

# LECCIONES Y ENSAYOS

## FACULTAD DE DERECHO

Decano

Dr. Alberto J. Bueres

Vicedecano

Dr. Marcelo Gebhardt

## DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora

Mary Beloff

Subdirector

Luis R. J. Sáenz

Secretario

Jonathan M. Brodsky

**CONSEJO DE REDACCIÓN  
PRIMER SEMESTRE 2017**

**Directora**

Camila Petrone

**Subdirectora**

Lucía Belén Araque

**Secretario de Redacción**

Ramiro Manuel Fihman

**Tutora**

María Paula Cardella

**Colaboradores/as**

Federico Maximiliano Mantiñan

Francisco Sáez Zamora

Ariel Salomón Liniado

Inés Colombato

Karen Ailén Miranda

Ignacio Josué Arrossagaray

Dominique Steinbrecher

Juan Cruz López Guillermon

Pablo Hernán Martos

Samantha Singer

John Antony Carlin Sanchez

Juan Manuel Vicente Herrero

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](mailto:lye@derecho.uba.ar).

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

|                                                                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Arlettaz, Fernando, <i>La obligatoriedad en el plano interno de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i> .....                                           | 17  |
| Böhm, María Laura, <i>Violencia estructural. Ejercicio de análisis de la realidad de las comunidades indígenas wichí, qom y pilagá en la provincia argentina de Formosa</i> ..... | 51  |
| Caramelo, Gustavo, <i>El Código Civil y Comercial y la legalidad sustantiva argentina</i> .....                                                                                   | 101 |
| Dias, Leandro A., <i>El ánimo de apropiación como elemento del delito de hurto. Reflexiones a partir del plenario “Schneider”</i> .....                                           | 135 |
| Fusco, Leandro Ezequiel, <i>La admisibilidad del recurso de casación en la actualidad. Perspectivas a la luz de la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación</i> ..... | 163 |

### TRABAJOS DE CURSOS DE CPO ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

|                                                                                                                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Basualdo, Natalia; Bianchi, Fiorella y Casas, Florencia, <i>Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías en Salud. Reflexiones y propuestas sobre su posible implementación en el sistema argentino</i> ..... | 195 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

#### XIV CONCURSO DE ENSAYOS IGNACIO WINIZKY

|                                                                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Máximo, María Silvia, <i>Multiculturalismo y feminismo desde la perspectiva de los derechos individuales de la mujer indígena</i> .....                        | 221 |
| González, Agostina Daniela, <i>La ley de cupo laboral trans como medida positiva contra la desigualdad estructural: logros y desafíos</i> .....                | 241 |
| López, Daniela Alejandra, <i>Fuego cruzado en el debate sobre la prostitución: a propósito del proyecto de ley de “trabajo sexual” para la Argentina</i> ..... | 263 |

#### COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

|                                                                                                                                                                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Beade, Gustavo A., <i>¿Una sentencia bien intencionada? A propósito del caso “Muiña”</i> .....                                                                                                                                                   | 281 |
| Cichero, Agostina Noelia y Kotlik, Marcos David, <i>La CSJN y el empleo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el caso Fontevecchia: falencias en la interpretación y retrocesos en materia de derechos humanos</i> ..... | 305 |

#### UNIVERSITARIAS

|                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Wierzbza, Sandra M., <i>Noticias sobre la Educación Universitaria y el Derecho Privado en China</i> ..... | 359 |
| ¿Cómo publicar y participar en <i>Lecciones y Ensayos?</i> .....                                          | 379 |

*Lecciones y Ensayos*, Nro. 98, 2017  
“Editorial”, pp. 13-14

## EDITORIAL

Escribir el editorial de cada número de nuestra revista implica tomar-nos un momento de reflexión. Solemos encontrarnos en un constante devenir de tareas y responsabilidades que, a veces, no nos permiten valorar genuinamente el espacio que integramos; pero a la hora de concluir el armado de cada número, podemos pisar el freno y mirar hacia atrás para situarnos históricamente, con el objetivo de evaluar y, de ser necesario, encauzar nuestro futuro.

Tenemos la enorme gratitud de formar parte de un espacio creado hace ya más de seis décadas, que ha ganado un lugar de gran prestigio a través del tiempo gracias a la desinteresada labor de los/as estudiantes de nuestra Facultad. Quienes actualmente participamos de *Lecciones y Ensayos* sentimos un fuerte compromiso destinado a mantener y acrecentar ese prestigio con la convicción de que la existencia de esta revista es muy relevante para la vida académica de los/as estudiantes y docentes de nuestra casa de estudios.

Entendemos a partir de nuestras percepciones que durante los últimos años viene gestándose en el ámbito universitario –particularmente del Derecho– una generación de estudiantes profundamente comprometidos/as con los Derechos Humanos, con la igualdad, con la democracia y con la libertad. Esta generación emergente, lejos de conformar una élite académica inerte e inofensiva, se plantea con una lógica abierta y plural que es parte de un paradigma diferente de comprensión de las ciencias jurídicas. Ya no buscamos abogados/as que reciten normas ni jueces que apliquen reglas matemáticas: queremos ser profesionales pensantes y –fundamentalmente– críticos/as frente al *statu quo*. No vemos al Derecho solo como una salida laboral, sino que lo entendemos como herramienta de transformación; no vemos al/a la abogado/a litigante como nuestra única posibilidad a futuro, sino que sabemos que existe la sociedad civil, la investigación, la docencia, los litigios estructurales y tantas otras nobles expresiones del Derecho que no suelen contarnos cuando cursamos las materias del plan de estudios.

En un país y en un mundo donde las normas suelen usarse para reproducir estructuras desiguales y relaciones de poder injustas, los/as jóvenes que estamos en proceso de formación académica, política y personal tenemos la responsabilidad impostergable de rediscutir para qué vamos a usar nuestro saber, frente a lo cual se presenta una ineludible dicotomía: o trabajamos sujetos a los valores y reglas pretéritas o asumimos nuestro rol protagónico de actores políticos con poder de decisión y transformación.

Quizás parezca descabellado pensar que, desde una revista jurídica, fundada hace sesenta años durante un gobierno de facto, en la que –por ejemplo– únicamente y de conformidad con una cultura académica tradicionalmente meritocrática pueden acceder a cargos de gestión quienes poseen un promedio “destacado”, podrían resultar importantes estas reflexiones. Pero para nosotras y nosotros sí tienen importancia, ya que es la muestra de que detrás de las revistas, de las cátedras, de los despachos y fundamentalmente de las enormes columnas que nos esperan al entrar, existen personas. Personas que piensan, que hacen política –intencionalmente o no– y que tienen ideología.

En este número quisiéramos destacar y agradecer lo mucho que ha crecido cuantitativa y cualitativamente el Consejo de Redacción, permitiendo reforzar nuestras prácticas democráticas y dotando de niveles cada vez más elevados nuestros debates editoriales. Así las cosas, seguimos invitando a todos/as los/as estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires a que se acerquen a participar de *Lecciones y Ensayos*.

CONSEJO DE REDACCIÓN

*Lecciones y Ensayos*, Nro. 98, 2017

ARLETTAZ, Fernando, "La obligatoriedad en el plano interno...", pp. 17-50

## LA OBLIGATORIEDAD EN EL PLANO INTERNO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS\*

FERNANDO ARLETTAZ\*\*

**Resumen:** El artículo analiza la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para los jueces argentinos. Inquieta acerca de la posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación juzgue la competencia de la Corte Interamericana, cuestione el modo en que esta interpreta la Convención Americana o decida no traducir al plano interno las sentencias interamericanas por encontrar objeciones constitucionales.

**Palabras clave:** corte interamericana de derechos humanos – corte suprema de justicia de la nación – derecho interno – derecho internacional

**Abstract:** The article deals with the compulsory character of the Inter-American Court of Human Rights judgements. It analyses if it is possible for the Argentinian Supreme Court to evaluate the competence of the Inter-American Court, to question how the latter applies the American Convention on Human Rights, or to refuse to translate the Inter-American judgements into the internal legal order for constitutional reasons.

**Keywords:** inter-american court of human rights – argentine supreme court – internal law – international law

\* Recepción del original: 10/3/2017. Aceptación: 6/5/2017.

\*\* Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Sus campos de trabajo son el Derecho Internacional (en particular los Derechos Humanos) y la Filosofía/Sociología Jurídica.

## I. INTRODUCCIÓN

El 25 de septiembre de 2001, la Corte Suprema argentina confirmó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había hecho lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por el ex Presidente Carlos Menem contra Editorial Perfil S.A., Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, entendiendo que la difusión de ciertas notas periodísticas vinculadas con la presunta existencia de un hijo no reconocido de Menem había lesionado en forma ilegítima su derecho a la intimidad.<sup>1</sup> Cumplida la sentencia pecuniaria allí ordenada, los señores Fontevecchia y D'Amico y la Asociación de Periodistas sometieron el caso al sistema interamericano por considerar que la sentencia de la Corte Suprema había vulnerado el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (art. 13 de la Convención Americana). El 29 de noviembre de 2011 la Corte Interamericana dictó sentencia condenando al Estado argentino por violación de la libertad de expresión y ordenó, entre otras cosas, "dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias" (punto resolutivo 2).<sup>2</sup> Ante esta situación, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto remitió un oficio a la Corte Suprema argentina en el que hacía saber el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos para que cumpla, "en lo que corresponda y de conformidad con su competencia", la sentencia de la Corte Interamericana.

En febrero de este año 2017, la Corte argentina denegó el pedido que le había formulado el Poder Ejecutivo de dejar sin efecto la sentencia (ya pasada en autoridad de cosa juzgada) que ella misma había dictado en 2001 (citaremos la decisión de 2017 como *Fontevecchia*).<sup>3</sup> Esto implica que la sentencia de 2001 mantiene sus efectos en el orden interno: se mantiene su fuerza como precedente<sup>4</sup> y el Estado argentino no podrá repetir contra

1. CSJN, *Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S. A. y otros s/ daños y perjuicios – sumario*, Fallos 324:2895 (2001). La Corte Suprema confirmó la sentencia de Cámara aunque redujo el monto de la condena pecuniaria.

2. CORTE IDH, *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2011, serie C, no. 238.

3. CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia*, dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CSJ 368/1998 (34-M)/CS1 (2017).

4. GELLI, M. A., "Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina", en *La Ley*, Buenos Aires, 23/02/2017, pp. 5-7.

el señor Menem lo que deba pagar a los señores Fontevecchia y D'Amico a título de indemnización por la condena impuesta por la Corte Interamericana.

Para resolver de esta manera, la mayoría de la Corte argentina argumentó que las sentencias interamericanas solo son obligatorias si la Corte Interamericana actúa dentro de sus competencias (lo que no sucedería en el caso) y si esas sentencias no vulneran los principios de derecho público establecidos en la Constitución (lo que sí sucedería en el caso). Es de prever que, cuando la Corte Interamericana supervise el cumplimiento de este aspecto de su sentencia contra el Estado argentino, declarará que este no ha cumplido con la orden de dejar sin efecto la sentencia interna.

La sentencia de 2017 en *Fontevecchia* pone de manifiesto una tensión difícil de resolver entre la Corte Interamericana y la Corte Suprema de Justicia argentina. No es la primera vez que se da esta situación. En casos anteriores la Corte argentina ya se había visto frente a pedidos de modificación de sus sentencias previas en razón de la existencia de una condena interamericana contra el Estado argentino.

En el asunto *Cantos* la Corte Suprema había debido resolver un pedido del Procurador del Tesoro para que se cumpliera con la sentencia interamericana que declaraba que el Estado argentino había violado ciertos derechos del señor Cantos en relación con el acceso a la justicia. La Corte Interamericana había ordenado: a) que el Estado se abstuviera de cobrar al señor Cantos la tasa de justicia devengada en un proceso previo (proceso que había dado origen a la petición ante el sistema interamericano); b) que el Estado fijara en un monto razonable los honorarios de los profesionales que debía asumir el señor Cantos en ese proceso previo; c) que el Estado asumiera el pago de los honorarios de sus propios peritos y abogados de ese proceso previo; d) que se levantaran los embargos y la inhibición general declarados contra el señor Cantos.<sup>5</sup> La Corte argentina rechazó el pedido que le fue formulado para hacer efectiva esa condena en el plano interno.<sup>6</sup> Según la mayoría, para que el Estado cumpliera con los puntos a) y c) no era necesaria la intervención judicial y el cumplimiento del punto b) no podía ser ordenado por la Corte porque eso vulneraría los derechos

5. CORTE IDH, *Cantos vs. Argentina*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2002, serie C, nro. 97.

6. CSJN, *Resolución 1404/03 in re "Cantos"*, Fallos 326:2968 (2003).

de los profesionales, reconocidos por una sentencia interna pasada en autoridad de cosa juzgada, que verían sus honorarios reducidos en razón de otra sentencia (la interamericana) dictada en un proceso en el que no habían participado.

Aunque los motivos de ambas decisiones son solo parcialmente coincidentes (lo veremos a lo largo de este trabajo), y los votos concurrentes y disidentes matizan el horizonte de la argumentación, el resultado es el mismo en ambos casos: el Poder Ejecutivo pide a la Corte Suprema que haga efectiva una sentencia interamericana y esta deniega ese pedido. Sin embargo, entre *Cantos* y *Fontev ecchia*, existieron otros dos asuntos en los que la Corte Suprema adoptó la decisión contraria, dejando sin efecto sentencias internas (incluso de la propia Corte Suprema) porque así surgía de una sentencia interamericana.

En la sentencia *Espósito* la Corte Suprema argentina hizo lugar a un recurso extraordinario presentado por el Ministerio Fiscal para que revocara la decisión de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la capital que había declarado prescrita la acción penal contra el señor Espósito. Sucedió que, mientras ese proceso penal estaba todavía abierto en sede interna, la Corte Interamericana había dictado sentencia contra Argentina en relación con los mismos hechos que habían dado origen al proceso interno y había ordenado que Argentina no aplicara la prescripción a ese caso (caso *Bulacio*).<sup>7</sup> Por ello, a diferencia de los dos casos anteriormente mencionados, no era aquí el Poder Ejecutivo el que pedía que la Corte dejara sin efecto una sentencia firme, sino el Ministerio Fiscal el que solicitaba (en un proceso que estaba todavía abierto en sede interna cuando la Corte Interamericana dictó su sentencia relativa a los mismos hechos) que la Corte Suprema tuviera en cuenta la sentencia interamericana y resolviera el recurso extraordinario en el sentido por ella indicado. La Corte argentina así lo hizo.<sup>8</sup>

Poco tiempo después, la Corte argentina aplicó el mismo criterio y, en el caso *Derecho*, ordenó reabrir un proceso penal cerrado por prescripción sobre la base de que la Corte Interamericana había declarado que tal

7. CORTE IDH, *Bulacio vs. Argentina*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 18 de septiembre de 2003, serie C, nro. 100.

8. CSJN, *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa-Bulacio, Walter David*, Fallos 327:5668 (2004).

instituto no podía ser aplicado en el caso.<sup>9</sup> La Corte Interamericana había llegado a esa conclusión en el caso *Bueno Alves*, en el que la Argentina había resultado condenada.<sup>10</sup> Sobre la base de esa condena, el querellante en el caso *Derecho* presentó un pedido de aclaratoria (que la Corte argentina recalificó como de revocatoria) para que se dejara sin efecto la sentencia previa de la propia Corte (la que, a diferencia del caso *Espósito*, ya estaba firme).

A diferencia de lo sucedido en *Cantos* y *Fontevicchia*, en los casos *Espósito* y *Derecho* la Corte Suprema argentina dictó una determinada sentencia en el entendimiento de que así debía hacerlo porque estaba obligada a adecuar sus decisiones a las sentencias interamericanas. La Corte Suprema argentina procedió así incluso cuando algunos de sus integrantes aclaraban que no estaban de acuerdo con el fondo de la decisión que adoptaban, pero que tomaban tal decisión por imperativo de la sentencia interamericana. En las decisiones de *Cantos* y *Fontevicchia*, por el contrario, la Corte argentina asumió una posición dualista. No negó que la condena de la Corte Interamericana fuera plenamente obligatoria para el Estado argentino *en el plano internacional*; pero dijo que no *traduciría* la sentencia interamericana al plano interno argentino de modo automático sino solamente si, de acuerdo con su interpretación del derecho interamericano y argentino, era correcto hacerlo.

La posición dualista que se deja traducir en *Cantos* y en *Fontevicchia* funciona de la siguiente manera. La Corte Interamericana, al dictar sentencia, se remite al instrumento del que surge su competencia para dictar esa sentencia (la Convención Americana) y determina, a partir de ese instrumento, cuáles son las fuentes de derecho que debe aplicar y cuál es el orden de jerarquía de esas fuentes. A eso añade, luego, su particular interpretación de esas fuentes, considerando además que ella es el intérprete último de la Convención Americana. La Corte Suprema argentina, al dictar sentencia, hace lo mismo: se remite al instrumento del que se deriva su competencia (la Constitución) y determina, a partir de ese instrumento, cuáles son las fuentes de derecho que debe aplicar y cuál es el orden de jerarquía de esas fuentes. A eso añade, de la misma manera que el órgano internacional, su

9. CSJN, *Derecho*, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal – causa no. 24079, Fallos 334:1504 (2011).

10. CORTE IDH, *Bueno Alves vs. Argentina*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, serie C, nro. 164.

particular interpretación de esas fuentes, considerando además que ella es el intérprete último de la Constitución.

Si las soluciones a las que llegan la Corte de San José y la Corte de Buenos Aires son materialmente similares, el conflicto no aparece; o aparece solo como un *conflicto de justificaciones* (el órgano internacional y el interno llegan a la misma conclusión por aplicación de reglas diferentes). Pero si las soluciones son materialmente diferentes, el conflicto se vuelve manifiesto. Es lo que sucedió en *Cantos* y en *Fontevecchia*. La Corte Interamericana dijo que se debía dejar sin efecto una sentencia interna porque ella era contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Corte Suprema argentina le respondió que dejar sin efecto la sentencia sería contrario a la Constitución argentina.

En los párrafos que siguen intentamos mostrar los conflictos que pueden plantearse en situaciones como las descritas precedentemente. Para ello, formulamos una serie de preguntas y exponemos las respuestas que han dado o, a nuestro juicio, es de esperar que den la Corte Interamericana y la Corte Suprema argentina. Concluimos que estamos ante un conflicto cuya resolución requiere, al menos con el derecho hoy vigente, una cierta auto-contención de parte de los tribunales (interno e internacional) involucrados y que determinadas reformas legislativas podrían ser útiles para esta solución.

Antes de avanzar, sin embargo, tenemos que deslindar claramente cuál es el objeto de nuestra indagación. En efecto, nos referiremos a continuación a la fuerza vinculante para los órganos internos del Estado argentino de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenan al Estado argentino. No debe confundirse esta cuestión con otra más amplia como es la de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional o, dicho más precisamente, la del valor de las normas de fuente internacional en el plano interno argentino. Esta última cuestión, en efecto, se plantea con independencia de la existencia o no de una sentencia internacional en relación con la Argentina. En los apartados 4 y 5 de este trabajo abordaremos esta última cuestión, pero solo en la medida estrictamente indispensable para comprender las relaciones entre la Corte Interamericana y la Corte argentina.<sup>11</sup> También dejamos aclarado que no

11. Sobre el valor de las normas de fuente internacional en el plano interno argentino ver BAZÁN, V., "El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la

nos referiremos al valor jurídico de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.<sup>12</sup>

## II. ¿SON OBLIGATORIAS LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA?

Veamos primero la respuesta que puede darse a este interrogante en el plano internacional. Ante la pregunta formulada en el título de esta sección, obviamente, la Corte Interamericana responde con un rotundo sí. El art. 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Aunque se pueda discutir sobre los efectos más generales que puedan tener las sentencias interamericanas (por ejemplo, en qué medida establecen criterios interpretativos obligatorios para todos los Estados que conforman el sistema), es indudable que una sentencia es obligatoria al menos para el Estado condenado y en el caso concreto.<sup>13</sup> Esto no es sino una consecuencia del principio ampliamente reconocido en el plano internacional de que quien ha

---

Corte Suprema de Justicia de Argentina”, en *Estudios Constitucionales*, n° 8, 2010, pp. 359-388.

12. En un primer momento, la Corte Suprema argentina adoptó la posición según la cual las recomendaciones de la Comisión no son estrictamente obligatorias. CSJN, *Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus*, Fallos 321:3555 (1998); CSJN, *Felicetti, Roberto y otros (La Tablada)*, Fallos 323:4130 (2000). Luego, sin embargo, cambió de opinión y, en sentencia sumamente dividida, afirmó que las recomendaciones de la Comisión sí son obligatorias para el Estado argentino. CSJN, *Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia del Chubut – s/ proceso de conocimiento*, Fallos 336:1024 (2013). Ver ALBANESE, S., “La Corte Suprema y el alcance de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana 1994-2014”, en *Pensar en Derecho*, n° 5, Buenos Aires, Eudeba, 2015, pp. 105-133. DELLUTRI, R., GARRO, A. y ZUPPI, A., *La obligatoriedad de las decisiones de la CIDH*, Buenos Aires, Edit. La Rocca, 2016.

13. El tema ha sido estudiado en HITTERS, J. C., “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 10, 2008, pp. 131-155. Ver también HITTERS, J. C., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Estudios constitucionales*, n° 7, 2009, pp. 109-128.

aceptado la competencia de un tribunal está obligado a cumplir con sus sentencias.<sup>14</sup>

Ante la misma pregunta, la Corte argentina ha dado en cambio dos respuestas. Una ha sido afirmar que las sentencias de la Corte Interamericana son obligatorias y debe cumplirlas en lo que a ella (la Corte argentina) le compete. Tal fue el voto de la mayoría (Petracchi/Zaffaroni) y de algunos votos concurrentes (Belluscio/Maqueda; Boggiano; Highton) en la causa *Espósito*. A la vista de la sentencia interamericana que condenó a la Argentina, la Corte argentina revisó la sentencia interna previa (todavía no firme) y declaró que la acción penal no estaba prescrita. Esta posición fue también asumida por el voto de la mayoría (Highton/Petracchi/Zaffaroni) y el voto concurrente (Maqueda) en el caso *Derecho*. La Corte dejó sin efecto una sentencia firme por ella dictada y ordenó reabrir una causa penal cerrada por prescripción sobre la base de la sentencia interamericana que ordenaba que determinados hechos debían ser investigados y que la investigación no podía verse obstaculizada por la prescripción de la acción penal.<sup>15</sup> Esta fue también la posición sostenida en disidencia por el juez Maqueda en la causa *Cantos* y en la causa *Fontevicchia*.

La segunda respuesta ha sido la que fundamentó la solución adoptada en los casos *Cantos* y *Fontevicchia*. En *Cantos* el voto de la mayoría (Fayt/Moliné O'Connor) y el voto concurrente del juez Vázquez, sin decirlo expresamente, aceptaron que al menos en algunos casos era posible no obedecer las sentencias de la Corte Interamericana.<sup>16</sup> Esta segunda respuesta

14. Para un estudio general ver SHANY, Y., *Regulating jurisdictional relations between national and international courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007. SHANY, Y., "Jurisdictional Competition between National and International Courts: Could International Jurisdiction-Regulating Rules Apply?", en *Hebrew University International Law Research Papers*, n° 2, 2006.

15. Aunque no lo hemos citado en la introducción de este trabajo, lo mismo sucedió en el caso *Mohamed*, en el que la Corte argentina ordenó a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que reconstruyera un expediente y designara una sala para que procediera a la revisión de la condena contra el señor Mohamed, en razón de que la Corte Interamericana había resuelto que no se había respetado el derecho del condenado a recurrir el fallo condenatorio. CSJN, *Resolución 477/15 in re "Mohamed, Oscar Alberto – Homicidio Culposo"* (2015). CORTE IDH, *Mohamed vs. Argentina*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2012, serie C, nro. 255.

16. Aunque nada dijo de modo general sobre la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana, la Corte argentina rechazó el pedido de cumplimiento. Si bien es cierto que en alguno de los puntos podría pensarse que el rechazo se debía a que su intervención no era

también fue dada, de modo expreso, por el voto del juez Fayt en *Espósito* y por la mayoría (Lorenzetti/Highton/Rosenkrantz) y el voto concurrente (Rosatti) en *Fontev ecchia*. Todos ellos dijeron que las sentencias interamericanas son obligatorias *en principio*.

Entre estas dos posiciones (las sentencias interamericanas son obligatorias y las vamos a cumplir/las sentencias interamericanas son obligatorias *en principio* y las vamos a cumplir *cuando corresponda*) hay dos interesantes posturas matizadas. La primera es la del voto concurrente de los jueces Petracchi/López en *Cantos*, que negó el cumplimiento de la sentencia interamericana sin negar valor obligatorio a tales sentencias. En efecto, este voto señaló que la Corte Suprema argentina *no podía cumplir con lo pedido* porque eso implicaría modificar una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Por ello le pidió al Poder Ejecutivo que adoptara las medidas necesarias para cumplir o, en su caso, instara la acción legislativa para que esas medidas fueran adoptadas. El voto dice algo así como: "la sentencia interamericana es obligatoria y hay que cumplirla, pero un tribunal de justicia no puede hacer eso porque no tiene las herramientas necesarias; que el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo adopten las medidas que sean necesarias para cumplirla".<sup>17</sup>

La otra postura matizada es la del voto concurrente del juez Boggiano en *Cantos*: ordena que el Estado se abstenga de cobrar la tasa de justicia y que pague a sus abogados y peritos; pero antes de reducir los honorarios de los abogados y peritos que debería pagar el señor Cantos y levantar las medidas cautelares, ordena dar traslado a esos abogados y peritos, para que defiendan su derecho. Esta orden se comprende si se considera que esos abogados y peritos no habían tenido intervención en el proceso interamericano (ver sección 5 de este trabajo). Sin embargo, de esta decisión no

---

necesaria para tal cumplimiento (para que el Estado se abstuviera de cobrar la tasa de justicia o pagara a sus propios abogados y peritos), en otros puntos parece —en cambio— que la intervención judicial sí sería necesaria (para reducir los honorarios de los profesionales que debía pagar el señor Cantos y para levantar embargos e inhibición). Al menos respecto de estos últimos puntos es razonable suponer que el voto de la mayoría en *Cantos* admitió tácitamente que en algunos casos puede no obedecer las sentencias de la Corte Interamericana. 17. Nótese que el voto no dice: "no se puede cumplir con lo pedido porque lo imposibilita de modo absoluto la cosa juzgada". Si dijera esto, estaría negando obligatoriedad a la sentencia interamericana con fundamento en el derecho interno argentino (ver sección 6). Lo que dice es: "yo no puedo cumplir con lo pedido, que lo cumpla quien está en condiciones de hacerlo".

surge cómo se solucionaría el fondo del problema. Al contestar el traslado, los abogados y peritos previsiblemente se opondrán a la reducción de sus honorarios: ¿prevalecerá entonces la sentencia interamericana (dictada en un proceso en el que ellos no participaron) o la opinión de los abogados y peritos (incumpliendo de este modo la sentencia interamericana)?

La posición que acepta la obligatoriedad *en principio* de las sentencias interamericanas utiliza tres argumentos para justificar que, en algunos casos, el juez interno puede no dar cumplimiento a la sentencia interamericana (con mayor énfasis en uno u otro según la sentencia y el voto de que se trate): el argumento de la falta de competencia de la Corte Interamericana (secciones 3 y 4), el argumento de la incorrecta aplicación de la Convención Americana (sección 5) y el argumento de la contradicción de la sentencia con la Constitución (sección 6).

### III. ¿PUEDE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA JUZGAR LA COMPETENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA?

La idea de la incompetencia de la Corte Interamericana apareció en el voto concurrente del juez Fayt en el caso *Espósito*. Para el juez Fayt, las sentencias interamericanas solo son obligatorias en la medida en que la Corte Interamericana se mantenga dentro de sus competencias. Y no está dentro de sus competencias declarar imprescriptible una acción penal en un caso concreto (por las razones que se explican en la sección 4 de este trabajo). En el caso *Derecho*, el voto disidente de los jueces Fayt/Argibay utilizó el mismo argumento: no está dentro de las competencias de la Corte Interamericana declarar imprescriptible una acción penal en un caso concreto (nuevamente, por las razones que se explican en la sección 4).<sup>18</sup>

18. La diferencia entre ambos votos es que en *Espósito*, a pesar de negar obligatoriedad a la sentencia interamericana por haber obrado la Corte Interamericana fuera de sus competencias, el juez Fayt encontró razones independientes en el propio derecho argentino para llegar a la misma solución material a la que había llegado la Corte Interamericana. Por eso su voto es concurrente, no disidente. En cambio, en *Derecho* el voto de los jueces Fayt/Argibay no encontró esas razones independientes. Más aún: dijo que dejar sin efecto la sentencia interna previa sería contrario a principios constitucionales argentinos. Por eso la posición quedó en disidencia.

Esta misma posición fue retomada por la mayoría (Lorenzetti/Highton/Rosenkrantz) en el caso *Fontevecchia*. La Corte argentina dijo que la Corte Interamericana no tenía competencia para ordenar lo que ordenaba (por las razones que se explican en la sección 4). El voto concurrente (Rosatti) también admitió que las sentencias interamericanas son obligatorias solo en la medida de la competencia de la Corte Interamericana, aunque no desarrolló *in extenso* el argumento y se centró en otros puntos.

La Corte Interamericana seguramente estaría de acuerdo en decir que sus sentencias son obligatorias solo en la medida de su competencia. Pero obviamente defendería que todas sus sentencias han sido dictadas dentro de sus competencias (de otro modo no las habría dictado) y negaría rotundamente que un órgano interno de un Estado pueda revisar si ella ha actuado o no dentro de sus competencias. Desde la perspectiva internacional, cuando un Estado acepta someterse a una jurisdicción internacional acepta acatar la totalidad de la sentencia que se dicte. Esto incluye aceptar la apreciación que el propio tribunal internacional haga sobre la extensión de sus competencias. Los tribunales internacionales gozan de la denominada *compétence sur la compétence*: la competencia para decidir la extensión de sus competencias.<sup>19</sup>

En un caso como *Fontevecchia*, el conflicto queda claramente planteado. La Corte Interamericana dice al Estado argentino: "haga esto". El Estado argentino (a través de uno de sus órganos) responde: "usted no tiene competencia para decirme que haga esto". La Corte Interamericana previsiblemente diría: "y usted no tiene competencia para decirme que yo no tengo competencia". Veamos entonces si la Corte Interamericana tiene competencia para ordenar que se deje sin efecto una sentencia interna.

