contenido a todos los restantes derechos humanos.¹⁰

¿Acaso el contenido y alcance de la fidelidad no se alista dentro de la esfera de la libertad de intimidad de la pareja? Hasta aquí pareciera que la respuesta afirmativa se impone, cabe ahondar entonces en sus criterios limitativos.

Es el propio art. 19 de la CN el que tras amparar la inmunidad de las acciones personales, indica su límite en la ofensa al orden, la moral pública y el perjuicio a terceros.

Si lo que se pretende es no caer en una apreciación arcaica, fácil se advierte que tanto el orden como la moral pública se caracterizan por su dinamismo y relatividad. En consecuencia, cualquiera sea la significación que se le dé al alcance de dichas pautas de recorte no ostentan la entidad suficiente para resultar un obstáculo en la voluntad de las personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales, siendo su único límite legítimo la consumación de un daño directo a los derechos fundamentales de otro.¹¹

Antes de dar por concluido este apartado, es menester detenerse en la relación intrínseca entre regla de reconocimiento constitucional-convenicional, orden simbólico y sujeto. Al respecto, Andrés Gil Domínguez enseña que a partir del derecho "se construye un orden donde se explicitan

9. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino", ob. cit, p.5 y ss.

10. Facio, Alda, *La igualdad sustantiva un paradigma emergente de la ciencia jurídica*, disponible en: [<http://cidem-ac.org/PDFs/bibliovirtual/IGUALDAD/IGUALDAD%20SUS-TANTIVA.%20DRA.%20ALDA%20FACIO.pdf>], Consultado por última vez el 8 de julio de 2015.

11. Para mayor comprensión y desarrollo del tema véase GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMA, M. V. y HERRERA, M., ob. cit., p. 216 y ss.

por voces o silencios, la simbología a partir de la cual la subjetividad –por adecuación o rechazo– se construye o se frustra”.¹²

El autor señala que nuestra regla de reconocimiento, en virtud del art. 75 inc. 22 de la CN, trae un orden simbólico distinto al local –el configurado en torno a los derechos humanos– y necesariamente instituye uno nuevo, cuya principal consecuencia es la “rematerialización” de la Constitución y la “resignificación” de conceptos construidos a la luz de viejos paradigmas. De esta manera, los derechos humanos irradian la coexistencia de una constelación plural de opciones de vida en lugar de un supuesto de homogeneidad ideológica o pensamiento único. Justamente uno de los campos más fructíferos para observar este fenómeno lo encontramos en la sexualidad.¹³

Una vez situada la fidelidad dentro de la libertad de intimidad de sus propios protagonistas y despojados del inconsciente del discurso jurídico, es decir, de todo lo que no se dice cuando afirmamos con total convicción que la fidelidad es la exclusividad sexual con carácter de reciprocidad; nos encontramos con su indefinición o, mejor dicho, su autodefinition como resultado de una biografía conjunta elaborada por la pareja en torno a su sexualidad. Biografía enfocada desde el goce y el placer de los sujetos implicados. El único límite es la consumación de un daño directo, concreto e inmediato a los derechos fundamentales de otras personas, en cuyo caso tendremos una colisión de derechos fundamentales que se resolverá (conforme a los condicionamientos fácticos que envuelvan la controversia suscitada) por aplicación del razonamiento o mecanismo de ponderación.¹⁴

Apreciar la fidelidad así no significa “banalizar” el matrimonio, sino correrse de “esa compleja dupla signada por el miedo a la libertad y la hiper o sobrevaloración de la ley para cambiar relaciones sociales. ¿Acaso se es fiel porque la ley lo dice, o se lo es o no por razones más profundas que lo que ordena la ley?”¹⁵

12. GIL DOMÍNGUEZ, A., *La regla de reconocimiento constitucional argentina Art. 75, inc. 22CN- Doctrina y Jurisprudencia*, Bs. As., Ediar, 2007, p. 15.

13. *Ibid.*

14. GIL DOMÍNGUEZ, A., “Cuando de *swingers* se trata la Constitución es la que manda” en *La Ley* 2003-E, 501, Bs. As., 2003, p. 2.

15. HERRERA, M., “Sobre familias en plural. Reformar para transformar” en *Revista Jurídica UCES*, 17, 105-132, 2013, p. 119

II. LA LÓGICA DEL DEBER MORAL DE FIDELIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

II.A. Una breve aclaración metodológica con repercusión directa en el fondo

Aida Kemelmajer de Carlucci, en el IV Encuentro de Jóvenes Abogados en Derecho de Familia, nos invitó a razonar sobre cómo el Código Civil y Comercial de la Nación –CCyC– integra el neo-constitucionalismo, cuyos rasgos sobresalientes podemos sintetizar a continuación:

La omnipresencia de la Constitución Nacional en todas las áreas jurídicas: no solo se la coloca en la cúspide del ordenamiento jurídico, sino que baja y contamina el resto del ordenamiento infra.

Mayor presencia de principios generales que reglas casuísticas: como consecuencia del primero, en materia de derecho de las familias, varios capítulos del Libro Segundo, dedican su primer artículo a la numeración de los principios generales que gobiernan cada una de sus instituciones.

La órbita constitucional recepta valores discrepantes que nos obligan a correr del clásico método de subsunción para resolver los temas del derecho civil y la familia, si bien este método se sigue aplicando, se requiere en mayor medida la ponderación y el deber de argumentar sin dogmatismos.

En presencia de esta constelación plural de valores y a los efectos del mecanismo de ponderación, se deberá encontrar un punto de partida común entre las discrepancias ideológicas a la hora de resolver los conflictos que se susciten en vigencia del CCyC. Esta arquitectura jurídica exige, de los operadores del derecho, razonamiento y argumento.¹⁶

II.B. La constitucionalización del derecho privado: El Título Preliminar

El Título Preliminar del CCyC, en tanto aporta principios, confiere al sistema un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco para su com-

16. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Claves para comprender la reforma del Código Civil en materia de familias”, IV Encuentro de jóvenes abogados en Derecho de Familia, CABA, UP Facultad de Derecho, 27/11/2014.

prensión.¹⁷ Es la herramienta interpretativa superlativa del texto civil y comercial.

El art. 1 establece el sistema de fuentes y su aplicación "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho"; el art. 2 del CCyC proyecta su interpretación "...teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

Cabe observar que, mientras el art. 1 se ocupa del marco conceptual teórico, las fuentes, el art. 2 del CCyC, al aludir a su interpretación, establece su vertiente práctica y, justamente, esta interacción hace a la coherencia aludida en la última parte del segundo artículo. En otras palabras, hacen que la teoría –en especial, el CCyC– y la práctica –la interpretación al resolver los casos– interaccionen de modo coherente.¹⁸

Por último, el art. 3 del CCyC impone a los jueces y juezas el deber de resolver los conflictos "mediante una decisión razonablemente fundada". En este sentido, la retroalimentación entre las disposiciones del Título Preliminar reside en que las ahora explicitadas pautas la 'finalidad' del texto de la ley, 'los tratados sobre derechos humanos', 'los valores jurídicos' y el 'modo coherente con todo el ordenamiento' [es un] reservorio [que] constituye diques de contención para que el fallo judicial sea una decisión razonablemente fundada".¹⁹

En suma, el CCyC pone fin a la tensión entre la normativa infraconstitucional y las prescripciones de nuestra CN y de los IIDH; de este modo, la aclamada "constitucionalización del derecho privado" encuentra su anclaje formal al reconstruirse la legislación civil y co-

17. LORENZETTI, R. L., "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en LL, 2012-C, p. 581

18. HERRERA, M. y CAMELO, G., "Título Preliminar", en HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (dirs.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2015, p. 13.

19. HERRERA, M. y CAMELO, G., "Título Preliminar", ob. cit., p. 19.

mercantil a la luz de nuestra regla de reconocimiento constitucional-convencional.

II.C. Principios constitucionales-convencionales del matrimonio

En total consonancia con el criterio axiológico analizado en el primer acápite, el nuevo articulado establece que el matrimonio se estructura sobre los principios de libertad e igualdad. En los fundamentos del Anteproyecto se expresa:

“La igualdad es un principio constitucional que campea el régimen jurídico matrimonial y su ruptura [...] eje rector de las normas y de su interpretación [...] El avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial. Precisamente, ha sido en este campo en el cual [...] muestra un desarrollo exponencial del principio previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional”.

De este modo, redefine el orden público matrimonial garantizando la *igualdad* en el status jurídico de los cónyuges, como su consecuencia inmediata el ejercicio de la *autonomía* personal, y la *libertad* respecto del propio plan de vida, cuyo único límite legítimo es la consumación del daño directo a los derechos fundamentales de otras personas.²⁰

II.D. El cambio de paradigma: segmentación de los derechos-deberes personales del matrimonio

II.D.1. ¿Por qué y qué reformar?

El art. 198 del Código derogado establecía el derecho-deber jurídico de fidelidad pero se abstenía de conceptualizarlo; tarea a la que se ha dedicado la doctrina y jurisprudencia, concibiéndolo como la abstención de cada uno de los consortes de mantener otra relación o crear una apariencia comprometida que pueda afectar al otro cónyuge; con carácter de recíproco, indispensable y permanente.²¹

20. MOLINA DE JUAN, M., “Derechos y deberes de los cónyuges”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M.; LLOVERAS, N. (dirs.), *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, 1ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 99.

21. HERRERA, M. (dir.); CULACIATI, M. M.; RODRÍGUEZ ITURBURU, M. (coords.), ob. cit., p. 148.

En este orden de ideas, se le reconocía un aspecto positivo –mantener relaciones sexuales con el cónyuge– y otro negativo, no mantener relaciones sexuales con terceros. Como contracara de la misma moneda, la infidelidad podía ser moral –conductas que evidencian relaciones de deseo, atracción o vínculo estrecho con un tercero aun sin mantener relaciones sexuales– o material, cometer adulterio.²²

No obstante su contenido jurídico, resulta absurdamente obvia su imposibilidad de cumplimiento en forma coactiva. El *quid* de la cuestión radicaba en la lógica interna del resto del articulado que, al regular el sistema de divorcio sanción, le adjudicaba a su violación consecuencias jurídicas. En su faz material, daba lugar a la causal culpable de adulterio y, en su faz moral, a injurias graves.

Ahora bien ¿podían los cónyuges dispensarse mutuamente del deber de fidelidad? ¿El deber de fidelidad subsistía tras la separación de hecho y se traducía entonces en un deber de abstención sexual hasta la sentencia de divorcio? ¿Existía un único culpable en el deterioro del matrimonio? De existirlo ¿Era fácticamente posible determinar el verdadero culpable o, consecuentemente, el inocente era quien presentaba las mejores pruebas en juicio? En el afán de ser el vencedor en juicio, ¿no se acentuaba el dolor y los resentimientos impactando de manera directa en todo el grupo familiar?

Fácil se vislumbra que la lógica del Código derogado mantenía, aun tras la secularización del Derecho, repercusiones del sistema de ética derivado de la religión en torno al ejercicio de la sexualidad, contrariando los principios constitucionales-convencionales del matrimonio.

El Derecho fue, es y será ideología, donde la complejidad actual de las relaciones sociales juega un rol preponderante para la de-construcción del vocablo familia como grupo homogéneo fundado casi exclusivamente en el matrimonio heterosexual o en la filiación, para dar lugar a la heterogeneidad.²³

En consecuencia, si la ideología ha cambiado, sustentándose en la noción de pluralismo, exaltada por la doctrina internacional de los derechos

22. *Ibid.*, p. 149.

23. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "Capítulo introductorio", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, N. (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia...*, ob. cit. p. 9 y ss.

humanos que nos obliga a apartarnos de los prejuicios que casi todos tenemos en torno al ejercicio de la sexualidad, ya no basta con la interpretación dinámica del ordenamiento jurídico, sino que hay que reformarlo.

II.D.2. El deber moral de fidelidad

El art. 431 del CCyC establece: asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.

El criterio axiológico constitucional-internacional que sostiene el nuevo articulado, trajo consigo un cambio de paradigma en el modo de concebir las relaciones personales de los cónyuges. En este sentido, se sitúa como primer pilar conquistado la derogación del contenido legal del derecho-deber de fidelidad calificándolo como moral, es decir, reserva su contenido y alcance a la órbita privada de los miembros del matrimonio, no generando ningún efecto en el plano jurídico.

¿Cuál es la razón por la cual se menciona un deber moral como la fidelidad dentro del CCyC? La presión de la Iglesia Católica, un actor social que siempre ha tenido un rol o voz más fuerte en todas las cuestiones relacionadas con la familia en singular como en plural.²⁴

La política legislativa adoptada pareciera que se constituyó con el fin de "no herir susceptibilidades" y, al mismo tiempo, al catalogar la fidelidad como deber moral, dejar claro que la monogamia sexual no forma parte de la esencia del matrimonio. En palabras de Marisa Herrera, integrante del equipo de redacción del Anteproyecto: "sucede que se está sumamente huérfano de argumentos jurídicos para defender una incorporación fundada solo en razones religiosas, siendo que estas están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (conf. art. 19 de la Carta Magna); en este caso, debería quedar fuera de la legislación civil. Es por ello que el texto del Anteproyecto nace con esta primera concesión. Parecería que, como sucedió al momento de debatirse la ley 23.515, no es fácil lograr una normativa civil alejada de dogmas religiosos, proviniendo siempre del mismo credo o sector".²⁵

24. Solo basta recordar el rol que ha cumplido la Iglesia Católica en contra del divorcio vincular o de manera más reciente, de la sanción de la ley 26.618 conocida como ley de matrimonio igualitario.

25. HERRERA, M., "El lugar de la Justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que

II.E. Lógica interna del CCyC. Interacción y retroalimentación entre los derechos-deberes personales del matrimonio y el sistema de divorcio incausado

Si bien los cambios en materia de divorcio son radicales, la relación intrínseca entre los derechos-deberes matrimoniales y el régimen de divorcio, a la hora de analizar la virtualidad jurídica de los primeros, se mantiene intacta.

Al resolver la crisis matrimonial el CCyC focaliza en los efectos para los integrantes de la familia y no en las causas de la ruptura. Es así que se pasa de un sistema de divorcio causado a un incausado, o sin expresión de causa.²⁶

¿Qué significa que sea incausado?

“Un matrimonio se celebra y se sostiene de a dos, por ende, si uno ya no quiere seguir en ese proyecto de vida en común, el divorcio queda habilitado para que sea peticionado por ambos o por uno solo. ¿Hay que esperar un tiempo? Ninguno. El Código Civil y Comercial no obliga a las personas a seguir juntas por un determinado tiempo en contra de su propia voluntad “en nombre de la ley”. Ello no solo viola el principio de libertad y autonomía, sino que podría agravar la conflictiva conyugal hasta alcanzar situaciones de violencia familiar, con la consecuente conculcación del derecho a la integridad física y psíquica”.²⁷

¿Por qué focaliza en los efectos y no en las causas? Los Fundamentos del Anteproyecto nos dan la respuesta:

“La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el Anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible”.

Resulta obvia la perversidad de la atribución de culpas en un divorcio de todos los ángulos en que se lo aprecie.

se avecina. Bases para comprender el régimen de divorcio incausado”, en GRAHAM, M. y HERRERA, M., *Derecho de las Familias, Infancia...*, ob. cit., p 295 y 293.

26. DUPRAT, C., “Disolución del Matrimonio”, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA M., LLOVERAS, N. (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia...*, ob. cit., p. 324.

27. HERRERA, M., *La lógica del Código Civil y Comercial...*, ob. cit.

No es posible conocer realmente si hay único y verdadero culpable, o si se han sucedido otros conflictos que no han podido acreditarse en juicio²⁸, lo cual nos lleva a firmar su dificultad probatoria en el ámbito procesal.

Varios estudios interdisciplinarios han demostrado que no existe un culpable y un inocente, sino que ambos han contribuido –antes o después, en algún grado– a la crisis matrimonial.²⁹

Su latente génesis perniciosa se maximiza a la luz del interés superior del niño. La determinación de un culpable es capaz de desestructurar a los hijos, es una fuente de exclusión y destrucción del grupo familiar. La culpa es un veneno que se destila en el corazón del niño obstaculizando el vínculo filial.³⁰ El divorcio disuelve el vínculo matrimonial no la familia, el proyecto de vida en común se termina pero no sus funciones parentales conjuntas, ambos seguirán siendo padres solo que bajo una organización familiar diferente. Si lo que se pretende es que el cese de la comunidad de vida tenga la menor incidencia posible en la vida del niño, garantizándole el derecho de comunicación con su progenitor no conviviente, resulta inescindible mantener una comunicación lo más pacífica y fluida posible entre ambos padres y/o madres.

En suma, el régimen de divorcio incausado veda automáticamente el contenido legal de la fidelidad, su único interés y virtualidad queda circunscripta al ámbito ético.³¹ ¿Tiene consecuencias jurídicas la infidelidad? No, tanto del análisis del art. 431 como de la lectura sistémica del CCyC, se puede concluir que la infidelidad no le interesa al ordenamiento jurídico.

III. LA DICOTOMÍA ENTRE LA INFIDELIDAD Y EL DAÑO JURÍDICAMENTE REPARABLE

La infidelidad, por si aun no ha quedado claro, no trae aparejada ninguna sanción civil: no puede ser causal de adulterio o injurias graves y no constituye un hecho antijurídico. Sin embargo, caben algunas aclaraciones

28. DUPRAT, C., ob. cit., p. 349 y ss.

29. Ibid.

30. Ibid.

31. HERRERA, M., "El lugar de la Justicia...", ob. cit., p. 295.

para evitar hacer entrar por la ventana lo que se cerró por la puerta a través de la acción de daños y perjuicios derivados de la ruptura del vínculo matrimonial, dar lugar a estos daños, importaría llevar a la justicia los motivos que provocaron la ruptura,³² con toda su punzante fuerza dañosa, tal como lo hacía el divorcio sanción.

El rechazo de los daños derivados del divorcio no se agota en lo antedicho, ya en 1988 Cifuentes afirmaba que las expresiones del desamor no son indemnizables, "ni los incumplimientos que son expresión de la pérdida del vínculo afectivo, ni la frustración y pérdida propia del fracaso matrimonial, por lo que la sola violación del deber matrimonial no generaría reparación [...] suelen ser efectos de desencuentros afectivos, de la quiebra del proyecto común [...] muchas veces al conjuro de reacciones que ambos cónyuges realimentan".³³ En este sentido, "hay dolores que no son jurídicos, son extrajurídicos, y la solución debe encontrarse, entonces, en otras áreas del saber".³⁴

¿Cómo interaccionan la infracción del deber moral de fidelidad, el sistema de divorcio incausado y la responsabilidad civil? Este interrogante ha sido materia de debate en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil en la comisión n°3, "daños en las relaciones de familia". En este marco, por mayoría, se concluyó:

"En virtud del principio de reserva (art. 19 de la CN), las directivas de interpretación establecidas en el artículo 2 del Código Civil y Comercial y el carácter moral del deber de fidelidad (art. 431, código citado), anudados a los fundamentos del Código Civil y Comercial, la infracción del precitado deber no es antijurídica (art. 1717). Por tal motivo, no existe en este caso un daño resarcible (art. 1737)."

Como agregado:

"Excepcionalmente puede configurarse un abuso del derecho a la privacidad, o a la autonomía personal, cuando uno de los cónyuges entabla relaciones sexuales fuera del matrimonio con la exclusiva intención de dañar al otro. En tal supuesto la presencia de esa intención de dañar (y no simplemente de engañar) impide alegar la causa de justificación,

32. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., citada por FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, A., "Responsabilidad por daños y perjuicio entre cónyuges", en *Revista de derecho de daños*, vol. 2, Buenos Aires, 2001, p. 167 y ss.