19. El principio estaba establecido en el art. 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y fue retomado por el art. 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El mismo ha sido reafirmado en numerosas ocasiones por los tribunales internacionales. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, *Interpretation of the Greco-Turkish agreement*, Opinion (1928), serie B, nro. 16. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Effect of awards of compensation made by the United Nations administrative tribunal*, Advisory Opinion, Reports 1954, p. 47. Ver AMERASINGHE, C. F., *Jurisdiction of International Tribunals*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, pp. 121 y ss.

#### IV. ¿PUEDE LA CORTE INTERAMERICANA ORDENAR LA REVISIÓN DE UNA SENTENCIA JUDICIAL INTERNA?

En los cuatro casos en los que hemos centrado este comentario, la Corte Interamericana ordenó al Estado argentino modificar una sentencia previamente dictada. En *Fontevicchia* la orden de la Corte Interamericana fue directa: ella ordenó al Estado "dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias" (punto resolutivo 2). En los otros tres casos, en cambio, la orden interamericana estaba expresada más ambiguamente. En *Cantos* la Corte Interamericana dijo que el Estado debía "fijar en un monto razonable los honorarios regulados en el [proceso judicial previo que había involucrado al señor Cantos]" (punto resolutivo 2). En *Bulacio* (antecedente de *Espósito*) la Corte Interamericana afirmó que el Estado argentino debía "proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos de este caso [relativo a la muerte del señor Bulacio] y sancionar a los responsables de los mismos" (punto resolutivo 4). Y en *Bueno Alves* (antecedente de *Derecho*), fue todavía más genérica, al decir que el Estado argentino "debe realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso [relativo a la privación de libertad y torturas sufridas por el señor Bueno Alves] y aplicar las consecuencias que la ley prevea" (punto resolutivo 8). Sin embargo, a pesar de que no se indicaba de modo directo, lo dispuesto en el cuerpo de la sentencia hacía suponer que el cumplimiento implicaba modificar una sentencia interna: la que había fijado los honorarios y que estaba firme (*Cantos*), la que había cerrado por prescripción el proceso contra el señor Espósito y que todavía no se encontraba firme (*Bulacio*) y la que había cerrado por prescripción el proceso contra el señor Derecho y que ya se encontraba firme (*Bueno Alves*).

¿Podía la Corte Interamericana ordenar que se dejara sin efecto una sentencia interna (y, según el caso, se la reemplazara por otra que fuera conforme a su interpretación del derecho interamericano)? La respuesta de la propia Corte Interamericana, obviamente, es sí.

La respuesta de la Corte argentina depende de cada caso y cada voto. En aquellos casos en que la mayoría o los votos particulares de la Corte argentina ordenaron cumplir la sentencia interamericana, no cuestionaron la potestad de la Corte Interamericana de ordenar dejar sin efecto sentencias internas. Así sucedió en los votos disidentes (Boggiano; Maqueda) en

*Cantos*; el voto de la mayoría (Petracchi/Zaffaroni) y varios votos concurrentes (Belluscio/Maqueda; Boggiano; Highton) en *Espósito*; el voto de la mayoría (Highton/Petracchi/Zaffaroni) y el voto concurrente (Maqueda) en *Derecho* y el voto disidente (Maqueda) en *Fontevicchia*. Esta solución puede ser atribuible a tres razones: o bien los jueces votantes consideraban que la Corte Interamericana sí tiene competencia para ordenar la revisión de sentencias internas; o bien los jueces votantes consideraban que, sea cual fuere la competencia de la Corte Interamericana, ellos no podían juzgarla (ver sección anterior); o bien los jueces votantes consideraban que no era necesario expedirse sobre ese punto para resolver el caso.

De la misma manera, y aunque llegaron al resultado inverso (denegar la traducción de la sentencia interamericana al plano interno), la mayoría (Fayt/Moliné O'Connor) y los votos concurrentes (Petracchi/López; Vázquez) en el caso *Cantos*, no cuestionaron la competencia de la Corte Interamericana, sino que se basaron en otros argumentos. Al igual que señalábamos en el párrafo precedente, esta actitud puede ser interpretada de las tres maneras antes indicadas.

En cambio, ese cuestionamiento de la competencia de la Corte Interamericana sí aparece en el voto concurrente del juez Fayt en *Espósito* y en el voto disidente de los jueces Fayt/Argibay en *Derecho*. Estos jueces cuestionaron que la Corte Interamericana pudiera ordenar la revisión de sentencias internas, al menos en las concretas circunstancias de los casos analizados. Según esta postura, permitir que la Corte Interamericana ordene la revisión de una sentencia interna sería tanto como reconocer que tiene atribuciones para emitir condenas penales, lo que no podría de modo alguno aceptarse porque, como la propia Corte Interamericana lo ha dicho, su juicio se refiere solo a la responsabilidad del Estado y no a la de los individuos.<sup>20</sup>

Los votos de Fayt y de Fayt/Argibay recién citados son, de algún modo, antecedentes de la respuesta mayoritaria y concurrente de la Corte argentina en *Fontevicchia*. En efecto, la respuesta de la mayoría de la Corte Suprema argentina (Lorenzetti/Highton/Rosenkrantz) en este último caso fue que la Corte Interamericana no tiene competencia para revisar

20. Entre otros, CORTE IDH, *Opinión Consultiva sobre Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*, OC -14/94, del 9 de diciembre de 1994, serie A, nro. 14.

sentencias internas. El voto concurrente (Rosatti) también insinuó que la Corte Interamericana no era competente, pero sin desarrollar *in extenso* este punto. Así que nos centraremos aquí en el voto de la mayoría, que se sustentó en dos argumentos. Por un lado, la mayoría argumentó que la Corte Interamericana es una instancia subsidiaria y no una *cuarta instancia* que pueda dejar sin efecto las sentencias de los tribunales nacionales. Por otro lado, la Corte argentina dijo que la Corte Interamericana no tiene, en virtud de la Convención Americana, competencia concreta para ordenar que se deje sin efecto una sentencia interna.<sup>21</sup>

En cuanto al primer argumento hay coincidencia entre la Corte argentina y la propia Corte Interamericana. De hecho, esta última ha reconocido que ella no es una *cuarta instancia*.<sup>22</sup> No lo es ni podría razonablemente serlo porque, como enfatiza la Corte argentina, no hay identidad de elementos fundamentales entre los procesos interno e internacional: las partes son diferentes y el objeto también lo es (en el proceso interno dos sujetos de derecho interno discuten sobre la extensión de sus derechos respectivos; en el proceso internacional se discute si un Estado –en tanto sujeto de derecho internacional– ha cumplido sus obligaciones internacionales, actuando como contraparte un órgano de una organización internacional –la Comisión Interamericana– y, eventualmente, las presuntas víctimas).

Respecto del segundo punto, hay que recordar que el art. 63.1 de la Convención Americana dispone lo siguiente: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte [Interamericana] dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada". De este artículo, el voto mayoritario de la Corte argentina (Lorenzetti/Highton/Rosenkrantz) extrae la conclusión de que la Convención Interamericana "no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional" (considerando 13).

Es verdad que el art. 63.1 no establece expresamente que la Corte

21. Una defensa de esta postura de la mayoría en GARAY, A. F., "En ocasiones necesitamos educarnos en lo obvio", en *La Ley*, Buenos Aires, 23/02/2017, pp. 2-3.

22. Entre otros, CORTE IDH, *Perozo y otros vs. Venezuela*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de enero de 2009, serie C, nro. 195.

Interamericana tiene competencia para ordenar a un Estado que deje sin efecto una sentencia interna. Pero no hay que olvidar que, en virtud del art. 2 de la Convención Americana, "los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades [los derechos y libertades de la Convención]". Podría interpretarse entonces que si el Estado argentino ha adoptado una medida legislativa o de otro carácter que contraría la Convención Americana, la Corte Interamericana tiene competencia para disponer que "se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados" (art. 63.1) mediante la adopción de "las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades" (art. 2).

Un argumento claro a favor de la potestad de la Corte Interamericana de revisar decisiones judiciales<sup>23</sup> es que, expresa o implícitamente, la Corte normalmente tendrá que revisar una decisión judicial interna porque la Convención Americana exige como requisito para presentar una petición individual a la Comisión (paso previo para que esta pueda ir a la Corte) el agotamiento de los recursos internos (art. 46.1.a Convención Americana). Es verdad que existen excepciones al principio del agotamiento de los recursos internos (art. 46.2 Convención Americana), pero en la generalidad de los casos habrá una decisión judicial interna (y generalmente del máximo tribunal interno, además).<sup>24</sup>

Así, en la gran mayoría de los casos la Corte Interamericana estará revisando una sentencia interna. Sea que la violación surja de la propia sentencia interna (como sería por ejemplo el caso de una condena penal en contravención a la Convención) o sea que la violación surja de un hecho previo que la sentencia interna no corrige (como sucedería si, por ejemplo, un acto administrativo me deniega discriminatoriamente una prestación y las autoridades judiciales no corrigen esta situación). Y si la Corte Interamericana declara que el Estado ha violado un derecho convencional y le

23. El argumento aparece en ABRAMOVICH, V., *Comentarios sobre el 'Caso Fontevecchia'*, consultado en [<http://cjd.h.unla.edu.ar/noticia/126/comentarios-sobre-el-caso-fontevecchia>], el 05/03/2017.

24. Ver FAÚNDEZ LEDESMA, H., "El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en *Revista IIDH*, n° 46, 2007, pp. 43-122.

ordena deshacer el entuerto, en realidad le está ordenando que haga lo que sea necesario para que esa sentencia no produzca efectos.

Lo que sucede es que, en muchos casos, esta orden no se da de modo directo. Y si la violación no proviene de la sentencia interna misma, no es necesario dejarla formalmente sin efecto para que el derecho convencional sea restablecido. En nuestro ejemplo previo, la autoridad administrativa puede dictar un nuevo acto en el que me reconoce la prestación que me había denegado previamente de modo discriminatorio y el asunto está solucionado, sin necesidad de anular o revocar formalmente la sentencia judicial interna.

Claro que, cuando la violación proviene de la sentencia judicial misma (como sucede en los cuatro casos que aquí analizamos) la cuestión se torna más compleja. Porque aquí sí hay que dejar formalmente sin efecto esa sentencia para subsanar la violación convencional. Y aquí puede verse un punto ciego de la competencia de la Corte Interamericana. En efecto, el mayor obstáculo a la posibilidad de que la Corte Interamericana ordene dejar sin efecto una sentencia interna no proviene de que tal facultad no se halla expresamente mencionada en el art. 63 de la Convención, sino de la ausencia de identidad de partes entre el proceso interno y el proceso internacional. En efecto, la Corte Interamericana puede afectar los derechos de quien ha participado en el proceso interno pero, por no haber tenido la posibilidad de participar en el proceso internacional, no ha tenido la opción de ser oído. Veremos esto en la sección siguiente.

## V. ¿PUEDE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA JUZGAR EL MODO EN QUE LA CORTE INTERAMERICANA APLICA LA CONVENCION AMERICANA?

Como decíamos, más allá de si el artículo concreto de la Convención Americana que define la competencia de la Corte Interamericana establece o no la competencia de esta para ordenar que se revisen sentencias internas, existe un argumento sustantivo, que tiene base en la propia Convención Americana, que podría impedir que la Corte Interamericana ordene tal tipo de revisiones de forma general. Como es sabido, la contienda que tiene lugar ante la Corte Interamericana es entre, por un lado, la Comisión y eventualmente las presuntas víctimas de la violación convencional y, por otro lado, un Estado. Si el conflicto interno se desarrolló entre las víctimas que presentaron una petición relativa a su caso ante la Comisión Interamericana (y que además pueden ser parte en el proceso ante la Corte) y el

propio Estado, la sentencia que dicte la Corte Interamericana no afectará, al menos en principio, a terceras personas.

Pero es posible que el conflicto interno que origina el proceso ante la Corte Interamericana haya tenido protagonistas diferentes. Si alguno de estos protagonistas no ha podido intervenir ante la Corte Interamericana, el dictado por parte de esta Corte de una sentencia que afectara sus derechos podría ser contrario al derecho a ser oído que reconoce la propia Convención Americana.<sup>25</sup> De alguna manera, esto es lo que ocurrió en los cuatro casos que aquí analizamos.

En el caso *Cantos*, la Corte Interamericana ordenó que se dejara sin efecto una sentencia dictada en favor de determinados profesionales sin que esos profesionales fueran parte en el proceso. Esta circunstancia fue advertida en la Corte argentina por el voto de la mayoría (Fayt/Moliné O'Connor) y un voto concurrente (Vázquez), y el argumento se utilizó para denegar la revisión del monto de los honorarios profesionales en el plano interno. El mismo argumento apareció en el voto disidente del juez Boggiano, aunque la consecuencia que sacó este juez es que correspondía dar traslado a los profesionales afectados (no sabemos cómo habría resuelto el fondo del asunto una vez que los profesionales hubiesen contestado el traslado, previsiblemente oponiéndose a la reducción de sus honorarios).<sup>26</sup> También el voto disidente del juez Maqueda advirtió esta circunstancia, pero dijo que a pesar de ello la sentencia interamericana debía ser cumplida.

El mismo problema existía en el caso *Espósito*: la Corte Interamericana había declarado que la acción penal contra el señor Espósito no estaba prescrita, en un proceso en el que el señor Espósito no había tenido oportunidad de intervenir. Esto fue advertido por el voto mayoritario (Petracchi/Zaffaroni), que recordó que "la restricción de los derechos del imputado que [se] deriva de la inoponibilidad de la prescripción es consecuencia

25. El art. 8.1 de la Convención Americana expresamente establece "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

26. El voto de Boggiano intentó salvar la situación mediante una interpretación correctora de la sentencia interamericana, porque "pese a los términos en que está redactada la sentencia de la Corte Interamericana, corresponde indagar su verdadero sentido, ya que no es dable suponer que esta, como garante final de los derechos que el Pacto reconoce, consagre semejante menoscabo a ellos" (considerando 6).

de los hechos reconocidos por el gobierno argentino, en el marco de un procedimiento de derecho internacional en el que el acusado no ha tenido posibilidad alguna de discutirlos" (considerando 15). Y de allí sacó la lógica consecuencia de que se planteaba la paradoja "de que solo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa [...], garantizados al imputado por la Convención Interamericana" (considerando 16). A pesar de ello, la mayoría mandó cumplir el fallo interamericano. A idéntica conclusión llegó el voto concurrente de la jueza Highton, a pesar de reconocer que el señor Espósito no había sido parte en el proceso en el que se declaró que el proceso penal que lo tenía como imputado no estaba prescrito.<sup>27</sup>

En ese mismo caso, el juez Fayt avanzó un paso más que la mayoría y declaró que no se podía cumplir con la sentencia interamericana. Para Fayt, la Corte Interamericana puede ordenar a un Estado que lleve adelante una investigación penal (*deber de justicia penal*), pero "ello no significa que en ese deber pueda entenderse incluida la especificación de restricciones a los derechos procesales de los individuos concretamente imputados en una causa penal" (considerando 7). Fayt apuntó entonces a la misma paradoja que había señalado la propia mayoría: si se cumpliera la sentencia interamericana, "bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional [...] se llegaría a la inicua cuanto paradójica situación de hacer incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos en los instrumentos cuyo acatamiento se invoca" (considerando 9).<sup>28</sup>

El voto disidente de Fayt/Argibay en *Derecho* volvería sobre este mismo punto,<sup>29</sup> ya que en el caso se había declarado no prescrita la acción

27. El voto menciona esta circunstancia, aunque sin analizar su relación con la Convención Americana.

28. Sin embargo, como ya dijimos, el juez Fayt llegó a la misma conclusión material que la Corte Interamericana (que la acción penal contra los presuntos responsables de la muerte de Bulacio no estaba prescrita), pero sobre la base del solo derecho interno argentino. Es como si Fayt dijera: "declaro que la acción penal no está prescrita, pero no porque me lo mande la Corte Interamericana (que no tiene competencia para mandarme tal cosa y que además me lo está mandando contraviniendo la Convención Americana) sino porque así surge del derecho argentino". Es un caso claro de lo que en la introducción llamábamos solución dualista, con identidad material pero discordancia de justificaciones.

29. A diferencia de lo sucedido en *Espósito*, el voto disidente no encontró argumentos de

penal contra el señor Derecho sin que él hubiese sido parte en el proceso. Y lo mismo sucedió en el caso *Fontevecchia*, en el que la Corte Interamericana ordenó que se dejara sin efecto una sentencia dictada en favor del señor Menem sin que él fuera parte en el proceso. El voto de la mayoría en este último caso (Lorenzetti/Highton/Rosenkrantz), sin analizar el derecho a ser oído de la Convención Americana, estudió (como hemos visto) la competencia de la Corte Interamericana para tratar el asunto y concluyó que, como ella no era una cuarta instancia, no podía ordenar que se dejara sin efecto una sentencia interna. El voto del juez Rosatti, sin ahondar en él, mencionó el mismo punto. Aunque se la abordó como una cuestión de competencia y no como una cuestión sustantiva, la problemática analizada en *Fontevecchia* es la misma que en los casos anteriores: la Corte Interamericana no es una cuarta instancia, entre otras cosas, porque en ella no tuvo la posibilidad de intervenir el señor Menem.<sup>30</sup>

Por otra parte, así como podría señalarse la vulneración del derecho a ser oído (art. 8.1 de la Convención Americana) en las sentencias interamericanas *Cantos*, *Bulacio*, *Bueno Alves* y *Fontevecchia*, también podría argumentarse que se han vulnerado otros derechos sustantivos. En *Cantos* se estaría vulnerando el derecho a la propiedad (art. 21) (mayoría Fayt/Moliné O'Connor; voto de Vázquez; voto de Boggiano); en *Espósito*, el derecho al pronunciamiento en un plazo razonable (arts. 7 y 8), íntimamente vinculado al instituto de la prescripción (mayoría Petracchi/Zaffaroni; voto de Fayt); en *Derecho*, igualmente el derecho al pronunciamiento en un pla-

---

derecho interno para llegar a la misma conclusión material que la Corte Interamericana. La respuesta fue, pues, que la causa estaba irrevocablemente prescrita.

30. Con todo, la respuesta de los jueces Fayt/Argibay en *Derecho* resultó de algún modo menos confrontativa que la respuesta de la mayoría (Lorenzetti/Highton/Rosenkrantz) y la concurrencia (Rosatti) en *Fontevecchia*, a pesar de que el argumento fuera el mismo (el de la incompetencia de la Corte Interamericana). Porque, como hemos visto, en el caso *Bueno Alves* la Corte Interamericana no había ordenado expresamente al Estado argentino que dejara sin efecto una sentencia sino, de modo más genérico, que investigara determinados hechos y aplicara las consecuencias que la ley previera. Había, pues, un margen para interpretar, como lo hicieron los jueces Fayt y Argibay, que la Corte Interamericana no había querido ordenar la reapertura de un proceso penal ya cerrado. La respuesta del voto Fayt/Argibay fue: "de acuerdo, el Estado realizará las investigaciones y aplicará las consecuencias legales; pero tales consecuencias no pueden implicar reabrir un proceso penal prescrito porque usted (Corte Interamericana) no puede ordenarme tal cosa, de modo que entiendo que no ha sido su intención ordenarme eso".

zo razonable (arts. 7 y 8), por su vinculación al instituto de la prescripción (mayoría Highton/Petracchi/Zaffaroni, por remisión a sus opiniones en *Espósito*; disidencia de Fayt/Argibay); en *Fontevicchia*, nuevamente el derecho a la propiedad (art. 21) (aunque no es mencionado expresamente en ninguno de los votos el derecho convencional a la propiedad, los mismos argumentos que esos votos usan para defender la protección constitucional de la cosa juzgada podrían usarse para proteger el derecho a la propiedad de la indemnización ya reconocida al señor Menem).

En estos términos, y como queda dicho, sería posible, desde una tribuna académica, sostener que la Corte Interamericana ha resuelto los casos aquí mencionados de modo que, al resguardar los derechos de quienes aparecían como víctimas en ellos, se han vulnerado los derechos (procesales y/o sustantivos) de terceras personas. Sin embargo, como es obvio, el problema más acuciante es si esta constatación puede ser hecha, no en un estudio académico, sino por la Corte argentina en sus sentencias. En otras palabras: ¿puede la Corte Suprema cuestionar la aplicación de la Convención Americana que ha sido realizada por la propia Corte Interamericana? La Corte Interamericana, obviamente, negaría tal posibilidad: según su propio criterio, ella es el máximo intérprete de la Convención.

En su voto concurrente en la causa *Espósito*, el juez Boggiano recordaba la jurisprudencia de la Corte argentina en el sentido de que la mencionada constitucional a las "condiciones de su vigencia" en relación con los tratados internacionales constitucionalizados implica que ellos rigen en el plano interno tal como rigen en el plano internacional. En otras palabras: la Convención Americana rige en el plano interno tal como la interpreta la Corte Interamericana.

Este criterio es coherente con los precedentes de la propia Corte argentina en la materia. En *Giroldi*, la Corte Suprema interpretó que la expresión "en las condiciones de su vigencia" quería decir que tales tratados rigen en el plano interno tal como rigen en el plano internacional, de modo que se debe considerar como guía interpretativa la jurisprudencia de los órganos internacionales llamados a interpretarlos, en el caso una opinión consultiva de la Corte Interamericana.<sup>31</sup> El mismo criterio fue adoptado en

31. CSJN, *Giroldi, Horacio D. y otro s/ Recurso de casación*, Fallos 318:514 (1995). Un año más tarde, en CSJN, *Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación –causa no.*

los casos *Simón*<sup>32</sup> y *Mazzeo*,<sup>33</sup> en los que para declarar sin efecto las leyes de obediencia debida y punto final así como los indultos que habían beneficiado a responsables de crímenes cometidos durante la última dictadura, recurrió al argumento de que tales actos eran contrarios a la Convención Americana tal como había sido interpretada por la Corte Interamericana (en un caso contencioso en el que la Argentina no había sido parte). En *Arce* ordenó revisar una condena perpetua dictada contra un menor porque la Corte Interamericana había decidido, en un caso contra Argentina pero que no involucraba a ese menor en concreto, que tal tipo de penas no podían aplicarse a menores.<sup>34</sup>

Sin embargo, el hecho de que la Constitución establezca que los tratados internacionales con jerarquía constitucional rigen "en las condiciones de su vigencia", y que otros precedentes de la Corte hayan interpretado esta afirmación del modo antedicho, no ha sido obstáculo para que, en los casos aquí estudiados y tal como lo hemos señalado, la Corte Suprema argentina haya afirmado que la solución dada por la Corte Interamericana era contraria a la Convención Americana (a pesar de que, obviamente, la Corte Interamericana sostuviera lo contrario).<sup>35</sup>

---

44.891–, Fallos 319:1840 (1996), la Corte dio el mismo valor interpretativo a los precedentes de la Comisión Interamericana, aunque sin aclarar si correspondía darles carácter vinculante (a este respecto, ver nota 11).

32. CSJN, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.* (causa N° 17.768), Fallos 328:2056 (2005).

33. CSJN, *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad – Riveiros*, Fallos 330:3248 (2007).

34. CSJN, *Arce, Diego Daniel s/homicidio agravado*, A 1008 XLVII REX (2014). El caso interamericano citado era CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Mendoza y otros c. Argentina*, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia de 14 de mayo de 2013, serie C, nro. 260.

35. El hoy juez Rosenkrantz se había pronunciado con anterioridad en contra de la utilización del derecho extranjero en la jurisprudencia nacional. Para Rosenkrantz el *derecho extranjero* incluye las sentencias de la Corte Interamericana, cuya utilización en el plano interno introduciría complejidades que debilitarían la posibilidad de que la ciudadanía comparta y endose las sentencias de los tribunales internos, además de afectar una cultura constitucional que exigiría que la Constitución y sus tradiciones de interpretación sean vistas como el único recurso al que hay que referirse para resolver los conflictos colectivos en una sociedad democrática. ROSENKRANTZ, C. F., "Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n° 8, Buenos Aires, 2007. ROSENKRANTZ, C. F., "En contra de los Préstamos y otros usos no autoritativos del derecho extranjero", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n°

## VI. ¿PUEDE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA NEGARSE A CUMPLIR UNA SENTENCIA INTERAMERICANA ARGUMENTANDO QUE VULNERA LA CONSTITUCIÓN?

La Corte Interamericana, al decidir un caso, aplica la Convención Americana. Para ella, el derecho interno de los Estados es un hecho, que puede ser conforme o no con la Convención Americana. Y, como es bien sabido, los Estados no pueden invocar su derecho interno para negarse a cumplir con una convención internacional.<sup>36</sup> Para la Corte Interamericana, ella es el supremo intérprete de la Convención que, a su vez, se impone a cualquier norma de derecho interno de los Estados, incluida la Constitución.

La perspectiva del órgano judicial interno puede ser diferente. Puede suceder que la Corte argentina no encuentre ninguna contradicción entre la norma interamericana tal como es interpretada por la Corte Interamericana y el derecho interno, y decida aplicar internamente la solución interamericana.<sup>37</sup> Pero puede también ocurrir que la Corte argentina constataste que una disposición de la Convención Americana tal como es interpretada por la Corte Interamericana contradice una regla del derecho interno. La pregunta ineludible es, pues, cuál de las dos reglas prevalece: ¿la regla interamericana interpretada por San José o la regla interna interpretada por Buenos Aires?

Como es bien sabido, antes de la reforma de 1994 el criterio tradicional de la Corte Suprema argentina era que los tratados internacionales y las leyes estaban al mismo nivel, ambos por debajo de la Constitución. Esta forma de interpretación cambió en el caso *Ekmekdjian*, en el que la Corte Suprema sostuvo que los tratados internacionales prevalecen sobre el derecho interno.<sup>38</sup> Un poco después, en *Fibraca*, aclaró que eso era así mientras fueran respetados los principios de derecho público establecidos en la Constitución.<sup>39</sup>

---

6, Buenos Aires, 2005.

36. Este principio está reconocido en el art. 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados celebrados entre Estados y es además un principio de derecho internacional consuetudinario.

37. Y esto incluso con independencia de que exista una condena contra la Argentina en relación con el caso considerado: los órganos internos pueden utilizar la jurisprudencia interamericana como guía para dictar sentencias, como vimos al final de la sección anterior.

38. CSJN, *Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros*, Fallos 315:1492 (1992).

39. CSJN, *Fibraca Constructora SCA. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, Fallos 316:1669 (1993). La misma solución en CSJN, *Cafés La Virginia S.A. s/ Apelación –por*

La reforma constitucional de 1994 receptó este criterio al establecer que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75.22), lo que implícitamente implica concederles jerarquía infraconstitucional. Pero además, enumeró una serie de tratados que "en las condiciones de su vigencia" gozan de jerarquía constitucional (art. 75.22). Tales tratados "no derogan artículo alguno de la primera parte de [la] Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" (art. 75.22). El Congreso puede, por mayorías especiales, ampliar la lista de los tratados con jerarquía constitucional.

Como puede verse, el mayor problema resulta saber qué quiere decir la expresión "no derogan..." recién transcrita. En abstracto, parece que es posible dar dos interpretaciones a esta afirmación. La primera sería aquella según la cual el constituyente habría constatado que no hay contradicción entre los tratados internacionales con jerarquía constitucional (entre ellos, la Convención Americana) y la primera parte de la Constitución. Si esto fuera así, ningún juez argentino podría decir que hace prevalecer una disposición de la primera parte de la Constitución<sup>40</sup> por encima de un tratado internacional (más allá de cuál sea la solución materialmente adoptada, se debería mantener al menos la ficción de que no existe contradicción entre ambos textos). Llamaremos a esta interpretación *posición armonizadora*.<sup>41</sup> La segunda interpretación posible es decir que la primera parte

---

*denegación de repetición*, Fallos 317:1282 (1994), afirmando la supremacía de un tratado internacional sobre las leyes internas. En CSJN, *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, Fallos 318:2148 (1995), se afirmó que los delitos de lesa humanidad resultan imprescriptibles por aplicación del *ius cogens*, por encima de lo que puedan disponer normas internas. Se dio de este modo carácter suprallegal también al derecho internacional de fuente consuetudinaria. La misma conclusión en CSJN, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio y asociación ilícita*—causa no. 259—, Fallos 328:341 (2004). CSJN, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.* (causa N° 17.768), Fallos 328:2056 (2005). CSJN, *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad*—Riveros, Fallos 330:3248 (2007). 40. Quizá tampoco de la segunda, aunque analizar esta cuestión nos llevaría aquí demasiado lejos.

41. Esta posición aparece en varios precedentes de la Corte Suprema argentina, anteriores y posteriores a *Cantos*. CSJN, *Monges, Analía c/ Universidad de Buenos Aires-resol. 2314/95*, Fallos 319:3148 (1996). CSJN, *Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajuste por movilidad*, Fallos 319:3241 (1996). CSJN, *Petric, Domagoj Antonio c/ Diario Página 12*, Fallos 321:885 (1998). CSJN, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio y asociación ilícita*—causa no. 259—, Fallos 327:3312 (2004).

de la Constitución se impone a los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Llamaremos a esta interpretación *posición de la primacía constitucional*.

En el caso *Cantos*, como ya dijimos, el voto de la mayoría (Fayt/Moliné O'Connor) y uno de los votos concurrentes (Vázquez) declararon que la reducción de los honorarios de los profesionales intervinientes no podía hacerse, tal como lo había ordenado la Corte Interamericana, porque ello suponía desconocer derechos constitucionalmente protegidos de esos profesionales (particularmente, las garantías judiciales porque no habían sido oídos y el derecho de propiedad; en el voto de Vázquez había, además, una mención incidental a la cosa juzgada). En el mismo caso, el voto concurrente de los jueces Petracchi/López se centró en el valor de la cosa juzgada en el derecho constitucional argentino: sostuvo que no era posible cumplir con lo mandado por la Corte Interamericana porque eso suponía dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Correspondía al Poder Ejecutivo adoptar las medidas apropiadas o instar la acción legislativa necesaria para cumplir con la sentencia internacional. Se optaba así por la primacía de la Constitución por encima del derecho interamericano tal como es interpretado por la Corte Interamericana.<sup>42</sup>

La misma primacía de la Constitución sería defendida por el voto concurrente del juez Fayt en *Espósito* y por el voto disidente de los jueces Fayt/Argibay en *Derecho*.<sup>43</sup> En *Espósito* el juez Fayt sostuvo que si la solución de la Corte Interamericana (declarar imprescriptible una acción penal que no está calificada como tal y sin dar intervención al interesado) vulnera principios de derecho interno (principio de legalidad, defensa en juicio, proceso en plazo razonable), el juez interno debe aplicar el derecho interno, con su propia jerarquía normativa, que consagra la superioridad de

42. Aunque de un modo un poco menos explícito, quizá también podría sostenerse que los votos de Fayt/Moliné O'Connor y Vázquez son compatibles con la otra interpretación posible de la expresión "no derogan...". En efecto, ambos votos dicen que cumplir con la sentencia interamericana llevaría a violar la Convención Americana, con lo que implícitamente indican que la Corte Interamericana ha aplicado mal la Convención (ver apartado 4 de este trabajo). Los jueces podrían estar diciendo: "si la Corte Interamericana aplicara bien la Convención, no habría contradicción alguna entre la primera parte de la Constitución y la Convención, de modo que no se plantearía la pregunta de cuál prevalece". Este juego interpretativo no parece viable en el caso del voto Petracchi/López.