33. CIFUENTES, S., citado por FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, A., ob. cit., p.179.

34. HERRERA, M., "El nuevo Código y las diversas...", ob. cit.

y torna resarcible el daño resultante de la infidelidad. Este dolo directo debe ser probado en todos los casos por el cónyuge que lo alega, y no puede resultar únicamente de la constatación de la existencia de relaciones extramatrimoniales.”

Asimismo, recientemente la Corte Suprema de Justicia de Mendoza se expidió sobre la indemnización por daño moral en una causa de divorcio contencioso. Al llegar la causa al Máximo Tribunal Provincial se encontraba ya en vigencia el CCyC, novedad que tornó abstracta la cuestión relativa a la culpabilidad o inocencia de los cónyuges. Al respecto el Máximo Tribunal Provincial consideró:³⁵ “al no existir más causales subjetivas de divorcio, para que resulte procedente una indemnización por daños, quien los reclame debe acreditar fehacientemente los daños que invoca, conforme los presupuestos generales de la responsabilidad civil. Si la condición humana, la dignidad e integridad de una persona, en cualquiera de sus aspectos, dentro o fuera de un matrimonio, ha sido dañada, eso es lo que debe indemnizarse en caso de encontrarse debidamente probado el daño [...] Obviamente que el *alterum non laedere* (art. 19 Constitución Nacional) no se diluye por el hecho de que el daño injustamente sufrido se materialice durante el matrimonio [...] advierto que una distinción notoria entre el régimen anterior y el actual es el relativo al régimen probatorio. Cuando los jueces aplicaban la doctrina del viejo plenario, era más sencillo tener por acreditado el daño con el simple hecho de la configuración de una causal subjetiva de divorcio [...] hoy resulta necesario detenerse en el análisis de la prueba del daño invocado”.³⁶

En conclusión, afirmar que los principios de la responsabilidad civil no actúan mecánicamente, no significa rechazar el andamiaje del derecho de daños en la órbita matrimonial, sino colocarlo en su justo lugar, es decir, que su aplicación no avasalle las particularidades y especialidades del derecho de familia.

35. La acción por divorcio vincular contencioso por injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar –en la cual solicito una indemnización por daño moral– se inició el 14/12/2009.

36. CSJM, “A. J. A. en J° 1781/09 / 26437/13 P. M. A. del R. c/ A. J. A. p/ divorcio vincular contencioso división de sociedad conyugal p/ recurso ext. de inconstitucionalidad”, sentencia del 11 de marzo de 2006, disponible en: [<http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-pecial-scj-mendoza-divorcio-aplicaciona-art-7-ccyc-dano-moral/>]

En el tema que nos convoca, la lógica interna del articulado vigente da por tierra la idea de que la infidelidad per se acarrea consecuencias jurídicas. Si el desamor no es indemnizable, el deber de reparar no deriva mecánicamente de la infracción del derecho-deber moral de fidelidad, sino del hecho de ser persona y ver vulnerados sus derechos, que lo afectan y agravan de manera directa,³⁷ como pueden ser los daños al honor y/o a la integridad física o psíquica, debiéndose probar a tal fin los elementos que constituyen la responsabilidad civil. Por lo cual, se sale del campo de los daños derivados del divorcio para ingresar a otro campo de los daños derivados de los derechos fundamentales y derechos humanos.

IV. BREVES PALABRAS DE CIERRE

- a) La doctrina de los derechos humanos nos impone un nuevo orden simbólico en torno a la sexualidad que nos aparta de la mirada tradicional del derecho de familia.
- b) El contenido y alcance de la fidelidad matrimonial es definida por sus propios protagonistas sobre la base del amor y respeto mutuo.
- c) El CCyC viene a superar las tensiones constitucionales-conventionales en torno a los derechos-deberes personales del matrimonio y el divorcio.
- d) El quid de la cuestión entre la fidelidad y la responsabilidad está dada por la lectura sistémica de nuestro ordenamiento jurídico.
- e) La mera infidelidad no constituye un hecho ilícito jurídicamente reparable.
- f) Negar la aplicación automática de los principios de la responsabilidad civil en el matrimonio, no significa dar por tierra la aplicación del derecho de daños entre los integrantes de un matrimonio, sino que habrán de probarse los extremos de la responsabilidad civil.
- g) El deber de reparar encuentra su causa fuente en la conculcación de los derechos que se titularizan por ser persona, independientemente de que un hecho o varios ocasionados por el cónyuge puedan generar un daño jurídicamente reparable. Es decir, los

37. HERRERA, M., "El lugar de la Justicia...", ob. cit, p. 300

daños se encaran desde otra perspectiva más humanista. Una interpretación contraria sería contra *legem*, el fin último de la legislación civil y comercial gira en torno a la importancia de atenuar o pacificar relaciones humanas –en este caso de familia– y no a estimularla.

LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN MATERIA AMBIENTAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN*

NADIA BELÉN TOLOSA **

Resumen: El objeto de este trabajo es dilucidar si la incorporación de los derechos de incidencia colectiva al Código Civil y Comercial es de utilidad para una mayor y mejor protección del ambiente. A partir del análisis histórico vemos que no es un tema novedoso a nivel internacional –comenzó en 1972 con la “*Declaración de Estocolmo*” hace más de cuarenta años–, situación que generó una superposición de leyes especiales, locales, tratados bilaterales, y la acogida constitucional del derecho al ambiente y su protección en la última reforma, que convivirán hasta el 01 de agosto de 2015 en constante colisión con los principios del derecho privado clásico contenidos en el Código de Vélez. El nuevo código, además de reconocerlos expresamente, nos presenta nuevas herramientas en concordancia con el avance internacional en materia ambiental, como la carga dinámica de la prueba, la acción preventiva y la interpretación integral de todo el ordenamiento (constitucionalización del derecho privado) e incorpora el concepto de consumo sustentable, de vital importancia, puesto que representa un factor primordial en la producción de la contaminación ambiental. Todo esto sin duda impactará en una ampliación del derecho a un ambiente sano, concediéndole además la estabilidad y vigorosidad que representa el derecho común frente a leyes especiales o interpretaciones judiciales.

* Esta obra ha sido seleccionada como una de las ganadoras del Concurso de Ponencias para Estudiantes “Temas de Derecho Civil desde la perspectiva de Derechos Humanos” organizado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fecha de aceptación: 14/08/2015.

** Estudiante de Abogacía (UBA). Vaya mi especial agradecimiento al Centro de Derechos Humanos de esta Facultad, que a través de sus talleres me dio las herramientas necesarias para poder elaborar este trabajo. Especialmente, a la Dra. Liliana M. Ronconi por su impulso académico y apoyo personal.

Palabras clave: ambiente – herramientas de protección – derechos de incidencia colectiva – acción de clase

Abstract: The purpose of this paper is whether the incorporation of rights collective influence by the new Civil and Commercial Code is useful for more and better environmental protection. From the historical analysis we see that is not a newness. This story began in 1972 with the "Stockholm Declaration" (Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment) and it has more than forty years, a situation which generated an overlay of special laws, local, bilateral treaties and constitutional right. We see that the protection in the latest constitutional reform were in constant collision with the principles of classic private law contained in the "Vélez code". The new code has new tools in accordance with international progress on environmental issues, such as dynamic load test, preventive action and comprehensive interpretation of the whole system (constitutionalization of private law) and incorporates the concept of sustainable consumption, of vital importance, since it represents a major factor in the production of environmental pollution. All this will certainly impact on a extension of the right to a healthy environment, and also granting stability invigorated representing the common law against special laws or interpretations court.

Keywords: environment – protection tools – rights collective influence – class action

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es desentrañar si la incorporación de los derechos de incidencia colectiva en el recientemente sancionado Código Civil y Comercial¹ resulta de mayor utilidad para el ejercicio de la protección del ambiente, teniendo en cuenta su status jurídico de derecho humano. Se analizará cómo ha sido la protección del ambiente hasta hoy y qué herramientas nos da la nueva normativa para desarrollarla. Este trabajo atañe únicamente el daño ambiental propiamente dicho y su protección mediante el ejercicio de derechos de incidencia colectiva, y no al daño *a*

1. *Código Civil y Comercial*, Ley 26.994, B.O. 08/10/2014, Dec. 1795/2014. En adelante "CCC".

través del ambiente, que es aquel sufrido a nivel individual,² lo que circunscribe nuestro objeto fuera del análisis de la responsabilidad civil a nivel individual.

II. PROTECCIÓN DEL AMBIENTE HASTA HOY: DESARROLLO HISTÓRICO

La importancia de la protección del ambiente tiene como punto de partida el derecho internacional, incorporado dos décadas después a nuestro ordenamiento, con la reforma constitucional de 1994.³ Los instrumentos internacionales en materia ambiental conforman el Derecho Internacional del Medio Ambiente,⁴ y todos comparten la pauta de ofrecer principios y servir de guía para la preservación del ambiente, es decir, no contienen obligaciones estrictas para los Estados parte, por ello son consideradas *soft law*. Pueden dividirse en dos clases: generales y específicos.⁵ Dentro del primer grupo, el primero y más importante es la *Declaración de Estocolmo*⁶ (1972), cuyos principios están encauzados hacia el logro del desarrollo humano, por lo que la preservación del ambiente se realiza con una política antropocéntrica,⁷ siendo repetidos y profundizados en los instrumentos que siguen. En 1987 se publica el informe "*Our Common Future*", donde se acuña por primera vez el término "desarrollo sostenible", que será recogido en el segundo instrumento ambiental internacional, conocido como *Declaración de Río*⁸ (1992). Luego, la *Declara-*

2. Puede verse con un ejemplo: en el caso de que se viertan residuos sólidos en un río y esto produzca desbordes, el daño ambiental se configura por ese hecho y el daño a través del ambiente lo sufren quienes, por ejemplo, observan un menoscabo en su propiedad a raíz de la inundación. No obstante, hay autores que lo consideran un daño bifronte (LORENZETTI, P., "*La función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación*", 30/04/2015, www.nuevocodigocivil.com, p. 1) opinión que compartimos.

3. Cfr. Art. 75 inc. 22) C.N.: "...Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes..."

4. En adelante "DIMA".

5. También conocidos como "AMUMA" ("Acuerdos multilaterales sobre medio ambiente"). Tienen un ámbito de aplicación específico y delimitado.

6. En el marco de la "Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Humano".

7. Puede resaltarse una frase dentro de las proclamaciones (5): "De cuanto existe en el mundo, los seres humanos son lo más valioso".

8. "Conf. de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo".

*ción de Johannesburgo*⁹ (2002) reconoce que, amén de las Conferencias sucedidas, quedan muchos desafíos ambientales por superar. Finalmente, en la *Conferencia de Río+20*¹⁰ (2012) se adopta un documento en el que prevalecen la necesidad de una economía verde y la erradicación de la pobreza. Con respecto a los específicos, puede mencionarse el *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación* (1989), *Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono* (1989), la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático* (1992), el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* (1992), el *Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes* (2001), entre otros.¹¹

Debe distinguirse el carácter de derecho humano que le fuera otorgado al derecho a un medio ambiente sano, por el *Protocolo de San Salvador*¹² adicional a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, que en su art. 11 dice: "Derecho a un ambiente sano. 1) toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano [...] 2) los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente", circunstancia que le hace aplicable todo el régimen jurídico de los derechos humanos (inalienabilidad, universalidad, principio *pro homine*, principio pro ambiente, no regresión, etc.). En mismo sentido, nuestra CSJN caracterizó al derecho a un ambiente sano como un derecho humano anterior a la Constitución misma.¹³

9. "Cumbre mundial sobre desarrollo sostenible", conocida como "Río+10".

10. "Conf. de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de Río +20".

11. Por ej.: "Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres" (1973), "Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas" (1971) entre otros. No puede dejar de resaltarse la "Encíclica verde" o "Encíclica ambiental", a manos del Sumo Pontífice Francisco I, titulada "Sulla cura della casa comune" ("Sobre el cuidado de la casa común"), donde recogen todas estas preocupaciones, puede citarse "(...) Hago una invitación urgente a un nuevo diálogo sobre el modo como estamos construyendo el futuro del planeta. Necesitamos una conversación que nos una a todos, porque el desafío ambiental que vivimos, y sus raíces humanas, nos interesan y nos impactan a todos (...)", disponible en www.vatican.va

12. Adoptado el 17/11/1988, ley 24.658 B.O. 15/07/1996.

13. CSJN, "Mendoza, Beatriz S y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)", sentencia del 20/06/2006, Fallos 326:2316.

La reforma constitucional de 1994 incorporó los arts. 41 y 43, reconociendo en forma específica, a nivel constitucional, el primer daño y su protección: el daño ambiental. En el primero, se fija una división de competencia entre la Nación y las provincias, determinando para la Nación el dictado de presupuestos mínimos en materia ambiental y a las provincias corresponde complementar ese sistema. Se realiza un reparto de competencias bajo el principio de exclusividad funcional parcial, en el que cada jurisdicción tiene un ámbito determinado y exclusivo de acción, pero parcial, logrando en conjunto la articulación de la política ambiental en resguardo de las autonomías provinciales,¹⁴ evidenciando un cambio respecto del régimen de 1853 donde el principio general afirmaba la exclusiva competencia local en materia ambiental. Por su parte en el art. 43, párrafo segundo, se establece la protección constitucional del ambiente mediante la institución del amparo colectivo.

Estas pautas ambientales fueron reglamentadas varios años después en la Ley General del Ambiente n° 25.685,¹⁵ con disposiciones sustanciales y procesales, así como con principios que regirán la política ambiental nacional. Se otorgan allí dos herramientas para la protección del ambiente: la demanda por daño ambiental (art. 30, p 2°) y la acción de amparo (art. 30 p 3°). Observamos, en términos generales, la protección frente a daño ambiental colectivo hoy¹⁶ queda constituida con la carta fundamental, arts. 41 y 43, y una ley especial (LGA). En ambas normas, la legitimación activa es reconocida a: el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones cuyo fin sea la defensa del ambiente.

A nivel nacional, existe un sinnúmero de leyes especiales, con normas penales, complementadas por leyes locales, entre ellas: para la defensa de la riqueza forestal,¹⁷ conservación de la fauna,¹⁸ residuos

14. *Cfr.* ESAIN, J., "El federalismo ambiental: reparto de competencias legislativas en materia ambiental, en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente", JA-2004-I-776.

15. Ley 25.675, B.O. 28/11/2002, en adelante "LGA".

16. Este trabajo fue presentado en las XXV Jornadas de Derecho Civil, el 1, 2 y 3 de octubre de 2015.

17. Ley 13.273, "Defensa de la riqueza forestal", B.O. 06/10/1948, declara de interés público la defensa, mejoramiento y ampliación de bosques. Crea un fondo forestal y establece contravenciones forestales. Las disposiciones se aplican a bosques sujetos al dominio público o privado.

18. Ley 22.421, "Fauna silvestre". B.O. 12/03/1981. Fija pautas para la protección, conser-

peligrosos,¹⁹ aguas,²⁰ bosques nativos,²¹ glaciares,²² entre muchas otras.

Podemos ver que la protección del ambiente está organizada en un sistema complejo de normas de cuya conjunción nace la protección ambiental. Pueden extraerse las siguientes reglas:

- El ambiente sano es un derecho humano;
- La protección del ambiente involucra al ambiente en general y a todos los microbienes que lo componen, como el agua, suelos, bosques, glaciares, etc., a través de normas generales y específicas, tanto a nivel nacional como internacional;
- Para su protección existe la tutela individual, el amparo colectivo y normas penales.

III. PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ

Ahora bien, ¿qué tratamiento da el Código Civil hasta ahora (2015) vigente al ambiente? El Código de Vélez fue realizado durante el paradigma del derecho privado clásico, donde prima lo individual por sobre lo público y, para contextualizar, en aquel momento no parecía posible el agotamiento de los recursos, ya que la población era menor, por ende, había menos demanda, y los avances tecnológicos no abastecían más allá de lo que se demandaba ni proporcionaban la información suficiente para dimensionar las consecuencias ambientales que traerían las actividades industriales. Si recordamos lo que nos dice acerca del derecho real de dominio veremos

vacación, propagación, repoblación y aprovechamiento racional de la fauna silvestre. Contiene normas penales y contravencionales.

19. Ley 24.051, "Residuos peligrosos", 17/01/1992. Regula lo atinente a generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos, definidos acogiéndose al criterio de Naciones Unidas.

20. Ley 25.688, "Ley de aguas", B.O. 03/01/2003. Establece los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional.

21. Ley 26.331, "Ley de bosques nativos", B.O. 26/12/2007. Establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos. Hace una categorización.

22. Ley 26.639, "Ley de glaciares", B.O. 28/10/2010. Establece los presupuestos mínimos para la protección de los glaciares y del ambiente peri glaciar.

las amplias facultades del propietario por sobre los recursos localizados en su propiedad "aunque privare a terceros de ventajas o comodidades" (art. 2514). Resulta que, como puede advertirse, desde su sanción a hoy, se han descubierto muchas de las implicancias negativas que tiene la devastación del ambiente como resultado de la destrucción ambiental entusiasmada por una economía de consumo sin control. Tratando de suplir estas deficiencias, se dictaron el sinnúmero de leyes especiales y locales, la normativa internacional, acuerdos bilaterales, ya mencionados, lo que se traduce en un plexo normativo inabarcable, que tampoco cumple su objeto por tratarse de normas en su mayoría aisladas, aunque se ha mejorado con la sanción de la LGA.

IV. LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN MATERIA AMBIENTAL, HASTA LA ENTRADA EN VIGENCIA EN EL CCC

Hasta la entrada en vigencia del CCC, los derechos de incidencia colectiva para la protección del ambiente tienen acogida en el art. 43 (1° párrafo) incorporado por la última reforma constitucional, y en la LGA (art. 27 última parte). La jurisprudencia ha hecho una interpretación de ellos, en su mayoría a partir de la legitimación para accionar y no de la importancia del bien colectivo,²³ hasta la causa "Mendoza"²⁴ donde nuestra Corte expresa que el ambiente configura un bien de incidencia colectiva, y que, por esta naturaleza, es de uso común, indivisible, tutelado de manera no disponible por las partes.²⁵

Entonces, los derechos de incidencia colectiva hoy (2015): a) están mencionados en forma genérica en la CN; b) contenidos en una ley especial; c) son precisados y definidos por la creación pretoriana. No puede dejar de admitirse el mérito que constituye la regulación del art. 41 y parte del

23. No puede dejar de mencionarse el fallo "A. e. y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional", del Juzg. de Prim. Inst. en lo C.A.F. N° 2, sentencia firme del 10/05/1983, ED-245, donde se reconoció legitimación activa a dos vecinos en pos de preservar el derecho subjetivo a la no modificación del propio hábitat –considerado implícito en el art. 33 CN– ante la aplicación de una norma administrativa que permitía la caza de toninas por encima de lo tolerado por la especie.

24. CSJN, "Mendoza...", ob. cit.

25. *Ibid.*

43 por la LGA, y la correcta interpretación jurisprudencial, que ha logrado un equilibrio entre el crecimiento económico, sustentabilidad ambiental y género humano,²⁶ pero resulta necesario otorgarles firmeza, para evitar su sometimiento a la voluntad de del poder político, y una buena herramienta es la incorporación al derecho común, ya que resultaría inapropiado regular todos los aspectos ambientales en la Norma Fundamental.

V. REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN EL CCC

El CCC ha sido el resultado de un proceso democrático, a diferencia del Código de Vélez que se ha aprobado a libro cerrado. Se creó una comisión redactora²⁷ integrada por las y los más prestigiosos juristas de nuestro país y tres profesores extranjeros. No obstante el trabajo de la comisión, se propiciaron debates a nivel académico, judicial, nacional y local, con profesores extranjeros, del que todxs hemos podido ser parte, incluso a través de los medios de comunicación. Recepta así los reclamos hechos por la doctrina y la jurisprudencia, entre los que se encuentran los derechos de incidencia colectiva.