43. Vale aquí lo mismo señalado en la nota anterior respecto de los votos Fayt/Moliné O'Connor y Vázquez en la causa *Cantos*, sobre la posibilidad de la doble interpretación.

los principios constitucionales.<sup>44</sup> Y, en el caso *Derecho*, el voto disidente (Fayt/Argibay) negó la reapertura de la causa porque, dijo, eso implicaría crear *ex post* una nueva causa de imprescriptibilidad, en vulneración de principios constitucionales.

La posición armonizadora puede verse en el voto concurrente del juez Boggiano en *Espósito*. Boggiano no advierte contradicción entre la solución interamericana y la Constitución argentina, porque entiende que la frase según la cual los tratados con jerarquía constitucional "no derogan..." supone que el constituyente ha efectuado un control sobre tales tratados y ha verificado que tales tratados no contradicen la Constitución. Según Boggiano, "las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarios y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente" (considerando 19).

El problema que tiene la posición armonizadora es que admitir ficcionalmente que no existe contradicción entre la Convención Americana y la Constitución no evita que, en algunos casos, las tensiones afloren realmente (de la misma manera que puede haber tensiones entre dos artículos de la propia Constitución que tienen indudablemente el mismo valor normativo). La postura armonizadora obliga a que en tales casos (tensiones entre una disposición constitucional y una disposición de la Convención Americana) se halle un balance adecuado (de la misma manera que sucedería con dos disposiciones del propio texto de la Constitución).

En este punto, sin embargo, la posición armonizadora lleva a un callejón sin salida. Porque la Corte Suprema puede hallar ese balance adecuado entre la disposición interamericana en abstracto y la disposición constitucional en abstracto, ajustando las interpretaciones de esas disposiciones. Pero es mucho más difícil encontrar ese balance cuando la interpretación de una de esas disposiciones (la interamericana) le viene dada de antemano a la Corte argentina. Aquí la Corte argentina tiene dos opciones: aplica la norma interamericana tal como es interpretada por San José en perjuicio de la disposición constitucional argentina (lo que, en los hechos, implica admitir la primacía de la Convención sobre la Constitución) o la reajusta

44. Afortunadamente para la armonía de jurisdicciones, esta disquisición no tiene consecuencia práctica alguna en este asunto concreto, porque por derivación de las propias reglas legales argentinas sobre prescripción (y no por una imprescriptibilidad inexistente) y en un proceso interno en el que sí ha tenido intervención el interesado (a diferencia del proceso interamericano) es posible declarar que la acción penal contra Espósito no está prescrita.

hasta hacerla compatible con la Constitución (desobedeciendo entonces total o parcialmente la sentencia interamericana).

Esto es manifiesto en el voto mayoritario (Petracchi/Zaffaroni) en *Espósito*. Para la mayoría de la Corte argentina, la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Bulacio* subordina los derechos del acusado (la prescripción de la acción penal) a los derechos del acusador (castigar una violación a los derechos humanos), haciendo recaer sobre el imputado las consecuencias de la falta de diligencia de las autoridades estatales en la investigación del caso de forma incompatible con el art. 18 de la Constitución Nacional. A pesar de ello, la mayoría cumple cabalmente la decisión interamericana: el art. 18 de la Constitución queda subordinado a la Convención Americana tal como es interpretada por la Corte Interamericana. El problema es claro: aunque el art. 75.22 de la Constitución es susceptible de varias lecturas, la de la primacía de la Convención sobre la Constitución no parece ser una de ellas.

El caso *Fontevecchia* implica un retorno al criterio de *Cantos*. Según el voto de la mayoría (Lorenzetti/Highton/Rosenkrantz), el art. 27 de la Constitución impide que se dé cumplimiento a una sentencia que contradiga los principios de derecho público establecidos en la Constitución. Dejar sin efecto una sentencia del máximo tribunal interno pasada en autoridad de cosa juzgada vulneraría tales principios. Ahora bien, parece que el argumento de la Corte argentina es que esos principios se verían vulnerados no tanto porque se afectara la cosa juzgada en sí misma (algo que es señalado sin mucho énfasis), sino porque se afecta el carácter supremo del máximo tribunal argentino: "usted no puede darme órdenes a mí porque si yo aceptara sus órdenes se verían vulnerados principios fundamentales de la Constitución de la que surge mi propia autoridad".<sup>45</sup> Es un regreso a la tesis de la primacía constitucional.

El voto concurrente del juez Rosatti comparte, en lo fundamental, los argumentos de la mayoría. El argumento de derecho interno es sintetizado claramente cuando dice que, en virtud del art. 27 de la Constitución, "no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno,

45. Gargarella ha criticado el excesivo celo de la Corte argentina en la defensa de sus competencias, llamando también la atención sobre el hecho de que no cabe asumir sin más una superioridad automática de la Corte Interamericana sobre la Corte Suprema argentina. GARGARELLA, R., "La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana", en *La Ley*, Buenos Aires, 23/02/2017, p. 3.

el derecho internacional –sea de fuente normativa o jurisprudencial– sobre el ordenamiento constitucional” (considerando 5). Pero Rosatti saca una conclusión diferente de la de la mayoría. Dice que la solución que se adopte debe producirse en el contexto de un *diálogo jurisprudencial* que procure mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencias para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, reconociendo a la Corte Interamericana como último intérprete de la Convención Americana y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución argentina. En consecuencia, la retirada de efectos a la sentencia de la Corte Suprema no puede darse por su revocación formal (porque tal revocación formal es inviable en derecho argentino) sino que debe entenderse cumplida por el cumplimiento de las otras dos mandas de la Corte Interamericana (publicación de la sentencia interamericana e indemnización pecuniaria). En otras palabras, la Corte Interamericana dice: “publique, indemnice y deje sin efecto la sentencia”. Y el voto del juez Rosatti contesta: “se ha publicado, se está en vías de indemnizar y se interpreta que, con la publicación y la indemnización, se habrá dejado sin efecto la sentencia”. O sea: que el Estado argentino ha cumplido, porque tiene la voluntad de dejar sin efecto la sentencia y así lo declara, aunque no lo haga porque no puede hacerlo (por disposiciones de su derecho interno).

## VII. CONCLUSIONES: ALGUNAS PROPUESTAS INTERPRETATIVAS

Intentaremos aquí defender posibles respuestas a las preguntas que hemos planteado que resuelvan de la mejor manera posible la tensión que se plantea entre la jurisdicción interna y la internacional. La pregunta 1, obviamente, debe ser respondida de modo afirmativo. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias, tanto en el plano internacional como en el plano interno. En el plano internacional, porque el art. 68 de la Convención Americana les otorga esa fuerza vinculante y la Argentina está obligada a cumplir ese tratado. En el plano interno, porque incluso si se adopta una postura radicalmente dualista que prescinde del art. 68 de la Convención Americana en sí mismo, resulta que tal artículo tiene jerarquía constitucional (art. 75.22 de la Constitución). Esta conclusión, por otra parte, carece de toda originalidad: nadie niega como cuestión de principio que las sentencias interamericanas sean obligatorias.

Obviamente, como cualquier órgano jurisdiccional, la obligatoriedad de sus decisiones depende de que ellas hayan sido dictadas en el marco de sus competencias (respuesta a la pregunta 2). La cuestión aquí es que no hay otro órgano, más allá de la propia Corte Interamericana, que tenga competencia para evaluar su propia competencia. Y esto no solo por razones de derecho internacional, sino también por razones constitucionales (los arts. 61 y siguientes de la Convención Americana, en cuanto establecen la competencia de la Corte Interamericana, también tienen jerarquía constitucional). Los órganos internos del Estado argentino deben suponer que las sentencias de la Corte Interamericana han sido dictadas dentro de sus competencias, del mismo modo que los particulares debemos suponer que las sentencias dictadas por cualquier juez lo han sido dentro de sus competencias.

La pregunta 3 también debe ser contestada de modo afirmativo, por las razones dadas en el apartado 4: la Corte Interamericana puede ordenar que se deje sin efecto una sentencia interna. La Corte Interamericana no puede revocar o anular directamente una sentencia interna, porque (como todos están de acuerdo en señalar) ella no es una *cuarta instancia* respecto de los tribunales internos. Lo que sí puede hacer la Corte Interamericana es ordenar al Estado argentino que adopte las medidas necesarias para que una sentencia interna no produzca efectos. Ahora bien, en tal caso la Corte Interamericana no está actuando como una *cuarta instancia* en ejercicio de funciones judiciales argentinas, de la misma manera que no actúa en ejercicio de funciones legislativas argentinas cuando ordena al Estado argentino que modifique su legislación interna en algún determinado aspecto.

Así, cuando en el caso *Fontevicchia* la Corte Interamericana ordena dejar sin efecto la sentencia interna no hay que interpretar que dice: "yo, Corte Interamericana, le ordeno a usted, Corte Suprema argentina, que revoque/anule esta sentencia interna". Hay que interpretar que dice: "yo, Corte Interamericana, le ordeno a usted, Estado argentino, que haga lo que tenga que hacer en derecho interno para que esta sentencia no produzca efectos".<sup>46</sup>

46. Esta es la interpretación propiciada por el ex juez de la Corte Suprema argentina y actual juez de la Corte Interamericana, Eugenio Zaffaroni, en nota de prensa. ZAFFARONI, E., *Zaffaroni: la Corte Suprema declara su independencia del Estado*, consultado en [<https://agenciapacourondo.com.ar/secciones/ddhh/22099-zaffaroni-a-corte-suprema-declara-su-independencia-del-estado>], el 05/03/2017. También ha sido defendida por ABRAMOVICH, V., *Comentarios...*, ob. cit.

La pregunta 4 es de más difícil respuesta. Obviamente, sería deseable que la Corte Interamericana obrara con la prolijidad técnica necesaria para que sus sentencias, al reconocer la vulneración de un derecho convencional, no vulneraran a su vez el derecho de un tercero. Como señalamos en el apartado 5 de este trabajo, podrían plantearse dudas acerca de la compatibilidad de las sentencias *Cantos* y *Fontevicchia* con el derecho a la propiedad privada (art. 21 de la Convención Americana) de los profesionales que habían intervenido en el proceso judicial interno o del señor Menem que se vería privado de una indemnización reconocida previamente; de la compatibilidad de las sentencias *Bulacio* y *Bueno Alves* con el derecho al pronunciamiento en un plazo razonable (arts. 7 y 8 de la Convención Americana) en favor de los señores Espósito y Derecho; y de la compatibilidad de las cuatro sentencias interamericanas con el derecho a ser oído en todo proceso que pueda afectar los propios derechos (art. 8 de la Convención Americana) en relación con los profesionales y los señores Menem, Espósito y Derecho.

Pero sea como fuere, no parece que la Corte Suprema argentina pueda revisar la interpretación que de la Convención Americana haga la Corte Interamericana. Esto es evidente en el plano internacional, en el que resulta inadmisibles que un Estado desconozca una sentencia argumentando que el juez internacional resolvió de modo incorrecto. Pero también es difícil de sostener en el plano puramente interno, porque aunque es verdad que la Corte Suprema es *suprema*, tal supremacía solo funciona en el ámbito de sus competencias. La Corte Suprema no puede, por ejemplo, revisar la interpretación que del derecho común hacen los jueces ordinarios (en la medida, obviamente, que no interfiera con la primacía del derecho federal), porque tal interpretación le ha sido constitucionalmente conferida a los jueces ordinarios. De la misma manera, la mención de la Convención Americana en el art. 75.22 de la Constitución permite sostener que la Corte Suprema no puede revisar la interpretación que de la Convención Americana haya hecho la Corte Interamericana, porque el ejercicio definitivo de tal función está encomendado a la Corte Interamericana.

Cuestión diferente es la planteada en la pregunta 5 de este trabajo. En virtud del art. 27 (y quizá también del 75.22) de la Constitución, puede argumentarse que la Corte Suprema argentina puede hacer pasar la solución interamericana por el filtro de los "principios de derecho público reconocidos por [la] Constitución". Esta solución puede, obviamente, desencadenar una nueva responsabilidad internacional del Estado argen-

tino si tal filtro lleva a la conclusión de que la sentencia interamericana no puede cumplirse porque los principios constitucionales lo impiden. Pero es que, forzoso es admitirlo, estamos aquí ante un punto ciego: cumplir sin más la sentencia interamericana puede llevar a la vulneración de principios constitucionales; no cumplir la sentencia interamericana puede llevar a la responsabilidad internacional del Estado.<sup>47</sup> No hay modo de solucionar en términos teóricos esta disyuntiva; y los efectos prácticos dependerán de quién esté llamado a resolver el asunto concreto. Cuando el asunto cae en manos de un juez internacional, este aplicará el derecho internacional por encima del interno; cuando el asunto cae en manos de un juez interno, este podrá aplicar la Constitución por encima del derecho internacional.

La Corte Suprema, obviamente, debe actuar siempre de modo de intentar evitar la responsabilidad internacional del Estado del cual es un órgano. Por eso se impone realizar el mayor esfuerzo interpretativo posible para evitar tener que afirmar la incompatibilidad entre una sentencia interamericana y un principio constitucional argentino. Así, por ejemplo, la protección constitucional de la cosa juzgada no podría utilizarse para desconocer la sentencia interamericana, porque la norma que dispone que las sentencias interamericanas son obligatorias tiene jerarquía constitucional (art. 68 de la Convención Americana leído *a través del* art. 75.22 de la Constitución) y, dado que es requisito para recurrir al sistema interamericano el agotar previamente los recursos internos (art. 46 de la Convención Americana leído *a través del* art. 75.22 de la Constitución) se ha de suponer que la sentencia interamericana condenatoria implicará en la generalidad de los casos dejar sin efecto (expresa o implícitamente) una sentencia interna.<sup>48</sup> Está en la propia lógica del sistema interamericano que las sentencias de San José se impongan sobre las sentencias internas.<sup>49</sup>

47. En definitiva, la Constitución argentina reivindica su supremacía frente al derecho internacional; el derecho internacional reivindica su supremacía frente al derecho interno argentino, incluida la propia Constitución. SOLA, J. V., GONZÁLEZ TOCCI, L. y CAMINOS, P. A., "La Corte Suprema y la Corte Interamericana", en *La Ley*, Buenos Aires, 23/02/2017, p. 20.

48. El carácter relativo de la cosa juzgada de las sentencias de la Corte Suprema argentina fue reconocido por ella misma en los precedentes citados en este trabajo, cuando dejó sin efecto la sentencia interna previa sobre la base de la decisión interamericana. Ver PIZZOLLO, C., "¿Ser 'intérprete supremo' en una comunidad de intérpretes finales?", en *La Ley*, 23/02/2017, p. 10.

49. Una interpretación semejante en ABRAMOVICH, V., *Comentarios...*, ob. cit. También

De la misma manera, el principio constitucional que se invoca para inaplicar la sentencia interamericana no puede ser el de la supremacía de la Corte Suprema argentina. Porque esta supremacía, como ya se indicó, es supremacía en el ámbito de su competencia. Y no parece razonable interpretar la competencia de un órgano constitucionalmente previsto (la Corte Suprema) de modo que se vacíe totalmente de contenido a la competencia de otro órgano previsto en un tratado con jerarquía constitucional (la Corte Interamericana). Lo que seguramente sería deseable, para clarificar este punto, es que el legislador habilitara una vía procesal específica, como sucede en otros países,<sup>50</sup> para hacer efectiva la revisión de las sentencias internas que son incompatibles con sentencias interamericanas. Esta solución contribuiría a reafirmar la competencia de los tribunales internos y, en particular, de la propia Corte Suprema, que no sentirían que están simplemente *obedeciendo una orden* que viene de San José, sino que estarían revisando una sentencia interna a la luz de una nueva interpretación del derecho interamericano que es obligatoria para el Estado argentino. Y no se verían llevados a interpretar que revocan o anulan una sentencia interna previa porque lo manda la Corte Interamericana, sino que podrían decir: "revoco/anulo esta sentencia previa porque *yo he constatado* que es incompatible con el derecho interamericano hoy vigente".

Creemos que esta última interpretación, que se vería favorecida por la existencia de la mencionada vía procesal interna, podría ayudar a solucionar, al menos en casos como *Fontevecchia*, la disyuntiva entre el derecho interno y el derecho internacional. En efecto, la principal disyuntiva en este caso no era, por decirlo de alguna manera, sustantiva, sino procedimental. No es que la Corte Interamericana dijera "la libertad de expresión prevalece sobre la intimidad" y la Corte argentina le respondiera "yo no voy a

---

GONZÁLEZ CAMPAÑA, G., "La Corte reconoce la obligatoriedad de la jurisprudencia internacional (¿Sigue siendo Suprema?)", en *La Ley*, Buenos Aires, 2005-23-B, p. 801.

50. En España, por ejemplo, el art. 5bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: "Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión".

cumplir con la sentencia internacional porque yo creo que la intimididad prevalece sobre la libertad de expresión”. Lo que la Corte argentina responde es “yo no voy a dejar sin efecto la sentencia porque usted no puede ordenarme cómo debo dictar sentencias”.

Claro que, se dirá, esto no solucionará el eventual problema sustantivo. Porque, una vez instaurado ese cauce procesal, siempre existirá el riesgo de que el tribunal argentino que, a través de él, deba revisar la sentencia interna anterior para hacer efectiva la sentencia interamericana diga: “de acuerdo, voy a revisar la sentencia interna previa porque debo hacerlo de conformidad con la nueva interpretación del derecho interamericano que surge de la sentencia interamericana y el derecho interno argentino me proporciona el cauce para hacerlo”; pero que luego agregue: “he revisado la sentencia interna previa y no puedo cumplir con lo que usted [Corte Interamericana] dice que es la solución correcta según el derecho interamericano, porque tal solución contraría principios fundamentales de la Constitución argentina”. En otras palabras, que diga: “no puedo revisar los honorarios de los profesionales o privar de la indemnización al señor Menem porque esto afectaría el derecho de propiedad constitucionalmente reconocido”; o “no puedo reabrir el proceso judicial contra los señores Espósito y Derecho porque esto vulneraría el principio de legalidad constitucionalmente reconocido”.

Este riesgo existe y no parece tener solución posible que no sea la de una reforma constitucional que consagre una superioridad absoluta (inclusive por encima de la propia Constitución) del derecho interamericano tal como es interpretado en San José. Si esta solución es deseable o no, es otra discusión.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor, *Comentarios sobre el ‘Caso Fontevecchia’*, consultado en [<http://cjd.h.unla.edu.ar/noticia/126/comentarios-sobre-el-caso-fontevecchia>], el 05/03/2017.
- ALBANESE, Susana, “La Corte Suprema y el alcance de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana 1994-2014”, en *Pensar en Derecho*, n° 5, Buenos Aires, 2015, pp. 105-133.
- AMERASINGHE, Chittharanjan F., *Jurisdiction of International Tribunals*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

DELLUTRI, Rodrigo, GARRO, Alejandro y ZUPPI, Alberto, *La obligatoriedad de las decisiones de la CIDH*, Buenos Aires, Edit. La Rocca, 2016.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Revista IIDH*, n° 46, 2007, pp. 43-122.

GARGARELLA, Roberto, “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana”, en *La Ley*, Buenos Aires, 23/02/2017, pp. 3-5.

GELLI, María A., “Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina”, en *La Ley*, Buenos Aires, 23/02/2017, pp. 5-7.

GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán, “La Corte reconoce la obligatoriedad de la jurisprudencia internacional (¿Sigue siendo Suprema?)”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2005-23-B, pp. 801-804.

HITTERS, Juan C., “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 10, 2008, pp. 131-155.

—, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Estudios constitucionales*, n° 7, 2009, pp. 109-128.

PIZZOLO, Calogero, “¿Ser ‘intérprete supremo’ en una comunidad de intérpretes finales?”, en *La Ley*, Buenos Aires, 23/02/2017, pp. 7-13.

ROSENKRANTZ, Carlos F., “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n° 8, Buenos Aires, 2007.

—, “En contra de los Préstamos y otros usos no autoritativos del derecho extranjero”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n° 6, Buenos Aires, 2005.

SHANY, Yuval, “Jurisdictional Competition between National and International Courts: Could International Jurisdiction-Regulating Rules Apply?”, en *Hebrew University International Law Research Papers*, n° 2, 2006.

—, *Regulating jurisdictional relations between national and international courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

SOLA, Juan V., GONZÁLEZ TOCCI, Lorena y CAMINOS, Pedro A., “La Corte Suprema y la Corte Interamericana”, en *La Ley*, Buenos Aires, 23/02/2017, pp. 20-22.

ZAFFARONI, Eugenio, *Zaffaroni: la Corte Suprema declara su independencia del Estado*, consultado en [<https://agenciapacourondo.com.ar/secciones/ddhh/22099-zaffaroni-la-corte-suprema-declara-su-independencia-del-estado>], el 05/03/2017.

*Lecciones y Ensayos*, Nro. 98, 2017

BOHM, María Laura, “Violencia estructural - Ejercicio de análisis de la realidad...”, pp. 51-99

## **VIOLENCIA ESTRUCTURAL. EJERCICIO DE ANÁLISIS DE LA REALIDAD DE COMUNIDADES INDÍGENAS WICHÍ, QOM Y PILAGÁ EN LA PROVINCIA ARGENTINA DE FORMOSA\***

MARÍA LAURA BÖHM\*\*

*“De Formosa... Es muy complicado.  
Parece que hay paisanos que no quieren saber nada con nosotros.  
Somos aborígen. Y vamos a quedar aborígen”.*  
(Ernesto, El Chorro, 8 de febrero de 2017)

\* Recepción del original: 12/06/2017. Aceptación: 29/06/2017.

\*\* Tanto esa investigación troncal iniciada años atrás, como este fragmento aquí presentado, y en especial el trabajo previo como el posterior a los viajes que aquí por primera vez se comentan, fue acompañado por el estudio realizado en gran medida en el contexto del Seminario de Investigación sobre Grandes Empresas y Violaciones de Derechos Humanos en América Latina (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires), el cual dirijo y fue iniciado, a mediados del año 2015, gracias a la financiación de mi actividad académica por parte del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), y también gracias a la recepción de mi propuesta académica por parte del Prof. Dr. Ricardo Rabinovich Berkman, director del Departamento de Ciencias Sociales. La actividad del seminario fue creciendo y estoy por eso profundamente agradecida a quienes son parte, quienes encuentro tras encuentro enriquecen la discusión y el pensamiento sobre estos temas. En distintos momentos de los viajes, incluso, pudo participar también uno de los investigadores del grupo, Leandro Costanzo, quien fue compañero esencial en entrevistas, tomas de notas, fotografías, filmaciones, y, fundamentalmente, co-conversador esencial en todas las reflexiones que acompañaban y seguían a viajes y entrevistas, que tal vez no hubieran resultado como se esperaba si no hubieran podido llevarse adelante en equipo. Por eso un muy especial agradecimiento a su participación en los viajes. Y el saludo esencial, probablemente, al abogado, escritor y humanista, como me gusta llamarlo a mí, Luis Zapiola, quien literalmente hizo posible este primer acercamiento a la vida de los pueblos indígenas... y gracias a quien, finalmente, “pisé la huella del indio...”. A esta primera entrega seguirán más, por supuesto, pero era importante, aunque sufra de enormísimas fallas y carencias todavía, presentar primeras ideas, y agradecer por los aciertos a quienes fueron parte de ellos, y asumir toda responsabilidad por los desaciertos. Para comentarios y sugerencias que puedan corregir las visiones presentadas y enriquecer la continuidad del trabajo, mi dirección de contacto es [marialaurabohm@derecho.uba.ar](mailto:marialaurabohm@derecho.uba.ar).

**Resumen:** En el presente trabajo se explica el concepto de la violencia estructural de Johan Galtung y su potencial analítico, aplicado en este caso al estudio de comunidades y localidades wichí, qom y pilagá de la provincia argentina de Formosa. El análisis hace visible la marginalidad en que viven estas comunidades, pero al mismo tiempo pone de resalto que no es posible realizar una propuesta binaria en cuanto a la satisfacción o insatisfacción de necesidades básicas, y por lo tanto, de la violencia estructural. Se sostiene que es necesario introducir la variable tiempo y la posibilidad de gradualidad en la evaluación de la realidad a fin de adecuar tanto el estudio como la crítica y el diseño de programas de intervención a los contextos específicos de la realidad, y no únicamente a pautas generales de metadiscurso.

**Palabras clave:** violencia estructural – Formosa – comunidades indígenas – necesidades básicas

**Abstract:** In the present paper the concept of structural violence of Johan Galtung and his analytical potential is explained. It is applied here to the study of communities and localities Wichí, Qom and Pilagá of the Argentine province of Formosa. The analysis makes visible the marginality in which these communities live, but at the same time emphasizes that it is not possible to make a binary proposal as to the satisfaction or dissatisfaction of basic needs, and therefore of structural violence. It is argued that it is necessary to introduce the variable time and the possibility of graduality in the evaluation of reality. In this way, the description, analysis and criticism on the one hand, and the design of intervention programs, on the other hand, would fit to the specific contexts of reality, and not only to guidelines of general theoretical discourse.

**Keywords:** structural violence – Formosa – indigenous communities – basic needs

## I. INTRODUCCIÓN

En otro momento de la investigación de la que aquí se está presentando solo una arista, se explicó cómo durante los últimos cinco siglos las violaciones de derechos humanos en América Latina por parte de los diferentes representantes de distintos modelos estatales, así como por parte de los diversos actores económicos con actividad directa o indirecta en la

región, han sido y siguen siendo una constante.<sup>1</sup> Las actividades de tipo económica, directamente relacionadas con las violaciones de derechos humanos en el contexto latinoamericano, han sido en particular –pero no exclusivamente– aquellas vinculadas con las grandes empresas, muchas veces transnacionales, dedicadas a las industrias vinculadas con la exploración, explotación, procesamiento y comercialización de recursos naturales y sus derivados (minerales, fuentes hídricas, espacios forestales).<sup>2</sup> Consideramos que las normativas e instituciones que a lo largo de la historia se han ido ensayando, poniendo a prueba, implementando y desarrollando, en general han tenido su énfasis en la prevención y sanción administrativas y penales, y han demostrado ser ineficaces; por su parte, el resorte de normativa y organismos internacionales para la protección de los derechos humanos, formados e implementados en un tiempo mucho más cercano a la actualidad, viene siendo positiva, aunque hasta el momento insuficiente.<sup>3</sup>

Entendimos entonces, que para explicar la perpetuación y actualización de programas e intentos fallidos, y para observar con mayor integralidad la realidad de la que se trata, es necesario considerar en el análisis no solo los aspectos normativos y su implementación institucionalizada, sino que también (¡y especialmente!), el contexto y las condiciones políticas, económicas y sociales específicas de los países latinoamericanos, los cuales (tanto el contexto como las mentadas condiciones) deben considerarse como factores criminogénicos, es decir, como circunstancias que en diferentes contextos físicos y temporales facilitan tanto las situaciones específicas de victimización (de las poblaciones afectadas) como las condiciones específicas que posibilitan las vulneraciones de derechos fundamentales (por parte de representantes estatales y de actores económicos privados). Esta apertura del análisis exige por lo tanto la consideración de las relaciones y posiciones geopolíticas (como por ejemplo las relaciones Norte-Sur

1. BOHM, M. L., “Transnational Corporations, Human Rights Violations and Structural Violence in Latin America: A Criminological Approach”, en *Kriminologisches Journal*, 4/2016, pp. 272-293.

2. Para un relevamiento de información empírica, normativa y jurisprudencial, véase Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Pueblos Indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31/12/2015).

3. Para un resumen de estos argumentos, véase BOHM, M. L., “Empresas transnacionales y violación de Derechos Humanos en América Latina - Dificultades para su imputación y juzgamiento”, en *Boletín Semestral GLIPGö*, 2012, Nro. 4, pp. 11-24.

o Centro-Periferia, los nodos de poder en las redes de la globalización o las relecturas de la lógica imperial, etc.) como factores criminogénicos, o en todo caso, como marco estratégico con potencial criminogénico.<sup>4</sup>

Ese estudio, enfocado tanto a las relaciones entre las poblaciones afectadas y el Estado, como a las relaciones entre este último y los actores económicos de peso geopolítico internacional, advirtió acerca de la necesidad de avanzar en una línea conceptual que prometía abordar en forma más profunda y extensiva el análisis *retroactivamente*, y a la vez dejaba vislumbrar que serviría como herramienta de mediano y largo alcance *prospectivamente*, es decir, con potencial para brindar claves de trabajo hacia el futuro, básicamente como andamio para diseñar mecanismos de intervención preventiva. El concepto al que me refiero es el de violencia estructural, introducido por el noruego Johan Galtung,<sup>5</sup> y que hemos solo presentado en trabajos anteriores, pero que en la presente parte del estudio será la herramienta y tamiz de reflexión. Este concepto, aunque pueda conducir a ciertos reduccionismos y a la vez a dificultades por la amplitud de los ámbitos conceptuales que abarca,<sup>6</sup> presenta sin embargo el gran valor de dirigir la mirada de las investigaciones, incluso de las investigaciones

4. BÖHM, M. L., “Transnational Corporations, Human Rights Violations and Structural Violence in Latin America: A Criminological Approach”, en *Kriminologisches Journal*, 4/2016, pp. 272-293.

5. Para un acercamiento a su figura y a la relevancia de su trabajo, todavía relativamente desatendido en nuestro ámbito no obstante la fuerza analítica y emancipadora de sus propuestas – que deben actualizarse y contextualizarse para su aplicación–, véase, GALTUNG, J. y FISCHER, D., *Johan Galtung – Pioneer of Peace Research*, Heidelberg– Nueva York– Dordrecht–Londres, Ed. Springer, 2013, texto elocuente en que se presentan y explican no solo sus publicaciones y conceptos, sino que se narran e ilustran su vida y su obra. Una compilación de trabajos en castellano se presenta en GALTUNG, J., *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*, Bilbao, Bakeaz/Gernika Gogoratuz, 1998.

6. Para una crítica de los conceptos de violencia extensivos, y propugnando un estudio sistemático de conceptos de violencia que permita definir conceptos mayoritariamente “acordados mayoritariamente” como base de análisis, véase DE HAAN, W., “Violence as an Essentially Contested Concept” en BODY-GENDROT, S. y SPIERENBURG, P. (ed.), *Violence in Europe. Historical and Contemporary Perspectives*, Nueva York, Springer, 2008, quien presenta una exhaustiva clasificación y análisis de autores, sus propuestas y usos del concepto “violencia”. A modo de abordaje enciclopédico, véase también HEITMEYER/HAGAN 2003, quienes ya en su primer capítulo explican las dificultades de la obra por la pretensión de abordar tantos conceptos de violencia como fueran posibles, sin perder por ello la lógica compiladora y el uso que la misma debe brindar.

criminológicas, podríamos decir, a ámbitos y áreas de trabajo sobre la violencia, que pueden esclarecer y echar luz sobre relaciones no tan visibles, pero en general mucho más dañinas que las de la violencia física.<sup>7</sup> Es una forma de fomentar una “ciencia social más comprometida” diría incluso Galtung.<sup>8</sup> O, en términos de Shinkel, se trata de bogar por una “liquidación” o “licuación” (*liquidation*) del concepto de violencia, a fin de evitar definiciones absolutas que intentan captar la idea de violencia como un todo,<sup>9</sup> y tener en cambio a la mano un concepto que sea útil para entender la realidad: “El hecho de que una cierta violencia pueda ser llamada violencia estructural significa que ciertas cosas pueden hacerse visibles cuando esta violencia es considerada en relación con una cierta diferenciación del sistema social, cosas que de otra manera no son vistas”.<sup>10</sup> Este es el motivo por el que adoptamos esta herramienta de trabajo conceptual, que entendemos que, si bien tiene ya décadas desde su emergencia, no ha sido aun suficientemente explorada en su capacidad explicativa –abarcativa y precisa a la vez– para nuestro contexto regional.

El foco de estudio, por lo tanto, se traslada del momento en que está ocurriendo la violación de derechos por parte de representantes del Estado y de actores económicos privados, a una fase previa, es decir, al estado de cosas anterior en que se puede encontrar virtualmente una población *tipo* que podría resultar afectada, pero ocultando la situación *antes* de que exista la actividad económica violatoria de sus derechos. Es decir, el presente trabajo significa ir un paso atrás en el desarrollo argumentativo: reconocidos los factores criminogénicos que facilitan la violación de derechos humanos en el transcurso de actividades económicas fundamentalmente extractivas, la pregunta es ahora: ¿qué pasaba en ese lugar antes? ¿En qué situación se encontraba la población local? ¿Qué grado de receptibilidad existía, tanto en la población local, como en el Estado y la región en particular? La sospecha es que en general, la situación previa de violencia estructural es la que juega el rol de factor criminogénico originario (o madre, o matriz), causa de todos los demás. Mientras que en otros trabajos el caso modelo de estudio estu-

7. GALTUNG J., *Strukturelle Gewalt, Beiträge zu Friedens- und Konfliktforschung*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1975, pp. 30-31.

8. *Ibid.*, p. 41.

9. SHINKEL, W., *Aspects of Violence. A critical Theory*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2010, p. 4.

10. *Ibid.*, p.13.

vo dado por situaciones reconocidas de violaciones de derechos en curso, u ocurridas pero no reparadas, en el presente trabajo el caso de estudio estará dado por quienes suelen ser los grupos más afectados, aun cuando no haya habido (aun) una afectación concreta por parte de grandes actores económicos. Nos referimos, para el caso de América Latina, a las poblaciones indígenas y campesinas, principales afectadas y destinatarias casi exclusivas de las grandes violaciones de derechos humanos que tienen lugar en el marco de actividades de empresas transnacionales en el contexto de la explotación de recursos naturales, principal fuente generadora de recursos en la región. ¿En qué situación están las poblaciones indígenas antes de tener que sufrir los avances lesivos del Estado con interés económico, o de los actores privados con intereses industriales y comerciales? En general, una vez más, la sospecha está dada por su situación de violencia estructural.<sup>11</sup>

Si se entiende a la violencia como la ausencia de paz, y si se entiende que la construcción para la paz debería ser movilizadora también desde el conocimiento, la investigación y la enseñanza, este breve trabajo inicial en la introducción del concepto de violencia estructural para el estudio de la situación de comunidades indígenas en nuestro país, puede pensarse como un aporte en este sentido. Pensar los conflictos no como espacios de enfrentamiento, sino como plataformas para el establecimiento del diálogo, con la finalidad de que sea una academia que aporte para el *cese de las violencias estructurales*<sup>12</sup> a las que viven todavía subyugadas grandes partes de nuestras poblaciones latinoamericanas. En este sentido, incluso, entendiendo que el conflicto aun no ha cesado, es interesante abrir para futuras exploraciones la idea de la transición, e incorporar, de esta manera, el uso del concepto de la violencia estructural como base para construir restaurativamente paz positiva,<sup>13</sup> superadora de los daños y carencias acumuladas en siglos de desigualdad.

11. Un trabajo con preguntas similares y muy inspirador para este estudio, aunque de volumen y características diferentes, en cuanto a la situación de pueblos indígenas, su estado de pobreza y sus vínculos con la sociedad blanca ("ladina"), ofrecen en su trabajo respecto de Guatemala MIDRÉ, G. y FLORES, S., con el sugerente título *Élite ladina, políticas públicas y pobreza indígena*, Guatemala, C.A., Instituto de Estudios Interétnicos de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2002.

12. CARTER, C. (ed.), *Conflict Resolution and Peace Education. Transformations across Disciplines*, Nueva York, Ed. Palgrave Macmillan, 2010, p. 2.

13. SHARP, D. N., "Introduction: Addressing Economic Violence in Times of Transition"; en *Justice and Economic Violence in Transition*, Nueva York, Springer, 2014, pp. 4-20 y ss.

Luego de esta introducción (I), entonces, en el presente trabajo se desplegará una argumentación para la cual, siguiendo el rastro de esta sospecha, se ofrecerá en primer término una explicación del concepto de la violencia estructural de Johan Galtung (II). Se reseñará luego la realidad para cuyo estudio podría ser utilizado, lo que se hará sobre el caso concreto de población indígena formoseña en Argentina ejemplificada a partir de la vida en comunidades y localidades Wichí, Qom y Pilagá específicas (III). Luego se utilizará el concepto de la violencia estructural, desglosado, como herramienta para la presentación de un análisis que permita definir la presencia o no de violencia estructural (IV). Finalmente, se expondrán primeras conclusiones, tres, que son solo un paso intermedio hacia próximas etapas de investigación (V).

## II. VIOLENCIA ESTRUCTURAL

Hemos esbozado en otras oportunidades, en un acercamiento más tentativo, el concepto de violencia estructural de Johan Galtung,<sup>14</sup> y en forma introductoria aquí nos referiremos a esas ideas previas. La violencia estructural, entendida como propuesta teórica sobre la violencia, que permite el pensar, investigar y potencialmente, también actuar podría definirse,<sup>15</sup> tomando distintos elementos trabajados por Galtung en sus distintos trabajos y abordajes, como el "conjunto de los obstáculos físicos y organizativos evitables que en las relaciones estructurales impiden a las personas satisfacer sus necesidades básicas o alcanzar su verdadero potencial".<sup>16</sup> Se trata así de obstáculos evitables que impiden que sean cubiertas necesidades básicas. Cuando en tierra fértil hay niños muriendo de hambre, o cerca de fuentes de agua natural los pobladores no tienen qué beber o cuando los pueblos indígenas y campesinos, antiguos propietarios de la tierra, no pueden vivir sin intromisiones en condiciones de vida digna de acuerdo con

14. BÖHM, M. L., "Transnational Corporations, Human Rights Violations and Structural Violence in Latin America: A Criminological Approach", en *Kriminologisches Journal*, 4/2016, pp. 272-293.

15. GALTUNG, J., "Violence, Peace, and Peace Research", en *Journal of Peace Research*, Vol. 6, n° 3, 1969, p. 168.

16. Una interesante profundización en el concepto, y la explicitación de violencia como proceso y fluidez, presenta SHINKEL, W., ob. cit., pp. 36-37 y ss.

sus requerimientos básicos, podríamos estar, en principio, frente a casos de violencia estructural.

El problema fundamental, sin embargo, reside en que la violencia estructural es una violencia *invisible*. Distinta de la violencia del asesinato o del robo, la violencia estructural no se percibe ni se considera violencia, y por lo tanto tampoco se previene ni es sancionada ni reparada como violencia. Esto se explica, tal vez, porque "la ley es básicamente silenciosa acerca de la violencia estructural".<sup>17</sup> Es decir, las muertes provocadas por el hambre, las enfermedades provocadas por la falta de atención sanitaria, la pérdida de trabajo por contaminación de las fuentes de recolección artesanal, la pérdida de espacio limpio para que los niños jueguen: en todos estos casos no hay un sujeto en cabeza de quien colocar la responsabilidad. La violencia estructural, invisible y por lo tanto ignorada como tal, se perpetúa silenciosamente y continúa esparciendo sus efectos siglo tras siglo. Únicamente cuando la violencia invisible puede ser traducida como una violación de derechos humanos (reconocidos normativamente), las personas afectadas tienen la capacidad *abstracta* de exigir su respeto y cumplimiento. Sin embargo, esa capacidad en abstracto no se traduce generalmente en una capacidad *efectiva* en los casos de aquellas personas que, precisamente, *son marginadas de la atención estatal*.<sup>18</sup> Y este es el caso de la gran mayoría de quienes padecen violencia estructural. Dentro de las estructuras organizativas pueden mencionarse, por ejemplo, las prácticas corruptas que impiden el buen funcionamiento de las oficinas del gobierno cuando los individuos requieren información, o las barreras en el sistema de justicia cuando las comunidades afectadas exigen justicia; o la normativa y la tolerancia judicial de las prácticas depredadoras o contaminantes industriales, entre otras. Todas estas formas, sin embargo, son muy amplias, casi difusas. Y requieren, para que puedan explicar la realidad, de especificaciones.

17. GALTUNG, J., *Frieden mit friedlichen Mitteln. Friede und Konflikt, Entwicklung und Kultur*, Serie Friedens- und Konfliktforschung 4, Opladen, Leske + Budrich, 1998. Véase también GALTUNG, J., *Violencia, Guerra y su impacto*, 1998, p. 7, consultado en [<http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/081020.pdf>].

18. GALTUNG, J., *Menschenrechte anders gesehen*, Suhrkamp, Frankfurt, 1994, p. 83. Una explicación e ilustración de esta disonancia entre el reconocimiento de necesidades básicas como derechos fundamentales, y las dificultades de esta institucionalización, en distintos contextos, puede observarse en el Documental *Los Derechos Humanos Por y Para el Pueblo: Haciendo Realidad los Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde las Bases*, Red-DESC, 2011.

*La diferencia entre una satisfacción potencial de necesidades básicas, y una satisfacción efectiva, es, en definitiva, la medida de la violencia estructural.* En el contexto latinoamericano, la violencia estructural está imbricada en siglos de inestabilidad, de relaciones internacionales asimétricas y de formas de gobierno de élite dirigidas a aumentar la posición de poder político y económico para unos pocos y, por lo tanto, en la mejora de las relaciones comerciales con socios geopolíticamente mejor posicionados, en aras del desarrollo de la región, mientras que una gran parte de la población suele quedar por fuera de los beneficios de ese prometido desarrollo.<sup>19</sup>

De esa manera, lo que podría ser en principio entendido como positivo (idea de desarrollo), si no cumple con requisitos esenciales relativos a la sostenibilidad y sustentabilidad de ese desarrollo, muy rápidamente puede devenir en una forma de guerra silenciosa, de pérdida paulatina de calidad y cantidad de elementos esenciales en la situación vital de individuos y pueblos. La paz, en ese sentido, no sería tal.<sup>20</sup> Sería simplemente, como explica Galtung, una ausencia de violencia física, o “cese el fuego”<sup>21</sup> respecto de las formas de violencia física expresiva propias de la guerra, pero no sería, propiamente, una “ausencia de violencia”.<sup>22</sup> Ese cese el fuego seguiría ali-

19. Esta situación, sin embargo, no es exclusividad de América Latina, por supuesto. Para un análisis similar sobre el caso específico de Filipinas y sus condiciones y percepción de causas de pobreza y conflicto véase TUASON, M. T., “Peace Psychology in a Poor World: Conflict Transformation in Response to Poverty”, en CARTER, C. (ed.), *Conflict Resolution and Peace Education. Transformations across Disciplines*, Nueva York, Ed. Palgrave Macmillan, 2010.

20. Es importante indicar que el concepto de violencia estructural desarrollado por Galtung tiene su marco de aplicación original en el estudio de las relaciones internacionales, es decir, en contextos en que las desigualdades entre Estados centrales y Estados periféricos era estudiada como centro y origen de violencias internacionales y locales. Sobre este análisis, en especial, véase GALTUNG, J., “Eine strukturelle Theorie des Imperialismus”, en SENGHAAS D. (ed.), *Imperialismus und strukturelle Gewalt. Analysen über abhängige Reproduktion*, Frankfurt, Suhrkamp, 1972. Con distintos capítulos destinados a la presentación del concepto y en particular a la relevancia de los estudios, investigación y formación sobre la paz desde décadas atrás, véase GALTUNG, J., *Strukturelle Gewalt...*, ob. cit.

21. GALTUNG, J., *Violencia, Guerra...*, ob. cit., p.1.

22. Los diversos espacios en que pueden generarse realidad de violencia, a partir de aspectos tanto materiales como inmateriales, se encuentran explicados en GALTUNG, J., *Frieden mit friedlichen Mitteln...*, ob. cit., pp. 5 y ss., y GALTUNG, J., “Violence, Peace, and Peace Research”, en *Journal of Peace Research*, Vol. 6. n° 3, 1969, pp. 167-168.

mentado en su carga de violencia física latente por las manifestaciones culturales de la violencia, la llamada violencia cultural. Es importante considerar entonces también esta manifestación: "Bajo violencia cultural entendemos aquellos aspectos de la cultura, de las esferas simbólicas de nuestro mundo —piénsese en religión e ideología, en lengua y arte, en ciencias empíricas y formales (lógica, matemática)—, que pueden ser utilizadas para justificar o legitimar violencia directa o estructural".<sup>23</sup> Se trata entonces de las prácticas y discursos más o menos institucionalizados que en diversas formas legitiman o justifican que haya quienes sufran además de violencias físicas, la violencia estructural; "la violencia cultural hace que la violencia directa y la estructural aparezcan, e incluso se perciban, como cargadas de razón —o por lo menos no malas—".<sup>24</sup> La violencia estructural parecería ser *una realidad natural* que hay que aceptar. El estudio de esta violencia cultural (mediante análisis del discurso, por ejemplo) puede traer a la luz tal vez no determinaciones estrictas, pero sí "correspondencias"<sup>25</sup> entre el sostenimiento de violencias estructurales en el tiempo y esquemas de pensamiento y cultura. Sin esta búsqueda específica, por el contrario, las diversas formas de generación o promoción de las diversas violencias, queda oculta.

La violencia estructural, en su concepto general, puede entenderse como lo que habitualmente es llamado injusticia social.<sup>26</sup> Este concepto tiene la ventaja de que no puede hacerse a nadie responsable por ella: es un entramado histórico, económico, cultural e institucional de factores que difuminan hasta los extremos más remotos las identificaciones entre sufrir-

23. GALTUNG, J., *Violencia, Guerra...*, ob. cit., p. 341.

24. Para una profundización en la interrelación de la violencia cultural con el poder cultural, véase GALTUNG, J., *Menschenrechte anders gesehen*, Frankfurt, Suhrkamp, 1994 y "Visionen einer friedlichen Welt", en GALTUNG, J., LUTZ, D. y RÖHRICH, W., *Überleben durch Partnerschaft. Gedanken über eine friedliche Welt*, Opladen, Leske + Budrich, 1990, pp. 63 y ss. Para una explicación amplia y ejemplificada de las relaciones entre los tres tipos de violencia (estructural, directa y cultural), véase GALTUNG, J., *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*, Bilbao, Bakeaz/Gernika Gogoratuz, 1998, especialmente en pp. 341 y ss. Y GALTUNG, J., *Violencia Cultural. Documento de trabajo n° 14*, Centro de Investigación por la Paz, Fundación Gernika Gogoratuz, 2003, pp. 8-12 y ss.

25. MIDRÉ, G. y FLORES, S. con el sugerente título *Élite ladina, políticas públicas y pobreza indígena*, Guatemala, C.A., Instituto de Estudios Interétnicos de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2002, p. 198.

26. GALTUNG, J., *Violence, Peace...*, ob. cit., p. 171.

miento y causa última de esos sufrimientos y, de esa manera, hacen inviable el recorrido de transmisiones de imputación y responsabilidad. Solo quedan a la vista de las políticas públicas o, mejor dicho, de la política pública de mano criminalizante, las formas visibles y físicas de la violencia. La política criminal "ve" las violencias físicas que suelen emerger de las violencias invisibles culturales y estructurales. La injusticia social (violencia estructural) fogueada por y conjuntamente con la violencia cultural (indiferencias que legitima y justifica la violencia estructural) fertiliza los espacios y manifestaciones de violencia estructural. Es un círculo vicioso de extrema complejidad y multifactorialidad.

En este trabajo, a fin de dar a estas ideas utilidad analítica, se coloca el foco de estudio en los elementos que consideramos específicos de la violencia estructural.

La propuesta conceptual de Galtung, por lo tanto, será desglosada a fin de optimizar su capacidad explicativa. Desglosados sus componentes, dichos elementos devienen en partes de una herramienta mayor para el análisis de la realidad. En lo que sigue, entonces, serán presentados los conceptos de *necesidades básicas*, *insatisfacción*, *obstáculos físicos y organizativos*, y *evitabilidad*.

## II.A. Necesidades básicas

Las necesidades básicas se refieren a aquellos requerimientos que precisan poder cubrir satisfactoriamente los seres humanos para poder, en primer término, satisfacer su necesidad básica de vivir, y cuya no satisfacción, acarrearía "malas consecuencias",<sup>27</sup> la necesidad de alimentarse, de vestirse, de proveerse de formas de curación de enfermedades, de contar con un espacio habitable suficiente, entre muchas otras.<sup>28</sup> Y, por ser los

27. GALTUNG, J., *Menschenrechte...*, ob. cit., p. 88.

28. En la categoría de Galtung, aunque no se adapte específicamente a esta primera etapa del estudio, es importante destacar las necesidades clasificadas en cuatro grupos: necesidad de supervivencia, necesidad de bienestar, identidad (necesidad de representación), y necesidad de libertad, véase GALTUNG, J., *Violencia Cultural. Documento de trabajo n° 14*, Centro de Investigación por la Paz, Fundación Gernika Gogoratuz, 2003, p. 9. Esta clasificación es recuperada en análisis en proceso y que presentaremos en los próximos avances de esta investigación. Para el ejercicio actual las necesidades tomadas han sido relevadas y seleccionadas a partir de los temas centrales y, de las conversaciones y en el análisis visto como esenciales de mayor urgencia.

seres humanos criaturas sociales y políticas, estas necesidades básicas se extienden a aquellas necesidades que hacen a la mínima realización del ser humano en su vida en sociedad: necesidad de formarse, de practicar sus ritos y mantener sus costumbres, de desarrollar actividades que lo provean de sus medios de subsistencia, de ser parte en las decisiones que hacen a su propia existencia y situación vital, entre otras.

Como se advierte, estas ancestrales necesidades básicas podrían ser en algún punto equiparadas a la idea de derechos fundamentales tal como fueron desarrollados en los tiempos modernos.<sup>29</sup> Así, por ejemplo, la necesidad básica de *vivir* sería la necesidad básica correspondiente al derecho humano *vida*, la necesidad básica de *desarrollar actividades que lo provean de sus medios de subsistencia* estaría cubierta en parte por la correspondiente al derecho humano al *trabajo digno y remunerado*. Esta equiparación, sin embargo, como el propio Galtung señala, no funciona exactamente así. El hablar de derechos humanos implica, en primer término que, aunque sean intrínsecos al ser humano y en teoría no exigen reconocimiento previo, en la práctica han ido requiriendo de documentos que los señalen y les brinden un marco de protección, es decir, tienen un “carácter institucional”<sup>30</sup> que brinda –pero también requiere– de un espacio jurisdiccional de demanda. Los derechos, por ser llamado tales, no garantizan una mejor posición en cuanto a las posibilidades de cumplimiento, ni siquiera en Estados de derecho. Ya se ha señalado que “es el propio Estado de derecho el que ha dejado sin derecho a tanta gente”.<sup>31</sup> Por esta razón, tratar el tema de lo que debe ser satisfecho en términos de necesidades básicas, parece ser preferible.<sup>32</sup> En estas últimas, la evaluación se hace

29. GALTUNG, J., *Menschenrechte...*, ob. cit., pp. 122-170 y ss.

30. *Ibid.*, p. 170.

31. RIVERA BEIRAS, I., “Retomando el concepto de violencia estructural. La memoria, el daño social y el derecho a la Resistencia como herramientas de trabajo”, en RIVERA BEIRAS, I. (ed.), *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*, Barcelona, Anthropos, 2014, p. 262.

32. Es la misma preferencia que lleva a escoger el estudio en términos de conflicto, daño y violencia, cuando se trata de los espacios que deben ser abordados por la criminología para, como es el caso de este fragmento de investigación, llegar a abordar procesos de lesiones de derechos históricamente invisibles para el sistema penal, acostumbrado a pensar en término de delito. Sobre esta discusión se explaya Rivera Beiras (2014), así como el diálogo entre Wayne Morrison, E. Raúl Zaffaroni y Roberto Bergalli, que tuvo lugar en Barcelona y fue publicado en igual año, véase MORRISON, W., ZAFFARONI, E. R. y BERGALLI, R., “Diálogos

directamente sobre la realidad, sobre una carencia o daño directamente observado y percibido, sin tener que esperar que tal carencia o daño estén alistados en un documento para poder ser declamados y reclamados.<sup>33</sup> Ese será, en todo caso, un segundo paso.

Al hablar de violencia estructural, entonces, el primer nivel de evaluación será si existen necesidades básicas de alguna manera afectadas. Si el grado de afectación es severo, se deberá evaluar si llegan a encontrarse directamente insatisfechas.

## II.B. Insatisfacción

El grado de satisfacción de las necesidades básicas requiere de una evaluación que, en principio, puede resultar arbitraria o subjetiva. Y, en cierto punto, lo es. Sin embargo, si se toma como parámetro lo que es mínimamente necesario para considerar esa necesidad satisfecha, el trabajo se vuelve menos complejo. Si la realización de la necesidad básica alcanza un nivel mínimo que permita la continuidad del funcionamiento y el cumplimiento de la función vital y social que dicha necesidad viene a cubrir, podrá decirse que la necesidad básica se encuentra satisfecha. De lo contrario, será una necesidad básica insatisfecha. Si la salud es la que permite que el ser humano sostenga un ritmo de vida adecuado a sus necesidades generales y actividades físicas, por ejemplo, puede decirse que no contar con medicamento para paliar un resfriado o dolor de oídos, en forma circunstancial, no implica la insatisfacción de esa necesidad, dada su levedad y transitoriedad; en cambio, no acceder a los medios de prevención (o incluso, el estar expuesto a un medio que agrava el cuadro patológico) de un cáncer pulmonar, implica sin dudas la insatisfacción de la necesidad básica de acceso a la atención médica, ya que la función que debe cumplir esta es brindar los medios para la continuación regular de la vida de ese ser humano. Una desviación significativa de la actividad vital debida a una merma en la calidad de salud por falta de atención, implica, entonces, la insatisfacción de esa necesidad.

Esa insatisfacción, sin embargo, no siempre implica que pueda hablarse de violencia estructural. Para que este sea el caso, esa insatisfacción de

---

sobre criminología, genocidio y daño social con Wayne Morrison, Eugenio Raúl Zaffaroni y Roberto Bergalli", en RIVERA BEIRAS, I. (ed.), *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*, Barcelona, Anthropos, 2014.

33. GALTUNG, J., *Menschenrechte...*, ob. cit., pp. 83 y ss.

necesidades básicas debe ser consecuencia de la existencia de obstáculos físicos y/u organizativos evitables.

## **II.C. Obstáculos físicos y/u organizativos**

Los obstáculos físicos pueden ser en general percibidos con los sentidos, es decir, existe un impedimento mecánico para la satisfacción de la necesidad básica de que se trate. Obstáculos físicos son, entre otros, una valla o un muro que impiden el acceso al alimento o al agua, un río que separa a una población de otra población en que existen servicios sanitarios y de atención médica, una tierra árida no apta para el sembradío, o una zona inundada que bloquea el camino de los niños a la escuela. Todos ellos son obstáculos físicos que pueden significar, en caso de sostenerse en el tiempo, el impedimento de la satisfacción de las necesidades básicas de beber agua, de atenderse médicamente, de sembrar el propio alimento, o de estudiar.

Los obstáculos organizativos, a diferencia de los físicos, no pueden ser fácilmente percibidos con los sentidos, sino que requieren del conocimiento y análisis de las interacciones sociales e institucionales en el espacio del que se trate. La organización de los mecanismos previstos para la satisfacción de necesidades suele ser de altísima complejidad en las sociedades actuales. Desde el más pequeño espacio escolar, hasta el diseño político y distribución de dependencias estatales, todo ello pertenece a los medios organizativos que, en caso de no funcionar debidamente, pueden conllevar la insatisfacción de necesidades básicas. El desvío de fondos destinados a la salud o la educación, la proyección de producción agraria basada en ciertas formas de cultivo desatendiendo otras, o las desinteligencias en el monitoreo de las actividades de limpieza fluvial, por nombrar solo algunos, serían obstáculos organizativos que llevarían a que las necesidades básicas de asistencia médica, educación, alimentación o acceso al agua se vieran impedidas en su realización. Se trata, en definitiva, de una cuestión de distribución de recursos.

“Los recursos son distribuidos en forma desigual, como cuando la distribución de los ingresos es altamente diferenciada, alfabetización/educación desigualmente distribuidas, los servicios médicos existen en algunos distritos y para algunos grupos solamente, y así. Sobre todo, el poder de decidir sobre la distribución de los recursos es distribuido desigualmente. La situación se agrava, incluso, si las personas de bajos ingresos son

también las de baja educación, baja salud, y bajo poder —como es el caso frecuentemente— porque este rango de dimensiones tienden a estar fuertemente correlacionadas debido al modo en que están intervencidas en la estructura social”.<sup>34</sup>

Al evaluar la eventual presencia de violencia estructural, ambos tipos de obstáculos deben ser detectados, y muchas veces se los encuentra interrelacionados: el obstáculo físico que impide a los niños ir a la escuela puede estar directamente vinculado con las desavenencias en las oficinas de infraestructura y saneamiento que debían tratar las consecuencias de las lluvias y contaban con los recursos necesarios para ellos. Aquí, obstáculos físicos y organizativos se encontrarían conjuntamente impidiendo la realización de la necesidad básica de estudiar.

## II.D. Evitabilidad

El concepto de evitabilidad, cuarto nivel en esta propuesta de análisis, exige incorporar las ideas de realidad y potencialidad al estudio. La evitabilidad estará dada cada vez que en un contexto que habilita potencialmente la cobertura de las necesidades básicas, estas no lo están en la realidad. La realidad es lo que es, valga la simpleza de la afirmación. Se trata del nivel actual de realización de una cierta necesidad, lo cual sería, por ejemplo, la cantidad y calidad de agua y alimento que se ingiere, la atención médica recibida, el cultivo logrado, o la efectiva asistencia o inasistencia a la escuela. La potencialidad, por su parte, es el nivel máximo de lo que puede ser alcanzado en un determinado contexto temporo-espacial, dependiendo del nivel de información y recursos disponibles. La valoración de esta potencialidad, como reconoce el propio Galtung, es altamente problemática,<sup>35</sup> pero puede entenderse, para una primera aproximación, sin mayor dificultad. En palabras de Galtung: “Así, el nivel potencial de realización es el que es posible con un dado nivel de información y recursos. Si información y/o recursos están *monopolizados* por un grupo o clase o *son usados para otros propósitos*, entonces el nivel real cae por debajo del nivel potencial, y existe violencia en el sistema”.<sup>36</sup>

34. GALTUNG, J., *Violence, Peace...*, ob. cit., p. 171.

35. GALTUNG, J., *Violence, Peace...*, ob. cit., p. 169.

36. *Ibid.*

Si en un contexto específico, en determinado tiempo y espacio, existe potencialmente la posibilidad de que –tomando uno de los ejemplos dados arriba– el recurso alimento producido sea de calidad nutricional suficiente y su cantidad sea también suficiente para cubrir las necesidades alimentarias de la cantidad de población de ese lugar en ese momento, pero, por el contrario, hay en ese tiempo y lugar miembros de esa población cuya alimentación es de menor calidad nutricional y en menor cantidad a la necesaria, entonces esta realidad se encuentra por debajo de la potencialidad. Potencialmente la necesidad de alimentación podría estar satisfecha, pero en la realidad no lo está. Esa situación es la que puede explicarse como *evitabilidad*. Podría contarse con alimentación suficiente y de calidad, pero no se cuenta con ella. Es evitable el que no se cuente con ella. Lo que lleva entonces a la idea de que las muertes por inanición o las enfermedades generadas por la desnutrición, sean igualmente evitables.

La idea de la violencia estructural en general, y en particular el aspecto de la evitabilidad, son los que ponen de relevancia la gran diferencia que existe entre hablar de injusticia social o de violencia estructural. La injusticia social parece ser “culpa” de todos y de nadie a la vez. La violencia estructural, en cambio, permite rastrear senderos de imputabilidad y responsabilidad. Pero esto es otro tema al cual volveremos más adelante.