Los derechos de incidencia colectiva son los que tienen por objeto bienes colectivos, es decir, bienes no susceptibles de apropiación ya que el individuo no puede identificar su parte, porque no le pertenece; son indivisibles y pueden ser usados por todos los individuos por lo que ninguno puede ser excluido, no habiendo sobre ellos derechos subjetivos *stricto sensu*.²⁸ Esto conlleva una reconfiguración del concepto "bien" en la que no está ligada a un valor económico,²⁹ quedando situados en la esfera social de tutela,³⁰ en colisión directa con el derecho privado clásico, por lo que, en materia ambiental, implica el abandono del paradigma clásico e incorporación del paradigma ambiental, que parte desde lo social hacia lo particular donde, en caso de conflicto entre una norma que tutela lo individual y una que protege

26. Cfr. PIGRETTI, E. A., *Derecho Ambiental Profundizado*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p 49.

27. Dec. 191/2011.

28. Ver fundamentos del anteproyecto, disponibles en www.nuevocodigocivil.com

29. *Ibid.*

30. Cfr. LORENZETTI, R. L. *Teoría del Derecho Ambiental*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p 9 y 10.

lo colectivo, prevalecerá la segunda para lograr una efectiva tutela de estos bienes, ya que no están en cabeza de un sujeto determinado, sino que se encuentran diseminados entre todos los integrantes de una comunidad.³¹ Están expresamente reconocidos en el art. 14 inc. b), y en párrafo aparte hace manifiesta la incorporación del paradigma ambiental: "...La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente...", en oposición al referido Código de Vélez.

En segundo punto, el art. 240 primera parte complementa este sistema disponiendo los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes: este ejercicio "...debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva...".³² La norma dice "debe ser", en consecuencia, no será facultativo para las partes, ni una mera carga, sino que estamos frente a una obligación ambiental. Entonces, el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes, incluso sobre los que pertenecen al dominio público,³³ debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva.

En cuanto a la normativa aplicable, el art. 240 segunda parte, dice que "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 por la ley especial", complementándose con el art. 1709, que en materia de responsabilidad civil, fija la prelación normativa: "en los casos en que concurren las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a la responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código", colocando a la ley por sobre la autonomía de la voluntad. Si bien habla de "bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva", pareciera que se refiere puramente a la parte ambiental, decimos esto por la mención específica que se hace sobre microbienes ambientales y en art. 241 hace referencia a los "presupuestos mínimos", conjunción que, en la CN Argentina solo se utiliza en el

31. Cfr. LÓPEZ ALFONSÍN, M., *Derecho Ambiental*, Buenos Aires, Astrea, 2012, p 12.

32. El resaltado es propio.

33. Cfr. Art 235: mar territorial, aguas interiores, bahías, golfos, ríos, islas, espacio aéreo, calles, plazas, caminos, etc.

art. 41 relativo al derecho a un ambiente sano. Respecto del ejercicio de la jurisdicción, trata de orientar a través de la simplificación: "Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable".

Sobre qué normas deben aplicarse para la resolución de casos, el art. 1. dice: "Los casos regidos por el Código, deben resolverse según las leyes aplicables al caso, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos en que la República es parte", teniendo "...en cuenta las palabras de la ley, su finalidad, las leyes análogas, disposiciones que surgen de los tratados de DDHH, los principios y valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento..." (art 2). Lo que vale decir, se incorpora dentro de un código de fondo el mencionado plexo normativo ambiental.

En este orden de ideas, el CCC recepta las transformaciones jurídicas y sociales producidas a lo largo de la historia con un nuevo orden jurídico integral "...que innova al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado..."³⁴ reconfigurando conceptos –como por ejemplo "bienes" que ya no estará ligado a un valor económico– y reúne todo aquello que parecía desorganizado otorgándole plena eficacia. Este último asunto no resulta trascendente para la normativa ambiental de jerarquía superior, pero sí para el caso de las leyes especiales. Sabido es que una ley nacional especial tiene un proceso de sanción, reforma y derogación menos complejo que un código de fondo. En efecto, el reconocimiento de estos derechos les otorga, además de visibilidad, estabilidad y vigorosidad. Teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento hoy estos derechos son producto de una elaboración judicial, tanto más inestable que una ley especial, establece pautas y fija límites a las y los magistrados, evitando los vaivenes jurisprudenciales que resultan típicos en esta materia.

A modo de síntesis, de la regulación de los derechos de incidencia colectiva en el CCC pueden extraerse las siguientes pautas:

- Se reconocen los bienes colectivos, característica por excelencia del ambiente y los microbienes que lo componen;
- Compromete re-conceptualización del concepto de "bien", alejándolo "valor patrimonial" al que tradicionalmente fue anexado,

34. Cit. Nota 28.

lo que exige de acreditar un daño (en sentido clásico), bastando para el ejercicio de la acción preventiva la acreditación de un "interés razonable";

- Supone un cambio de paradigma, ya que no se exige un perjuicio individual (ej. afectación del derecho a la salud) para accionar en defensa del ambiente;
- La protección ambiental deja de ser una obligación genérica, como la contenida en el art. 41 CN (todo ciudadano tiene el deber de preservar el ambiente), siendo una obligación específica, incluso a costa de restringir el ejercicio de derechos individuales;
- Pasa a ser una obligación dirigida en forma directa a la población;
- La interpretación de estas normas estará atravesada por los principios e instrumentos del DIMA, redundando en un avance jurídico de modo indirecto, en materia ambiental, ya que estos regulan muchos aspectos no incorporados en forma expresa en nuestra legislación;
- El sistema establecido por las leyes especiales en su mayoría invita a las provincias a la adhesión voluntaria, pudiendo establecer ellas una protección diferente, aunque siempre en el marco de la política ambiental nacional establecido en la LGA, sumado al carácter de meras recomendaciones o principios que emanan del DIMA a contrario de lo que sucede con el CCC por ser un código de fondo.

VI. HERRAMIENTAS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN AMBIENTAL EN EL NUEVO CCC

Analizando estrictamente la protección ambiental, la nueva función preventiva de la responsabilidad civil se vuelve una pieza fundamental, si no la más importante herramienta para la protección de los derechos de incidencia colectiva en esta materia, atendiendo a las características del daño. En la mayoría de los casos, la restitución al estado anterior resulta de imposible cumplimiento,³⁵ por lo que no tendría sentido reconocer

35. Por ej., la extinción de una especie animal, la contaminación del agua, la devastación de un hábitat, etc.

estos derechos sin la posibilidad de actuar *ex ante*. El art. 1710 decreta el deber de prevención del daño y en el 1711 determina la acción preventiva (similar a la de daño temido) en los casos que sea previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento,³⁶ para la que legitima a quien acredite un "interés razonable" (art. 1712). En virtud de las normas de interpretación integral fijadas en el art. 2 y del principio de coherencia, puede deducirse que se debe entender como un modo de ampliar la legitimación y no de restringirla. Como se ha dicho, la Constitución Nacional y la LGA ya establecían la acción de amparo, si bien legitimando a "el afectado", lo que dio lugar a una interpretación del concepto que a veces fue más restrictiva y en otros casos más amplia. Con la pauta de interpretación antes descripta, esperemos que el criterio se aúne hacia la mayor protección del ambiente ampliando la legitimación activa.

A nivel procesal, puede funcionar como una especie de intermedio entre el amparo y el proceso ordinario, es decir, en muchos casos los accionantes presentan amparo, por necesitar una medida urgente ante la inminente producción del daño y se remiten las actuaciones para que tramiten por la vía ordinaria por la complejidad probatoria. Al existir esta figura, se evitan los extremos amparo/proceso ordinario, que se muestran inidóneos para brindar una solución.³⁷

El art. 1735 recepta la teoría de las cargas dinámicas de la prueba. Este es un gran aporte en materia ambiental, dado que corresponde aportar la prueba a quien esté en mejor condición de hacerlo, y, si bien desde el 2004 está vigente la Ley de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental,³⁸ en la práctica es harto dificultoso para el accionante acceder a esos datos por impedimentos técnicos, o por el actuar irregular de la autoridad administrativa que no posee los informes o bien los tiempos burocráticos tornarían irreparable el perjuicio al ambiente. Similar disposición encontramos

36. Marca una leve diferencia con la LGA que habla de la demanda por daño ambiental *una vez producido* el daño (art. 30, 1º p) y la acción de amparo *para hacer cesar* las actividades generadoras de daño (art. 30, 3º p), siendo más apropiada la del CCC. La especificidad es aún mayor en relación con el art. 43 CN que fija el ámbito de aplicación de la acción de amparo "en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente".

37. A modo de ejemplo: CSJN, "Municipalidad de Berazategui c/ Aguas Argentinas SA s/ ordinario", sentencia del 28/07/2009.

38. Ley 25.831, *Régimen de libre acceso a la información pública ambiental*, B.O. 07/01/2004.

en el art. 32 de la LGA, que flexibiliza las facultades jurisdiccionales, de modo general diciendo que el juez puede tomar “todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso”, lo que genera una oscilación jurisprudencial donde en muchos fallos se ha manifestado cierta reticencia respecto de invertir la carga de la prueba o bien se exige “certeza científica” a través de estudios que son de imposible desarrollo para los afectados.³⁹

Por último, en la parte de los contratos de consumo, encontramos una norma que protege los bienes colectivos en la última parte del art. 1094, dictaminando que al interpretar y aplicar las normas de consumo *debe hacerse* conforme al principio de consumo sostenible. Esta es una regla en mayor medida dirigida a las y los magistrados, que recepta los principios de “Río+10” y fundamentalmente “Río+20”. El consumo sustentable o sostenible implica la necesidad de cambiar los patrones y actitudes de consumo y producción en el ámbito global, priorizando una mejor calidad de vida en cuanto a minimizar el uso de recursos naturales y materiales tóxicos como también la producción de residuos y la emisión de sustancias que polucionan en el ciclo de la vida del producto o servicio.⁴⁰ En este orden de ideas, se vislumbra lo que la comisión redactora dio en llamar la “función ambiental”⁴¹ del contrato que es transversal a todos los contratos y permite al juez moderar la colisión entre el ejercicio de los derechos individuales y los colectivos.⁴²

VII. CONCLUSIÓN

A modo de cierre, podemos concluir que los derechos de incidencia colectiva ya tenían lugar en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la

39. CSJN, “Asociación Superficialarios de la Patagonia c/ YPF y otros”, 26/08/2008. Disidencia de Lorenzetti y Argibay, cdo. 4, pº 4). No puede dejar de resaltarse la relación directa entre los mayores afectados y su situación de pobreza. Resulta una restricción total del derecho al ambiente sano rechazar una acción de amparo por falta de “certeza científica” a un grupo de vecinos.

40. *Cfr.* “Manual de educación para el consumo sostenible”, PNUMA y UNESCO, disponible en www.oie.es/decada/portadas/YXC_red.pdf

41. Fundamentos de la comisión redactora disponibles en www.nuevocodigocivil.com

42. Este concepto puede profundizarse en LORENZETTI, Pablo, “La función socio ambiental”, en *Diario DPI*, 02/06/2016, disponible en línea:

CN, leyes especiales y la creación judicial, y que han servido en diferentes oportunidades para ejercer una correcta protección del ambiente. Sin perjuicio de ello, se dejó aclarada la fragilidad que presenta esta práctica. En relación con las herramientas de protección aportadas por el CCC, resulta novedosa la posibilidad de invertir la carga de la prueba (art. 1735) y lo dicho sobre la acción preventiva (art. 1711), en cuanto a punto intermedio entre el amparo y el proceso ordinario, que vienen a complementar el sistema fijado por la CN y la LGA. Diremos entonces que estando vigentes ambos regímenes de protección deberán de aplicarse las leyes especiales, por ser más específicas. Teniendo en cuenta el principio de coherencia y la aplicación integral del derecho fijados en el art. 2, surge el interrogante de qué ocurriría en el caso de que una norma del CCC sea más beneficiosa para la protección del ambiente que una ley especial.

En este orden de ideas, recogeremos nuestra pregunta inicial: ¿resultó de utilidad la incorporación de los derechos de incidencia colectiva para la protección del ambiente? Podemos responder en forma afirmativa, y agregar que su reconocimiento devino, además de útil, necesario para alcanzar una adaptación de nuestro ordenamiento normativo a las pautas internacionales en vigencia.

LITERATURA Y DERECHO

“LECTORES PARA LA JUSTICIA” COMO PROYECTO DE INVESTIGACIÓN-ACCIÓN: APROXIMACIONES FILOSÓFICAS*

ORNELLA COSTABILE, GUILLERMO GONZÁLEZ ZURRO Y DÉBORA MARHABA**

Resumen: En este trabajo nos proponemos pensar fundamentos filosóficos y metodológicos de la investigación-acción universitaria, partiendo del análisis del Proyecto UBACyT “Lectores para la Justicia”. Sostenemos que la corriente comunitarista presenta varios puntos en común con la finalidad del proyecto. Asimismo, entendemos que la metodología cualitativa es la que mayor respaldo presenta en este programa, que enlaza la literatura, la enseñanza y la acción dentro y hacia la comunidad de la que formamos parte.

Palabras clave: investigación – acción – literatura – comunitarismo – metodología cualitativa

Abstract: In this paper we propose to think about philosophical and methodological foundations of the research-action in the University. We start with the analysis of the UBACyT Project “Readers for Justice”. We argue that the Communitarianism has several points in common with the purpose of the project. We also understand that qualitative methodology is a great support for this kind of program, linking literature, teaching and action within/to the community.

Keywords: research-action – literature – communitarianism – qualitative methodology

* Recepción del original: 06/06/2016. Aceptación: 12/08/2016.

** Expresamos nuestro sincero agradecimiento a la Dra. Sandra Wierzba, directora del proyecto de investigación UBACyT Lectores para la Justicia por motivarnos a la realización de este trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

“La erosión de lo comunitario hace cada vez menos probable una acción común”.

Byung-Chul Han,
En el enjambre

En este trabajo nos proponemos acercar algunos fundamentos filosóficos al Proyecto “Lectores para la Justicia”. En este proyecto de investigación-acción, que tiene a la lectura literaria como eje, se articulan las tres funciones esenciales de la Universidad: docencia, investigación y extensión. Su origen se remonta al año 2010 y desde entonces ha venido desarrollándose en forma ininterrumpida bajo distintos Programas de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente conforma un Proyecto UBA-CyT, bajo la dirección de Sandra Mabel Wierzba.

Las instituciones, las organizaciones, las asociaciones, muchas veces actúan solo impulsadas por objetivos comunes, sin mayores cuestionamientos. Quizás sea suficiente para un buen número de estas entidades. Pero también creemos que es importante que algunos de estos “entes colectivos” reflexionen sobre sí mismos y encuentren apoyos para la tarea que desempeñan. Ello implica adoptar, por ejemplo, una concepción del ser humano. Esta concepción inicial de la persona es fundamental porque orienta y condiciona en gran medida las actividades del grupo, del equipo, de la institución.

El Proyecto Lectores para la Justicia, como ente colectivo, no puede quedar afuera de esta auto-reflexión. Merece encontrar fundamentos que sustenten su actuar, sus variadas actividades. Y estos fundamentos, de raíces filosóficas, parten de buscar una concepción del ser humano, una antropología, que sirva de eje para profundizar su finalidad. Esto ayudará –entendemos– a comprender mejor el proyecto y a dar luz sobre determinadas problemáticas que se presentan.

II. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

En el marco de uno de nuestros encuentros, el colaborador externo de este Proyecto de Investigación, Panu Minkinen, Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Helsinki (Finlandia),

invitado como orador, vio una relación –a raíz de algunas de las inquietudes que allí surgieron– entre el proyecto y la corriente comunitarista. Así fue que comenzamos a evaluar la posibilidad de indagar sobre esta conexión y elaborar un trabajo que aporte un marco teórico a nuestra propuesta, desde dicha postura; y dado que allí encontramos algunas respuestas a los interrogantes que se nos presentan habitualmente durante el desarrollo de alguna de nuestras líneas de investigación y/o acción, nos embarcamos en el análisis que se desarrollará a continuación. De manera que el desafío del presente trabajo consiste en fundamentar filosóficamente el proyecto, esto es, encontrar razones últimas que le den sustento teórico y coherencia formal y sustancial. Por supuesto que no somos un grupo de especialistas dedicados al estudio filosófico profundizado. Sin embargo, acercaremos aquí un esbozo de lo que podría llegar a ser tomado como las bases y cimientos conceptuales desde los que se eleva el conjunto de actividades de un proyecto de esta naturaleza. Es que al ser este un ámbito de investigación-acción, precisa de un espacio teórico desde el cual pueda pensarse a sí mismo y replantearse las cuestiones que hacen a su desenvolvimiento. Dentro de las corrientes filosóficas más recientes, entendemos que el comunitarismo adquiere, por sus ideas, una notable cercanía a los postulados de nuestro Proyecto. Dicha corriente data de los comienzos de la década de 1980,¹ y entre sus principales pensadores se destacan Michael Sandel,² Charles Taylor,³ Alasdair MacIntyre,⁴ Michael Walzer,⁵ Susan Wolf,⁶ Mary Ann Glendon,⁷ Robert Putnam,⁸ A. Etzioni,⁹ y en lengua castellana, Carlos

1. Aunque sus fundamentos remotos se encuentran en Aristóteles y en Hegel, que según palabras de Nino, su sombra vuelve a desafiar nuevamente el espíritu de Kant: NINO, C. S., "The Communitarian Challenge to Liberal Rights", en *Diánoia*, n° 8, México, UNAM, 1989, pp. 37–52. También se hallan antecedentes en A. Comte.

2. SANDEL, M., *El liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2000.

3. TAYLOR, C., *Hegel y la sociedad moderna*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

4. MACINTYRE, A., *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 2004.

5. WALZER, M., *Las esferas de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

6. WOLF, S., "Moral Saints", en *The Journal of Philosophy*, vol. 79 n° 8, 1982, pp. 419-439.

7. GLENDON, M. A. *Rights Talk*, Nueva York, Simon and Schuster, 1991.

8. PUTNAM, R. D., *Bowling Alone*, Nueva York, Simon and Schuster, 2000.

9. ETZIONI, A., *La tercera vía hacia una buena sociedad*, Madrid, Trotta, 2001. Creador de la doctrina *The Responsive Community*.

Díaz.¹⁰ Cada cual, con su mirada particular, coincide en rechazar los postulados liberales sobre el concepto de individuo. Por eso es que, a pesar de las diferencias que se perciben entre dichos pensadores, el núcleo del pensamiento comunitarista es común: la crítica al liberalismo. Más precisamente, podríamos señalar como eje fundamental “la reacción a la reivindicación liberal de la neutralidad del Estado frente a distintas concepciones del bien”,¹¹ un Estado que no reconoce en la pluralidad un aspecto fundamental de las sociedades democráticas contemporáneas. Por supuesto que los orígenes del comunitarismo pueden rastrearse ya en la filosofía aristotélica, ya en la hegeliana, pasando por las críticas hacia el principio moral universal kantiano, el utilitarismo de John Stuart Mill y la formulación de la justicia rawlsiana. Abordaremos sucintamente cada uno de estos autores, en miras a comprender el debate actual en el seno de la teoría comunitarista.

Como surge de las fuentes disponibles, Aristóteles ha pretendido entender propiamente la naturaleza humana a través del análisis de su accionar tanto en su faz individual, como en su faz comunitaria, es decir, dentro de la *polis*; refutando la metáfora vacía de un Bien trascendente, al que el bien humano pudiera copiar, o bien, pudiera participar de él.¹² Es preciso destacar que, para Aristóteles, ética y política son un continuo, ya que ambas son ciencias prácticas que investigan el modo recto de comportarse de los hombres capaces de decidir libremente —no se toma aquí el criterio del libre albedrío, que habría sido esbozado en un primer momento por los epicúreos—, y a su vez constituyen un estudio de lo que él denomina “filosofía de la vida humana”.¹³ Toda vez que la política es un modo de vida que abarca todas las ciencias en pos del cuidado de la polis, inevitablemente tiende al bien común como fin último. Y aunque el bien sea el mismo, tanto en su esfera individual como en la comunitaria, es más deseable procurar el bien de una ciudad y no de un individuo en particular. Es dable recordar en este punto, que en las primeras páginas de la *Política* Aristóteles indica el sentido en el cual la ciudad, a pesar de ser cronológicamente posterior a otras formas de asociación humana, como por ejemplo, la familia, es, sin

10. DÍAZ, C., *Qué es el personalismo comunitario*, Madrid, Fundación E. Mounier, 2002.

11. GONZÁLEZ ALTABE, M. P., “Liberalismo vs. Comunitarismo (John Rawls: una concepción política del bien)”, en *Revista Doxa* n°17-18, p. 129, 1995.

12. GUTHRIE, W. K. C., *Historia de la filosofía griega*, t. VI, Madrid, Gredos, p. 352, 1991.

13. *Ibid.*, p. 343.

embargo, superior a ellas en la medida en que realiza las potencialidades del hombre en cuanto tal.¹⁴

Si bien la política es un fin en sí, también se entiende como medio en tanto tiene la función de generar una polis feliz. Y el hombre feliz, para Aristóteles, es el hombre que vive bien,¹⁵ y decimos que la polis no existe solo para garantizar la supervivencia humana, sino para garantizar el buen vivir del hombre.¹⁶ El fin de la ciudad griega es que los hombres alcancen el pleno desarrollo de su potencialidad. Además, el fin del individuo y de la ciudad es el mismo, entonces, la vida política es absolutamente necesaria en tanto forma y perpetúa ciudadanos virtuosos, sin que ello signifique un sacrificio individual en pos de la ciudad-estado. Todo lo contrario, siendo el hombre un animal político por naturaleza, inclinado a vivir en sociedad, es la polis el único lugar en el que puede alcanzar la buena vida.

Por otro lado, Kant, en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, entiende que toda ley debe llevar consigo una necesidad absoluta para valer como fundamento de una obligación, es decir, para gozar de valor moral. Pero este fundamento no debe ser buscado en la naturaleza del hombre ni en datos empíricos, sino en la razón pura, como fundamento a priori, estableciendo así un racionalismo puro como fundamento de una moral pura, autónoma. El sujeto kantiano es autolegisador, puesto que se da a sí mismo sus propias leyes, ejerciendo su completa autonomía de la voluntad, siempre desde la razón, porque la voluntad "es una facultad de no elegir nada más que lo que la razón [...] conoce como prácticamente necesario".¹⁷

La fórmula de esta voluntad no es más que el imperativo categórico, un principio que no deriva de la experiencia (no deriva de ninguna tradición o creencia comunitaria), sino que se origina en la razón pura, constituyendo esta la condición que limita la libertad del accionar humano.

Kant ha señalado que el obrar del hombre no puede estudiarse del mismo modo que se estudia el obrar de la naturaleza, porque las acciones humanas presuponen leyes conforme a las cuales actúa la voluntad. Ahora bien, si los principios prácticos presuponen un objeto como fundamento de la determinación de la voluntad, son empíricos, y de ellos no puede

14. ARISTÓTELES; *Política*, Buenos Aires, Losada, 2007, I 1252a.

15. *Ibid.*, I 1098b20

16. *Ibid.*, I 1252b

17. KANT, I., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, San Juan, Puerto Rico, Ed. Pedro M. R. Barbosa, 2007, p. 27.

derivarse ley práctica alguna, ya que son principios que se conectan con la materialidad. En cambio, un ser racional piensa esos principios como leyes generales prácticas determinadas por su forma, la cual contiene el fundamento que determina la voluntad. Esta razón práctica prescinde de los sentidos, los instintos y las pasiones, por lo tanto, toda motivación de la voluntad que no provenga de aquélla, carecerá de valor moral, no será una acción necesaria, absoluta e incondicionada. Así, la conducta moral se asienta en el imperativo categórico, rechazando Kant los imperativos hipotéticos, por hallarse condicionados al logro de tal o cual resultado. Es así que los deseos y pasiones, no pueden, en ningún caso, ser ley moral, porque se derivan de vivencias materiales, son a posteriori. En este sentido, en toda conducta que se efectúe por esperanza, dolor o frustración, la motivación de la voluntad proviene del exterior, de los sentidos, y no de la razón. Es por ello que no actúa racionalmente quien determina su conducta por la pasión o los sentimientos, sino que lo hace aquel que sigue los principios provenientes de una voluntad autónoma, no condicionada por la exterioridad.

Ahora bien, la postura utilitarista de John Stuart Mill presenta una perspectiva del deber marcadamente distinta a la propuesta en la ética kantiana. Mill toma la máxima utilitarista según la cual la tendencia natural de todo individuo hacia la felicidad presupone la disposición a aumentar el placer y disminuir el dolor. Por supuesto que la felicidad propia no es alcanzable totalmente sin, de una u otra forma, procurar también la felicidad de los demás. En el capítulo segundo de *El Utilitarismo*, Mill acepta como fundamento de la moralidad al Principio de mayor Felicidad, el cual sostiene que las acciones son correctas si tienden a promover la felicidad, e incorrectas en cuanto producen lo contrario, apartándose radicalmente de la idea kantiana de deber, cuyo fundamento radica en la ley moral y la voluntad autónoma. En el marco de dicho Principio, el fin último es una existencia libre de dolor y rica en goces, tanto respecto a la cantidad, como a la cualidad de estos. Porque Mill observa que, en cuanto las acciones se realizan en miras a un fin, están subordinadas a este, se nota aquí cierta influencia de la ética teleológica aristotélica. Y si el fin está constituido por la felicidad –concepto equilibrado de felicidad–, entendida como placer y ausencia de dolor, será la única motivación real en el hombre; lo único que mueve a la voluntad es el deseo de acercarse al placer y alejarse del dolor. Por supuesto que hay diferencia en la calidad de los placeres, dándose preferencia a los placeres contemplativos por sobre los sensuales. Pero lo

interesante es que el utilitarismo de Mill acepta la moralidad de la abnegación, reconociendo al sacrificio del propio mayor bien, por el mayor bien de los demás. La fuente última de la obligación moral es, en Mill, la utilidad. El principio de utilidad o de mayor felicidad es el fundamento de toda decisión y acción moral. En el tercer capítulo del libro en estudio, el pensador afirma que el principio utilitarista posee las mismas sanciones que cualquier otro sistema moral: las sanciones o motivaciones externas, tales como los premios y castigos, y las sanciones o motivaciones internas, es decir, el deber interno. El deber moral consiste en un sentimiento subjetivo del espíritu, que cuando es desinteresado y se halla vinculado a la idea pura del deber, constituye la esencia de la conciencia.¹⁸ Este sentimiento muchas veces se encuentra asociado con el amor, la simpatía, el miedo o la autoestima, entre otros. La conjunción de todo ello origina la conciencia y la idea de obligación moral, idea absolutamente desligada de cualquier fundamento trascendente.

Por otro lado, contra la postura de Kant, Mill sostiene que el sentimiento moral es adquirido, aunque natural, del mismo modo que lo son el hablar y el razonar, y que aquel está íntimamente ligado a la naturaleza social del ser humano. Es el sentimiento o convicción que surge del reconocerse como ser social, la sanción última del principio de utilidad, "los conocimientos conscientes de la humanidad".¹⁹

En este orden de ideas, sería provechoso exponer las objeciones al utilitarismo, en miras a llegar a la conceptualización del comunitarismo que aquí que se pretende esbozar. Tal vez la crítica más simple es la referente a la aplicación tanto individual como social del criterio utilitarista. Porque la supuesta ventaja de un cálculo simple que dé cuenta de "la mayoría", se torna prácticamente imposible. Ya en el fuero individual, el cálculo de todas las consecuencias de una acción específica es una tarea inabarcable. Imaginemos lo que sucede en la esfera pública, donde todas las variables se multiplican infinitamente.

Por supuesto que el interés por la felicidad general es un principio alentador, el problema es tomarlo como principio único, porque es fácil suponer que un utilitarista sacrificaría el bienestar de un individuo si ello contribuye a aumentar la felicidad del conjunto; sin embargo, la

18. MILL, J. S., *El utilitarismo*, Trad. E. Guisán, Madrid, Alianza, 1984, p. 79.

19. *Ibid.*

felicidad de todos debe entenderse como la felicidad de todos y de cada uno, porque tratándose de personas, una no vale menos que varias, ni varias más que una. Al respecto, Hegel, dice que el principio que lleva a despreciar las consecuencias de los actos y el que conduce a juzgarlos por sus consecuencias, convirtiéndolas en norma de lo bueno y de lo malo, son, por igual, principios abstractos. Ningún sistema moral puede proponer que se lleve a cabo una acción prescindiendo totalmente de las consecuencias de esta, porque sería una empresa más que difícil la de definir un acto sin tener en cuenta sus consecuencias. Es cierto que el utilitarista busca producir efectos beneficiosos globalmente, pero es asimismo responsable del efecto inmediato de la acción con la que los produce, es decir que es responsable tanto del fin que persigue como del medio que para ello emplea. Vemos entonces que no se trata de tomar en cuenta o no las consecuencias, sino de qué consecuencias son aceptables, por su naturaleza o cualidad, y cuáles no. Esta es la verdadera cuestión a la que el utilitarismo pretende siempre escapar, pues carece de criterio para un discernimiento cualitativo y se empeña constantemente en cálculos cuantitativos.

Pero la mayor preocupación de Hegel no parece ser el simplismo utilitarista, sino el ideal kantiano de un sujeto autónomo. Al respecto, ha sostenido que la realización del individuo es posterior y justamente procede de la integración de este en su determinada comunidad. Contra la hipotética libertad trascendental kantiana, Hegel argumenta que la libertad solo puede entenderse dentro de un marco social específico, porque: "el derecho de los individuos a una determinación subjetiva de la libertad tiene su cumplimiento en el hecho de que pertenecen a una realidad ética, pues la certeza de su libertad tiene su verdad en esa objetividad y en lo ético ellos poseen efectivamente su propia esencia, su universalidad interior".²⁰

Para Hegel, una posición meramente moral, que no alcanza la esfera ética, reduce a la autonomía del individuo a un mero formalismo del deber por el deber. La eticidad se constituye en el entramado de instituciones políticas y sociales. Lo nodal de la noción hegeliana de deber es que se establece como la expresión de la libertad circunscrita por la obediencia a la necesidad social, representada en el conjunto de instituciones políticas

20. HEGEL, G. W. F., *Principios de la filosofía del derecho*, Trad. J.L. Verma, Buenos Aires, Sudamericana, 1975, p. 202.

y sociales que forman la vida ética de una comunidad. De modo que, no debemos partir de la ley moral, sino del reconocimiento de nuestro lugar en el mundo social, en miras a descubrir nuestra identidad. Así, la voluntad racional del ser humano no requiere evadirse de la particularidad –como es el caso del formalismo kantiano– para alcanzar la autonomía y la universalidad sino, cosa distinta, debe descubrir los vínculos que lo conectan con lo concreto y universal, esto es, con una cultura históricamente desarrollada que ha devenido en un conjunto de prácticas inherentes a ella. Ello implica, que se abandonen las formas atomistas del universalismo kantiano y que los seres humanos vivan en un Estado contextualizado y armonizado con su eticidad particular.

Podríamos decir, luego de este análisis, que el comunitarismo, así como el historicismo, señala que no puede apelarse a lo extra-discursivo, ni lo que vaya más allá de las tradiciones de sociedades y comunidades particulares cuando se trata de definir al sujeto político. El comunitarismo se ocupa de poner en resalto los rasgos desfavorables de las sociedades liberales, tales como el atomismo, la ausencia de un espíritu público y el extremo individualismo, el desarraigo de individuos y comunidades respecto de sus tradiciones, entre otros. La vida de todo individuo debe entenderse siempre en relación con su comunidad, con su cultura y tradiciones y el predominio del bien común es el cimiento sobre el que deben edificarse las reglas y ordenamientos políticos y jurídicos. De este modo, el sujeto político pertenece ante todo a una comunidad de tradiciones y creencias que le precede y con la que se halla comprometido. En este sentido, el bien común se eleva por encima de los derechos individuales y es el Estado el responsable de llevar adelante una política del bien común, adecuada a la forma de vida de cada comunidad. El comunitarismo rechaza a viva voz al liberalismo, en cuanto este propugna la absoluta primacía de los derechos individuales, cuyo énfasis excesivo los coloca por encima incluso del interés de las sociedades en general, y de las comunidades en particular. Más exactamente, dicha crítica se refiere en especial al liberalismo igualitarista representado por John Rawls y más específicamente, en el ámbito del Derecho, cuestiona la pretensión de validez universal de la "Teoría de la Justicia" rawlsiana, por considerar a los individuos de manera abstracta.

La concepción de Rawls presenta a la justicia como equidad, independiente de contenidos religiosos o filosóficos.

"...la idea de la prioridad de lo justo (right) es un elemento esencial

en los que he llamado liberalismo político y tiene un papel central en la justicia como equidad..."²¹

Para él, la justicia es entendida de este modo: "consiste en un conjunto de ideas intuitivas básicas, arraigadas en las instituciones de un régimen democrático y en sus interpretaciones clásicas"²²

La concepción de justicia rawlsiana pretende principalmente justificar principios prácticos generales que garanticen las libertades y derechos básicos de los individuos, estableciendo un marco normativo para la sociedad, sin señalar el valor de la vida humana ni definir aquello que constituye la vida buena. Rawls desarrolla así un modelo de liberalismo donde lo justo se halla por encima de lo bueno. De este modo la concepción pública de justicia debe crear un marco adecuado para que cada individuo persiga sus fines particulares, sin señalar cuáles son los fines últimos de estos ni en qué consiste su felicidad. El bien, para este autor, pasa a ocupar un lugar secundario. Su concepción de justicia es una base para alcanzar acuerdos políticos voluntarios e informados entre ciudadanos libres e iguales. Rawls reformula el contractualismo clásico para demostrar un acuerdo entre las personas alcanzado por medio de un proceso reflexivo.

"...el intercambio fundado en razones supone cooperación, reciprocidad y un cierto objetivo común considerado valioso por quienes cooperan. Estos últimos, están investidos de la calidad de personas en el límite de una concepción política, es decir, en la condición de ciudadanos, miembros iguales de una sociedad, capaces de actuar una colaboración recíproca justa, que redunde en ventaja racional para todos"²³

Para llegar a dicha cooperación, Rawls postula lo que llamó "posición originaria", una situación ficticia en la que las personas libres e iguales no cuentan con ventajas unas respecto de las otras, ni con mayor poder para negociar. En esta posición originaria el engaño o fraude se encuentran por fuera y las personas cuentan con un "velo de ignorancia". Este velo logra que los derechos y obligaciones sean atribuidos a diferentes roles sociales, sin que las personas sepan cuál de los roles le corresponderá. De aquí que

21. CÁRCOVA, C. M., *Las teorías jurídicas post positivistas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 242-243.

22. *Ibid.*

23. *Ibid.*, p. 244.

el acuerdo hipotético y ficticio al cual arriben los sujetos sea importante en cuanto implica una representación del intercambio cooperativo que puede ser considerado como fundamento justo.

Ahora bien, dentro del amplio grupo de académicos comunitaristas, coexisten dos corrientes: un comunitarismo más conservador y neo-aristotélico, representado por MacIntyre y Sandel; y un comunitarismo más crítico y neo-hegeliano, cuyos principales exponentes son Walzer y Taylor. Sin embargo, podemos coincidir en un punto de equilibrio, siguiendo a Walzer, al sostener que el comunitarismo depende conceptualmente del liberalismo y que su mayor virtud consiste en la crítica a este y las "correcciones" que produjo a esta última corriente.²⁴ En líneas generales los exponentes del comunitarismo sostienen que no es viable una propuesta ética y política que no se base en la tradición de la comunidad, y coinciden en considerar que el liberalismo falla al no tomar a la comunidad como elemento fundamental de la vida buena. Por su parte, Michael Sandel critica la antropología rawlsiana por estar basada en un "yo" libre que elige sin ataduras sus intereses, sus necesidades y aun su propia identidad sin prestar atención a ningún vínculo:

"En particular, debemos asumir nuestra circunstancia siempre desde una cierta distancia, seguramente condicionados, pero parte de nosotros siempre antecederá a cualquier condición. Solamente de esta manera podemos considerarnos como sujetos y también como objetos de experiencia, como agentes y no solo como instrumentos de los propósitos que perseguimos. El liberalismo deontológico supone que podemos, e incluso que debemos, comprendernos como independientes en este sentido. Mi planteamiento es que esto no es posible para nosotros, y que es en la parcialidad de esta imagen de nosotros mismos donde se pueden encontrar los límites de la justicia".²⁵

Sandel critica el liberalismo político de Rawls por colocar a la virtud de la justicia por encima de la virtud del bien, porque para un comunitarista la justicia aparece únicamente como remedio en aquellas ocasiones en las que la más alta virtud, la comunidad, ha sido destruida. Al respecto, Walzer ofrece una concepción de "justicia distributiva" que se basa en entender a las sociedades como comunidades distributivas, que producen, comparten

24. OLIVEIRA, M., "El liberalismo de Carlos Nino: entre el perfeccionismo y el comunitarismo", en *Análisis filosófico*, vol. 35 n° 1, Buenos Aires, 2015, pp. 65-78.

25. SANDEL, M., *El liberalismo y los límites de la justicia*, ob. cit., p. 25.

e intercambian todo tipo de bienes, siempre al interior de una comunidad dada. Por eso es que cualquier pretensión de universalidad de los principios de justicia es inadmisibles en tanto que es imposible universalizar de modo abstracto las necesidades y criterios de distribución de las comunidades.

El problema del liberalismo, según entiende el comunitarismo, es centrar la atención en el ser humano en forma independiente del contexto cultural y social en que vive y se desarrolla. Esto lleva, en sus extremos, a un excesivo individualismo, egoísmo, aislamiento, universalismo,²⁶ economicismo,²⁷ y acaba por empobrecer al sujeto, atomizándolo. El comunitarismo estima que, al estar los individuos separados y aislados, persiguiendo principalmente sus propios intereses –como propugna el liberalismo clásico– se produce una gran apatía, escepticismo en las instituciones, falta de compromiso ciudadano, disgregación social, etc.

El Estado, en esta visión liberal, aparece como neutral, garantizando únicamente las libertades:

“La falsa promesa del liberalismo consiste en el ideal de una sociedad gobernada por principios neutrales. Afirma los valores individuales mientras pretende una neutralidad que nunca es posible lograr”.²⁸

El comunitarismo, en cambio, considera que las personas no son sino dentro de la comunidad, del marco social. No hay “individuos genéricos”, sino miembros de sociedades particulares: japoneses, daneses, peruanos, pueblos originarios, etc. Cada identidad individual es construida por la cultura y las relaciones sociales: no hay manera de formular derechos individuales fuera del contexto social en el que se desenvuelven, el hombre no es “a-histórico”. El elemento social es el que prevalece. Elemento social que garantiza vínculos de solidaridad. El Estado – en esta línea de pensamiento – no es neutral, tiene un papel activo, en especial para compensar situaciones de desigualdad. El “particularismo” del comunitarismo, sin embargo, no debería conducir a un total relativismo. Cada pueblo, cada sociedad particular formulará también puntos mínimos de coincidencia con los demás.²⁹

26. Elevando a la categoría universal los valores de la sociedad a la que pertenezco: TODO-ROV, T., *Nosotros y los otros*, Trad. Martí Mur Ubasart, Madrid, Siglo XXI, 1991.