Lo que es importante destacar aquí, es que ese rastreo debe ser en cada caso concreto y en cada contexto, a fin de evitar repartir injustificadamente responsabilidades en espacios que ya de por sí cuentan con sufrimientos difíciles de manejar. Como el propio Galtung ejemplifica al tomar el caso de la tuberculosis: achacar responsabilidades por muertes por tuberculosis en el siglo XIX hubiera sido un desatino, ya que en ese contexto temporal, la tuberculosis aún era un mal para el cual no se conocían formas de prevención o curación; pero si los casos de muerte por tuberculosis se presentan en el siglo XXI, en que los tratamientos son largamente conocidos y se encuentran disponibles, aquí sí, se trataría de muertes, en principio, evitables. En el siglo XIX la potencialidad no estaba por encima de la realidad. En el siglo XXI, en cambio, la potencialidad está muy encima de la realidad, es decir, el daño generado por esa realidad sería evitable.<sup>37</sup>

37. GALTUNG, J., *Violence, Peace...*, ob. cit., p. 168.

Se trata de detectar la desigualdad como forma de violencia estructural.<sup>38</sup> "Si aceptamos que la fórmula general central de la violencia estructural es la desigualdad, sobre todo en la distribución del poder, entonces esto puede ser medido; y la desigualdad parece tener una alta capacidad de supervivencia a pesar de los tremendos cambios que pudieran darse en otro lugar".<sup>39</sup> En el caso de los pueblos indígenas, sin lugar a dudas, esta desigualdad en la distribución del poder, ha tenido impacto desde hace siglos. La propuesta es detectar espacios reducidos, donde analizar y medir tentativamente su situación actual, como acercamiento a pautas de cómo continuar con el relevamiento, con la sistematización, y especialmente con una manera de pensar y actuar desde lo jurídico, pero mucho más acá y más allá de lo jurídico, a fin de disminuir, paulatinamente, los espacios que una y otra vez habilitan que individuos y comunidades sean violentados.

### III. NECESIDADES BÁSICAS EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS FORMOSEÑAS

#### III.A. Comunidades y localidades de los pueblos Wichí, Toba (o Qom) y Pilagá en Formosa

El "contar" sobre la situación de distintas poblaciones indígenas formoseñas debe ser entendido como ejercicio de sistematización y análisis, con todos los riesgos que este ejercicio pueda conllevar. No se pretende escribir aquí la historia de los pueblos indígenas que en la actualidad se encuentran en Formosa, lo cual sería una falta de respeto al recorrido vital de estos pueblos, así como a quienes desde las investigaciones históricas dedican su estudio a ello.<sup>40</sup> Tampoco es el objetivo la presentación de una

38. GALTUNG, J., *Eine strukturelle...*, ob. cit., p. 29.

39. GALTUNG, J., *Violence, Peace...*, ob. cit., p. 175.

40. Véase, por ejemplo, la importante obra de MARTÍNEZ SARASOLA, C., *Nuestros paisanos los indios. Vida, historia y destino de las comunidades indígenas en Argentina*, Buenos Aires, Del Nuevo Extremo, 2013, quien desde una visión antropológica relata las historias indígenas de nuestra tierra en *Nuestros paisanos los indios*, y aporta nutridas fuentes para la profundización y ampliación del estudio de la temática. Una historia contada por los mismos tobas a partir de sus relatos, reunidos en un trabajo tan informativo como conmovedor que recorre los sucesos históricos del Gran Chaco a partir de las voces de sus protagonistas, se encuentra en GORDILLO, G., *Nosotros vamos a estar acá para siempre. Historias tobas*, Buenos Aires, Ed. Biblos, 2005. Una historia institucional, disponible en la

descripción acabada e integral de su situación actual, lo cual sería imposible hacer con seriedad en estas pocas páginas, y por otro lado, requiere de una *expertise* antropológica y sociológica de la que carecemos. La idea del presente apartado se reduce a exponer retazos de la realidad de los pueblos indígenas en la actualidad. Esta breve descripción, por un lado, debe servir como primer paso (este ejercicio solo es ese primer paso) para iniciar la interpretación de dicha realidad desde la perspectiva de la violencia estructural (análisis que en su forma integral requerirá todavía de mayor relevamiento y desarrollo en la próxima etapa de la investigación). No obstante la brevedad, estas imágenes deben ser lo suficientemente puntuales como para dar claves de lectura que permitan un primer acercamiento al análisis.

Como datos objetivos vale indicar que de acuerdo con el censo nacional del año 2010 –y con las dificultades y polémicas que la forma de relevamiento pueda acarrear– en el país fueron censados 955.032 indígenas (2,38% de la población total). De acuerdo con datos brindados por el Instituto de Comunidades Indígenas (ICA) de Formosa, en la provincia habitan aproximadamente 38.000 indígenas, lo que arroja un porcentaje superior al 7% de la población de la provincia, es decir, muy por encima del porcentaje nacional. Esta población corresponde a los tres pueblos-etnias distribuidos a su vez en –según datos oficiales de la provincia–192 comunidades (116 Wichi, 50 Toba (o Qom) y 26 Pilagá).<sup>41</sup> Las lenguas de los tres pueblos son diferentes. La qom y pilagá son diferentes entre sí, pero tienen similitudes. La Wichí es diferente y difícil. No hay similitud y esto impacta también en

---

Biblioteca Popular de Formosa, cuenta documentadamente el “desarrollo” de la provincia, puede encontrarse en HERALDO PRIETO, A. *Para comprender Formosa. Una Aproximación a la historia provincial*, Formosa, 1990. Estas sugerencias no tienen, por supuesto, pretensión de exhaustividad, sino una propuesta de leer la historia desde tres ángulos distintos.

41. Para conocer la información oficial del gobierno de la provincia sobre sus políticas respecto de los pueblos indígenas puede accederse al documento ofrecido por el Gobierno provincial titulado *Políticas Indígenas en la Provincia de Formosa*, así como al trabajo informativo de MARTÍNEZ, M., MILLENAAR, M. Y MURACCIOLE, F., *Política y etnicidad. Estado, agentes globales y proyectos políticos. Las políticas indígenas en la provincia de Formosa*, Formosa, Editorial de la Universidad Nacional de Formosa. Debe resaltarse, sin embargo, que las descripciones presentadas en nuestro trabajo de investigación, con excepción de los recién indicados en cuanto a población y número de comunidades, no han tomado en cuenta la información oficial, que puede verse confirmada o desmentida (según el hablante y la comunidad de que se trate) por los dichos recogidos en las visitas personales a las comunidades y reseñados en los apartados que siguen sobre alimentación, salud, educación, vivienda y medios de subsistencia.

las relaciones interétnicas. De relevancia resulta el dato de que hasta casi mediados del siglo XXI, distintas comunidades siguieron sufriendo matanzas y masacres en manos del Estado. Es decir, las violencias estructurales a las que aquí se les sigue el rastro, tienen todavía una reciente vinculación con violencias físicas de la más extrema gravedad.<sup>42</sup> Y esto, al ingresarse en la provincia y sus comunidades, todavía está presente: "Los ancianos tienen en la memoria la crueldad de los criollos con nosotros".<sup>43</sup>

Debemos aclarar, en primer lugar, que el acercamiento a las comunidades formoseñas se dio a partir de las reivindicaciones realizadas por una comunidad qom específica, La Primavera, situada en Laguna Blanca. La inquietud que nos generó el tomar contacto la problemática presentada por esta comunidad, hizo que el conocer la provincia de Formosa y la vida de sus comunidades fuera perfilándose como una necesidad, por un lado, y como una oportunidad por otro, y se concretó esa necesidad en primeras preguntas concretas: las comunidades indígenas locales que ven o podrían ver lesionados sus derechos fundamentales ¿Cómo viven? ¿Cuál es la situación actual? ¿Qué relación tienen con el Estado (principal actor en términos de obligación de protección)? Para conocer esta realidad y relevar información útil para estas preguntas, se realizaron tres viajes a la provincia de Formosa en abril y julio de 2016, y en febrero de 2017. En las distintas oportunidades se recorrieron distintas localidades y se entrevistaron pobladores de distintas comunidades y barrios, en conversaciones a veces de pocos minutos, a veces iniciadas por la tarde y terminadas entrada la noche. En busca de personas con ganas de contar sus historias recorrimos el barrio Nam Qom aledaño a la ciudad capital (qom), la comunidad La Primavera en Laguna Blanca (qom), la localidad Rincón Bomba en Las Lomitas (pilagá), Divisadero (wichí), la localidad El Potrillo en Ramón Lista (wichí), el Chorro también en Ramón Lista (wichí) y la Colonia San Carlos (qom). En localidades y comunidades indígenas mantuvimos conversaciones con asistentes de salud, maestros MEMA, familias, jóvenes con actividad en radios comunitarias, caciques, presidentes de asociacio-

42. Sobre la que fue probablemente la última matanza en la provincia, que tuvo lugar en Rincón Bomba en el año 1947, recomendamos el libro MAPELMAN, V., *Octubre Pilagá. Memorias y archivos de la masacre de La Bomba*, Buenos Aires, Tren en movimiento, 2015, preparado con documentación y acompañado incluso por el registro en CD de encuentros y entrevistas realizadas.

43. Entrevista a Moisés, *El Potrillo*, 7 de febrero de 2017.

nes civiles, profesores de educación física, estudiantes universitarios wichi en Formosa y estudiantes de tecnicaturas en su comunidad, niñas y niños de escuela primaria, pastores evangelistas, choferes de ambulancias, ancianos con recuerdos de su niñez en los ingenios, entre otros. Conversaciones todas que se encuentran registradas en largas notas, registro que es base de lo aquí plasmado y de las pocas citas textuales que nos hemos atrevido a compartir, indicando únicamente en esta entrega el nombre de pila del entrevistado o la entrevistada. Conversamos también con agentes, funcionarios y actores institucionales no indígenas, con desempeño en oficinas de gobierno, la legislatura, el poder judicial, la Iglesia Católica, la Universidad Nacional de Formosa, el Centro de Acceso a la Justicia, el Archivo Histórico y la biblioteca popular, en las Escuelas de la Comunidades; todos lugares y ámbitos que visitábamos durante las entrevistas o para consulta de su documentación.

Una primera idea que una y otra vez viene a la mente cuando se recorren las rutas y se entra en las localidades y comunidades, especialmente cuando se viaja camino al oeste, es que las distancias y las condiciones de muchas rutas “protegen” a estos pueblos, ya que los criollos y blancos urbanos no recorren estas áreas en forma asidua; pero esta protección natural a la vez aísla a estas comunidades del acceso a recursos tan básicos como la atención de salud en casos de complejidad, la información, la educación terciaria o universitaria o el acceso a la justicia. Las distancias y lejanías de la ciudad, en las conversaciones, son una constante. Es decir, en todo momento, todo son paradojas y dilemas, idea una y otra vez conversada con el amigo Luis Zapiola, sin quien mucho de todo este primer ingreso conceptual y corporal al mundo de las paradojas y los dilemas de las relaciones con y entre indígenas, no hubiera sido posible, y a quien, rompiendo toda regla de escritura y estructura académica, agradezco aquí nuevamente, abiertamente, por su incansable docencia y predisposición.

Una premisa para estos viajes fue la no idealización o, expresado en otros términos, la “realización”, la búsqueda de la voz real, de *las voces* reales en su propio lugar y contexto, sin seguir la guía de macrodiscursos o representaciones esencialistas de la vida indígena. Se trataba del acercamiento de quienes no habíamos tratado antes estos temas, y por primera vez teníamos la necesidad de conocer. La idea, por lo tanto, en lo que sigue, es volcar pinceladas de lo visto y oído, sin mayores contextualizaciones normativas ni institucionales. Sin citas de leyes o insti-

tuciones. Una primera mirada a lo que se percibe al visitar y conversar sobre muchos temas.

### **III.B. Las necesidades básicas**

Un recorrido por la situación actual respecto de las necesidades básicas de los pueblos indígenas implica e integra un sinnúmero de aspectos de la vida individual y social que no pueden abordarse en este primer ejercicio, en algún punto, todavía exploratorio. En lo que sigue, sin tener por lo tanto pretensión de exhaustividad y más bien con conciencia de la total parcialidad y estilización que implica el intento, se expondrán someramente las condiciones respecto de cinco de las necesidades básicas (alimentación, salud, vivienda, educación y medios de subsistencia) entendiendo que esta presentación puede ilustrar y fungir de base para ampliaciones y profundizaciones futuras.

#### *III.B.1 Alimento*

La situación alimentaria en las comunidades varía de localidad a localidad. En el este, zona cercana a la capital provincial, se tiene el acceso a los alimentos procesados y comercializados urbanamente. Lo positivo, es el acceso a la diversidad. Lo negativo, podría decirse, es que se depende de los precios urbanos y que los espacios para la producción propia se ven más reducidos, así como se ha ido perdiendo a lo largo del tiempo el conocimiento y la técnica de producción propia. En el caso de las comunidades del oeste, el mayor espacio territorial viene acompañado de las dificultades de viaje y transporte de mayor variedad alimentaria. Si bien en algunas comunidades la producción propia todavía llega a cubrir las propias necesidades básicas (animales de corral pertenecientes a la familia, cultivo a calabaza en terreno familiar o comunitarios, por ejemplo), esta autosatisfacción de necesidades alimentarias se reduce y modifica permanentemente, porque las tierras de cultivo se reducen relativamente: aumentan los miembros de la comunidad que deben alimentarse sobre la base de los mismos terrenos. Las familias crecen, pero los terrenos reconocidos como terrenos comunitarios, por supuesto, no. Por este motivo, en el mismo terreno en que hace quince años se cultivaba choclo y calabaza, además de tenerse animales propios, hoy se ha perdido el cultivo porque el terreno es necesario para la instalación de las nuevas viviendas de la familia que

aumenta.<sup>44</sup> Debido a la falta de recursos, y fundamentalmente por razones culturales, las familias permanecen viviendo en la comunidad en la forma de familias extendidas.

La realidad es que los módulos o cajas de alimentos distribuidos por el gobierno provincial representan una base importante y, en comunidades sin posibilidad de producción propia (por falta de espacio, o por insuficiencia en las propiedades de suelo o clima, por ejemplo), su entrega es indispensable para garantizar la cobertura mínima –y a veces ni esa cobertura mínima– de nutrición. La presencia estatal respecto de la distribución de las cajas, tiene muchos matices que no pueden ser abordados aquí. Es importante destacar, sin embargo, que en tanto es positivo que el estado provincial aborde la tarea de la cobertura mínima de alimentación, esta cobertura genera una cierta dependencia no productiva, e incluso una afectación a la cultura alimentaria de los pueblos formoseños: ni las harinas ni la leche en polvo ni el azúcar blanco –presentes mayoritariamente en los módulos– se corresponden con los hábitos alimentarios de estos pueblos. La prueba está en que muchos de los productos de los módulos en realidad terminan siendo objeto de trueque por otros alimentos o vendidos para convertirlos en dinero en efectivo. Consultado sobre el tema, un dirigente vecinal no dudó en su respuesta: “Yo creo que nosotros nos alimentamos mal”, y destacó la importancia de “producir, familia por familia”.<sup>45</sup> En similar sentido, una mujer indicaba que falta formación para conocer sobre formas de utilizar los alimentos de las cajas, o de intentar huertas propias, pero que hay algunos programas incipientes (como el programa Pro-Huerta) que comienzan a brindar cursos e información en las comunidades.

### *III.B.2. Salud*

La situación de la salud, para este trabajo, puede presentarse desglosada, muy estilizadamente, según se trate de primeros auxilios y atención primaria, atención de media y alta complejidad, y atención médica de las mujeres.

En las comunidades hay salas de salud para la atención primaria, aunque no siempre están bien atendidas ni abastecidas. “Casi no hay

44. Conversación con Pía, Rincón Bomba, 8 de julio de 2016.

45. Entrevista a Moisés, El Potrillo, 7 de febrero de 2017.

asistencia",<sup>46</sup> decían en algunas comunidades. Lo que puede generar protestas o, simplemente, permanentes llamados de atención a las autoridades ("seguimos haciendo acordar a las autoridades de Formosa que atiendan centros de salud [...] Hacen allá en El Potrillo. El Chorro es más pobre").<sup>47</sup>

La sala en muchos casos hace el seguimiento de la situación de personas que requieren de especial atención, como niñas y niños pequeños, mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, ancianas y ancianos, o personas con enfermedades crónicas como la tuberculosis, presente en las comunidades por la combinación de bajas defensas generadas por el insuficiente nivel nutricional aunado en muchos casos con las bajas temperaturas invernales que no siempre pueden paliarse con un sistema de calefacción adecuado en las viviendas.<sup>48</sup> En las salas suelen prestar servicio algún miembro de la comunidad que ha realizado un curso a tal efecto y una enfermera o enfermero con título durante los horarios de atención, y bajo la dirección de una médica o médico. El agente sanitario indígena es quien tiene el contacto directo en la comunidad, y es quien eventualmente recorre la comunidad y visita las familias para hacer el seguimiento de quienes requieren de cuidados permanentes, o se presenta en sus casas para conocer el estado de salud o el motivo de las ausencias, en caso que no se haya asistido a los controles. La diligencia con que esto se lleva adelante, sin embargo, depende del compromiso personal del agente. Julio, de una localidad cercana a San Carlos, incluso pudo mostrarnos con orgullo su recorrido diario a la sala, y los medicamentos y planillas que cuida con mucho celo. No todas las comunidades tienen la fortuna de contar con alguien así. El personal de enfermería, criollo en general, solo está presente en los horarios de atención al público, lo cual tampoco es realmente regular; la médica o médico a cargo de la sala, finalmente, solo está presente en días y horas específicos, lo cual no es definido ni tiene certeza, ya que muchas veces prestan atención médica en otros centros y brindan sus indicaciones, en caso de necesidad, en forma telefónica, por ejemplo en caso que un traslado sea requerido. Puede suceder, incluso, que la sala tenga vacancia en cuanto al cargo de médico a cargo, pero no

46. Entrevista a Rafael, Colonia San Carlos, 10 de febrero de 2017.

47. Entrevista a Ernesto, El Chorro, 8 de febrero de 2017.

48. Tuberculosis... y es imposible no pensar en el ejemplo dado apartados atrás, y de hace un par de décadas, de Galtung, al hablar de la distribución desigual de la satisfacción de necesidades.

parece ser lo habitual. De hecho, los médicos que aceptan el cargo en las comunidades, son muy bien pagos. El problema es que suelen permanecer poco tiempo, y la búsqueda del reemplazo puede tomar mucho tiempo. En estos casos, la comunidad queda sin atención en casos de gravedad y depende de la articulación suficiente con el servicio prestado en otras comunidades o, lo más habitual, con la posibilidad de acceder a ciudades cercanas o a la capital, todo lo cual implica una situación de extrema complejidad (tanto por el traslado, como por los costos y diferencias comunicacionales). Hay distintas jerarquías y niveles de atención y pueden requerirse varias autorizaciones, por ejemplo para el envío y uso de una ambulancia, si se presenta un caso de media o alta complejidad. Si se requiere un traslado en ambulancia (con la cual no se cuenta siempre, e incluso de contarse con ella, no necesariamente se encuentra en condiciones técnicas suficientes ni tiene combustible suficiente) suele ser el asistente quien da aviso a quien está a cargo de la enfermería, quien solicita la autorización del médico o la médica, quien debe encargarse de que la ambulancia sea enviada, y de que la paciente o el paciente sea recibido en la institución médica de la zona cercana, o, como sucede muchas veces, del hospital de la capital, Formosa. En épocas de lluvias, en comunidades del oeste formoseño, sin embargo, hay caminos que son intransitables y esta circunstancia impide cualquier tipo de traslado, lo cual puede resultar incluso en el fallecimiento del paciente o la paciente.

Para la atención específica de las mujeres, existen en algunas localidades cursos de capacitación para mujeres de las comunidades que luego, una vez “egresadas”, colaboran en charlas y en el seguimiento relativo a métodos anticonceptivos, a formas de cuidado y controles durante el embarazo, así como relativas al cuidado luego del parto.<sup>49</sup> Si bien existen los saberes tradicionales, se presenta la necesidad de integrar la forma de atención comunitaria con la atención de los centros médicos de las ciudades, especialmente para casos en que se presentan complicaciones que requiere de condiciones hospitalarias de mayor complejidad. La comunicación entre las mujeres indígenas y el personal médico masculino de los centros médicos “blancos” continúa siendo un tema de alta sensibilidad que requiere de especiales programas de capacitación, comunicación y acercamiento, para lo cual incluso hay jóvenes indígenas que empiezan a formarse y prepa-

49. Conversaciones con mujeres jóvenes, Rincón Bomba, 8 de julio de 2016.

rarse y que ya colaboran voluntariamente en el Hospital de la Madre y el Niño, por ejemplo.<sup>50</sup>

En las salas de salud de las comunidades hay medicamentos proveídos por el Estado Nacional, y otros por el Estado provincial. Se lleva el control de las recetas y entregas en planillas específicas enviadas por los organismos de salud nacional y provincial. Sin embargo, estos medicamentos no siempre son suficientes, y por otro lado, pueden verse discontinuados por cambios en las políticas públicas, lo cual trae como inmediata consecuencia el desabastecimiento en la sala, y la suspensión de la ingesta de la medicina en la mayoría de los casos, en que no hay posibilidad de acceder a ella mediante la compra en farmacias, con precios impositivos, por un lado, y sin presencia en las comunidades, por otro.

### *III.B.3. Vivienda*

La vivienda, al hablar de comunidades indígenas, debe explicarse en primer término en su relación con la historia de los pueblos indígenas en nuestro país en general, y en Formosa en particular, esencialmente en lo que hace a la regulación de las tierras. Este recorrido histórico excede el marco de este breve trabajo, por lo que remitimos para su estudio a trabajos que aportan datos específicos al respecto.<sup>51</sup> Para nuestro estudio queremos poner el acento en el caso especial de Formosa a partir del año 1984 en que se sancionó la *Ley Integral del Aborigen N° 426* (la única ley, por esencial,

50. Entrevista a Arminda, de El Chorro, Formosa, 9 de julio de 2016.

51. En particular sobre Formosa: "En Formosa, desde fines del siglo XIX, un gran porcentaje de tierras se enajenan a favor de concesionarios particulares, que a fines del decenio de 1920 registra -según la Dirección General de Tierras- 10 concesiones de 80.000 hectáreas cada una, 1 de 79.457, 1 de 32.500, 1 de 20.000 y otra de 4.773 hectáreas. Algo menos de un millón de hectáreas habían pasado a manos privadas al amparo de las leyes de 1876 y 1891, además de unas 200.000 hectáreas otorgadas directamente por el Poder Ejecutivo en calidad de premios o donaciones, véase SLUTZKY, D., *Estructura social agraria y agroindustrial del Nordeste de la Argentina: desde la incorporación a la economía nacional al actual subdesarrollo concentrador y excluyente*, Buenos Aires, IADE, 2011, pp.115-116.

"La concentración territorial improductiva o depredadora de los recursos naturales se adueña de Formosa", véase GIRBAL-BLANCHA, N. M., *Formosa: tierra prometida-tierra arrasada. La Argentina de los márgenes (1884-1955)*, Texto presentado en el XIV Congreso de Historia Agraria, Sociedad Española de Historia Agraria – Área de Historia e Instituciones Económicas de la Universidad de Extremadura, Badajoz, 7-9 de noviembre de 2013, p. 10 . La autora se refiere en su cita al trabajo de Daniel Slutzky mencionado arriba.

que mencionaremos en este primer trabajo) y que entre otras regulaciones, ha definido la entrega y titulación de tierras a las comunidades de la provincia (que hasta hace pocas décadas solo había sido territorio nacional, por lo que se trataba en la mayoría de los casos de comunidades viviendo en tierras fiscales). La parcelación de las tierras y su titulación a nombre de las comunidades (término altamente conflictivo que arrastra realidades de reducciones, de reasentamientos, de barrios “creados” en los que se reunieron a familias de distintos pueblos, por ejemplo), estuvo aunado a la posibilidad del reconocimiento de las comunidades como personas jurídicas en tanto cumplieran con los requisitos de asociación y registro pautados provincialmente. Esto, sin lugar a dudas, significó un importante avance en relación con otras provincias argentinas en que mecanismos similares de titulación y entrega de tierras aún está pendiente. Sin embargo, la incorporación de la lógica estatal y jurídica para alcanzar el reconocimiento como comunidad, no deja de ser problemática. Las tierras escrituradas están asignadas a las comunidades –conformadas por familias extendidas–, que siguen creciendo en número. Pero las tierras, no. “Tierras. Estamos mal. San Carlos, en 20 años, no hay más tierras”.<sup>52</sup>

Esto significa que las viviendas que se construyen por parte del gobierno provincial, que en distintas etapas de los gobiernos nacionales y del gobierno provincial fueron aumentando la cantidad y calidad de las construcciones, en muchas zonas continúan siendo insuficientes, o devienen insuficientes con el paso del tiempo. De esta manera, el espacio vital que antes podía ser suficiente, ya no lo es.

La tierra sigue siendo un problema en los casos de conflicto de interés entre las comunidades y las empresas que desarrollan o planean desarrollar actividad agraria (soja) o hidrocarburífera, pero vista la titulación previa, por un lado, y el escaso valor que se ha reconocido hasta ahora a los recursos de los provincia y sus difíciles condiciones de suelo en varias regiones (sequía en verano e inundaciones en invierno), el interés de actores económicos estatales o privados de envergadura no parece representar un problema generalizado ni del carácter depredatorio que sí se conoce de otras provincias del país con mayor riqueza en recursos naturales atractivos a las industrias extractivas. En todas las entrevistas, no fueron mencionadas grandes empresas ni actividades extractivas como problema.

52. Entrevista a Rafael, Colonia San Carlos, 10 de febrero de 2017.

Las viviendas en las diversas comunidades, a lo largo y a lo ancho de la provincia, van sumando servicios con el paso del tiempo: tanques de agua potable, electricidad, acceso a garrafas de gas con precios subsidiados. Quedan comunidades que todavía no ven cubiertas sus necesidades en este sentido, pero a juzgar por el recorrido y los dichos que pudieron observarse para esta investigación, son cada vez menos.

### *III.B.4. Educación*

En la provincia, niñas y niños indígenas suelen contar con educación primaria, y en general también secundaria, ofrecida dentro de las comunidades. Se ve y escucha de la construcción e inauguración y puesta en marcha paulatina de escuelas en toda la provincia.<sup>53</sup> Pueden observarse al recorrer la ruta desde la capital hasta el extremo oeste de la provincia y al adentrarse en las comunidades, que hay edificios pequeños y abandonados, que sirvieron de escuela, o pequeños y viejos que todavía sirven de escuela, pero que tienen en zonas cercanas el edificio nuevo ya en funcionamiento, o en construcción.

A la infraestructura de las escuelas, que aumenta muy lenta pero paulatinamente, se suma la funcionalidad de estas al momento de atender las necesidades e intereses especiales de las comunidades indígenas. La Ley N° 426 prevé la educación bilingüe, y por ello la provincia cuenta en sus escuelas con la figura del MEMA, *Maestro Especial de Modalidad Aborigen*, cuya presencia debe garantizarse en cada escuela de comunidad indígena, y que tiene la función de facilitar la comunicación y el aprendizaje de las niñas y los niños indígenas en la escuela, ya que tanto maestras y maestros como la enseñanza en general, son “blancos”. Es decir, las niñas y niños qom, wichí y pilagá, se acercan a la escuela y por primera vez, en muchos casos, aprenden a hablar el español, y esto en el mismo momento en que deben aprender a escribirlo y leerlo. Este choque lingüístico es el que debe morigerar la figura del MEMA. Y en muchos casos, sin dudas funciona. Hay escuelas que cuentan con varios maestros MEMA. En muchos otros —una gran mayoría, por lo que pudimos relevar—, la figura del MEMA es relegada y hasta despreciada por los maestros y directores criollos, que resuelven en forma arbitraria la cantidad de horas que permiten

53. Entrevista a Ceferino, *La Primavera*, 30 de abril de 2016.

que cumplan en los cursos, y pueden llegar incluso a asignarles tareas de limpieza, y no de enseñanza.

Las dificultades en la educación primaria explican las dificultades en la educación secundaria, por supuesto. Un sacerdote nos decía que “al colegio primario van, pero al secundario no si no es bilingüe”.<sup>54</sup> En zonas cercanas a las urbanas, puede incluso conocerse a padres indígenas que hacen el esfuerzo de enviar a sus hijos a escuelas secundarias fuera de la comunidad y el barrio indígenas, o sea, a escuelas de criollos en los pueblos y ciudades criollos. Esto trae como consecuencia positiva —es la idea—, una educación de mayor calidad que permitirá en el futuro acceder sin mayores dificultades a la enseñanza universitaria. Sin embargo, el esfuerzo trae como contracara el esfuerzo desmesurado y la exposición cotidiana a la discriminación por parte de compañeros y profesores. Y esta discriminación, en el vínculo entre estudiantes, repercute también en la dirección inversa. En una reunión de estudiantes wichí de tecnicaturas en su localidad, mientras esperaban al líder vecinal para presentarle algunas inquietudes relativas a los recursos y la continuidad de las carreras —reunión que teníamos la oportunidad de presenciar—, se acercó una estudiante criolla, decidida, y se dio un diálogo breve. Ella: “¿Aquí es la reunión?”, una estudiante wichí respondió: “Sí”, nuevamente la chica criolla: “¿Para todos?”, la misma estudiante wichí: “Para los estudiantes wichí nada más”, la estudiante criolla: “Ah, bueno”. Y se retiró sin más, decepcionada, pero sin otra palabra. Era compañera del grupo e iban a tratarse temas del funcionamiento de los cursos. Era difícil de entender por qué esa expulsión. Tan pronto comenzó la reunión, sin embargo, quedó claro. La reunión de los estudiantes y el líder era en lengua wichí. El español, lengua en que estudian, es siempre solo su segunda lengua.