27. Estado-Mercado propio de la teoría liberal, dejando afuera al denominado tercer sector: familias, asociaciones, escuelas, ONG, donde tiene cabida el comunitarismo.

28. SANDEL, M., *El liberalismo y los límites de la justicia*, ob. cit., p. 26.

29. Lo que Walzer distingue entre moral densa y tenue: WALZER, M., *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Madrid, Alianza, 1996.

El comunitarismo pone de resalto los estrechos vínculos entre moralidad y costumbres, desde la pertenencia social del individuo, considerado como sujeto político. De este modo, la identidad de los individuos es anterior a los fines e intereses que estos persiguen. Sin embargo, existe una tendencia teleológica hacia el bien, reflejada en ciertas normas sociales, en ciertos compromisos con la comunidad. Los teóricos del comunitarismo defienden la naturaleza esencialmente política del ser humano y la importancia de la comunidad y de las tradiciones en el proceso de desarrollo de la condición personal del sujeto. Su argumento nodal se asienta sobre la necesidad de una política del bien común, pero este bien común, más que adaptarse a las preferencias de los individuos, proporciona el criterio para evaluar esas preferencias. La concepción de lo bueno se sostiene sobre la base histórica y tradicional de la vida de una comunidad, y solo dentro de dichos márgenes se puede hablar de lo bueno o lo malo para esa sociedad particular.

Hasta aquí hemos desarrollado sintéticamente los orígenes filosóficos del comunitarismo y los planteos conceptuales más generales de dicha corriente, teniendo en cuenta sus variaciones internas. En este recorrido, alcanzamos a divisar determinadas conexiones con algunas de las líneas de investigación y de acción de nuestro proyecto. Por supuesto que a partir de aquí queda abierta la posibilidad –y quizá la necesidad– de continuar repensando las actividades del proyecto, tanto desde una mirada conceptual como desde una perspectiva empírica, en miras a formular hipótesis que perfilen cada vez con más precisión los fundamentos y fines de este.

III. FINALIDAD DEL PROYECTO

El Proyecto Lectores para la Justicia tiene entre sus finalidades brindar un servicio a la comunidad desde la Universidad Pública.³⁰ Este servicio se canaliza a través de los objetivos planteados, uno general y varios específicos. El objetivo general es articular contenidos académicos con la

30. WIERZBA, S. M.; PÉREZ LEDESMA, Pablo; ÁLVAREZ, Rubén D.; BARNECHE, Damián M. Y ALVARADO, P. M., "La universidad pública y el servicio a la comunidad. Aportes desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires", en *Academia*, Año 9, Número 18, Buenos Aires, 2011, pp. 207-244.

literatura de ficción y la lectura como práctica social, a partir de acciones de investigación, y participación en contextos de inclusión social.³¹ Dentro de una serie de objetivos específicos se encuentran: a) Evaluar las prácticas lectoras como productoras de sentidos diversos ligados a la Justicia; b) Identificar, describir y analizar las relaciones entre Literatura y Justicia y Literatura y otras disciplinas universitarias; c) Explorar contenidos ligados a la Justicia en diversas expresiones de la literatura universal, especialmente la argentina y latinoamericana; d) Reconocer los aspectos esenciales del Derecho a la Educación en la legislación argentina y comparada.³²

Las actividades que se desarrollan para estos fines y objetivos incluyen reuniones periódicas de equipo y de subgrupos de investigación; capacitación de investigadores; lecturas en ámbitos institucionales, especialmente en escuelas públicas; la creación de una Biblioteca Digital Interdisciplinaria; la organización de un Encuentro Anual Interdisciplinario con personalidades invitadas y otro preparado y dirigido a los Jóvenes.

En la página web del proyecto³³ se informa: "El Proyecto 'Lectores para la justicia' se sostiene en la convicción de un colectivo interdisciplinario en torno al valor de la lectura como herramienta transformadora, en tanto contribuye a la formación de sujetos críticos para la comunidad, la apertura de un espacio vital para la imaginación, la construcción de una mirada plural, el conocimiento de mundos reales o ficticios que abrevan nuestro lugar desde una perspectiva cultural, social, jurídica y política y una oportunidad para la inclusión educativa. La lectura como bien de justicia social, se constituye en un aporte valioso desde donde, docentes, profesionales y estudiantes podemos avanzar en un camino de logros democratizadores de los espacios en los que participamos. Las propuestas desarrolladas dentro del proyecto se generan, discuten y plasman con base en el diálogo, el intercambio de aportes y experiencias basadas en las trayectorias personales y profesionales dentro de los ámbitos de empeño de los integrantes del grupo y el respeto por la diversidad de opiniones junto al deseo y la voluntad de desarrollar acciones concretas que den materialidad a nuestras convicciones. Este grupo, del que se realiza una breve presentación personal a continuación, es abierto y convoca a

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

33. <http://www.lectoresparalajusticia.org/>. Consultado por última vez: 15/06/2016.

quienes estén interesados en profundizar y ampliar las relaciones entre lectura, literatura y justicia”.

IV. METODOLOGÍA

La característica del proyecto bajo análisis, donde funcionan en paralelo las líneas de investigación (Biblioteca Digital Interdisciplinaria, entrevistas profundizadas con operadores, artículos académicos, etc.) con la docencia universitaria (la literatura incorporada como fuente didáctica a los cursos) y las actividades de extensión (lecturas a las comunidades, jornadas, talleres, etc.), encuentra una cercanía metodológica con la denominada investigación cualitativa.

La metodología cualitativa se refiere en su más amplio sentido a la “investigación que produce datos descriptivos, las propias palabras de las personas, habladas o escritas, y la conducta observable”.³⁴ Siguiendo a estos autores, encontramos entre sus principales características: 1) es inductiva: se desarrollan conceptos y comprensiones partiendo de pautas de los datos y no recogiendo datos para evaluar modelos, hipótesis o teorías preconcebidas. En los estudios cualitativos los investigadores siguen un diseño flexible, comienzan sus estudios con interrogantes solo vagamente formulados; 2) El investigador ve al escenario y a las personas en una perspectiva holística: las personas y los grupos no son reducidos a variables sino considerados un todo. El investigador cualitativo estudia a las personas en el contexto de su pasado y de las situaciones en que se hallan; 3) Los investigadores cualitativos son sensibles a los efectos que ellos mismos causan sobre las personas que son objeto de su estudio: actúan de un modo natural y no intrusivo. En las entrevistas, siguen el modelo de una conversación normal y no de un intercambio de preguntas y respuestas; 4) Los investigadores cualitativos tratan de comprender a las personas dentro del marco de referencia de ellas mismas; 5) Para el investigador cualitativo, todas las perspectivas son valiosas; 6) Los métodos cualitativos son humanistas: cuando reducimos las palabras y actos de la gente a ecuaciones estadísticas, perdemos de vista el aspecto humano de la vida social; 7) La investigación cualitativa es un arte: los métodos no

34. TAYLOR, S. J. Y BOGDAN, R., *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*, Barcelona, Planeta, 1987, p. 20

son tan refinados y estandarizados como otros enfoques investigativos, se siguen lineamientos orientadores pero no reglas; los métodos sirven al investigador, nunca es el investigador el esclavo de un procedimiento o técnica.³⁵

No solo entonces esta metodología cualitativa sirve de base para las investigaciones del proyecto sino que concuerda con el comunitarismo y sus postulados, en tanto su investigación está referida a la persona y su contexto social.

IV.A. Multimétodo

La metodología cualitativa es "multimetódica". Entre otros métodos, encontramos: a) la "teoría fundamentada" (grounded theory), sobre el desarrollo inductivo mediante el soporte de una base de datos: comparaciones constantes para generar teoría a partir de datos empíricos.³⁶ b) El método etnográfico: para conocer realidades particulares, que identifican a distintos grupos (étnico, institucional, etc.). c) El método hermenéutico-dialéctico, que busca la interpretación de fenómenos u objetos (Gadamer, Habermas). d) El método de investigación-acción, que permite al investigador no solamente conocer una determinada realidad u objeto específico, sino que además se plantea pautas de acción para la posible resolución de un problema a encontrarse. En este método los sujetos investigados se convierten en coinvestigadores de las fases del proceso: planteo del problema, recolección e interpretación de datos, diseño e implementación de la acción concreta para el planteo de soluciones, posterior evaluación de lo efectuado.³⁷

35. *Ibid.*, p. 20 y ss.

36. GLASER, B. G. Y STRAUSS, A., *The discovery of grounded theory, Strategies for qualitative research*, Londres, 1967 p. 3 y ss.; p. 21 y ss.; p. 28 y ss.; entre otras.

37. CARR, W.N y KEMMIS, S., *Teoría crítica de la enseñanza: la investigación-acción en la formación del profesorado*, Barcelona, Martínez Roca, 1988. p. 135 y ss.; p. 174 y ss.; p. 193 y ss., entre otras; ver RAMALLO, M. y ROUSSOS, A., "Lo cualitativo un modelo para la comprensión de los métodos de investigación", Documento de Trabajo nro. 216, Universidad de Belgrano, 2008, p. 6.

IV.B. Metodología específica para la Biblioteca Digital Interdisciplinaria

La Biblioteca Digital Interdisciplinaria es el pilar de este proyecto y fue construida *desde cero*. Recientemente obtuvo por su originalidad, características y finalidad, el Primer Premio del certamen Viva Lectura 2016, otorgado por el Ministerio de Educación de la Nación, la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI) –con la cooperación de la Fundación Santillana–, en la categoría *Recursos Digitales*.

Para este caso, se utiliza el siguiente procedimiento metodológico:

I. Se toma como base el "Tesoro Facetado" del Sistema Argentino de Informática Jurídica (SAIJ-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Argentina), por tratarse de un catálogo que ofrece una guía rápida de ubicación jurídico-terminológica; compatible con otros tesoros de la especialidad, organizado en facetas que responden a distintos temas, que a su vez incluyen subtemas (ej.: Faceta Derecho Civil- Subtemas: Obligaciones y Contratos-Resp. de los Padres).

II. Se adapta su estructura al objetivo de este desarrollo. Para ello, se redujo significativamente el número de voces jurídicas que integran los subtemas, manteniendo aquellas que resultan generalmente familiares al hombre común, y/o cuentan con presencia relevante en la Literatura.

III. Para la selección y análisis de textos, se siguen las siguientes pautas:

Información básica:

- a. Referencia a los datos esenciales de cada obra (autor; título; número, lugar y año de edición; editorial; número de páginas y número normalizado).
- b. Breve relación entre el contenido de la obra literaria y el derecho/la justicia.
- c. Indización, según Tesoro Facetado adaptado.

Información ampliada:

Aquí se postulan relaciones entre el texto literario y el derecho/la justicia, mediante: la formulación de citas textuales; preguntas; y un comentario, propio de la perspectiva y saber del lector-escritor.

V. EL COMUNITARISMO Y EL PROYECTO

Es necesario, ahora, intentar plasmar el vínculo que creemos que existe entre la doctrina comunitarista y el proyecto en el cual se basa la presente reflexión. En sus comienzos el proyecto surgió por la preocupación que generaba a los primeros integrantes del equipo de investigación, la excesiva cantidad de abogados en nuestro país, con formación profesionalista y bajo la cultura del litigio como forma de trabajo. Sin embargo, con el paso del tiempo se fueron diseñando iniciativas de innovación educativa que combinan actividades de docencia, investigación y extensión universitaria, todas ellas compartiendo la lectura como centro. Se partió de la premisa de que la lectura podría coadyuvar a reforzar la formación de los alumnos tanto en las instancias pre universitarias como en las posteriores, afianzando el valor justicia en sentido amplio y a su vez con un impacto positivo en las personas que requieren de los servicios de justicia y la comunidad en general. A su vez, se procuró indagar cómo resultaban estas iniciativas en la enseñanza de la carrera Abogacía al intentar consolidar destrezas comunicativas y lingüísticas.³⁸

Luego de esta primera exploración se arribó a una segunda etapa de maduración del proyecto, lo que hoy en día es "Lectores para la Justicia". Para la actual instancia se tuvieron en cuenta las particularidades de la Universidad latinoamericana y su necesidad de fortalecer la palabra y la comunicación entre diferentes disciplinas para alentar la imaginación hacia nuevas formas de ejercicio profesional. Los esfuerzos se enfocaron en lograr acercar al estudiante a la realidad como forma de propiciar una mirada sobre la Justicia. Se articularon las ideas de "Justicia", "Lectura" y "Literatura", esta última como puente interdisciplinario.

El equipo quedó conformado en sus inicios por profesores, graduados y alumnos universitarios de Derecho, pero también por profesionales provenientes de Ingeniería, Traductorado, Educación, Sociología, Letras, Bibliotecarias y Profesores de la Escuela Media.

Podemos decir que el proyecto abarca un doble puente: el primero, la

38. WIERZBA, S. M.; PÉREZ LEDESMA, P.; ÁLVAREZ, R. D.; BARNECHE, D. M. y ALVARADO, P. M., "La universidad pública y el servicio a la comunidad. Aportes desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires", en *Academia*, Año 9, Número 18, Buenos Aires, 2011, pp. 207-244.

práctica de la lectura en la Universidad y el segundo, desde la Universidad a toda la comunidad.³⁹

En primer lugar, al tomar a la lectura como un “práctica social” y no individual, el proyecto dimensiona a la persona dentro del contexto comunitario. La palabra es comunicación, la palabra leída comunica. La considera parte de un todo que se encuentra por encima de cada uno de nosotros.

En este sentido, deviene obligatorio considerar las líneas de investigación del proyecto (algunas de investigación-acción) como son la construcción y desarrollo de la Biblioteca Digital Interdisciplinaria, las entrevistas realizadas a conocidos operadores del derecho para indagar acerca de la influencia de la lectura de ficción en el quehacer profesional y en la formación personal, el estudio exploratorio acerca de la vinculación de diferentes obras de ficción infantiles con el concepto de justicia en sentido amplio bajo la luz de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el programa de Lecturas a la Comunidad y el análisis del derecho a la educación en la Constitución Nacional, Provinciales, Tratados Internacionales y Leyes de Educación nacionales y locales.

La Biblioteca Digital Interdisciplinaria nació como recurso de innovación educativa. Tras los primeros años de investigación se constató que en la enseñanza de la carrera Abogacía la innovación parecía asociada con el mejoramiento de las habilidades profesionales del alumno mediante el trabajo con el método de casos con el fin de superar la tradicional clase magistral. Cabe aclarar que este método fue tomado de países donde tanto el acceso a la Universidad como a la actividad profesional son restringidos. A partir de esta realidad se analizaron diferentes aportes de la sociología en cuanto a la recomendación de una formación más crítica hacia el mundo jurídico imperante y teniendo en consideración las características de las Universidades latinoamericanas y su estudiantado masivo.⁴⁰

39. VILA, R.; VILA, A. M.; BASSO, D.; ORFILA, B.; VINDERMAN, F.; VILLEGAS, C. M. y WIERZBA, S., “Lectura, Literatura y Justicia en la Formación Universitaria”, en *Academia* Año 11, n° 21, Buenos Aires, 2013, pp. 135 y ss.

40. LISTA, C. A., “La Educación Jurídica en Argentina: tendencias y perspectivas”, en PÉREZ PERDOMO, R. (comp.), *La formación jurídica en América Latina: Tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 237-273. LISTA, C. A. y BEGALA, S.a, “La presencia del mensaje educativo en la conciencia de los estudiantes: resultados de la socialización en un modelo jurídico dominante”, en *Academia*, Año 1, No. 2, Buenos Aires, 2004, pp.147-169.

Ante este escenario, los integrantes de aquel entonces trabajaron en la iniciativa de una Biblioteca Digital Interdisciplinaria donde se relacionan textos literarios de ficción con las más variadas disciplinas específicas. Se advirtió que en diferentes eventos académicos o textos especializados solían establecerse interesantes relaciones entre la Literatura y las áreas de conocimiento. Para hacer esto posible fue necesario encontrar personas que sientan placer por la lectura y en tender dichos puentes, ya que se reconoce que no es un trabajo para todos dada la complejidad de establecer dichas relaciones.

La complejidad aludida también hizo pensar que no siempre estos trabajos tienen lugar en las bibliotecas tradicionales dada la tecnicidad que las caracteriza, sino que se necesitó de la construcción de un espacio como la Biblioteca Digital Interdisciplinaria para su publicidad y fomento, lo que nos lleva a concebirla como un recurso de singular riqueza.

Esta plataforma digital hoy en día reúne los aportes de diferentes colaboradores, alumnos, graduados, docentes, entre otros, que a través de un trabajo de reflexión vinculan una obra literaria de ficción con contenidos propios de una disciplina. A partir de la articulación de textos de ficción con los contenidos específicos de las currículas se analizaron diferentes textos y se crearon comentarios, ensayos, trabajos, que hoy pueden visualizarse en la Biblioteca Digital Interdisciplinaria. La lectura de ficción es esencial por su aptitud para activar esquemas previos, propiciando el razonamiento, el juicio crítico y como un puente entre disciplinas diferentes con el fin de concebir nuevas ideas en un mundo cambiante y donde el avance de la tecnología y las ciencias nos hacen descubrir nuevas situaciones antes no pensadas desde el quehacer profesional. Las obras literarias de ficción admiten múltiples miradas e interpretaciones y estas se encuentran reunidas en un recurso de singular riqueza educativa y placentera.

Más allá de los aportes mencionados, se ofrece en diferentes cursos de grado y posgrado la opción de articular un texto de ficción con los contenidos propios de la materia a los fines de elaborar un trabajo final. Hoy en día, se constatan determinados casos donde los alumnos prefieren esta opción y no un examen tradicional.⁴¹

Como se ha comentado, los textos a analizar son elegidos por los propios

41. Asignatura "Derecho Privado" de la carrera de especialización en administración de justicia; Asignatura "Autonomía Progresiva y Derechos Personalísimos" de la Especialización en Derecho de familia" ambas de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

lectores/escritores, quienes deben respetar ciertas pautas formales en lo que hace a la referencia la obra, una breve referencia entre su contenido y el Derecho/Justicia y una indización según el tesoro facetado adaptado.⁴² Luego se solicita que se indiquen las relaciones encontradas entre el texto literario y el Derecho/Justicia mediante la formulación de citas textuales, preguntas, comentarios. Cabe destacar que esta plataforma digital de intercambio es un recurso educativo valorado no solo en el extranjero,⁴³ sino por los propios alumnos que sienten satisfacción en ver publicada su obra y por docentes que encuentran en ella otra posibilidad de tratar los temas dados en clase.

Ahora bien, más allá de coadyuvar al proceso lingüístico del lector/escritor en tiempos donde es una verdadera necesidad, el trabajo en la Biblioteca Digital propicia un tipo de educación que supone una inyección de imaginación, tanto para el que redacta como para toda la comunidad que accede a este espacio virtual público y gratuito. Se pone a disposición de la comunidad una gran variedad de lecturas y re-lecturas, enriqueciendo el acervo cultural de la sociedad. El trabajo con textos literarios desde una perspectiva disciplinaria promueve una mirada reflexiva sobre las realidades de nuestra comunidad con la posibilidad de difundir la propia cultura dado que existe una gran presencia de autores argentinos y latinoamericanos que a través de sus obras nos hacen pensarnos a nosotros mismos y a nuestro entorno.

Es importante considerar también, como ejemplo paradigmático, las prácticas de lecturas a la comunidad, desarrollando la actividad voluntaria de leer a los alumnos de escuelas públicas. Estas prácticas de lectura en voz alta se iniciaron en el año 2012 en el Refugio para Mujeres del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Hogar Juana Manso) y en el Consultorio jurídico gratuito de la Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires que funciona en el Palacio de Tribunales. Un año después comenzaron a realizarse en escuelas públicas primarias y secundarias en forma estable⁴⁴ y su difusión y frecuencia es cada vez mayor.

42. Para la elaboración del espacio se tomó como base el "Tesoro Facetado" del Sistema Argentino de Informática Jurídica (SAIJ- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Argentina).

43. El proyecto "Lectores para la Justicia" cuenta con colaboradores extranjeros que se interesaron en la iniciativa propuesta como Benjamin Authers, Australian National University y Panu Minkkinen, University of Helsinki.

44. Las lecturas son llevadas a cabo en la Escuela Bernasconi – E. P. C. N° 91 Carlos Saavedra Lamas, Escuela N° 9 del Distrito Escolar 2, de Jornada Completa con intensificación en arte y en la Escuela de Jornada Simple N° 20 D.E. 02 "Rosario Vera Peñaloza", entre otras.

La experiencia también se comparte en el marco de la propia Universidad, con cierto matiz propio de cada saber profesional involucrado, en el contexto de asignaturas curriculares que sean parte de la formación académica. Más allá de lo que ocurre en las aulas de Derecho, esta idea es utilizada asimismo en la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Buenos Aires a través de los llamados "Paréntesis literarios".⁴⁵

Esta experiencia se ha transformado en un voluntariado, donde estudiantes y graduados una vez formados pueden llevar esta práctica de la palabra en voz alta a niveles educativos más básicos y/o en ciertos espacios institucionales contemplando ciertos criterios de pertinencia.⁴⁶

En este marco, consideramos que la lectura en voz alta en las escuelas es compartida, no impuesta. Según la experiencia de los integrantes del proyecto que llevan a cabo esta tarea en la mayoría de los casos se produce un encuentro entre personas que han tenido mayor acceso a la literatura con otras que no. Se constata que en muchas oportunidades significan una primera aproximación a los libros de niños y jóvenes, es decir un primer puente o vínculo.

Cabe aclarar que el objetivo no es presentar la lectura desde una concepción instrumentalista o mecanicista del lenguaje, sino una que ayude a que las personas se construyan a sí mismas y su colectivo, a imaginar otros mundos posibles, a soñar, a encontrar movilidad dentro de la sociedad.

Según palabras de Michèle Petit: "...Y si la lectura incita al espíritu crítico, que es la clave de una ciudadanía activa, es porque permite un distanciamiento, una descontextualización, pero también abre las puertas de un espacio de ensoñación en el que se pueden pensar otras formas de lo posible".⁴⁷

Entendemos que esta actividad hace partícipe a los mediadores y a los oyentes de una experiencia que está lejos de una lectura individual y narcisista (sin que esto último quede desprovisto de sentido), siendo en cambio una lectura comunitaria que avanza en un nuevo espacio, diferente e inclusivo.

Los mediadores no son ni más ni menos que quienes leen para otros

45. RAMONET, J. y RAMOS, S., *Encuentro de lectura: la voz y los espejos*, ponencia presentada en las I Jornadas de Jóvenes Investigadores de Lectores para la Justicia.

46. La tarea de perfeccionamiento se llevó a cabo con la colaboración del "Plan Nacional de Lectura".

47. PETIT, M., *Nuevos acercamientos a los jóvenes y la lectura*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 26.

y al decir de Petit, personas que tienen la ardua tarea de la “transmisión cultural”, tema de amplio e infinito debate en nuestros días.

“Los mediadores culturales –docentes, escritores, artistas, científicos, bibliotecarios, promotores de lectura, psicólogos...– permiten de este modo una nueva travesía por esos momentos en los que se construye, paso a paso, un mundo habitable”.⁴⁸

Permiten que quienes escuchan se apropien del texto, asignándole su propio significado y construyéndose como lectores.⁴⁹ Legítima el deseo de leer, o que puede ayudar a afianzarlo. También es quien acompaña al lector en la elección del libro y que brinda la oportunidad de encontrar otras cosas que las que buscamos, para no quedar encerrados en algunos títulos o autores y podamos ampliar nuestra lectura.

Es tarea no es para nada fácil ya que es un arduo trabajo desarraigar la concepción de lectura “útil” y la que no lo es. Es decir, en un mundo donde “lo útil” es un valor, se condena el ocio y es aquí donde muchas personas conciben a la lectura. El desafío de los mediadores es brindar otra opción ante este “tabú”, es abrir puertas, construir puentes, para que a través de las historias narradas el niño, el joven, el adulto, puedan pensarse a sí mismos y a la comunidad.

Reconocemos esta iniciativa como una propuesta poco tradicional, que implica un enorme esfuerzo y trabajo, coordinando saberes y culturas diversas, pero que puede gestar lo necesario para mejorar la vida de la comunidad a la que pertenecemos.

Los trabajos de investigación realizados en “Lectores para la Justicia”, a su vez, suelen estar realizados en equipos,⁵⁰ y se han utilizado, por ejemplo, metodologías empíricas, partiendo de entrevistas. Ello impide considerar, aún en el aspecto *a priori* más lejano al concepto de comunitarismo, que se trabaja en un contexto plural. Tal es el caso de la línea que trabajó acerca de la influencia de la lectura de ficción en el quehacer profesional y en la formación personal de importantes operadores del derecho. Se realizaron aproximadamente quince entrevistas semi estructuradas –con ayuda

48. PETIT, M., *Leer el mundo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, p. 37.

49. PETIT, M., *Lecturas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 36.

50. BATTAGLIA, A.; INIGO, D.; RICO, M. y VILA, R. “Influencia de la literatura en la formación de los operadores del derecho”, en *La Ley online*, AR/DOC/3407/2015. VILA, R.; VILA, A. M.; BASSO, D.; ORFILA, B.; VINDERMAN, F., VILLEGAS, C. M. Y WIERZBA, S., “Lectura, Literatura y Justicia en la Formación Universitaria”, ob. cit.

de una socióloga– a personalidades destacadas como jueces de la Corte Suprema de La Nación, jueces de Cámaras de Apelaciones, abogados, docentes universitarios, entre otros. Para llevar a cabo esta tarea no explicaron de manera cabal cuales son los principios en los cuales se basa el proyecto para no condicionar las respuestas dado el valor que el grupo le otorga a la lectura.

Los integrantes del equipo de investigación partieron del supuesto de que los abogados son muy lectores pero sus lecturas están enfocadas al campo de su incumbencia profesional. Desde este punto buscaron respuestas en torno a la lectura literaria como puerta de entrada a miradas renovadoras, que acerca a estos operadores a los actores sociales y construye posibilidades efectivas de actuar sobre la realidad convencidos de que la lectura literaria influye en el campo profesional. Centrarón su atención en la analogía entre la literatura y el derecho, ya que se sirven de la palabra como instrumento de comunicación y centran su mirada en las conductas humanas, pero con notas diferentes. En el derecho los elementos relevantes son la ley, el orden lógico y los estándares habituales de la conducta de las personas humanas, mientras que la literatura plantea la posibilidad de la creación de mundos alternativos.

Los encargados de esta tarea propusieron analizar en los entrevistados la influencia que tuvo la lectura de ficción en el quehacer profesional y en la formación personal.

El resultado de esta investigación fue más que interesante: por un lado se advirtió la figura de un mediador en la iniciación de la lectura, la existencia de un ambiente propicio para la iniciación de la lectura ya que tenían una disponibilidad importante de libros y el rol de los profesores de letras como mediadores pero con una visión generalizada sobre que las lecturas impuestas en el ciclo educativo le resta valor placentero a esta. También la mayoría dio cuenta de la importancia del valor de la literatura en tanto produce una apertura mental y generadora de libertad y que facilita la expresión ya que amplía el vocabulario, mejora la calidad expresiva, otorga precisión en la redacción de escritos y posibilita una mejor comunicación entre las partes dado que el lenguaje técnico jurídico es complicado, de difícil comprensión. Ahora, se proyecta una indagación similar, pero en estudiantes universitarios. Otros trabajos exploratorios realizados en el proyecto también resultaron relevantes para la concientización de cómo la lectura y la educación se encuentran relacionados con el Derecho. Por un lado, se indagó acerca de cómo se encontraba regulado el derecho a la educación

en diferentes normas nacionales y provinciales, con fuerte hincapié en las Constituciones. También se realizó una investigación acerca de la relación entre los derechos del niño, niña y adolescentes y literatura infantil. En este último trabajo se analizaron 100 obras infantiles para determinar qué derechos se encontraban plasmados en ellas. La conclusión arribó a que el que más se repetía era el derecho del niño a tener su propia cultura.⁵¹

Finalmente, consideramos que las propias reuniones que se llevan a cabo periódicamente demuestran un compromiso con lo social. En primer lugar, no se circunscriben a profesores, sino que son amplias, incluyendo alumnos (no limitados al ámbito del Derecho) y operadores de otros ámbitos. El encuentro como tal es un signo de comunitarismo.

Estos encuentros, por lo demás, tampoco se agotan en sí mismos. Además de las tareas investigativas y enriquecimientos recíprocos que producen, se abren explícitamente a la sociedad con los Encuentros Interdisciplinarios⁵² (incluyendo las Jornadas de Jóvenes Investigadores a partir del año 2015).⁵³ Estos encuentros convocan a expositores, varios invitados de otros países y son abiertos a toda la comunidad. Los temas tratados son demostrativos de la preocupación del proyecto por cuestiones sociales, a partir de una perspectiva que involucra a la lectura como concepto aglutinante.

Los canales de comunicación de "Lectores para la Justicia" tampoco se agotan en la Universidad, sino que a través de otros canales de comunicación se hace partícipe a la comunidad, como por ejemplo el perfil de Facebook del proyecto.⁵⁴ En él se comparten notas periodísticas de interés acerca de la lectura, Literatura y Derecho, obras plásticas de diferentes épocas y artistas donde pueden observarse personas leyendo como así también se pone al alcance de los seguidores los trabajos realizados por el Equipo.

51. SILVESTRE, N.; BRAGONE, F.; CASTELLANO, V., "Los derechos de los niños en la Convención Internacional de los derechos del niño. Presencia de ellos en la literatura infantil", en: *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 70, Buenos Aires, Abeledo Perrot, julio 2015, p. 339.

52. https://www.youtube.com/watch?v=QN4Iks7svvU&list=PL4x2gGMWDvLFRU_nPYP-Din_YpJzfRXLuv; https://www.youtube.com/watch?v=yC0_T5s7dyU consultado el 05/06/2016; https://www.youtube.com/watch?v=1W_j9ORjzkE consultado el 05/06/2016; <https://www.youtube.com/watch?v=SShOHvMZ28s> consultado el 05/06/2016; <https://www.youtube.com/watch?v=MgBI171CqVs> consultado el 05/06/2016.

53. http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015_i-jornadas-de-jovenes-investigadores.php consultado el 05/06/2016.

54. <https://www.facebook.com/lectoresparalajusticia/?fref=ts>.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Proyectos de investigación-acción como el analizado, aunque pudieran ser objeto de críticas de las líneas más rígidas de la Academia por sus características *sui generis*, cumplen sin embargo con varias finalidades que valoramos como positivas. Desde esta perspectiva, la Universidad se acerca a la comunidad. Esta cercanía se da tanto en poner a disposición en forma abierta y gratuita recursos digitales sobre textos literarios como en la presencia física de lectores universitarios en escuelas públicas. Ello sin desconocer la ampliación de la mirada que provoca la Literatura en el ámbito propio de la enseñanza académica. proyectos de esta naturaleza, por su creatividad, innovación y continuidad en el tiempo, buscan lograr un real mejoramiento social y una democratización del saber y la cultura. Esta legítima aspiración encuentra su sentido y fundamento en corrientes filosóficas como la representada por el comunitarismo. La investigación suma así una línea de acción, absolutamente compatibles entre sí. Aspiramos, finalmente, a que estas características novedosas no se circunscriban al proyecto en sí sino que sirvan de reflexión y acción para otras iniciativas.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Política*, Buenos Aires, Losada, 2007.
- BATTAGLIA, Alejandra; IÑIGO, Delia; RICO, Margarita y VILA, Rosa "Influencia de la literatura en la formación de los operadores del derecho", en *La Ley online*, AR/DOC/3407/2015.
- CÁRCOVA, Carlos M., *Las teorías jurídicas post positivistas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- CARR, Wilfren y KEMMIS, Stephen, *Teoría crítica de la enseñanza: la investigación-acción en la formación del profesorado*, Barcelona, Martínez Roca, 1988.
- DÍAZ, Carlos, *Qué es el personalismo comunitario*, Madrid, Fundación E. Mounier, 2002.
- ETZIONI, Amitai, *La tercera vía hacia una buena sociedad*, Madrid, Trotta, 2001.
- GLASER, Barney G. y STRAUSS, Anselm L., *The discovery of grounded theory, Strategies for qualitative research*, Londres, 1967.
- GLENDON, Mary A., *Rights Talk*, Nueva York, Simon and Schuster, 1991.

- GONZALEZ ALTABE, María P., “Liberalismo vs. Comunitarismo (John Rawls: una concepción política del bien)”, en *Doxa* n°17-18, pp. 117-136, 1995.
- GUTHRIE, William K. C., *Historia de la filosofía griega*, t. VI, Madrid, Gredos, 1991.
- HEGEL, Georg W.F, *Principios de la filosofía del derecho*. Trad. J.L. Verma, Buenos Aires, Sudamericana, 1975.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, San Juan, Puerto Rico, Ed. Pedro M. R. Barbosa, 2007.
- LISTA, Carlos A., “La Educación Jurídica en Argentina: tendencias y perspectivas”, en Pérez Perdomo, Rogelio (comp.), *La formación jurídica en América Latina: Tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 237-273.
- LISTA, Carlos A. y BEGALA, Silvana, “La presencia del mensaje educativo en la conciencia de los estudiantes: resultados de la socialización en un modelo jurídico dominante”, en *Academia*, Año 1, No. 2, Buenos Aires, 2004, pp.147-169.
- MACINTYRE, Alasdair, *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 2004.
- MILL, John S., *El utilitarismo*, Trad. E. Guisán, Madrid, Alianza, 1984.
- NINO, Carlos S., “The Communitarian Challenge to Liberal Rights”, en *Diánoia*, n° 8, México, UNAM, 1989, pp. 37–52.
- OLIVEIRA, Martín, “El liberalismo de Carlos Nino: Entre el perfeccionismo y el comunitarismo”, en *Análisis filosófico*, vol.35 n° 1, Buenos Aires, 2015, pp. 65-78.
- PETTIT, Michèle, *Nuevos acercamientos a los jóvenes y la lectura*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- , *Lecturas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- , *Leer el mundo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- PUTNAM, Robert D., *Bowling Alone*, Nueva York, Simon and Schuster, 2000.
- SANDEL, MICHAEL, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2000
- SILVESTRE, Norma; BRAGONE, Fernanda y CASTELLANO, Virginia, “Los derechos de los niños en la Convención Internacional de los derechos del niño. Presencia de ellos en la literatura infantil”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 70, Buenos Aires, Abeledo Perrot, julio 2015.
- TAYLOR, Charles, *Hegel y la sociedad moderna*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

- TAYLOR, S.J. Y BOGDAN, R., *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*, Barcelona, Planeta, 1987.
- TODOROV, Tvetzan, *Nosotros y los otros*, Trad. Martí Mur Ubasart, Madrid, Siglo XXI, 1991.
- VILA, Rosa; VILA, Ana M.; BASSO, Daiana; ORFILA, Bartolomé; VINDERMAN, Felisa; VILLEGAS, Carlos M.; WIERZBA, Sandra, "Lectura, Literatura y Justicia en la Formación Universitaria", en *Academia* Año 11, n° 21, Buenos Aires, 2013.
- WALZER, Michael, *Las esferas de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- , *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Madrid, Alianza, 1996.
- WOLF, Susan, "Moral Saints", en *The Journal of Philosophy*, vol. 79 n° 8, 1982, pp. 419-439.
- WIERZBA, Sandra M.; PÉREZ LEDESMA, Pablo; ÁLVAREZ, Rubén D.; BARNECHE, Damián M. Y ALVARADO, Paula M., "La universidad pública y el servicio a la comunidad. Aportes desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires", en *Academia*, Año 9, Número 18, Buenos Aires, 2011, pp. 207-244.

ENTREVISTAS

ENTREVISTA A JUAN GUZMÁN TAPIA: EL JUEZ QUE PROCESÓ A PINOCHET*

GUIDO LEONARDO CROXATTO**

I. PRESENTACIÓN

Providencia, Santiago de Chile. El diván de Juan Guzmán, el juez que procesó a Pinochet en 1998, parece más el diván de un poeta que el diván de un abogado. Se multiplican en su estudio los cuadros con paisajes que él mismo pinta. Su hobby es el paisajismo. Pintar atardeceres. Guzmán es hijo de un poeta y diplomático: Juan Guzmán Cruchaga y Raquel Caballero. Antes de la entrevista se detiene a contar la historia de un barco español, cuya reproducción en miniatura tiene en su estudio, al lado de un manual de teología jurídica y de un libro de Ernesto Sábato, *La resistencia*. "Los emblemas que dejan de ser emblemas", dice y señala un barco. "La marina torturó gente ahí adentro", afirma con la mirada fija en la cubierta de madera. "Usaban ese barco para torturar. Es un barco que en muchos países no puede amarrar. No lo reciben. No puede entrar. El Esmeralda", dice. "Es un Bergantín goleta construido en los años 40. Aunque las cosas no son ni malas ni buenas, no tienen la culpa", reflexiona, a lo que el autor de esta entrevista en su departamento contesta "Pero las cosas también tienen su historia, una historia que necesita ser conocida".

La casa de Guzmán Tapia se ubica en un barrio acomodado y tranquilo

* Recepción del original: 07/05/2016. Aceptación: 26/05/2016.

Esta entrevista fue realizada en Santiago de Chile en abril de 2016.

** Abogado (UBA). LLM Freie Universität Berlin. Becario de doctorado CONICET. UBA derecho. Visiting Scholar Norwegian Center of Human Rights. NCHR. Oslo. *Quiero agradecer al estimado Juan Guzmán por abrirnos las puertas de su casa en el barrio de Providencia en Santiago de Chile y a su compañera Ines Watine, que nos acompañó en el encuentro.*

de Santiago, sobre la calle El Mayorazgo, un espacio silencioso rodeado de casas bajas, al borde de un cerro. Su perra, Olivia, es de los pocos perros que no ladran desde los portones.

Guzmán Tapia tiene muchas fotos de barcos en su escritorio de trabajo, junto a recortes de caricaturas del diario *El Mercurio* sobre él mismo, de la época en que procesó a Pinochet. En una de esas caricaturas aparece el juez Guzmán con un hacha, golpeando la base de un árbol que dice "genealogía". Y esto fue lo que hizo Guzmán en Chile, formado en la Pontificia Universidad Católica de Chile, al procesar a Pinochet, apoyado inicialmente, sin fisuras, por la aristocracia entera de ese país: quebrar la "genealogía" chilena. Romper con ella. Ese fue el paso personal que eligió dar este abogado católico. Romper con sus "círculos", con sus "códigos", con sus "lenguajes". Con su complicidad. O como dice Guzmán: con su "indiferencia". Guzmán no procesó solo a Pinochet, quiso procesar todo un "modelo" estamental de la sociedad chilena, que elegía mirar para el costado mientras el horror sucedía, como en la dictadura argentina, delante de sus narices.