Sea que se asista a la escuela secundaria de la comunidad o a una escuela criolla, el acceso a la universidad continúa siendo una excepción. Son algo más de 150 los estudiantes indígenas registrados en la Universidad Nacional de Formosa o en alguna universidad privada. Se cuenta en general con un subsidio por parte del Estado provincial, que es una ayuda, pero insuficiente para cubrir mayor cantidad de estudiantes, por un lado, y una mejor calidad en la estadía en la ciudad de quienes comienzan su estudio, por otro. Esto explica las dificultades y el alto nivel de deserción que

54. Entrevista a Mario, Formosa, 28 de abril de 2016.

se registra. Consultada sobre las causas de esta deserción, una estudiante wichí de la carrera de pedagogía social (su segunda carrera, la primera había resultado muy difícil y frustrante, y durante años interrumpió el estudio y volvió a su comunidad en el oeste de la provincia), comentaba que hay dos factores esenciales que una y otra vez advierte en quienes se acercan desde las comunidades o los barrios indígenas a la universidad: la lengua (el español, nuevamente esto, es su segunda lengua, y en la escuela, por los motivos antes explicados, no es suficiente el nivel que puede alcanzarse, dada la poca importancia que se asigna a una verdadera integración de enseñanza y adquisición de conocimientos en forma genuinamente bilingüe), y la discriminación, que lleva a una frustración y permanente sensación de inferioridad.<sup>55</sup> La lengua determina la relación con los profesores y con los estudiantes, explicaba antes también el grupo de los estudiantes universitarios wichí.<sup>56</sup> La discriminación también es mencionada por los ancianos, como factor determinante para retraer la voluntad de estudio e integración de muchos jóvenes.

Se necesita que se estudien carreras “útiles” a las comunidades, como ingeniería forestal, salud y apicultura, para el desarrollo de la producción y la mejora en las condiciones de vida, porque los viejos métodos de producción ya no persisten. En algunas localidades, la posibilidad de estudio de tecnicatura en la misma comunidad, existe. Es el caso de El Potrillo, donde todavía –aunque empiezan a cerrarse las carreras– hay egresos en la Tecnicatura en Economía Social, la Tecnicatura en Producción Animal, y Profesorado en Educación Primaria. Estas formaciones, por los ancianos, son preferidas al estudio de las profesiones liberales, ya que estas no aportarían saber que sea útil en la comunidad (un médico o un abogado requiere de trabajo en un lugar en que se les pague, mientras que formaciones pensadas en términos comunitarios, aseguran la permanencia e interés del estudiante por su pueblo).

La infraestructura y los espacios formales para una educación suficiente, sin lugar a dudas, aunque con deficiencias, están presentes. La realización de tales espacios, sin embargo, todavía está por detrás de esos esfuerzos. Y es esencial que esto suceda. “El pueblo originario tiene que

55. Entrevista a Arminda, de El Chorro, Formosa, 9 de julio de 2016.

56. Participación y conversaciones en encuentro del Grupo de Estudiantes wichí, Centro Juan Pablo II (Formosa), 9 de julio de 2016.

capacitarse, prepararse, preparar a la juventud... para que puedan tener acceso”.<sup>57</sup>

### III.B.5. Medios de subsistencia

La situación de “aislados” que durante mucho tiempo tuvieron los pueblos indígenas del Gran Chaco (no fueron “conquistados” hasta la primera mitad del siglo XX) los mantenía ligados profundamente a sus tierras y sus espacios verdes, impenetrables en muchos casos.<sup>58</sup> Por ser tradicionalmente cazadores-recolectores —es decir, de la cultura de la marisca y no de la siembra y cosecha agraria— estos pueblos vivían de lo que las estaciones, la tierra y las aguas trajeran a la cercanía de sus familias, sin contar con grandes sistematizaciones, sistemas de acopio ni de comercialización de sus productos. La economía de subsistencia, no entendida como algo negativo, sino como manifestación cultural del vivir de la tierra, sabiendo que la tierra siempre entrega sus alimentos, caracterizaba —y en algún punto continúa caracterizando— a estos pueblos.

Por esta razón, puede decirse que por la delimitación de sus espacios, la reducción de sus tierras y el quedar confinados a parcelas alambradas y predeterminadas, muchas veces no contienen en sus terrenos los recursos necesarios para poder proveer a las comunidades de sus medios de subsistencia, y en particular, de alimentación.<sup>59</sup> Esto ha generado una paulatina pauperización en las formas de subsistencia, por ejemplo, de los pueblos,

57. Entrevista a Oscar, *La Primavera*, 30 de abril de 2016.

58. Bella es la forma en que Lucio V. Mansilla, refiriéndose a otros parajes, rememora sin embargo estas tierras: “Hermosos, seculares algarrobos, caldenes, chañares, espinillos, bajo cuya sombra inaccesible a los rayos del sol crece frondosa y fresca la verdosa gramilla, constituyen estos montes, que no tienen la belleza de los de Corrientes, Chaco o Paraguay”. MANSILLA, L. V., *Una excursión a los indios ranqueles*, p. 63, edición Agebe, 2012.

59. “El sistema de tenencia de la tierra va acompañado de la desertificación, frustrando las expectativas de quienes se asientan provisionalmente en los predios fiscales. La conservación de los recursos naturales con modelos productivos heterogéneos y escasa tecnología, es compleja (especialmente en el Oeste árido). Ganadería y actividad forestal tornan la tierra prometida para producir y colonizar, en tierra arrasada, con predominio de ocupantes precarios que apuestan a la explotación en el corto plazo y al uso intensivo de la tierra, erosionando el suelo. Formosa se vincula con el mercado externo más que con el interno y registra sucesivos conflictos, véase SLUTZKY, D., ob. cit., p. 113 y GIRBAL-BLACHA, ob. cit., pp. 5-6, en las que la autora refiere en su cita al trabajo de Daniel Slutzky mencionado.

luego reunidos en comunidades, e iniciándose así una tradición de dependencia de la provisión estatal de alimentos. Relatar las formas de subsistencia tradicionales, sin embargo, no significa pretender reivindicarlas como prácticas actuales. Los pueblos y comunidades piensan en crecer y beneficiarse de cambios que, sin perder su cultura indígena, brinden mejores condiciones de vida. “No tiene sentido decir que los indígenas no quieren estar mejor... eso es cualquiera. Todo el mundo quiere estar mejor. Quienes dicen que no quieren la electricidad y que quieren vivir solo de la caza y de la pesca lo dicen para la televisión y las ONG. [...] Hoy ni los perros saben mariscar”.<sup>60</sup>

La incapacidad de formación e integración al mercado laboral blanco en las ciudades, las dificultades en la capacitación como mano de obra calificada –todo lo cual podría haberse iniciado recién a partir de mediados del siglo XX al haber sido reconocidos como ciudadanos, calidad que no les era reconocida antes por el gobierno nacional– y haber recibido sus primeros DNI, y la falta de educación por ausencia absoluta de un sistema de educación general, por mencionar solo algunos factores; todo ello ha llevado a que en la actualidad las comunidades indígenas sean “clientes” forzados de la asistencia estatal, ya que no solo sigue siendo muy precaria la posibilidad laboral, sino que la existente, es precisamente en el marco de las estructuras estatales (maestros, enfermeros, choferes, personal de maestranza en instituciones públicas, o directivos de las sociedades civiles que dan visibilidad legal a las comunidades).

Las artesanías de las tradiciones de los distintos pueblos siguen estando presentes pero no pueden pensarse como recurso y medio de subsistencia, como a veces parece difundirse. Son realizadas para uso propio o, en todo caso, para la obtención de un poquito de dinero extra, pero tanto la falta de tradición en la comercialización como en la producción en serie, y esto sumado a las dificultades y costo de transporte a localidades y ciudades en que podrían venderse, hacen de la artesanía una actividad cultural identitaria, pero no un eventual medio de obtención de ganancia económica.<sup>61</sup> Solo en pocos casos existen acuerdos con organismos e instituciones que compran artesanías y luego los venden en espacios con acceso a público interesado.

60. Conversación con Pía, de Rincón Bomba, Formosa, 4 de julio de 2016.

61. Conversación con Pérsida, La Primavera, 30 de abril de 2016; conversaciones con mujeres jóvenes que realizaban artesanías en Rincón Bomba, 8 de julio de 2016; entrevista a Ernesto, El Chorro, 8 de febrero de 2017.

O bien se espera recibir "los módulos", o bien se trabaja para el Estado —lo cual alimenta, en estas condiciones, estructuras clientelistas profundamente arraigadas<sup>62</sup> para generar una pequeña autonomía económica, o se es dependiente de las ofertas de trabajo temporal en cosechas y zafras en condiciones de explotación laboral—<sup>63</sup> tan presente hoy como a principio de siglo en los relatos de los indígenas, cuando reflexionan, por ejemplo, que el trabajo en los ingenios antes era "abierto" porque era legal, y que ahora es "oculto" porque es ilegal, pero que, en definitiva, sigue existiendo.<sup>64</sup> La otra opción, es migrar los grandes centros urbanos, en muchos casos, en otras provincias, como Buenos Aires, Córdoba o Santa Fe. Desde allí, en los anillos de los conurbanos, el trabajo como cartoneros, por ejemplo, ha generado relocalizaciones de grupos indígenas que pasan de la situación de pobreza-dependencia en las comunidades, a la situación de pobreza-marginación en las urbes.

Por el momento las perspectivas de mejora y la apertura a otras posibilidades siguen siendo, en la práctica, reducidísimas. O, en palabras de un líder: "En el Estado no hay una política para los indígenas. No hay un indígena adentro. El Estado baja una pauta. El pueblo indígena es cada vez más dependiente. No hay autonomía".<sup>65</sup>

62. Aspectos relativos a las relaciones de las comunidades con el poder político, judicial, con la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales, así como en general en relación con la necesidad básica de información y acceso a la justicia, y de desarrollo identitario, se encuentran en proceso de relevamiento para la segunda etapa de esta investigación.

63. Es interesante observar cómo prácticas que de alguna manera eran propias de tiempos coloniales, se perpetúan con otros nombres y cambios de actores hasta la actualidad. El colonialismo y su continuador, en el análisis llamado neo-colonialismo, tanto estuvo presente a nivel internacional, como en las prácticas y discursos reproducidos y retransmitidos a nivel local. Las dependencias que continúan hasta hoy, en este sentido, son expresiones de los poderes culturales, económicos y políticos (antes también militares) que en cada espacio, como en los ejemplos puntuales y reducidos de la satisfacción o no de las necesidad básica de subsistencia de las comunidades indígenas formoseñas, están presentes. Sobre las relaciones de paz, relaciones y poder y la necesidad y formas de entender la superación de la miseria, véase en esta línea de pensamiento, "Visionen einer friedlichen Welt", en GALTUNG, J., LUTZ, D. y RÖHRICH, W., *Überleben durch Partnerschaft. Gedanken über eine friedliche Welt*, Opladen, Leske + Budrich, 1990 especialmente pp. 40 ss., y 59 ss.

64. Entrevista a Ceferino, El Potrillo, 7 de julio de 2016.

65. Entrevista a Rafael, Colonia San Carlos, 10 de febrero de 2017.

#### IV. LA VIOLENCIA ESTRUCTURAL COMO HERRAMIENTA DE DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS. APLICACIÓN AL CASO DE LAS COMUNIDADES FORMOSEÑAS

Uno de los grandes desafíos del trabajo teórico consiste en obtener de la teoría y de los conceptos herramientas útiles para describir y comprender la realidad, de manera de poder relevar las circunstancias sobre las que es necesaria la intervención transformadora. Al menos en el ámbito jurídico y social, en el cual se enmarcan este trabajo y las preocupaciones aquí planteadas, ese vínculo entre el mundo de las ideas y el mundo de la realidad aparece como indispensable. Por esta razón, no es suficiente la explicación conceptual ni es suficiente una primera descripción de la realidad: las propuestas de trabajo requieren de la combinación de ambos espacios y el rastreo preciso de las circunstancias particulares de cada caso. Ese es el objetivo de este apartado: la aplicación del concepto violencia estructural a la realidad descrita de las comunidades indígenas en y de la provincia de Formosa. Se conocen y fueron descritas las duras condiciones de vida de dichas comunidades en particular, y de nuestros pueblos indígenas en general. Sin embargo, ¿Es esto suficiente para considerar que son colectivos e individuos afectados e incluso víctimas de violencia estructural? En concreto, ¿Puede hablarse de violencia estructural, es decir, de necesidades básicas insatisfechas como consecuencia de obstáculos físicos u organizativos evitables, respecto de los pueblos indígenas formoseños?

Si se toman los cinco ámbitos descriptos (reiterando que son solo una muestra de un número mayor de ámbitos de necesidades básicas), podría intentarse una suerte de grilla en la cual colocar las necesidades básicas y —de acuerdo con la propuesta de Galtung— equipararlas a derechos previstos en documentos de protección de derecho humanos, para evaluar si existe reconocimiento y protección jurisdiccional a su respecto. Este ejercicio sería muy válido, y sin embargo, insuficiente. Nos daría por resultado, probablemente, que las necesidades básicas relativas al alimentarse, al prevenir y tratar dificultades en la salud, al estudiar y capacitarse en los distintos niveles educativos y de formación, el contar con una morada que proteja del mal clima, de los riesgos del exterior y brinde cobijo y espacio para el descanso, y el contar con medios de subsistencia individual y social, verían su reconocimiento, respectivamente, no solo en los documentos que en su estudio

relevaba Galtung, Declaración Universal de DDHH, Pacto de DESC y DCP,<sup>66</sup> sino que incluiría el reconocimiento de dichas necesidades en los Derechos reconocidos también en documentos posteriores y regionales, como la Declaración Americana de Derechos Humanos, el Convenio 169 de la OIT o la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por mencionar tres de los más relevantes. Hablaríamos entonces de un abanico de documentos en reconocimiento de Derechos Humanos. Y este reconocimiento, desde una perspectiva, es excelente. Desde otra, en cambio, no lo es tanto. De lo que se trata al evaluar la existencia o no de violencia estructural en un determinado ámbito espacio-temporal, es de evaluar la situaciones concretas y poner el foco del estudio, en primer lugar, en la distancia existente entre el reconocimiento de tales derechos *en el papel*, por ejemplo, y la realización de tales derechos *en la práctica*, o, en terminología de Galtung, la diferencia existente entre la potencialidad y la realidad en cuanto al grado de satisfacción de las necesidades básicas en evaluación. Si la mirada se realiza en términos legales o jurisdiccionales, el cuadro de análisis será muy reducido. Si la mirada se amplía para abordar las necesidades básicas en sentido amplio –no normativizadas en documentos de derechos humanos– y se mira la realidad en busca de su nivel de potencialidad, de los obstáculos físicos y organizativos que la impiden, y de la inevitabilidad de tales obstáculos, el análisis se complejiza, y se hace probablemente más provechoso al mismo tiempo.

Si concentramos y colocamos en un cuadro (léase sin embargo como parte del texto principal) lo presentado en los apartados II (conceptual) y III (realidad de las comunidades) de este trabajo, el resultado no solo se nos ocurre como más complejo y provechoso, sino que además, como más desconcertante, ya que queda en evidencia la imposibilidad de responder taxativamente en forma afirmativa o negativa a la pregunta por la existencia o no de violencia estructural.<sup>67</sup>

66. GALTUNG, J., *Menschenrechte*..., ob. cit., p. 122 ss.

67. Esta situación pone en evidencia, nuevamente, lo ventajoso del concepto de violencia estructural respecto del uso de la terminología normativa, ya que, si habláramos de violación de derechos ante un imaginario organismo jurisdiccional, este se vería obligado a decidir si hubo o no hubo violación de derechos humanos, sin poder pensar en términos de relatividad o gradualidad al momento de volcar la decisión en su sentencia.

Versiones breves de las necesidades, fueron resumidas como “colegio, rutas y electricidad”<sup>68</sup> en un caso, y como “centro de salud, calle, luz y vivienda”,<sup>69</sup> o “docencia, salud”,<sup>70</sup> o “trabajo, salud”<sup>71</sup> en otros, por ejemplo. Necesidades básicas todas. El entrelazamiento de las necesidades básicas (las seleccionadas para esta presentación), en su forma extendida, arrojan un cuadro que desglosa y complejiza esas frases breves y contundentes.

68. Entrevista a Mario, Formosa, 28 de abril de 2016.

69. Entrevista a Cristino, *La Primavera*, 30 de abril de 2016.

70. Entrevista a Oscar, *La Primavera*, 30 de abril de 2016.

71. Entrevista a Mirco, *La Primavera*, 30 de abril de 2016.

|           | Insatisfacción                                                                                                                                                                                                                                  | Obstáculos físicos y organizativos                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Evitabilidad                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Nutrición | <p><i>Insatisfacción Relativa</i></p> <p>Existe insuficiencia nutricional (malnutrición) en muchas comunidades, pero no se advierte insatisfacción integral de la necesidad básica (desnutrición) en forma generalizada en las comunidades.</p> | <p><i>Sí</i></p> <p>Distancia entre la mayoría de las comunidades y los centros más urbanizados (obstáculo físico).</p> <p>Dificultades de acceso de alimentos a las comunidades. Recepción de módulos estatales con alimentos con bajo nivel nutricional y ajenos a la cultura alimentaria indígena. Restricción espacial, normativa y cultural para el marisqueo tradicional. (obstáculos organizativos)</p> | <p><i>Sí</i></p> <p>La potencialidad de satisfacción es superior a la realidad: si bien la cobertura de las distancias se va superando paulatinamente mediante mejorados y asfaltados, las partidas adecuadas y periódicas de alimentos (dependientes a su vez de la fondos correspondientes a los ingresos por coparticipación) se encuentran potencialmente en un nivel superior a la realidad, ya que una mejora presupuestaria y de calidad, en un Estado nacional con grandes extensiones de territorio cultivable y fértil, es posible. Organizativamente, los ámbitos de marisqueo son potencialmente – reconocimiento de territorio titulado a nombre de las comunidades indígenas – más amplios que los reconocidos y utilizados en la realidad.</p> |

| Atención médica | <i>Insatisfacción Relativa</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | <i>Existencia de obstáculos</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | <i>Evitabilidad</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|-----------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                 | La atención primaria de la salud, así como el acompañamiento de los embarazos y madres en periodos de lactancia, ya sea por la asistencia de los ancianos y ancianas de las comunidades, o por la intervención de las/los asistentes en salud, se ve mínimamente satisfecho. Las atenciones de complejidad media y alta, no son suficientemente satisfechas. | Distancia entre la mayoría de las comunidades y los centros más urbanizados que cuentan con centros de salud de complejidad media y alta (obstáculo físico). Acceso moderado de medicamentos a las comunidades, con periodos de carencia. Insuficiencia de recursos humanos, medicinales, de infraestructura y transporte para la atención de la salud en casos de urgencias y emergencias (obstáculos organizativos). | La potencialidad de satisfacción es superior a la realidad: si bien la cobertura de las distancias se va superando paulatinamente mediante mejoras y asfaltados, las partidas adecuadas y periódicas de medicamentos (dependientes a su vez de la fondos correspondientes a los ingresos por coparticipación federal) se encuentran potencialmente en un nivel superior a la realidad, ya que una mejora presupuestaria y de calidad, específicamente en el ámbito de salud, aparece como posible tanto a nivel nacional como provincial. |

| Vivienda | <i>Insatisfacción Relativa</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | <i>Sí</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <i>Sí</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|          | Existe insuficiencia habitacional (en calidad y cantidad) pero no representa una insatisfacción integral de la necesidad básica de contar con una vivienda. Hay comunidades que cuentan con sus viviendas construidas por el Estado (nacional o provincial) en respeto de sus costumbres y con los servicios básicos en funcionamiento. Sin embargo, en muchas comunidades la provisión de vivienda construida y con acceso a los servicios básicos está pendiente. | Las comunidades cuentan con terrenos designados que con el tiempo devienen en espacio físico insuficiente ante el crecimiento de las familias (obstáculo físico).<br><br>El planeamiento de vivienda para las comunidades y los recursos destinados a ellas siguen en muchos casos la lógica del clientelismo político o la reacción a la demanda puntual manifestada como protesta social, por lo que la cobertura no es uniforme ni suficiente. La cobertura de servicios depende de empresas tanto públicas como privadas y esto en muchos casos dificulta el acceso a estos (obstáculos organizativos). | La potencialidad de satisfacción es superior a la satisfacción en la realidad: la previsión normativa y los recursos existen (dependientes a su vez de los fondos correspondiente a los ingresos por coparticipación federal). Las parcelas comunitarias continúan siendo reducidas (como consecuencia de una realidad histórica de encierro y despojo) en relación con el territorio disponible en la provincia. |

| Educación | <i>Insatisfacción Relativa</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <i>Sí</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | <i>Sí</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|-----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|           | <p>En el nivel primario y secundario existe en general la infraestructura educativa en las comunidades, pero acompañada de una insuficiencia en la integración genuina en el primer nivel educativo de la enseñanza en español para niñas y niños que no hablan español como primera lengua. Esto acarrea una insatisfacción de la necesidad básica de educarse suficientemente para la vida en sociedad y para la continuación del estudio.</p> <p>En el nivel terciario y universitario la necesidad de formación y estudio es satisfecha solo en casos individuales que no resultan representativos de las oportunidades para las comunidades en general.</p> | <p>En el nivel primario y secundario cuando la institución educativa no se encuentra en la misma comunidad, las distancias y estado de los caminos dificultan el acceso a la escuela (en épocas de lluvias, especialmente). Los centros de educación terciaria y universitaria se encuentran casi en su totalidad en centros urbanos o en la capital, alejados de la mayoría de las comunidades y con acceso difícil por tiempos y costos, ya que el estudio implica sostener una vida en la ciudad (obstáculos físicos).</p> <p>Estudios de formación técnica (enfermería, por ej.) están disponibles en localidades cercanas a las comunidades e incluso en las comunidades.</p> <p>No hay presencia de autoridades educativas en diálogo con los actores indígenas de las comunidades (capacitación o acompañamiento de MEMAS, por ejemplo). (obstáculos organizativos).</p> | <p>La potencialidad de satisfacción es superior a la realidad: existe previsión normativa que organiza la educación contemplando la situación lingüística en forma suficiente y existe presencia de infraestructura y recursos, así como instituciones no gubernamentales (religiosas, por ejemplo) en voluntad y con recursos de acompañamiento y apoyo.</p> <p>Tanto la realidad como la potencialidad van elevando su nivel de satisfacción en forma paulatina y con el paso del tiempo. La distancia (entre realidad y potencialidad), parece mantenerse constante.</p> |

| Acceso a medios de subsistencia | <i>Insatisfacción integral</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | <i>Sí</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | <i>Sí</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|---------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                 | <p>Insatisfacción integral de la necesidad básica. Existe plena dependencia de la asistencia estatal, o dependencia de formas de subsistencia igualmente insatisfactorias (explotación laboral en el campo, vida en situación precaria en conurbanos).</p> <p>La falta de satisfacción integral de las necesidades de nutrición, asistencia médica, vivienda y educación* aunada a las limitaciones territoriales, culturales, económicas y civiles históricamente conformadas, hacen de la autonomía en la subsistencia una deuda largamente pendiente.</p> | <p>La limitación territorial impide un acceso suficiente a los espacios tradicionales para la obtención de recursos (obstáculo físico).</p> <p>Falta de programas de integración y capacitación que podrían conllevar una vida autónoma y digna en lo relativo a medios de subsistencia. Educación, formación técnica, participación comunitaria en las decisiones políticas, son formas todavía insuficientes en la realidad de las comunidades, y esta insuficiente impide el acceso a la provisión autónoma de medios de subsistencia. La marisca, forma cultural autónoma para la subsistencia, es hoy reemplazada por los “planes”, que implican falta de autonomía y perpetuación de mecanismos de dependencia (obstáculos organizativos).</p> | <p>La potencialidad de satisfacción es superior a la realidad: El reconocimiento normativo, civil y político de las comunidades en la figura de las asociaciones civiles, la titulación de tierras y el desarrollo de la infraestructura educativa generan potencialmente la elevación del nivel de realización de la necesidad de subsistencia y la autonomía de actuación necesaria para ello. La realidad, sin embargo, revela una relativa continuidad histórica de las prácticas y discursos de dependencia indígena.</p> |

\* Solo se mencionan las relevadas específicamente en este estudio. Por supuesto que para evaluar la situación del acceso a los medios de subsistencia deben adicionarse, para un estudio de mayor amplitud y profundidad, las necesidades vinculadas al desarrollo cultural, las relaciones con las instituciones, el acceso a la información y a la justicia, entre muchos otros, y que están siendo relevados y analizados para la segunda etapa de esta investigación.

De las respuestas de *insatisfacción relativa* de las necesidades básicas alimento, salud, vivienda y educación, que concluyen sin embargo en una respuesta que afirma la violencia estructural por *insatisfacción integral* del acceso a medios de subsistencia, queda entonces una sensación fuerte de

decepción, por supuesto, por todo lo que *no* hay. Y así, si se toma la idea de “autarquía” pensada por Galtung a nivel internacional al valorar la importancia de la posibilidad de los Estados respecto del abastecimiento en ámbitos vitales como alimentación, energía y salud,<sup>72</sup> y se realiza el paralelo con la situación de los pueblos indígenas, el resultado es casi explícito en sus carencias.<sup>73</sup> Lo que en algún momento pudo haber sido entendido en términos de conflicto etnopolítico,<sup>74</sup> devino con el tiempo en una situación estática de dependencia. La democratización que tuvo lugar en Argentina en distintas olas de más y más apertura y reconocimiento de derechos, de 1816 en adelante, y especialmente durante la primera mitad del siglo XX, y en las décadas posdictadura militar, sin lugar a dudas no han tenido el alcance suficiente como para integrar en sus mecanismos y prácticas a toda la población. En este sentido, se advierte la continuación de las tensiones entre proyectos de integración (en términos de “inclusión liberal” de una pluralidad de personas, clases, valores y prácticas) y la perspectiva sostenedora de nociones de ciudadanía,<sup>75</sup> que ponen en evidencia su ajenidad respecto de la historia y cultura de nuestros pueblos indígenas, que continúan vulnerados y al margen.

No obstante estar estas ideas inspiradas por lo que se desarrolló en la tabla de análisis, hay un espacio de luz que ayuda a su vez a repensar el problema desde otro ángulo, o al menos, a observarlo *también* desde otro ángulo. Si la violencia estructural es, en breve, que “no están satisfechas necesidades básicas”, una relativización se presenta obligada cuando, al

72. GALTUNG, J., *Menschenrechte...*, ob. cit., pp. 173-175 y ss.

73. Similares situaciones de dependencia, planteada en estos términos y con datos relevantes de distintos países como Filipinas, Turquía o México, por ejemplo, y en relación con índice de desarrollo del Banco Mundial entre otros organismos, y aunadas a las situaciones de desigualdad entre distintas porciones de la población de acuerdo con su acceso mayor o menor a recursos naturales de calidad, se presentan en otros contextos relevados también a partir de la idea de desigualdad, entendida en su formulación en términos de conflicto y vinculada a otras manifestaciones de la violencia, como la inseguridad. Véase BAECHLER, G., *Violence Through Environmental Discrimination. Causes, Rwanda Arena, and Conflict Model*, Social Indicators Research Series. Vol. 2, Dordrecht. Springer-Science+Business Media, B.V., 1999, pp. 13-24 y ss.

74. BAECHLER, G., ob. cit., p. 90.

75. KARSTEDT, S., “Democratization and Violence: European and International Perspectives”, BODY-GENDROT, S., y SPIERENBURG, P. (eds.), *Violence in Europe. Historical and Contemporary Perspectives*, Nueva York, Springer, 2009. p. 210.

observar la actualidad en contraste con el pasado, se advierte que, por momentos, la frase requiere un ajuste: “*todavía* no están satisfechas necesidades básicas”. Se trata de integrar la variable del tiempo, y el cuadro de actores en su integridad. Una ilustración sobre esto, antes de concluir.

El caso de la salud puede ser tomado como similar a los otros ámbitos de necesidades aquí relevados (que como hemos dicho, son solo unos primeros, visibles, de muchos otros que están en relevamiento para su análisis en la próxima etapa de la investigación). Decíamos, que el caso de la salud, sirve ilustrativamente para explicar la idea de la potencialidad y la realización, de la distribución de recursos y las decisiones al respecto, en definitiva, sirve para evaluar las situaciones de mayor o menor grado de evitabilidad en la insatisfacción de las necesidades básicas. En este sentido, es interesante observar que, históricamente, han quedado los registros de estas carencias y faltas de atención por parte del Estado Nacional, en épocas en que Formosa todavía no era provincia, es decir, no solo respecto de los pueblos indígenas, sino de la población formoseña en general (dentro de la cual, por supuesto, eran las zonas lejanas las que se veían principalmente perjudicadas). Es decir, las carencias por arrastre, quedan explicitadas, así como las miradas sesgadas que gustan de achacar responsabilidades sin mayor acercamiento al problema. En un trabajo de memorias de época que encontramos entre los ejemplares de la Biblioteca Popular “Di. M. R. Moreno” de Formosa, se lee, y permítase la extensión de la cita:

#### ATENCIÓN MÉDICA DEFICIENTE

1903, septiembre 11

En la fecha publica el diario ‘La Nación’ de Buenos Aires, un artículo donde se menciona que la asistencia médica en Formosa, es deficiente y son muchos los casos que mueren sin atención facultativa. Hay mucho de cierto en estas líneas, aunque nuestros municipales, con su médico Dr. Martín Ruiz Moreno, llegan hasta lugares apartados, llevando las pocas medicinas que pueden adquirir con los cuatro reales de su miserable presupuesto. El Gobierno Central puede desistir del 60% de las patentes de los comercios ubicados en la Villa y con ese importe costear el sueldo de un médico y los costos de los medicamentos, pero no solamente no desiste, sino que para abonar el 40 % destinado a la Municipalidad en muchos de los casos se debe hacer un papeleo interminable y llegó el caso que la desesperación de fondos hizo que la Municipalidad demandara al Gobier-

no Central. Desgraciadamente vivimos abandonados dentro de nuestro propio país; muchos argentinos por no levantar la vista nos desconocen, hasta el mapa está en contra nuestra al figurar Formosa dentro de la representación geográfica, donde termina este. Olvida el Ejecutivo Nacional nuestras necesidades, no así el nombramiento de un comisario tipo Maciel o un devorador de indios tipo Bouchard.<sup>76</sup>

Desde Buenos Aires, la denuncia. En Formosa, las carencias. Más de cien años después, esta reseña es un grito. Y no se trata aquí de justificar carencias que se corresponden con las condiciones locales, sino de interpelar a actores igualmente involucrados en los entretejidos estructurales que organizativamente siguen obstaculizando la real satisfacción de las necesidades básicas, todavía integral o relativamente insatisfechas. Y más aún, como suele suceder con las violencias culturales que legitiman violencias físicas y estructurales, y se retroalimentan mutuamente. También aquí, como demuestra la reseña de 1903, las carencias estructurales, ni obviaban la denuncia cínica mediante medios culturales, ni obviaban el acudir a la violencia física, tal vez en la figura del comisario Maciel, tal vez en la del "devorador de indios Bouchard", como único medio de pretender refrenar o cubrir las carencias generadas. La historia una y otra vez...