La indiferencia cómplice del Poder Judicial es parte de una indiferencia extensiva que abarcaba a gran parte de la alta sociedad chilena que había apoyado el golpe de Pinochet (como Guzmán mismo, que luego, prontamente, al conocerse los crímenes aberrantes, cambió, como Frei Montalva y como todos los demócratas cristianos, su posición al respecto) Por eso Guzmán Tapia pide una justicia capaz de hablar "sin eufemismos", con un lenguaje nuevo. Una justicia verdaderamente capaz de "decir las cosas". Un Derecho que reconstruya un lenguaje nuevo, diferente. Un lenguaje poético. (Guzmán, hijo de un diplomático y poeta, valora especialmente el cruce –él lo llama "la necesidad" – entre el Derecho y la Poesía, en este sentido Guzmán se considera a sí mismo un juez "activista", en el sentido de que hace "interpretaciones poéticas", no positivistas sino creativas de lo que establece el Derecho).¹

1. Véase GUZMÁN TAPIA, J., *La sentencia*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996. Ya en este trabajo, el juez Guzmán se preocupa por las "cuestiones de estilo" en el Derecho, afirmando que los jueces "deben preservar su lenguaje". No parece casual, podría pensarse, que el juez que procesó a Pinochet en Chile, siguiendo los marcos de NUSSBAUM, M. (*Poetic Justice*), se defina como un juez y abogado activista, como un poeta, (sabedor de la importancia de la Literatura para el Derecho) y "no positivista".

II. ENTREVISTA

Guido Leonardo Croxatto: —*Pinochet es aún hoy una figura de enorme predicamento en amplias franjas de la sociedad chilena, sobre todo en los sectores más conservadores, que le reconocen al pinochetismo haber “modernizado” el país, haber puesto las bases de su pretendido “crecimiento” económico. En el momento que usted logra su desafuero (el año 2000) y lo procesa por delitos de “secuestro permanente”, figura que usted mismo crea, Pinochet era una persona aun con mucho poder. Usted corrió un riesgo personal al lograr su desafuero. ¿Cómo lo vieron sus colegas abogados y jueces? ¿Se sintió acompañado? ¿Se sintió solo? ¿Fue difícil tomar esa decisión?*

Juan Guzmán Tapia: —Esta pregunta es muy interesante porque va directo al fenómeno de la soledad. Me sentí muy solo. Cuando procesé a Pinochet pensé: “Hasta aquí llego mi carrera”. Este factor “la carrera” es lo que más prostituye al abogado. Lo que más prostituye su profesión. Prostituye a la justicia. Pero hay que atreverse a dar ese paso. Me sentí como cuando Siddhartha sale de su palacio y ve la realidad. Y descubre la verdad. Cómo es el mundo, el verdadero mundo. No el que está dentro del palacio, sino el que está afuera, donde los hombres son azotados. Cuando el hombre realiza lo que tiene que realizar, su tarea, su deber. Ese es el paso que hay que dar en la vida. Tu das ese paso y lo demás viene fácil. Ese paso se da o no se da. Y eso se ve bien en la literatura. El derecho debe dar ese paso. Dar el paso para que una persona cumpliera con su misión. Yo traté de cumplir con la mía. El cumplimiento con el deber es lo que nos faltó durante la dictadura. Porque no teníamos valor. Porque teníamos un cañón que nos apuntaba de frente. Y queríamos hacer carrera. Teníamos miedo. El juez es un funcionario solo y lo va a ser siempre. El juez es un trabajador solitario. Yo usé las armas legítimas que nos da el Derecho.²

2. En una entrevista brindada al diario *Página 12*, en Buenos Aires, el 8 de octubre de 2007, Guzmán Tapia afirmaba “Soy un hombre que está por las causas de la gente modesta”. Es esa posición (que Guzmán califica de “moral” más que “ideológica” o política) la que determina y marca su paso por la justicia chilena. En muchos aspectos, lo admirable del juez Guzmán es precisamente su discurso sobre una justicia “no politizada”, “independiente”, que de solo seguir de modo firme lo que establece el Derecho positivo, debe criminalizar sectores (como el propio Pinochet) que a menudo no son, en función de su poder y estatus social, criminalizados (en la que Zaffaroni llama criminalización secundaria). Muchas ve-

Guzmán Tapia, cuya simpleza y vida modesta sorprenden, cuenta como su mujer Inés, traductora, que nos prepara una *kuchen* de manzana, hace semanas que no logra cobrar sus traducciones al francés. Personalmente se ocupa de jugar con Constantino, mi hijo, que nos acompañó a su casa en Santiago. Juegan con la perra Olivia y le muestra a Constantino "el barco unicornio", de *Tintin*, cosa que a Guzmán sorprende, ya que él también es fanático de *Las aventuras de Tintin*. Le sorprende que Constantino conozca los detalles del barco y del capitán Ad Hoc, y Barba Negra.³

ces –para poner en crisis los postulados "liberales" mismos del derecho (penal) moderno– basta con intentar llevar a la práctica lo que el Derecho predica abstractamente en el plano de la teoría: en los papeles, desde la igualdad ante la ley –postulado básico– hasta las condiciones de detención en "cárceles sanas y limpias", etc. Muchas veces, intentar "realizar" el Derecho, de modo estricto, equivale, paradójicamente, a ponerlo en crisis, exhibiendo la poca transparencia –consistencia– de sus postulados: la igualdad ante la ley (teoría) es luego desplazada por la selectividad estructural sobre sectores vulnerados (práctica). Este abismo existente entre la práctica y la teoría del Derecho (Penal) puede ser afrontado de diversas maneras: una de ellas es "invirtiendo" el sentido de la selectividad penal, criminalizando sectores económica y políticamente poderosos, el crimen de cuello blanco, etc.

3. Mientras se acomoda para la charla, Guzmán Tapia desarrolla los alcances de la "Doctrina Schneider", una doctrina del Ejército de Chile, que tiene como principal eje el apego del Ejército al orden constitucional, seguido por el respeto a la voluntad ciudadana y finalmente, la no intervención en política. Esta doctrina nace con el general chileno René Schneider y deja elementos y puntos aleccionadores para pensar la historia de muchos países de América Latina. Es importante remarcar que fue el quiebre de esta doctrina el que causó o derivó en el golpismo chileno. La función primordial del Ejército es la seguridad nacional. No otra. "Siempre que el Ejército repensó sobre sí mismo su función, lo hizo desde afuera de las instituciones. Poniéndose por encima de ellas. Esto es lo que Schneider comprendió", afirma Guzmán Tapia. La misión del Ejército es la que le dicta la democracia. No otra. Ninguna es superior a ella. De allí la subordinación, que no significa obediencia debida. Significa preservar las instituciones y los roles bien demarcados. Sectores conservadores del ejército chileno llegaron a entender que fue la "Doctrina Schneider" (no intervención en política, respeto a la voluntad de la ciudadanía) la que "permitió" que asumiera el gobierno de Salvador Allende. Schneider, que fue nombrado en su cargo al frente del Ejército por el presidente Eduardo Frei Montalva, conservador cristiano, fue asesinado el 25 de octubre de 1970. Frei Montalva, como Guzmán Tapia mismo y gran parte de la aristocracia chilena – los cuadros formados en la Pontificia Universidad Católica de Chile– apoyaron inicialmente el golpe de Estado contra Allende, pero siendo (en ambos casos), prontamente opositores a la dictadura, apenas empezaron a conocerse sus crímenes. Esta oposición de la democracia cristiana a la dictadura de Augusto Pinochet diferencia sustancialmente a la Iglesia chilena de la Iglesia argentina, que apoyó abroqueladamente al llamado "Proceso de Reorganización Nacional" y se opuso en muchos aspectos al inicio de los juicios de derechos humanos.

Guzmán Tapia no es un abogado progresista que buscara razones "políticas" o ideológicas para procesar a Pinochet, ganando exposición o luchando incluso por los derechos humanos, al contrario, pertenecía a los sectores socioeconómicos chilenos (católicos, privilegiados, medios y altos) que apoyaron inicialmente el golpe; simplemente invirtió una situación (quebró la selectividad dirigiendo sus herramientas contra el centro del poder político de Chile) tomando en serio lo que establece el derecho por escrito y la moral cristiana, quebrando la doble moral y el doble discurso jurídico, que criminaliza solo a los sectores más pobres y vulnerados, pero jamás a los sectores más poderosos, que en Chile son muy concentrados. Él decidió que Pinochet, la persona más poderosa del país, estaba cometiendo crímenes muy graves, y que, independientemente de su poder y posición social y política, tenía que responder por ello. Este razonamiento simple (que parece simple, cuando se abstrae el análisis del contexto socio político en que se lleva adelante y en que Guzmán Tapia actuó como juez) fue lo que le permitió dar un paso que ningún abogado, ningún juez, se atrevía a dar. Lo "revolucionario" de este hombre simple fue tomar en serio lo que dice el Derecho Moderno, con sus premisas de igualdad ante la ley, de debido proceso, de juicio justo. En todos los casos. O como él mismo repite una y otra vez: "Todos somos iguales ante la ley". También Pinochet. Fue esta convicción ciega la que lo llevó a dar ese paso notorio. La igualdad ante las leyes. La igualdad ante la justicia.

Lo que hizo Guzmán Tapia en Chile, al procesar a Pinochet, es revolucionario porque él no era un opositor férreo a Pinochet, pertenecía a los sectores aristocráticos chilenos, formados en la Pontificia Universidad Católica de Chile (como todos los cuadros socioeconómicos medios y altos del país) que apoyaron el golpe contra Allende, pero, desde su formación humanista cristiana, se limitó a aplicar o preservar lo que establece el Derecho escrito, en un escenario dominado por los homicidios, los secuestros, las torturas. Luchó contra la doble moral y el doble discurso (sobre la violencia y la criminalidad económica y política) exponiendo la hipocresía y la indiferencia del poder judicial chileno, que no denunciaba los crímenes atroces del régimen de Pinochet, crímenes disimulados detrás de un aparente "progreso" económico, un "milagro".⁴ Guzmán Tapia se limitó

4. Como afirma el constitucionalista chileno ATRIA, F., Chile conserva aún hoy la Cons-

a aplicar lo que establecía el derecho, ese paso formal fue su revolución, su gesta. Muchas veces basta con aplicar lo que fija el derecho para hacer algo "revolucionario" (como sería en la Argentina "exigir" que la letra de la Constitución se cumpla en tantos ámbitos sociales): con tan poco le alcanzó para hacer algo revolucionario, que muchos consideran "activista": la defensa de los derechos humanos planteada como una forma de "activismo" judicial.⁵

Guido Leonardo Croxatto: —*En la Argentina, Videla murió encerrado en una celda común, en Marcos Paz, condenado por crímenes de lesa humanidad y repudiado por la sociedad. En Chile, pese a esfuerzos notables como el suyo (que no dejan de ser esfuerzos aislados en el marco de un poder judicial cómplice, como usted mismo afirma) Pinochet termina sus días siendo senador, con un respaldo social importante, y aun hoy en Chile la UDI pide un minuto de silencio cuando se cumple un aniversario de su muerte, día que coincide con el día internacional de los derechos humanos. ¿Por qué cree que existen estas diferencias entre las políticas de derechos humanos de ambos países? ¿Por qué Videla muere condenado y*

titución —con reformas, pero la misma en lo esencial— de Jaime Guzmán (de la Pontificia Universidad Católica de Chile) de Pinochet, que quiso preservar un "modelo" (económico, dejándolo a salvo) de sucesivas reformas políticas, poniendo a la constitución a salvo de la democracia. Por eso otros sectores piden una nueva constitución y no meramente una constitución "reformada". La Constitución chilena tendría aun hoy un pecado de origen: es, más allá de sus reformas, la constitución de Pinochet, con todas las implicancias materiales y simbólicas (de legitimidad) que tiene y representa este origen. Véase GINSBURG, T., *¿Fruto de la parra envenenada? Algunas observaciones comparadas sobre la Constitución chilena*, Estudios Públicos (CEP), 133, Santiago, 2014, pp. 1-36. También ZAPATA, P., *La casa de todos: La nueva Constitución que Chile merece y necesita*, Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile, 2015. Juan Guzmán Tapia es parte del debate constitucional chileno, tomando partido por una nueva constitución que tome en cuenta (en serio) los derechos sociales (DESC) y reconozca los derechos —vapuleados— de los pueblos originarios de Chile. 5. No casualmente el constitucionalismo principalista (de Robert Alexy), que promueve una mayor "argumentación" jurídica (y revisitar la relación entre Moral y Derecho desde el "no positivismo", posición que sostiene también el juez Guzmán en Chile, cuestionado por los "positivistas" chilenos —quienes pedían, en plena dictadura, sin percibir contradicción alguna, "atenerse a la norma"—) sostiene posiciones "activistas" en el plano judicial. El principalismo deriva en activismo, como sostiene Ferrajoli, (un crítico de Alexy) y casi todo activismo judicial termina siendo un activismo pro derechos humanos. (Sobre la polémica constitucional garantismo y principalismo puede verse: FERRAJOLI, L. "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista", en *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2011, pp. 15-53.).

*repudiado por la sociedad y Pinochet no?*⁶

Juan Guzmán Tapia: —Fue un error histórico de la Corte chilena. Tres veces la Corte Suprema me revocó los procesos contra Pinochet. El tribunal nunca quiso abrir el proceso público, escuchar a los abogados, ponderar la prueba y ver si esta persona estaba en su sano juicio o no, no se siguieron las etapas necesarias del debido proceso, perdimos la ocasión de decir que en Chile la ley es pareja, la ley no es pareja. En ese sentido yo encuentro que fue mucho más eficiente el rol de los jueces en la Argentina que en Chile. En Chile descubrimos que la ley no es pareja para todos. Ustedes en la Argentina tienen ese logro. Nosotros no. Ustedes los juzgaron. El mundo sabe que ustedes lo hicieron. Que es posible. Nosotros perdimos esa oportunidad histórica.

Guido Leonardo Croxatto: —*Usted recuerda en sus libros que usted y su equipo debieron enfrentar diversos obstáculos a la hora de investigar los crímenes cometidos por la dictadura de Pinochet. ¿Qué tipo de obstáculos enfrentó?*

Juan Guzmán Tapia: —La soledad es un tipo de obstáculo en este tipo de causas. Se sufre doblemente en este tipo de causas la soledad jurisdiccional. Amenazas, miedos, que aún hoy sigo teniendo. Incluso hoy cuando tomo el metro me alejo de la línea amarilla. Espero pegado a la pared, por miedo a que alguien me empuje sobre las vías. En otra época tenía cuatro guardaespaldas. Comía con ellos en la mesa de al lado. Me seguían a todas partes. Pero el mayor obstáculo era la soledad. Procesar a Pinochet no fue fácil. El Derecho Penal no está pensado para procesar a los poderosos. Solo a los más débiles.

Guido Leonardo Croxatto: —*Usted llevó en 2006 al Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la ONU en Ginebra una carta del caudillo mapuche Aucan Huilcaman, cuya causa defiende. ¿Cómo puede ser que en*

6. En Chile existe, a diferencia de la Argentina, un Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), políticamente independiente de los poderes de turno, creado durante la Presidencia de Ricardo Lagos (semejante al Instituto Nacional de Derechos Humanos de Alemania, dedicado a investigaciones y publicaciones académicas vinculadas a distintos ámbitos vinculados a la promoción de estos derechos, salud mental, género, violencia institucional, inmigración, derechos sociales). También existe un Museo Nacional de Derechos Humanos, creado durante la primera presidencia de Michelle Bachelet. Existe actualmente una discusión abierta en la sociedad chilena acerca de la necesidad de crear una Subsecretaría de Derechos Humanos.

Chile en el siglo XXI se procese a indígenas pobres como si fueran terroristas (por la ocupación simbólica y pacífica de sus antiguos territorios)⁷ y que simultáneamente delitos atroces, como la desaparición forzada de personas, la tortura, no sea interpretada con el mismo rigor por la justicia chilena? ¿Se interpretan los crímenes de la dictadura de Pinochet como terrorismo de Estado? ¿O son solo "terroristas" los actos de los mapuches pobres cuando reclaman por sus derechos, por sus tierras?

Juan Guzmán Tapia: —Los indígenas son pobres. Los jueces están por hacer carrera y llegar a la Corte Suprema. Y para eso hay que ser ideológicamente conservador. Mesurado, correcto y formal. Yo he tratado y aun trato de no serlo. Me han llamado "insolente" por cuestionar al poder judicial cómplice. La justicia en su grado máximo es la justicia justiciera. Es lo que no vemos en el Derecho chileno. Abogados justicieros. Jueces justicieros. Jueces poetas. Prefieren ser ecuanímenes. Formales. Hacer carrera. No justicia. Llega un momento en la vida de cada abogado en que se debe tomar una decisión. La defensa de la justicia como un valor no siempre es compatible, por contradictorio que parezca, con los intereses del Poder Judicial. El Poder Judicial muchas veces resiste los cambios. No los promueve. Aísla a quienes le llaman la atención sobre su complicidad. Apela a categorías en apariencia neutrales para no asumir la desigualdad, la violencia, la pobreza, la exclusión, el empobrecimiento y anulación de los derechos y culturas de cientos de indígenas, para negar la injusticia reinante. Chile no se asume como un Estado pluriétnico. Nosotros tuvimos que luchar incluso para terminar con la prisión por deudas, aplicando el sistema interamericano para promover una lectura distinta de la ley de cheques. Hasta hace pocas décadas una persona que no podía pagar una deuda podía ser encarcelada por ello. Las prioridades estaban muy demarcadas. El derecho a la propiedad de sectores privilegiados como centro de todo el sistema jurídico y político. Los indígenas no tienen derechos. Y si reclaman, son criminalizados. Se criminaliza la protesta. Se los trata a ellos, que son desplazados, reprimidos, empobrecidos, como "terroristas" por quemar un árbol, mientras otros delitos gravísimos de la dictadura de

7. Existen decenas de indígenas mapuches procesados en Chile bajo la Ley N° 18.314, llamada Ley Antiterrorista, una ley que es una herencia de la dictadura militar de Pinochet. Véase CARRILLANCA LLAITUL, H., "La ley Antiterrorista y la criminalización de la causa mapuche", en *Diario El Mostrador*, Santiago de Chile, 3 de junio de 2014.