## V. CONCLUSIONES EN TRES PUNTOS

De este primer ejercicio pueden extraerse numerosas conclusiones, y todavía más preguntas que las que se tenían inicialmente. A fin de ordenar estas ideas, y para que puedan ser leídas como invitación para la discusión y el acompañamiento en la continuación de estos caminos de pesquisa, cerramos el texto y continuó el diálogo resumiendo tales conclusiones y preguntas en tres consideraciones finales.

En *primer* lugar, rememorando el marco en el que tuvo lugar el inicio de este trabajo, debe recordarse que se trataba de evaluar la situación en que se encuentran poblaciones a primera vista marginalizadas y al mismo tiempo amenazadas ante el avance del Estado moderno, sus sociedades y sus economías locales y globales. La sospecha era que dicha situación de

76. CASALS, F., *Formosa, Desde el candil 1879 hasta el alumbrado público de candencia al vacío 1923*, Impr. Buenos Aires, Ed. Efemérides Comentadas del Autor, 1966, p. 261.

marginación las colocaría eventualmente como víctimas –en sus propios territorios– de actividades llevadas adelante por parte de actores estatales y privados de alto poder económico y político, en muchos casos, insuficientemente regulados y monitoreados por parte del Estado. Esta sospecha, luego del ejercicio inicial aquí realizado, se habría visto confirmada: ni la situación de educación ni la situación de autonomía en la obtención de medios de subsistencia, permite pensar en una suficiente capacitación y libertad de decisión por parte de los indígenas y sus comunidades ante una eventual cercanía de actores económicos de gran envergadura. Las carencias a nivel nutricional y de atención médica, por otro lado, colocan a estas comunidades en una situación de fragilidad unida a una espera de la oportunidad por mejorar estos aspectos, es decir, promesas de mejora en lo económico, aunque solo fueran a partir de la entrega de comida y medicamentos, serían suficiente incentivo para recibir firmas o aceptaciones de condiciones que en otro contexto serían inaceptables. Las dificultades en los territorios y las condiciones de habitación, por otro lado, presentan en situación normativamente protegida a las comunidades. Esta situación sí es positiva, y en comparación con otros ámbitos, puede entenderse como un eventual freno a cualquier avance –al menos en el ámbito de las titulaciones de tierras a particulares aunque esto no refrene la ocupación de tierras ilegal, que también tiene lugar, por supuesto– impidiendo abusos de titulación que sí están presente en forma sistemática en otras provincias de nuestro país. El balance, sin embargo, es claramente negativo: Las comunidades no cuentan con recursos suficientes, es decir, no presentan todas sus necesidades básicas integralmente satisfechas, como para poder actuar en forma autónoma y con poder de diálogo y negociación frente a actores estatales o privados. La insatisfacción de necesidades básicas actual es al mismo tiempo un potencial factor criminógeno-victimológico y por lo tanto es solo cuestión de tiempo que pudiera derivar en situaciones de profundización en las desigualdades.

En *segundo* término, a partir de las diferencias advertidas en los detalles y situaciones específicas de las distintas comunidades, es evidente, luego de este ejercicio, que el “juicio” en cuanto a la existencia o no de violencia estructural, no ha arrojado un resultado taxativo ni general. Esto es, en cuanto a la calidad de las respuestas que se han podido esbozar a los cinco ámbitos de necesidades básicas respecto de las comunidades visitadas, difícilmente se ha alcanzado una respuesta indudablemente positiva en cuanto a la insatisfacción de necesidades básicas, y tampoco se ha

arribado a una respuesta indudablemente negativa. Tuvimos que incluir, en las posibilidades de respuesta, la opción de la relatividad en términos de gradualidad: Una necesidad básica *relativamente insatisfecha*, no significa totalmente insatisfecha, pero tampoco plenamente satisfecha. Por otro lado, las respuestas no son generales: situaciones muy similares pueden tener variaciones tan pequeñas como la extensión del asfaltado en la ruta —que a mayor extensión podría facilitar aún más el acceso a otras localidades con servicio de salud suficiente— o el que se haya inaugurado o no la escuela ya construida que cuenta con acceso a internet o techos sin goteras; y esa pequeña variación podría generar una diferencia en la respuesta final, ya que la presencia del obstáculo físico u organizativo dependerá exclusivamente de un factor temporal, que necesariamente debe ser considerado (dos meses pueden marcar una diferencia entre un sí o un no a la violencia estructural). Podríamos preguntar, ¿sirven de algo estas consideraciones relativizantes? Y la respuesta es, sin dudas, *sí*. Y de mucho. Resultan poco agradables a un ojo jurista, que precisa de juicios definitivos y claros, y más aún, resultará muy desagradable a los ojos de un jurista del derecho internacional de los derechos humanos, a quien suele resultarle difícil aceptar grises en estas temáticas. Sin embargo, si se pretende un acercamiento a la realidad, entenderla y evaluarla a partir de conceptos que colaboren con el análisis y el desglose de elementos que requieren de atención e intervención, estas respuestas “a medias tintas” resultan muy significativas. Dan la pauta de que no hay absolutos. Dan la pauta de que no puede pensarse en promedios ni en extremos. La realidad está ahí, en los contextos específicos y transitando los intermedios entre el todo y el nada de los conceptos ideales y de las máximas de los grandes discursos. Por este motivo, ya no podremos hablar de si existe o no existe violencia estructural. Tendremos que aprender a evaluar también esta tercera categoría, la del *existe una relativa violencia estructural*.

En *tercer* lugar, relacionar estas conclusiones con el recorrido histórico de los pueblos indígenas en general, y no solo con las comunidades actuales en Formosa, implica reconocer que la marginación, que los intereses económicos siempre al acecho, y que la tierra como núcleo de conflictos, no son un invento del siglo XXI. Al llegar los españoles las tierras eran ocupadas con el objetivo de obtener sus minerales, y es sabido que para ello los indígenas se transformaban en mano de obra esclavizada o, si tenían la suerte de ser “reducidos”, solo semiesclavizada. Del mismo modo, en la actualidad, los espacios de territorio en posesión

y con titulación a favor de comunidades indígenas son muy pocos, y continúan siendo acechados por los intereses de actores privados que ansían la explotación no ya solo de los minerales, sino también del suelo en sí para el uso agrario (cultivo de soja, por ejemplo), y quienes se encuentran en la zona, en pérdida paulatina de tierras (aunque en el papel los derechos crezcan), cumplen sus tareas de braceros a cambio de muy poco y son quienes desmontan su propia tierra y trasladan las maderas para dejar el terreno limpio. En este sentido, visto en perspectiva, la violencia estructural parece saltar a los ojos. El ejercicio que hemos hecho aquí, tuvo el objetivo de dar contenido y actualidad a dicha situación, y no utilizar conceptos generales para situaciones que solo parecen generales, pero que no lo son en absoluto cuando se miran de cerca, cuando se conversa directamente con los actores y se pisa su tierra, compartiendo charlas, risas, mates, preocupaciones, visitando sus escuelas y sus salas de salud, sufriendo la falta de fruta fresca y temiendo el enfrentamiento por la noche con la gendarmería o atropellar a una anciana caminando largas distancias junto a la ruta mal iluminada. Cuando todo esto se vive, como visitante, claro, pero se comparte mínimamente durante unos días o tan solo unas horas, esos grandes recorridos históricos, que enseñan y alertan sobre la vida de sociedades, instituciones, naciones y Estados, debe mirarse en su realidad microscópica, para que el análisis adquiera relevancia y pueda aportar reflexiones y propuestas incisivas y reales, y no solo grandes verdades y llantos por las injusticias sociales. Para eso el concepto de violencia estructural y su transformación en una herramienta conceptual con potencial de análisis preciso. En este sentido, aunque tengamos ahora más preguntas que respuestas, aunque el fango parezca ser más espeso y el abanico de ideas se haya transformado en un crisol de alternativas por evaluarse, creemos que valió le pena este primer paso y el esfuerzo realizado, y más vale aún continuar con el análisis restante, con la especificación y profundización en la lectura de la realidad en esta dirección. Creemos que así, la idea inicial de este viaje intelectual, pueda concretarse y en algún momento puedan llegar a formularse e implementarse propuestas de prevención, sanción y reparación de los daños sufridos por necesidades básicas insatisfechas, y de prevención, sanción y reparación de los daños generados por el círculo vicioso de la profundización de relativas violencias estructurales causadas por emprendimientos políticos y económicos que se nutran de las *preexistentes relativas violencias estructurales*.

Si concluimos con Galtung que “Una estructura consiste de billones de acciones incluyendo las no-acciones y las acciones por omisión”,<sup>77</sup> no queda otra alternativa que seguir profundizando y definiendo los caminos y recorridos de esas acciones, no-acciones y omisiones, sus actores y sus impactos, actuales, potenciales y futuros. Este texto ha intentado ser un primer acercamiento y ejercicio en este sentido, a fin de visibilizar el camino para los que seguirán.

## BIBLIOGRAFÍA

BAECHELER, Günther, *Violence through Environmental Discrimination. Causes, Rwanda Arena, and Conflict Model*, Social Indicators Research Series. Vol. 2, Dordrecht, Springer-Science+Business, Media, B.V, 1999.

BÖHM, María Laura, “Empresas transnacionales y violación de Derechos Humanos en América Latina - Dificultades para su imputación y juzgamiento”, en *Boletín Semestral GLIPGö*, 2012, Nro. 4, pp. 11-24.

—, “Transnational Corporations, Human Rights Violations and Structural Violence in Latin America: A Criminological Approach”, en: *Kriminologisches Journal*, 4/2016, pp. 272-293.

CARTER, Candice C. (ed.), *Conflict Resolution and Peace Education. Transformations across Disciplines*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2010.

CASALS, Fernando, *Formosa. Desde el candil 1879 hasta el alumbrado público de candencia al vacío 1923*, Buenos Aires, Ed. Efemérides Comentadas del Autor, 1966.

DE HAAN, Willem, “Violence as an Essentially Contested Concept”, en BODY-GENDROT, Sophie y SPIERENBURG, Pieter (ed.), *Violence in Europe. Historical and Contemporary Perspectives*, Nueva York, Springer, 2008.

GALTUNG, Johan y FISCHER, Dietrich, *Johan Galtung – Pioneer of Peace Research*, Heidelberg–Nueva York–Dordrecht–Londres, Springer, 2013.

GALTUNG, Johan, *Violencia Cultural. Documento de trabajo N° 14*, Centro de Investigación por la Paz, Fundación Gernika Gogoratz, 2003.

77. GALTUNG, J., *Menschenrechte...*, ob. cit., p. 199.

- , *Frieden mit friedlichen Mitteln. Friede und Konflikt, Entwicklung und Kultur, Serie Friedens- und Konfliktforschung 4*, Opladen, Leske+Budrich, 1998.
- , *Violencia, Guerra y su impacto*, 1998, consultado en [<http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/081020.pdf>].
- , *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*, Bilbao, Bakeaz/Gernika Gogoratuz, 1998.
- , *Menschenrechte anders gesehen*, Frankfurt, Suhrkamp, 1994.
- , “Visionen einer friedlichen Welt”, en GALTUNG, J., LUTZ, D., RÖHRICH, W., *Überleben durch Partnerschaft. Gedanken über eine friedliche Welt*, Opladen, Leske + Budrich, 1990.
- , *Strukturelle Gewalt, Beiträge zu Friedens- und Konfliktforschung*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1975.
- , “Eine strukturelle Theorie des Imperialismus” en SENGHAAS, D. (ed.), *Imperialismus und strukturelle Gewalt. Analysen über abhängige Reproduktion*, Frankfurt, Suhrkamp, 1972.
- , “Violence, Peace, and Peace Research”, en *Journal of Peace Research*, Vol. 6, n° 3, 1969.
- GIRBAL-BLANCHA, Noemí M, *Formosa: tierra prometida-tierra arrasada. La Argentina de los márgenes (1884-1955)*, Texto presentado en el XIV Congreso de Historia Agraria, Sociedad Española de Historia Agraria – Área de Historia e Instituciones Económicas de la Universidad de Extremadura, Badajoz, 7-9 de noviembre de 2013.
- GORDILLO, Gastón, *Nosotros vamos a estar acá para siempre. Historias tobas*, Buenos Aires, Ed. Biblos, 2005.
- HEITMEYER, Wilhelm y HAGAN, John (ed.), *International Handbook of Violence Research*, Dordrecht, Springer, 2003.
- HERALDO PRIETO, Antonio, *Para comprender Formosa. Una Aproximación a la historia provincial*, de Antonio Herald Prieto, Formosa, 1990.
- KARSTEDT, Susanne, “Democratization and Violence: European and International Perspectives”, en BODY-GENDROT, Sophie y SPIERENBURG, Pieter (ed.), *Violence in Europe. Historical and Contemporary Perspectives*, Springer, 2009.
- MANSILLA, Lucio V., *Una excursión a los indios ranqueles*, edición Agebe, 2012.
- MAPELMAN, Valeria, *Octubre Pilagá. Memorias y archivos de la masacre de La Bomba*, Buenos Aires, Tren en movimiento, 2015.

- MARTÍNEZ SARASOLA, Carlos, *Nuestros paisanos los indios. Vida, historia y destino de las comunidades indígenas en Argentina*, Buenos Aires, Del Nuevo Extremo, 2013.
- MIDRÉ, Georges FLORES, Sergio, *Élite ladina, políticas públicas y pobreza indígena*, Instituto de Estudios Interétnicos – Universidad San Carlos de Guatemala, Magna Terra, Guatemala, 2012.
- MORRISON, Wayne, ZAFFARONI, Eugenio Raúl y BERGALLI, Roberto, “Diálogos sobre criminología, genocidio y daño social con Wayne Morrison, Eugenio Raúl Zaffaroni y Roberto Bergalli”, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Ed.), *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2014.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki, “Retomando el concepto de violencia estructural. La memoria, el daño social y el derecho a la Resistencia como herramientas de trabajo”, RIVERA BEIRAS, I. (Ed.), *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*, Barcelona, 2014.
- SHARP, Dustin N., *Justice and Economic Violence in Transition*, SHARP, D. N. (ed.), Springer, 2014.
- SHINKEL, Willem, *Aspects of Violence. A critical Theory*, Basingstoke, Ed. Palgrave Macmillan, SLUTZKY, Daniel, *Estructura social agraria y agroindustrial del Nordeste de la Argentina: desde la incorporación a la economía nacional al actual subdesarrollo concentrador y excluyente*, Buenos Aires, IADE, 2011.
- TUASON, María Teresa, “Peace Psychology in a Poor World: Conflict Transformation in Response to Poverty”, en CARTER, Candice (ed.), *Conflict Resolution and Peace Education. Transformations across Disciplines*, Palgrave, 2010.

*Lecciones y Ensayos*, Nro. 98, 2017

CARAMELO, Gustavo, "El Código Civil y Comercial...", pp. 101-134

## EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y LA LEGALIDAD SUSTANTIVA ARGENTINA\*

GUSTAVO CARAMELO\*\*

**Resumen:** El autor estudia la relación histórica entre los habitantes de la República Argentina y las normas civiles y establece la posibilidad de una reformulación de ese vínculo a partir de la sanción del Código Civil y Comercial.

**Palabras clave:** anomia – código civil – código civil y comercial – principio de igualdad – constitucionalización del derecho civil

**Abstract:** The author studies the historical relation between the inhabitants of the Argentinian Republic and the civil law and establishes the possibility of a reformulation of that bond since the enactment of the Civil and Commercial Code.

**Keywords:** anomy – civil code – civil and commercial code – equality – constitutionalisation of the civil law

### I. INTRODUCCIÓN

No nos faltan normas. Los habitantes de la República Argentina contamos con regulaciones minuciosas de una multiplicidad de aspectos que hacen a las actividades políticas, económicas, sociales, familiares y personales. Pero a menudo pareciera que no fuera así, que distintas conductas, en diversas áreas y niveles del complejo entramado de relaciones y situaciones que hacen a la vida de nuestro país, se desarrollaran en forma anó-

\* Recepción del original: 20/3/2017. Aceptación: 30/3/2017.

\*\* Profesor Adjunto regular de Contratos Civiles y Comercial de la Facultad de Derecho – U.B.A.

mica o aún en contra de prohibiciones legales razonables. Ello ha ocurrido y ocurre también en el ámbito del derecho civil.

En las siguientes páginas intentaremos evaluar un aspecto de ese problema vasto y complejo, el relativo a la relación entre el sistema normativo de derechos civiles<sup>1</sup> y las prácticas sociales. La cuestión es especialmente importante por la gran cantidad de cuestiones abarcadas por esta especialidad, destinada a posibilitar a las personas gozar de la mejor calidad de vida y a desarrollar y defender sus proyectos, en tanto no perjudiquen a otros.

¿Puede tener la ley civil una función performativa eficaz o debe ser producto de la realidad social? ¿Puede un legislador iluminado imponer conductas aun cuando no se correspondan con costumbres o prácticas sociales de la comunidad a la que se aplican sus normas o debe reconocer las existentes? Para ello evaluaremos la situación al tiempo de la entrada en vigencia del Código Civil y las notas peculiares de este; los cambios normativos infraconstitucionales operados durante el siglo XX; los efectos propios de la convulsionada vida institucional argentina; los factores externos con posterior incidencia directa en el orden jurídico interno, como el desarrollo del sistema internacional y regional de protección de los Derechos Humanos y los efectos propios de la globalización y del desarrollo tecnológico y su proyección en todos los ámbitos e intersticios de las actividades humanas. Tras establecer ese cuadro de situación, explicaremos cómo muchas de esas cuestiones resultaron determinantes para la regulación establecida por medio del Código Civil y Comercial que comenzó a regir entre nosotros el 1º de agosto de 2015, para concluir con el enunciado de algunas ideas, no exentas de cierta esperanza respecto de lo que nos depara la aplicación de las nuevas normas.

## II. EL PUNTO DE PARTIDA DEL MODERNO DERECHO CIVIL ARGENTINO

Desde los tiempos de la Colonia padecemos cierta tendencia a soslayar las leyes y a ejecutar o admitir el desarrollo de conductas ilegales, en gran medida derivadas del divorcio entre la realidad y las normas dictadas

1. Empleamos la expresión “derechos civiles” en el sentido amplio del artículo 20 de la Constitución Nacional, comprensivo de lo que habitualmente se engloba bajo el concepto de “derecho privado”, calificación que, como se explicará más adelante, no consideramos ya adecuada.

para ser aplicadas a ella, que motivaron el "se acata pero no se cumple" con el que las autoridades coloniales despachaban las normas emanadas de la península.<sup>2</sup> Carlos Nino, hablaba de "anomia boba" y decía que ella se verifica cuando una acción colectiva se caracteriza por la inobservancia de normas y hay al menos una cierta norma que conduciría a una acción colectiva más eficiente en la misma situación;<sup>3</sup> atribuía a esa actitud colectiva ante la ley ser en gran medida la causa del subdesarrollo argentino.<sup>4</sup>

El derecho civil argentino parece haberse fundado con Dalmacio Vélez Sársfield, aun cuando existía una relación anterior, en gran medida abandonada desde la sanción del Código Civil. Sin duda se trató de un jurista excepcional que cumplió acabadamente el rol técnico que le requirió la política de los triunfadores de Caseros, que se inscribía en la dialéctica civilización o barbarie y que llevó a que el sistema normativo civil hasta entonces vigente fuera sustituido por un orden jurídico nuevo, emplazado por medio de los códigos comercial y civil,<sup>5</sup> de matriz conceptual en buena medida extraña a las prácticas y costumbres de nuestra población.

Sabemos que nuestro país adoptó en su organización constitucional un sistema federal atemperado, en el que las provincias conservaron básicamente para sí el dictado de sus propias constituciones y de las normas de derecho administrativo, tributario y procesal, al tiempo que delegaron en el gobierno federal la sanción de las normas federales y de los códigos

2. ARAUJO, K., *¿Se acata pero no se cumple?: estudios sobre las normas en América Latina*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2009, p. 7.

3. NINO, C. S., *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel, 2005, p. 39.

4. La Segunda Encuesta de Cultura Constitucional en Argentina 2004-2014, Poliarquía Consultores, publicada en FIDANZA, E., HERNÁNDEZ, A. M. y ZOVATTO, D. (comp.), *Argentina una sociedad anómica*, Buenos Aires, Eudeba, 2016, determinó que para el 79% de los encuestados, Argentina es un país que vive la mayor parte del tiempo al margen de la ley, que el 43% de los habitantes del país está dispuesto a ir en contra de lo que ella dispone en caso de creer que tiene razón y que el 83% considera que los argentinos son transgresores o desobedientes a la ley.

5. El Código de Comercio había sido redactado por Vélez junto al uruguayo Eduardo Acevedo, por encargo de Buenos Aires, cuando la actual provincia se encontraba separada de la Confederación Argentina, norma que fue adoptada luego por la Nación por Ley 15, del 10 de septiembre de 1862. El Código Civil le fue encomendado años después cuando se desempeñaba como Ministro de Hacienda de Bartolomé Mitre, y puesto a consideración del Congreso Nacional, que lo aprobó a libro cerrado, cuando Vélez actuaba como Ministro del Interior de Domingo Faustino Sarmiento. El Codificador no era solo un técnico, antes bien, era un político con descollante aptitud técnica.

de fondo, de derecho común y de aplicación en todo el territorio argentino. Pero hasta la entrada en vigencia de esos cuerpos normativos, regía entre nosotros un conjunto de normas, en gran medida derivadas de la vieja organización colonial. La decisión de sustituirlas por normas nuevas, en el más extenso sentido de la expresión, fue de carácter político-estratégico y obedeció a la intención deliberada de avanzar en la construcción de un nuevo “ser político”, posibilitando el adelantamiento de las ciencias y la instauración de nuevas costumbres, como lo dijo el propio Vélez en el curso de la polémica que sostuvo con Juan Bautista Alberdi en torno al contenido del proyecto de código civil por aquél elaborado.<sup>6</sup>

Vélez diseñó un cuerpo normativo que respondía a los intereses de la élite porteña —una de las críticas que le hizo Alberdi fue que no tuvo en consideración la diversidad de regiones y costumbres de nuestro país—, el que se impuso como cartabón de lo legal en todo el territorio nacional, sin que mediara debate parlamentario sobre su contenido y alcances, pues la ley 340, que fue sancionada el 25 de septiembre de 1869 y entró en vigencia el 1º de enero de 1871, fue votada a libro cerrado.

El Código Civil estableció criterios de legislación para todo el territorio nacional; siguió en ello a su modelo francés, que unificó el derecho, acabando con las particularidades locales<sup>7</sup> y, al igual que aquél, dio cuenta de una operación sin par en la historia, pues el nuevo derecho no fue ya un añadido al complejo normativo existente, sino que resultó primordialmente abrogatorio de este, construido y elaborado como un aparato racional sistemático completo<sup>8</sup> cuyo valor no se encontraba en su racionalidad intrínseca, sino en su carácter de derecho positivado.

El cuerpo normativo era una herramienta funcional a un proyecto po-

6. Al concluir el proyecto del Libro II, Vélez le envió el texto a Alberdi, quien criticó duramente su contenido, generándose con ello una polémica a la que Vélez respondió desde las páginas del diario *El Nacional*. Entre otras cuestiones, Alberdi objetaba que se hubieran soslayado las normas preexistentes y el excesivo detalle de la regulación del código, que consideraba contrario al espíritu abierto de la Constitución Nacional (ver ALBERDI, J. B., *Obras Completas*, Buenos Aires, La Tribuna Nacional, 1887, t. VII, p. 80. El artículo de Vélez se encuentra transcrito en ALBERDI, J. B., *Obras Selectas*, Buenos Aires, Librería de la Facultad, 1920, vol. II, t. IX, pp. 252-360).

7. ATRIA, F., *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 52-53.

8. GARCÍA DE ENTRERRÍA, E., “La democracia y el lugar de la ley”, en GARCÍA DE ENTRERRÍA, E., y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *El Derecho, la Ley y el Juez, Dos estudios*, Madrid, Civitas, 1997, p. 36, cit. por ATRIA, F., ob. cit., p. 53.

lítico mucho más amplio: superación de la “barbarie” por vía del fomento de la inmigración europea (art. 25 de la Constitución Nacional), con equiparación de derechos civiles para nacionales y extranjeros (art. 20 de la Constitución Nacional) e instauración de un nuevo orden jurídico, mucho más orientado a los criterios derivados del *Code Civil* francés, como gran parte de la legislación de la época, que a los de la legislación española, cuyo molde ideológico nutrió los criterios normativos del país hasta entonces. El sentido del dictado de códigos como el civil y el comercial era, en tal contexto, el de producir una transformación radical del método y los principios del antiguo derecho.<sup>9</sup> Por su finalidad, sentido y metodología de implementación, el código fue casi una herramienta de colonización interna de un sector de la población, que controlaba el poder, sobre una mayoría ajena a esa construcción.

Un código civil es norma para la calidad de vida de las personas y entre innumerables cuestiones, regula las que hacen a su cotidianidad, a vínculos interpersonales de todo tipo, a la relación entre los sujetos y las cosas y a la forma cómo se transmite la propiedad de generación en generación; se trata de una ley vertebral cuyo follaje puede servir de abrigo para que los habitantes del país desarrollen sus proyectos de vida, los protejan y exijan reparación cuando son injustamente dañados por otros. Es también una herramienta para el progreso social, porque pone al alcance de la población, en forma sistematizada, las normas cuyo conocimiento necesitan para encarar diversas actividades en sus vidas y también las ayudan, porque —en el caso de los contratos— aportan un conjunto de reglas útiles que proporcionan la estructura básica de determinados negocios jurídicos, la que puede ser empleada o no por las partes, según sus intereses. Para ello debe responder a la realidad de esa población y ser comprensible, accesible para ella.

Pero un código civil es también por su contenido una norma estructural de un ordenamiento jurídico, y siempre da cuenta de la visión política o ideológica de la sociedad por parte de quienes ejercen el poder al tiempo de su sanción —en este caso, el acotado mundo de la élite que encaró la “organización nacional”, representantes elegidos por mecanismos de voto calificado, sin participación de las mayorías—, pues regula la distribución

9. TAU ANZOÁTEGUI, V., *La codificación en la Argentina (1810-1870)*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1977, p. 19.

del poder en las relaciones entre particulares y aún en las intrafamiliares, así como el espacio que se reconoce a la esfera privada y a la intimidad de las personas frente a la esfera de lo público. El derecho es una herramienta de gobierno que en su vigencia responde a los intereses de los sectores que ejercen el poder en un momento determinado de la vida de una sociedad y es por ello que es sumamente interesante analizar qué es lo que una norma civil habilita y qué limita o prohíbe a la población, pues ello evidencia el grado de apertura de la sociedad de la que se trate.

La regulación del Código Civil era amplísima y abarcaba distintos aspectos de la vida de las personas. El problema es que para que las normas cobren vida en un cuerpo social se requiere tiempo y conocimiento, imprescindibles para su metabolización, especialmente cuando ellas sustituyen lo conocido o preexistente. Pero en la Argentina del último tercio del siglo XIX ese proceso era arduo, pues el 77,4 por ciento de la población era analfabeta<sup>10</sup> y si tenemos en consideración que los procesos judiciales eran escritos y crípticos y que los abogados registrados en el país no llegaban a quinientos, no podemos sino concluir que la posibilidad de conocimiento efectivo de las normas de los códigos por la población era de baja a nula y por lo tanto, un apego fuerte a las normas de convivencia y regulación de relaciones humanas previstas en la ley, prácticamente imposible.

Un cuerpo normativo extenso y complejo como el del Código Civil —que paradójicamente contenía el axioma sistémico según el cual no se excusa la ignorancia de la ley— era de difícil conocimiento por la población, que solo tenía acceso a asistencia jurídica en los sectores medios, del comercio, y en los de elevada posición social.

No obstante ello, sin duda un código era entonces un importante avance, pues aun con las limitaciones indicadas, provenientes del medio social,

10. Primer Censo Argentino, Introducción, Capítulo XV, datos relativos al nivel de instrucción de la población censada, publicación oficial. Buenos Aires, 1872, consultado en [[http://www.deie.mendoza.gov.ar/temáticas/censos/censos\\_digitalizados/Censos%20Digitalizados/index.html](http://www.deie.mendoza.gov.ar/temáticas/censos/censos_digitalizados/Censos%20Digitalizados/index.html)] y La Educación de Jóvenes y Adultos —Estado de situación en la Argentina— Ministerio de Educación de la Nación, agosto de 2000, donde se cita a CFI Analfabetismo en la Argentina, Evolución y Tendencias Actuales. Buenos Aires, 1963, Ministerio de Educación y Justicia, CONAFEP, Plan Nacional de Alfabetización. Buenos Aires, 1985. Cabe señalar que la recolección de datos se hizo sin censar a los pueblos originarios ni a los soldados entonces movilizados en la Guerra de la Triple Alianza, entre quienes cabe presumir similar o mayor grado de analfabetismo.

posibilitaba que quienes quisieran conocer la regulación de diversas cuestiones, pudieran acceder a ellas en forma ordenada con un criterio sistémico razonable.

### III. ALGUNAS NOTAS DISTINTIVAS DEL CÓDIGO CIVIL

Por tiempo el Código Civil fue el estatuto regulador de la vida de los sectores sociales cuya vida se desarrollaba “dentro del sistema”, desconocido —en contenido y en práctica— por gran parte de la población que fue construyendo su vida cotidiana según pautas y códigos que no se encontraban en ese articulado, como aún hoy ocurre en sectores de nuestra población.

Como ya lo señalamos, en su articulado se estableció un microcosmos jurídico acorde con la visión de la sociedad de la élite porteña, algunas de cuyas notas distintivas enunciaremos seguidamente, solo a título ejemplificativo:

#### III.A. Sociedad patriarcal, lo público y lo privado

El Código Civil daba cuenta de una visión de la sociedad de carácter patriarcal, en la que el padre era amo y señor de lo atinente a los integrantes de su familia y de la mujer en especial, como surgía de los artículos 186 a 197 del Código Civil. Esa concepción de las cosas y del ámbito de lo personal y lo familiar, en contraposición con lo público, determinó también un divorcio conceptual entre el derecho público y el derecho privado.

Tal distinción, de origen griego,<sup>11</sup> fue una marca distintiva de la matriz ideológica del siglo XIX y perdura aún hoy hasta en las divisiones departamentales de nuestras universidades, aun cuando ello haya perdido sentido en la realidad actual.