Pinochet siguen impunes. Son parte incluso del sistema económico y político todavía reinante.⁸

Guido Leonardo Croxatto: —*Usted intentó que Villa Grimaldi, centro de secuestro, tortura y exterminio durante la dictadura militar, por el que pasaron casi 5 mil personas, 300 de las cuales permanecen aún desaparecidas, fuera recuperada como "espacio de la memoria"; Parque de la Memoria. El espacio fue recuperado, pero permanece, a mi entender, con un nombre ambiguo, un nombre tal vez equivocado, que no dice todo lo que debiera decirse: "Parque de la paz". O Parque "por la paz". ¿No cree que el nombre Parque de la Memoria era más correcto para lo que fue un centro clandestino de secuestro y tortura de personas? ¿Se puede pronunciar la palabra "paz" para designar un lugar así, un espacio de tortura en vez de emplear la palabra "memoria" (que implica, a diferencia de la palabra paz, una deuda pendiente con la justicia)? ¿No es una concesión a quienes hablan de "reconciliación nacional" ("pacificación nacional", como fue la "pacificación de la Araucanía") en vez de pedir "justicia"? Piden paz. Y se lo pregunto porque en Argentina a veces se dice que quienes piden (o pedimos) justicia no quieren justamente la "pacificación", no quieren la "paz", sino reabrir los conflictos, reabrir las heridas y los enconos en lugar de dejar que las heridas "se cierren".*

Juan Guzmán Tapia: —Nosotros somos un país de ambigüedades. Y es algo lamentable. Buscamos lo que menos hiera y por eso buscamos lo más ambiguo. Pero no nos damos cuenta que así a veces herimos más. Yo lo encuentro absurdo ese nombre, usted tiene razón. Parque por la Paz es un nombre absurdo para un parque que conmemora el horror. Ni siquiera me lo he aprendido bien. Yo creo que se debió llamar Parque de la Memoria. No parque por la Paz. Con el nombre pacificación de la Araucanía es lo mismo. Se está honrando con este nombre a los que perpetraron la matanza y no a sus víctimas. No a las víctimas de la llamada pacificación. Los mapuches son cada vez más pobres y marginados de sus tierras. Pero esa violencia que padecen los indios se invisibiliza. Y cuando reclaman por sus derechos, son criminalizados. Tachados de "violentos". Hay una operación

8. Para una comprensión más acabada de las afirmaciones de Guzmán Tapia sobre la "pervivencia" en democracia de los lineamientos políticos e institucionales del régimen de Pinochet (aspiración explícita de Jaime Guzmán, gestor de la constitución chilena, que, con sucesivas reformas, proviene de la dictadura), puede leerse ATRIA, F., *La Constitución Tramposa*, Santiago, Chile, LOM Ediciones, 2013.

en el discurso. Los eufemismos se emplean para no ver. Por eso la labor de la justicia en todos los planos es hablar claro, con un lenguaje preciso. Es la única manera de que la ley sea pareja.

Guido Leonardo Croxatto: —*Nosotros hablamos de la Conquista del Desierto. Pero un desierto no se conquista. El genocidio del indio es un tema del que no siempre se puede hablar. David Viñas hablaba en la Argentina del genocidio del Indio y era tachado de "anacrónico" por muchos historiadores,⁹ de no ver el "progreso".¹⁰*

Juan Guzmán Tapia: —Chile es un país de ambigüedades. Pero la justicia está para salir de la ambigüedad. Decir algo. Los jueces chilenos no quieren hacer demasiado barullo, como decimos aquí, ¿sabes? No quieren hacer mucho ruido.

Guido Leonardo Croxatto: —*Pienso que el Derecho combate a los eufemismos legales. En la Argentina quienes se oponen a los juicios de DD. HH. emplean distintos eufemismos como "no volver al pasado", piden "reconciliación nacional", que estos juicios no buscan la justicia sino la "venganza", se usan eufemismos para pedir impunidad, borrar la conciencia colectiva, y que los crímenes no se juzguen. Jaspers cuestionó esto en Alemania. "¿Existe en Chile también una cultura de la negación, con eufemismos semejantes que tienden a borrar de la conciencia colectiva la importancia de que la impunidad no se instale, de llevar la justicia al mal llamado "pasado"? Y se lo pregunto ya que usted creó la figura del "secuestro permanente", que en la Argentina no tenemos, pero que es de enorme utilidad para remarcar que la desaparición forzada de una persona implica un delito que no está en el "pasado", se sigue cometiendo continuamente, hasta el día de hoy, es decir que es un tema y un delito del "presente", que no se puede cerrar. ¿Cómo puede ser que estos temas sean temas del "pasado" para algunos sectores, incluso en la justicia?*

Juan Guzmán Tapia: —Está dentro de la naturaleza del Poder Judicial el no llamar a las cosas por su nombre. Los jóvenes como ustedes no son eufemistas. Los jóvenes dicen las cosas como son. Y la justicia tiene que ser así. Tiene que decir las cosas como son. La justicia no admite ambigüedades. Suavización de términos. Más en temas tan graves como un crimen de lesa

9. Por ejemplo, por LEVAGGI, A., RÍPODAS ARDANAZ, D., (Academia Nacional de la Historia, profesora de Historia en la Universidad del Salvador), entre otros.

10. VIÑAS, D., *Indios, ejército y frontera*, Buenos Aires, Santiago Arcos Editor, 2003.

humanidad, como una tortura. Hay que llamar a las cosas por su nombre. Yo creo que basta con hacer lo que dice el Derecho, no hace falta mucho más. Sin dobleces. Sin selectividad. Aplicando la ley pareja para todos.

Guido Leonardo Croxatto: —*Usted lo dice con ingenuidad, con simpleza, como si fuera fácil pero lo que usted hizo fue muy revolucionario porque invirtió la selectividad estructural del Derecho y lo condujo contra el más poderoso. Pinochet.*

Juan Guzmán Tapia: —Es cierto. Y me sentí solo.

Guido Leonardo Croxatto: —*Había que tener mucho coraje para procesar a Pinochet en el Chile de entonces, en esa sociedad. Y también en el Chile de ahora. Me imagino su soledad.*

Juan Guzmán Tapia: —Me sentí muy solo. El verdadero juez está siempre solo. La labor de la justicia es una labor de enorme soledad. De enorme coraje, en consecuencia.

Guido Leonardo Croxatto: —*Pero eso es lo que nuestra generación debe hacer o aprender de ustedes. Reconducir el Derecho no contra los débiles sino contra los más poderosos, como pide Ferrajoli y en general todo el proyecto constitucional y político del garantismo.*

Juan Guzmán Tapia: —Eso es. Eso es lo que ustedes los jóvenes abogados deben hacer de ahora en más. Servir al derecho. Construir una ley pareja para todos. Sin mirar quien está enfrente. En Chile nos perdimos la oportunidad histórica de juzgar a Pinochet. De demostrarle al mundo que lo podíamos hacer. Que éramos capaces. No lo condenamos. No lo hicimos. La Corte Suprema me hizo la tarea imposible. Yo sentía, y perdonen la vanidad, "este Poder Judicial no me merece". El poder judicial no me merece. Perdonen la pedantería.

Guido Leonardo Croxatto: —*Y era así. No lo merecía.*

Juan Guzmán Tapia: —Pero por procesar a Pinochet el criminal parecía ser yo. Me maltrataban a mí. La Corte Suprema en contra mía. Pasaba más tiempo informando a la Corte Suprema que desempeñando mi rol como juez. Debía informar cosas que dije en cursos en el exterior o en la universidad. Yo no podía decir muchas cosas. No me justifico. Pero fue muy difícil. Al juez Garzón, que intentó reabrir procesos por crímenes del franquismo, le sucedió lo mismo. Estos procesos no son casuales. La inversión sigue también en este plano: el juez activista, defensor de los derechos, termina también siendo él criminalizado.

Guido Leonardo Croxatto: —*Su padre era diplomático y poeta. En la Argentina somos muchos jóvenes abogados dedicados a la defensa de*

los derechos humanos, por eso los militares han comenzado a tildarnos además de abogados y poetas, de "putos" y "maricones" porque nos interesa, además del derecho y los derechos humanos, la poesía. Y también con la poesía juzgamos sus crímenes atroces, sus pactos de silencio. Nos dedicamos con igual interés al derecho y a la poesía, porque pensamos que la literatura y la poesía en particular, tiene mucho que aportarle y enseñarle al Derecho, una mirada diferente, una nueva conciencia, un lenguaje más humano. Una nueva voz. Una nueva mirada. Una nueva palabra. ¿Qué rol jugó la poesía en su formación de jurista, de juez, y de abogado?

Juan Guzmán Tapia: — (Sonríe). Sí. Un rol fundamental. Un rol muy importante. No quiero que piensen que soy un "pendejo". Pero sí, la poesía ejerció una influencia muy importante en mí. Como abogado y como persona (y me recita un poema de memoria en inglés *If*; un poema de Kipling). Cuando voy a la costa tengo siempre este poema al lado de la cama. Cuando me falta la palabra tomo esta poesía. Estos versos me han ayudado mucho. Sobre todo en mis fracasos. En mis fracasos como juez. La poesía a mí me ha ayudado mucho.

Guzmán Tapia sonríe y dice con timidez: "A mí me decían "pendejo" por leer poesía. Me daba vergüenza. Temía que no me tomaran en serio. Para muchos abogados serios los poetas hablan de pendejadas (SIC). Pero mi papá era poeta y me abrió a ese mundo donde la justicia, el derecho y la literatura persiguen lo mismo".

Guido Leonardo Croxatto: — *¿Cuál es su poeta preferido?*

Juan Guzmán Tapia: — Mi poeta preferido es mi padre, Juan Guzmán Cruchaga. Un gran poeta. Obtuvo el Premio Nacional de Literatura. Un español tranquilo. Que no ofende. La palabra no tiene que ofender. Pablo Neruda, gran poeta. Shakespeare y sus soliloquios. Esos son mis preferidos. Y luego como una poesía práctica como la que tiene que tener un hombre en un combate cuando pierde el valor y alguien lo arengue estoy con Kipling. Y con los poetas épicos.

Guido Leonardo Croxatto: — *Usted tuvo un paso pasajero por la política en Chile. ¿Los resultados de ese paso, donde no pudo ser electo senador, pueden interpretarse como una muestra del peso que aún tiene el pinochetismo en parte de la sociedad chilena?*

Juan Guzmán Tapia: — Hace falta una nueva constitución en Chile. Es fundamental. Tenemos una Constitución que no es democrática. Los derechos económicos y sociales no están protegidos. Tenemos una Constitución que no protege a todos los sectores. Están protegidos los derechos

civiles y políticos, los derechos de los ricos, como la propiedad pero no los derechos sociales. Esto está mal. Necesitamos una nueva Constitución. Con derechos para los pobres. Que hable el lenguaje del pobre. No del rico. Por eso me metí en la política contingente en Chile. Pese a que la encuentro poco seria. Yo quiero contribuir a que tengamos una nueva Constitución. No solo la necesitamos, es fundamental. Una manera de atacar la pobreza es cambiando el tipo de sociedad espantosamente clasista que tenemos los chilenos. Tenemos una Constitución sin legitimidad de origen y con un modelo neoliberal. Esto lo tenemos que cambiar.

Guido Leonardo Croxatto: —*Se observa internacionalmente, como denuncian diversos autores entre ellos Judith Butler en Estados Unidos, una rehabilitación judicial de la tortura. No solo que se la emplea militarmente, sino que se la justifica y legitima (incluso dentro del propio Derecho) en la llamada "guerra contra el terrorismo". Algo semejante sucede con el espionaje masivo, fenómenos que se creían superados vuelven a ser parte del Estado "normal" de cosas, se usan eufemismos, como decíamos antes, se denomina a la tortura "técnica de interrogatorio mejorada". Se observa un resurgimiento de la llamada doctrina de la seguridad nacional en desmedro de la seguridad colectiva, basada en la cooperación internacional, principio rector de la ONU. Se observa un recorte gradual, continuo, de garantías y derechos civiles. Una crítica al "garantismo". Hay una erosión continua de la legalidad y del Estado de Derecho, la privacidad pierde valor. ¿Cómo puede combatirse esta tendencia internacional, que pone en riesgo —en jaque— el Estado de Derecho moderno, convirtiendo el "estado de excepción" en un estado normal de cosas?*

Juan Guzmán Tapia: —Es muy grave y es lo que está pasando.

Guido Leonardo Croxatto: —*Los métodos de las dictaduras (torturas, vigilancia de actos privados, violación de la privacidad y la correspondencia) están siendo adoptados por las democracias, que conservan solo su forma exterior, pero no su "sustancia". La democracia termina siendo en muchos aspectos una pantalla, una cáscara vacía...*

Juan Guzmán Tapia: —Comparto la sorpresa y la angustia de que se adopten estos métodos en democracias. Me entristece y preocupa tanto como a ti. Pero soy incapaz de saber qué hacer. Solo luchando en contra. ¿Cómo se puede luchar en contra de eso? A varios niveles, el político, académico, periodístico. Hay que luchar por el Derecho. Pero no veo que haya mucho ánimo. La gente está terriblemente aterrorizada, resignada y cede sus derechos. El abogado está para luchar. Tengo confianza en las

nuevas generaciones de abogados. En los que no tienen miedo y se atreven a luchar. A decir no. A dar un paso. No podemos tolerar cualquier cosa. No podemos hacer cualquier cosa en nombre de la justicia, o del Derecho mismo. No podemos tolerar estos recortes de garantías que tanto nos costó conseguir. No podemos renunciar a la democracia.

Cuando nos despedimos, mientras su perra Olivia salta sobre nosotros, Guzmán Tapia nos pregunta a dónde íbamos. Como se hizo tarde se ofrece a llevarnos en su camioneta hasta el barrio Bella Vista, donde se encuentra la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Aún no habíamos cenado, por lo que nos lleva hasta el restaurante *La Veneziana*. Dice: "No es elegante pero es bohemio, allí comía Neruda cuando este era el único bar de la zona y allí nos formamos muchos de nosotros". Allí cenamos.

BIBLIOGRAFÍA

- ATRIA, Fernando, *La Constitución Tramposa*, Santiago, Chile, LOM Ediciones, 2013.
- CARRILLANCA LLAITUL, Héctor. "La Ley Antiterrorista y la criminalización de la causa mapuche", en *Diario El Mostrador*, Santiago, Chile, 3 de junio de 2014.
- FERRAJOLI, L. "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista", en *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2011. pp. 15-53.
- GINSBURG, Tom. "¿Fruto de la parra envenenada? Algunas observaciones comparadas sobre la Constitución chilena", *Estudios Públicos (CEP)* Nro. 133, Santiago, Chile, 2014, pp. 1-36.
- GUZMÁN TAPIA, Juan, *La sentencia*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- VIÑAS, David, *Indios, ejército y frontera*, Buenos Aires, Santiago Arcos Editor, 2003.
- ZAPATA, Patricio, *La casa de todos: la nueva Constitución que Chile merece y necesita*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2015.

CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*

PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto –preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior– en fuente Times New Roman tamaño 12 pts., interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (21 x 29,7 cm.) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm.; izquierdo y derecho 3 cm.). La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de veinte (20) a treinta (30) páginas.
Por carácter inédito se entiende que el texto no debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye aunque no se limita a: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.
2. Deberá seguirse el siguiente orden en la presentación:
 - a. Título del trabajo en español;
 - b. Pseudónimo escogido por el autor, que no deberá dar lugar a la inducción de su identidad;
 - c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas);
 - d. Palabras clave en español;
 - e. *Abstract* del trabajo en inglés (de ser posible);
 - f. *Key words* en inglés (de ser posible);
 - g. Cuerpo del trabajo;
 - h. Referencias bibliográficas.
3. Las notas a pie de página se consignarán sucesivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento. Deberán utilizarse tanto para los comentarios que el autor considere ilustrativos o secundarios como para las citas bibliográficas (sin perjuicio de consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo).

4. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:

- a. Libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

De haber cuatro autores o más, deberá consignarse el que primero aparezca en la publicación seguido de la fórmula “*et al.*”.

De tratarse de una compilación, deberá indicarse el nombre del compilador, seguido de la fórmula “(comp.)”. Lo mismo en el caso del director y/o coordinador, con las fórmulas “(dir.)” y “(co-ord.)”.

Ejemplo: PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 49-50.

- b. Capítulos de libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del capítulo, título del capítulo (entre comillas), “en”, apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del libro, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

Se aplican las pautas del punto (a), segundo y tercer párrafo.

Ejemplo: JELONCHE, Edgar I., “Gobierno societario y mercado de capitales”, en ETCHEVERRY, Raúl A., CHOMER, Héctor O. y GENOVESI, Luis M., *Derecho Comercial y de los Negocios*, t. 1, Buenos Aires, Eudeba, 2007, p. 81.

- c. Artículos publicados en revistas.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (entre comillas), “en”, apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del/de los director/es de la revista –de corresponder–, nombre de la revista (en itálicas), número de la revista, ciudad de edición, editorial, año de publicación, número/s de página.

Ejemplo: IRIBARNE, Santiago P. y BRAVO_D’ANDRÉ, Ignacio M., “De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo”, en ALTERINI, Atilio A. (dir.),

Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, n° 5, Buenos Aires, La Ley, mayo de 2009, p. 32.

Ejemplo: BENENTE, Mauro, “‘Fuera de la Corte Suprema’. Breves notas sobre las protestas frente al máximo tribunal”, en *Lecciones y Ensayos*, n° 88, Buenos Aires, Eudeba, 2010, p. 235.

Para revistas ampliamente conocidas, podrá utilizarse el sistema simplificado tradicional (LL 1990-A-324, JA 1999-II-230, etcétera).

- d. **Artículos publicados en Internet.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (en itálicas), “consultado en”, dirección completa del vínculo entre corchetes, “en fecha”, fecha de consulta.
Ejemplo: BEADE, Gustavo A., *El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino*, consultado en [http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia35/Isono_356.pdf] el 11/12/2012].
5. Para consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo, deberán seguirse las pautas para citar, salvo los siguientes puntos:
 - a. En el caso de libros, no deberá consignarse número de página alguno.
 - b. En el caso de capítulos de libros, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el capítulo (no la/s página/s citada/s).
 - c. En el caso de artículos publicados en revistas, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el artículo (no la/s página/s citada/s).
 - d. El listado de las referencias deberá hacerse en orden alfabético según apellido del autor.
 6. Junto con el trabajo, deberá enviarse un documento por separado donde se asocie el pseudónimo escogido por el autor con su nombre y apellido, y en el cual se consignent además los siguientes datos: tipo

y número de documento, domicilio, número de teléfono, dirección de correo electrónico actual, condición de estudiante o graduado. También podrá incluirse cualquier breve reseña curricular, dedicatoria y/o agradecimientos que el autor deseara formular para el caso de que el trabajo sea publicado, con tal que no superen los 350 caracteres con espacios en total.

7. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico, a la dirección lye@derecho.uba.ar. Dentro de las 24 hs. se contestará con un acuse de recibo.
8. El envío de trabajos para su publicación en *Lecciones y Ensayos* implica la autorización para su publicación en la Revista y en cualquier soporte físico o digital que determine la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Los autores asumen exclusiva responsabilidad por los reclamos de cualquier naturaleza que pudieran efectuar terceros respecto de la originalidad del ensayo o por cualquier otra causa sobre el texto presentado.

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos al sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción –tres (3) en la presente edición– bajo seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Estos miembros se expiden a través un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

La Secretaría de Redacción podrá decidir que los trabajos sean evaluados a través de un procedimiento de evaluación externa. En ese caso, serán asignados a miembros del Consejo Asesor –dos (2) en la presente edición– bajo seudónimo. Estos miembros se expiden también a través de un dictamen escrito en el que se indica su voto a favor o en contra de la publicación y sus fundamentos.

En ambos casos, de formarse el voto unánime de los dictaminantes a favor de la publicación de la asignación, esta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si todos los dictaminantes se expiden en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el autor recibe los votos fundamentados de los dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de los miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, sin manifestación al autor de los fundamentos.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista –reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etc.– son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al momento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación física y digital.

Todo escrito restante —es decir, no incluidos— es tenido por preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor así lo desea.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la revista *Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión en papel como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.

CÓMO PARTICIPAR

Lecciones y Ensayos es una Revista Jurídica semestral dirigida por estudiantes dependiente del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue fundada en el año 1956 y desde entonces ha cumplido el papel de foro editorial de profesores y alumnos, sin más requisito que la excelencia académica.

La Revista *Lecciones y Ensayos* se caracteriza por estar gestionada a partir de un diseño institucional basado en procedimientos democráticos de toma de decisiones que involucran a todos los miembros del Consejo de Redacción de la revista que una vez por semana se reúnen para deliberar en torno a las tareas editoriales. Si querés participar de la revista, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20 hs.

Las reuniones tienen lugar en nuestra oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho.

También podés comunicarte con nosotros por teléfono (+54 11) 4809-5668 o enviándonos un e-mail a lye@derecho.uba.ar o direccionlye@derecho.uba.ar.

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