El marido y el padre eran señores de la vida de los integrantes del

11. HABERMAS, J., *The Structural Transformation of the Public Sphere*, Cambridge, MIT Press, 1991, pp. 1-3, explica que en la antigua Grecia la esfera de la polis (koiné) se encontraba separada de la esfera del “oikos” individual y que ni el lenguaje común ni el de la ciencia —en especial la jurisprudencia, las Ciencias Políticas y la Sociología— han sido capaces de reemplazar las categorías tradicionales de público y privado y esfera pública y esfera privada por términos más precisos.

grupo familiar, incluyendo la esposa, por cuyos intereses decidían. Ellos le debían obediencia.

La división del mundo privado del mundo público era rotunda y tenía su correlato en los ámbitos jurídicos, de derecho privado y de derecho público; distinciones que, como lo veremos más adelante, han ido perdiendo nitidez en nuestros días.

### **III.B. El matrimonio, tomando distancia de la Constitución**

Vélez diseñó un determinado modelo de unión matrimonial, en el que la unión entre católicos debía realizarse “...según los cánones y solemnidades prescriptas por la Iglesia Católica” (art. 167 del Código Civil) y para el caso de unión entre un católico y un cristiano no católico, se requería la autorización de la Iglesia Católica (art. 180 del Código Civil), estableciéndose la nulidad del matrimonio celebrado por “sacerdotes disidentes” cuando uno de los esposos era católico, si no fuese inmediatamente celebrado por un párroco católico (art. 181 del Código Civil), lo que ciertamente reducía el ámbito de libertad e igualdad de derecho previsto en la Constitución Nacional para todos los hombres del mundo que quisieran habitar el suelo argentino, según la letra del Preámbulo, claramente redactado en un tiempo en el que no se hacían consideraciones de género. En esto sí “el codificador” siguió la legislación de las Partidas, modificada por las ideas introducidas por la Casa de Austria, que pautaba la exclusión absoluta de los extranjeros y de quienes no profesasen el culto católico.<sup>12</sup>

Es claro que tales previsiones normativas, como lo señaló Alberdi, reducían el compromiso de libertad y apertura de la Constitución, aun cuando no fuera entonces de práctica plantear tal discordancia para privar de efectos a la norma inferior, como sí ocurrió algo más de cien años después cuando la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de las normas sobre matrimonio civil que prohibían el divorcio vincular,<sup>13</sup> decisión que precipitó la sanción por el Congreso Nacional de la ley 23.515.

12. BELLUSCIO, A. C., *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Depalma, 1996, t. I, p. 15.

13. C.S.J.N., “Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean” (1986), Fallos 308:2268.

### III.C. Situación jurídica de la mujer

En el código de 1871, la mujer sufría diversas restricciones, pues no podía ser tutora de sus hermanos, salvo que se tratara de una abuela viuda (art. 390); no podía ser testigo ni en instrumentos públicos (art. 990) ni en testamentos (art. 3705). Pero donde las limitaciones se hacían más evidentes era en el caso de la mujer casada, para quien la incapacidad era la norma; era representada por su marido (art. 57, inc. 4), quien administraba los bienes de la sociedad conyugal y podía disponer de ellos a título oneroso, salvo que la enajenación fuera en fraude de los derechos de la mujer (arts. 186 y 1276). Las mujeres no podían contratar por sí, ni aceptar donaciones sin venia de su esposo. Era el marido quien fijaba domicilio y la mujer estaba obligada a seguirlo. Este cuadro de situación perduró hasta 1926, cuando se sancionó la ley 11.357.

### III.D. Los hijos

El código de Vélez distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos, nacidos dentro y fuera del matrimonio y preveía un régimen diverso en materia sucesoria para unos y otros. Siguió así lo que era la tendencia internacional entonces, pues aún en Francia el *Code* había operado un retroceso respecto de la ley del 12 Brumario del año II, que había equiparado las filiaciones a los efectos hereditarios.<sup>14</sup>

Tal distinción estigmatizante e injusta perduraría entre nosotros hasta la última parte del siglo XX, cuando fue definitivamente eliminada por la sanción de la ley 23.264, que estableció un nuevo régimen legal de filiación y patria potestad.

### III.E. Un sistema de concentración de la propiedad

En la Constitución Nacional de 1853-60 no encontramos ninguna mención a derechos como la vida o la salud, considerados implícitos, aunque sí al derecho a la propiedad, expresamente reconocido en el artículo 14, con el sustento de una fuerte garantía de la que dan cuenta los artículos,

14. BOSSERT, G. y ZANNONI, E., *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992, p. 8.

14, 15<sup>15</sup> y 17. Si bien la noción vulgar de propiedad se asocia con la titularidad de dominio de cosas –noción de antigua tradición cultural, pues era la propia del Derecho Romano–, el concepto técnico jurídico empleado en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional comprende “... todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de ‘propiedad’...”<sup>16</sup>

En el tiempo en el que se sancionó el código civil, la propiedad inmobiliaria constituía aun la principal forma de acumulación de riqueza y en nuestro país ella se distribuía en gran medida entre un grupo de familias terratenientes o de sectores vinculados con el poder, tal como ocurrió con la conocida Ley de Premios, de 1885.<sup>17</sup>

Entre otras cuestiones, ese código estableció una porción legítima hereditaria alta, lo que aseguraba la perduración de la propiedad de la tierra entre integrantes de los grupos familiares a que aquéllas pertenecían. ¿Cómo habría sido hoy la Argentina si lo que se hubiera diseñado entonces hubiera sido un sistema de propiedad apto para la explotación intensiva de las tierras por multiplicidad de agricultores, cuando lo eran la mayor parte de las personas que descendían de los barcos en el puerto de Buenos Aires? No fue tal la opción preponderante y esos millones de inmigrantes fueron superponiendo su existencia en una ciudad que creció geométricamente, en un país que comenzó a padecer macrocefalia porteña.

15. En este artículo se establecía la libertad de los esclavos que pudieran encontrarse en el territorio nacional al tiempo de la jura de la Constitución, aclarando que “... una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración...”, lo que da cuenta el carácter modular que para la concepción de los constituyentes tenía el derecho de propiedad, aún más allá de la dignidad de las personas esclavizadas y pese a la evolución habida desde la proclamación de la “libertad de vientres” por la Asamblea del Año XIII.

16. C.S.J.N., “Bourdieu, Pedro E. c. Municipalidad de la Capital Federal” (1925), Fallos 145:307.

17. La ley 1628 del 2 de septiembre de 1885, conocida como “ley de premios”, asignó en recompensa por servicios 15.000 hectáreas de tierra patagónica al general Julio Argentino Roca y a los herederos de Adolfo Alsina, y lotes a los oficiales y soldados, quienes a menudo los vendieron, pasando esas tierras a integrar propiedades mayores.

Vélez rechazó expresamente la conveniencia de regular en materia de propiedad horizontal, recurso que con el tiempo se tornó ineludible ante la superpoblación urbana.

### III.F. Negocio jurídico

El Código Civil predicaba igualdad en una sociedad con altísimas tasas de exclusión y de analfabetismo. Vélez no legisló el instituto de la lesión subjetiva-objetiva ni el abuso de derecho o la alteración sobreviniente de las circunstancias tenidas en consideración al tiempo de contratar, que nuestra legislación incorporó en la segunda mitad del siglo XX, por vía de la reforma que a aquel cuerpo normativo introdujo la ley 17.711.

En el caso del abuso, el artículo 1071 original se limitaba a establecer que no existía posibilidad de concebir ilicitud y con relación a la lesión, afirmó que “...dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos”,<sup>18</sup> lo que vedaba la posibilidad de revisión del negocio jurídico por parte de los miles de analfabetos que a diario asumían obligaciones.

## IV. DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN

Las necesidades de la sociedad y la economía, especialmente las planteadas a partir de la crisis del 30, los factores a los que nos referiremos en el apartado siguiente, y el posterior desarrollo de las instituciones del “Estado de Bienestar”, así como las fluctuaciones de mercado y emergencias sociales generadas por los grandes conflictos del siglo XX, hicieron que en su transcurso debieran sancionarse múltiples leyes específicas, que hicieron que el código fuera quedando oculto entre la espesura de normas accesorias y especiales que complejizaron el panorama del derecho civil. La impugnación de muchas de esas leyes dio lugar en el país a la sanción de conocidos fallos, sobre la base de los que la Corte

18. Nota al artículo 943 del Código Civil.

Suprema de Justicia de la Nación ha desarrollado la doctrina de la emergencia.<sup>19</sup>

Se produjo así un fenómeno de descodificación, no por abrogación de los códigos, sino casi por goteo, por el dictado de legislación especial que desfragmentó la unidad del sistema jurídico de derecho civil y comercial y dio lugar a una pluralidad de microsistemas dotados de su propia lógica y principios, de un universo normativo en el que el código perdió su centralidad.

Así, por ejemplo, ocurrió con la regulación en materia de matrimonio civil; con la relativa al sistema de propiedad horizontal, que Vélez había desestimado pero que, avanzado el siglo XX, se hizo imprescindible para dar respuesta razonable al acuciante problema de la vivienda en ciudades superpobladas; con la regulación en materia de propiedad intelectual o derechos del consumidor, con la dictada en materia de seguros y medicina prepaga, entre cientos de supuestos que también se dieron con relación a la condición jurídica de la mujer, la de los niños y las personas con alguna discapacidad y las relaciones jurídicas filiatorias y familiares.

El grado de desarrollo de normas a menudo confusas y superpuestas, dictadas en distintos ámbitos de la organización federal y bajo circunstancias diversas –con o sin vigencia de la Constitución y de sus procedimientos y con ultraactividad de las normas de facto en períodos democráticos– determinó la necesidad de un reordenamiento del sistema, que se buscó inicialmente por vía de la elaboración del Digesto Jurídico y luego por la sanción del Código Civil y Comercial.

## V. LA REALIDAD QUE DESBORDÓ LAS NORMAS INFRACONSTITUCIONALES

A menudo el derecho evoluciona a partir de la reflexión colectiva generada por grandes tragedias humanas. En gran medida ello fue lo que ocurrió con el actual sistema internacional de Derechos Humanos, que tuvo un impulso notorio a partir de lo ocurrido en la Segunda Guerra Mundial, hecho dramático de la historia que provocó cambios importantes en la sociedad.

En efecto, la tecnología militar desarrollada durante ese conflicto se tradujo luego en equipamiento médico que permitió diagnósticos tempra-

19. Entre ellos, los registrados en Fallos 136:161; 137:47; 172:21 y 247:121.

nos y tratamientos más eficaces de enfermedades que antes se consideraban prácticamente incurables. Unido ello a otros factores, determinó una extensión temporal notoria en la expectativa de vida de la población, generando la necesidad de una consideración especial de la situación de las personas ancianas.

Los roles sociales evidenciaron cambios profundos a partir de la incorporación masiva de las mujeres a actividades industriales, comerciales, administrativas, docentes, etc., motivada por la necesidad de cubrir los puestos de trabajo dejados por los hombres movilizados a los frentes de combate; circunstancia que dio fuerte impulso al movimiento por los derechos de la mujer, que condujo a un conjunto de normas internacionales, tanto del sistema de Naciones Unidas como regional, y que luego actuaron como tractor para el reconocimiento de derechos a otras categorías de vulnerables, como los niños y las personas con discapacidad.

El desarrollo del Derecho durante el siglo XX puso en crisis el proyecto moderno de regulación, en el que las constituciones organizaban el funcionamiento del Estado y los Códigos, el comportamiento que debían observar las personas en los restantes ámbitos de la vida de un país. En un primer momento, por el desarrollo de los Estados de Bienestar, con su legislación protectoria que generó un avance de lo público sobre lo privado, y en un segundo término, por la llamada globalización, que generó la pérdida de poder de los Estados Nacionales y la reafirmación del mercado como el nuevo espacio hegemónico de regulación social.<sup>20</sup>

Los desarrollos tecnológicos y las necesidades de los mercados masivos, bajo un rediseño político del esquema de poder, condujeron a una nueva forma de vinculación entre sociedades, países y mercados, habitualmente conocida como “globalización”. Constituye un error de simplificación considerar que la globalización se ciñe solo a aspectos de mercado;<sup>21</sup>

20. TEDESCHI, S., “El Waterloo del Código Civil Napoleónico”, en COURTIS, C. (comp.), *Desde otra Mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2001, pp. 159-181.

21. PISARELLO, G., “Globalización, constitucionalismo y derechos”, en CARBONELL, M. (comp.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007, p. 163, propone emplear como conceptos diversos los de “mundialización” y “globalización”, asignando el primero a los procesos de internacionalización de fuerzas sociales y productivas y el segundo a identificar una ideología destinada a justificar la extensión del capital a distintos ámbitos geográficos bajo las reglas y en interés de un puñado de poderes privados, sin regulaciones públicas democráticas.

pues abarca también, en forma central, la circulación de información y de contenidos culturales. Ella no es novedosa. Lo que sí aparece como un fenómeno nuevo es su combinación con los desarrollos tecnológicos, que posibilitan hoy el establecimiento de una ley mundial de circulación de información y la construcción de un sistema jurídico internacional, al que los países adhieren voluntariamente y no por imposición derivada de la conquista colonial.

Diversos son los puntos de impacto que la combinación de esos factores tienen en nuestro orden jurídico interno, aunque no siempre los operadores jurídicos tengan consciencia de ello.

## VI. EL CAMBIO EN EL PARADIGMA IGUALITARIO

El cambio más importante producido en el ámbito jurídico en el último siglo fue el operado con relación al principio de igualdad.

La Revolución Francesa fue la gran revolución política, el paradigma de la revolución; ella dio forma al ideario político de la modernidad y procuraba la construcción de un orden que no descansara en un fundamento natural, sino que fuera establecido, construido por la voluntad general, lo que llevó a que tuviera una dimensión legislativa relevante,<sup>22</sup> una de cuyas máximas concreciones se dio en el Código Civil francés, que proyectó su diseño y principios en diversos países del hemisferio.

Hasta ella existían diversos estatus jurídicos, vinculados directamente con el origen familiar de las personas o con su pertenencia a una determinada clase social o actividad. La Revolución tenía la necesidad de desarmar ese orden social y lo hizo en gran medida por medio de una idea fuerza de gran poder político, como fue la de igualdad jurídica de los sujetos sin importar sus circunstancias de nacimiento o grupo de pertenencia. A través de tal concepto, una pluralidad de estatus y predicados jurídicos fue simplificada, dando lugar a la unicidad del sujeto de derecho, categoría histórica construida por la modernidad, referida a un sujeto dotado de conciencia y voluntad, autor de sus propias ideas y responsable de las acciones que realiza en forma autónoma; consciente, racional, con voluntad y capacitado

22. ATRIA, F., ob. cit. p. 51.

para decidir.<sup>23</sup> Se combatió una realidad injusta por medio de una ficción con vocación de equidad.

Se concebía así a un sujeto abstracto, portador de un conjunto de virtudes que no siempre se verificaban en la realidad cotidiana de las personas y en equiparación —políticamente necesaria, para sepultar el sistema estamental del antiguo régimen— se adoptaba una concepción formal de la igualdad, que presumía que la había cuando dos personas capaces se encontraban una frente a la otra, sin condicionamientos aparentes ni fuerzas que doblegaran indebidamente su voluntad. Lo contractual era entonces esencialmente justo, porque lo convenido era el fruto del acuerdo entre personas libres y capaces.

Pero ¿podía ser igualitaria esa la situación en un país con 77,4% de personas analfabetas? ¿Cuál era la igualdad real existente entre partes cuando una de ellas no podía comprender adecuadamente el alcance de aquello a lo que se comprometía? Por ello Vélez tomó una de las alternativas posibles, la de no permitir que esas desigualdades, fruto de la realidad social, fueran jurídicamente relevantes, evitando así que los tribunales se vieran saturados por demandas por lesión de los cientos de miles de inmigrantes que año tras año venían a construir su futuro en nuestro país. El liberalismo que nutría tal concepción terminó afectando las razonables pretensiones que podría tener una postura igualitaria consistente.<sup>24</sup>

Fue este un concepto alejado de la realidad, que generaba inequidad y por ello, a partir de mediados del siglo pasado comenzó a verificarse un cambio profundo en la concepción del principio igualitario, que se orientó al reconocimiento de desigualdades estructurales y a la adopción de mecanismos para morigerarlas o suprimirlas, en procura de alcanzar adecuados y razonables niveles de igualdad sustantiva entre las personas. Como producto del reflejo de tal labor en nuestro sistema jurídico, en el plano constitucional hoy se reconocen diversas categorías de personas con un estatus jurídico diferenciado, no ya en razón de su mayor poder en la sociedad, sino por reconocimiento de su pertenencia a una categoría sometida o de mayor debilidad en un contexto que reconoce asimetrías estructurales; dichas categorías son las cuatro expresamente mencionadas en el artículo 75, inc. 23 de la Consti-

23. TEDESCHI, S., ob. cit. y loc. cit.

24. GARGARELLA, R., “El contenido igualitario del constitucionalismo”, en GARGARELLA, R. (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, t. I, p. 19.

tución Nacional: mujeres, niños, ancianos y personas con discapacidad; los trabajadores (art. 14 C.N.), los integrantes de pueblos originarios (art. 75, inc. 17 de la C.N.) y los consumidores (art. 42 de la C.N.).

El trato jurídico diferenciado ha pasado de ser un privilegio de los poderosos a un derecho de los más vulnerables en la sociedad y opera como un mecanismo de nivelación de asimetrías estructurales que tiene por finalidad generar las condiciones para intentar alcanzar una igualdad efectiva, aunque ello no siempre se logre. La vulnerabilidad puede ser estructural o coyuntural, económica, cognoscitiva, etc.; la noción de vulnerabilidad define el supuesto de hecho de la protección; vulnerable es un sujeto que es débil frente a otro en una relación jurídica. Se trata de una desigualdad específica, que se refiere a una desigualdad de recursos que el sujeto tiene para relacionarse con los demás y que obsta a su posibilidad de elección racional, que se encuentra condicionada.<sup>25</sup>

Hoy es entonces posible distinguir dos concepciones de la regla igualitaria: la que podemos denominar “clásica”, propia del pensamiento liberal tradicional, que ha caracterizado por tiempo la visión de esta garantía constitucional y otra, que podemos llamar “estructural”, para la que resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales, que den cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática que afecta a importantes sectores de la sociedad.<sup>26</sup>

Como ya lo dijimos, el señalado es el cambio más profundo producido en el plano constitucional, con impacto en el derecho civil, aunque a menudo no es percibido como tal, porque lo que genera es un corrimiento subterráneo de las placas tectónicas del sistema jurídico, que se expresa en la superficie de diversas formas, que no son habitualmente relacionadas o advertidas en una visión solo focalizada en lo ostensible.

## VII. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

En el específico ámbito del derecho civil, este cambio se produjo dentro de un contexto mucho más amplio, que se reconoce habitualmente como

25. LORENZETTI, R. L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, pp. 35-41.

26. SABA, R., “(Des)igualdad estructural”, en ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coord.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 163-197.

proceso de “constitucionalización del derecho civil o del derecho privado”; enunciado que denuncia una falencia sistémica y conceptual, pues es claro que nada debiera haber bajo la constitución que no se ajuste a ella.

## VII.A. Imperativo de protección de los vulnerables

A menudo las constituciones han sido percibidas como expresiones de deseos, como una especie de programa político común, pero no como normas operativas. Ello ha ocurrido especialmente en países que, como el nuestro, han sufrido largos períodos de interrupción de la vigencia de las garantías constitucionales, producto de gobiernos de facto.<sup>27</sup> Y eso facilitó entre nosotros cierto desarrollo endogámico del derecho civil, retroalimentado en categorías propias que solo hacían referencia a las disposiciones constitucionales para hacer pie en las garantías del derecho a la propiedad, a la privacidad o a la igualdad en sentido formal. Pero los cambios producidos en el ámbito internacional y la revitalización de las instituciones democráticas llevaron a que la Argentina asumiera una respuesta cuasimonista, incorporando a nuestro sistema constitucional tratados internacionales de derechos humanos, tanto del sistema internacional como del regional. Se trata de cuerpos normativos de gran riqueza en la regulación de derechos sociales, con impacto directo en el ámbito del derecho civil.

Como se ha entendido imprescindible la máxima adecuación de las normas y criterios del derecho civil a las disposiciones constitucionales y convencionales, los redactores del Código Civil y Comercial han procurado asegurarla por vía de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 del Título Preliminar de ese cuerpo normativo, que imponen la aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos –todos ellos, no solo los de rango constitucional– a la interpretación y aplicación de las normas y actos jurídicos de derecho civil.

Pero esa aplicación de relaciones establecidas entre particulares requiere una modulación; pues ocurre que el sujeto obligado en materia de Derechos Humanos es el Estado, aunque es claro que todos los habitantes del país tienen el deber de ajustar su conducta al respeto de los reconocidos en los tratados.

27. GARCÍA DE ENTRERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1994, p. 33.

¿Y cómo juega el rol del Estado en las relaciones jurídicas entre particulares? Las necesidades propias de una sociedad cada vez más compleja, con importantes bolsones de exclusión en diversas áreas y niveles, han hecho imprescindible que el Estado asuma roles que penetran en los vínculos jurídicos entre particulares, lo que se ve con especial claridad en relaciones como las de consumo, los contratos de seguro, bancarios, las cuestiones en materia de salud y educación. Tomemos, por ejemplo, la regulación del contrato de medicina prepaga y pensemos cuál es el grado de autonomía del que gozan las partes y cuál la relación paritaria que se supone debieran conservar desde la celebración: ambas prácticamente inexistentes, por lo que la norma de aplicación adopta un conjunto de recursos técnicos destinados a morigerar las evidentes asimetrías entre contratantes y a evitar el ejercicio de abusos por parte del proveedor; se trata, por otra parte, de un vínculo cuyo contenido prestacional varía sin intervención de las partes contratantes, cada vez que el gobierno modifica el Programa Médico Obligatorio (PMO).

En materia de locaciones y desalojos, por ejemplo, por tiempo los jueces miraron solo al derecho del demandante de recuperar el uso y goce del bien, sin que importara demasiado el destino de las personas desalojadas; pero hoy es impensable un desalojo en el que personas vulnerables vayan a quedar expuestas a situación de calle sin que el juez inste al Estado a adoptar medidas de cobertura social y económica; porque es claro que debe ser la administración la que dé respuesta y no el particular, que no está llamado a subvencionar déficits de vivienda, aun cuando muchas veces contemplen la situación y tengan a bien otorgar el valioso recurso del tiempo, imprescindible para la construcción de soluciones humanas y razonables.

Hay entre nosotros una tradición jurídica interesada en la especial protección de los niños. Desde 1921, cuando se sancionó la ley 11.156, que incorporó un párrafo al artículo 1504 del Código Civil, estableciendo la nulidad de "...toda cláusula por la que se pretende excluir de la habitación...o departamento arrendado o subarrendado, a los menores que se hallen bajo la patria potestad o guarda del locatario o sublocatario", se preveía la protección especial de los niños en la relación locativa; pero la evaluación constitucional de la relación jurídica determinaría que, aun cuando no hubiera existido ella, ni la actual regulación del CCCN, de presentarse la situación en forma expresa o implícita en una contratación, el resultado también sería la invalidez absoluta, por ser la cláusula violatoria de los artículos 2, 5 y 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1, 2, 7 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos;

17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica; 2, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 3, 22, 23 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2, 3, 5, 16, 18, 19, 20, 27 y 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ello es lo que hace a una evaluación de las normas civiles desde el plano constitucional y convencional.

El juez, como órgano llamado a tomar decisiones de gobierno en conflictos concretos, debe hacerlo teniendo en cuenta que el artículo 27, inciso 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad al derecho a un nivel de vida adecuado y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Los niños no son los únicos sujetos que merecen protección especial en un esquema de igualdad estructural. No todas las viviendas ya construidas se encuentran adaptadas para personas con limitaciones ambulatorias y la aparición de un discapacitado en un edificio, sea porque ingresa en esa condición o porque pasa a ella ya estando en el lugar, genera costos que no siempre pueden ser soportados por los particulares. La Observación General N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que las personas con discapacidad reciban un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda y que las disposiciones y la política en materia de vivienda tengan plenamente en cuenta sus necesidades especiales. En la Observación General N° 5, se reafirmó que el derecho a una vivienda adecuada incluye la accesibilidad para las personas con discapacidad y ello debe ser tenido en cuenta en las construcciones, reformas y adaptaciones de viviendas, con proyección en los vínculos contractuales relacionados con dichas tareas.

Otra área de la vida cotidiana en la que se ha establecido una protección especial de una categoría de personas y se requiere un rol activo del Estado es la de los consumidores, cuya protección se justifica en razón de la vulnerabilidad objetiva que como tales las personas padecemos, pues de no estar ello impuesto nos sería a menudo sumamente dificultoso o imposible obtener información adecuada sobre cosas y servicios, a fin de poder adoptar las decisiones que más convengan a nuestros intereses y preservar nuestra salud y seguridad. Se suma a ello que en numerosos servicios a gran escala, como

los de transporte o telecomunicaciones, se requiere un control por agencias especializadas, pues aun cuando la información nos fuera provista, no estaríamos en condiciones de decodificarla ni ella puede ser dada en detalle a casa usuario. ¿Puede acaso el lector explicar en detalle las características técnicas finas del *Smartphone* que usa? ¿Puede determinar que no sea nocivo para su salud? Es muy probable que no cuente ni con la información ni con la formación necesaria para ello, pero confía en que si su comercialización fue autorizada por el Estado es porque se evaluaron tales riesgos y se consideró al equipo inocuo. A diario realizamos actividades, nos integramos a sistemas prestacionales de gran escala, como quien ingresa a una montaña rusa, sin posibilidad de control sobre su estructura y sistema operacional.

Es en el ámbito de las relaciones de consumo en el que suelen darse también situaciones jurídicas abusivas, entramados negociales que generan fenómenos de cautividad en el usuario o cliente, de los que se les hace muy difícil luego salir sin pérdidas importantes.

## VII.B. Exigencia de ajuste a lo dispuesto en las normas convencionales

La reforma constitucional de 1994 enriqueció nuestro sistema jurídico con la incorporación de diversos tratados internacionales de derechos humanos que, entre otras disposiciones relevantes para la vida de las sociedades democráticas que los adoptaron, contienen también numerosas reglas y principios vinculados con derechos de naturaleza social, como salud, vivienda y educación.

Al incorporar los tratados internacionales sobre derechos humanos a nuestro bloque de constitucionalidad federal, los argentinos tomamos una decisión de enorme trascendencia, con directas implicancias en los ámbitos jurídico, político y económico. Nuestro sistema normativo ha quedado conformado como el de un Estado social de derecho, entendiendo por tal el que tiene un diseño constitucional por el que no solo se buscan amparar los derechos individuales clásicos, como la intimidad, la libertad de la expresión o la propiedad, sino también los denominados derechos sociales, como la salud o la educación, en una visión más robusta y ampliada de la democracia.<sup>28</sup>

28. PÉREZ MURCIA, L. E.; RODRÍGUEZ GARAVITO, C. y UPRIMNY YEPES, R., *Los derechos so-*

Esas normas elevaron la vara de los deberes prestacionales para el Estado, en particular, pero para todo el sistema social, político y de mercado en el que proyectan sus efectos. Hay un claro interés social involucrado en la cuestión, el que es tal aun cuando se trate de discusiones desarrolladas entre particulares,<sup>29</sup> pues en las áreas de aplicación de derechos como los mencionados, se desdibuja la frontera jurídica entre lo público y lo privado.<sup>30</sup>

En este momento histórico se encuentra reconocida la supremacía de la constitución, sea como máxima forma de garantía de los derechos y las libertades, sea como directriz fundamental a observar para la realización de los valores constitucionales<sup>31</sup> y es desde tal perspectiva que deben ser evaluadas todas las normas y principios de derecho civil.

#### VIII. ALGUNOS ASPECTOS DE LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL QUE DAN CUENTA DE UN CAMBIO DE ENFOQUE DERIVADO DE LOS CAMBIOS SEÑALADOS

La mayoría de los problemas antes mencionados son contemplados en el Código Civil y Comercial de la Nación, que incorpora cambios importantes en el lenguaje jurídico, adoptando uno mucho más claro y directo que el del Código Civil, cuestión relevante, pues sabemos que las palabras son “caballos de Troya” de las ideas que se despliegan desde su vientre.

---

*ciales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico, 2007, p. 9.

29. Según ya lo dijo la mayoría de la Corte Suprema en el célebre caso “Kot”, “Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan solo de la autoridad”, Fallos 241:291, 5 de septiembre de 1958.

30. La contratación entre particulares de prestaciones vinculadas, por ejemplo, con la salud o la educación hace a intereses estratégicos del Estado, que establece las pautas para que parte de los sistemas vinculados con esas temáticas, en la que tiene responsabilidades establecidas por los tratados constitucionales, sea operada por particulares. La cuestión hace pues al interés público.

31. FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 2016, pp. 123-126.

Las circunstancias a tener en cuenta para la regulación de los problemas, conflictos y riesgos que enfrenta hoy la sociedad civil se han complejizado notoriamente, tanto por factores internos, inherentes a su evolución, como por los originados más allá de nuestras fronteras, pero con impacto entre nosotros.

Cuando Vélez diseñó el Código Civil, un propietario era dueño de su fundo "desde el cielo y hasta el infierno"; solo se preveía un reducido número de restricciones al dominio, claramente enunciadas en la misma norma. El "codificador" no pudo tener en mira las servidumbres de derecho administrativo, como las de electroducto, el tendido de conexiones de servicios o el paso de aeronaves, que fueron características de la expansión de infraestructura logística para el desarrollo de las actividades en el siglo XX.

Tampoco previó los cambios registrados en materia de conformaciones familiares o las uniones entre personas del mismo sexo, no porque no existieran en los hechos en ese tiempo, sino porque no eran toleradas por la sociedad patriarcal.

Es claro que la sociedad de consumo no podía ser vista por quien ni siquiera pudo prever la sociedad industrial, por lo que el código original contenía cuatro artículos dedicados al daño producido por animales, pero ninguno al generado por las cosas riesgosas.

Frente a ello, debemos preguntarnos si el Código Civil y Comercial que comenzó a regir el 1 de agosto de 2015 resulta una respuesta normativa adecuada para la actual complejidad, a lo que debemos responder que, en principio, sí.

En primer término, es necesario señalar que no ha sido menor la decisión de sancionar un código de unificación en tiempos de descodificación. Como lo señalamos, existe en nuestro país un divorcio histórico entre las normas y su conocimiento o cumplimiento por sus destinatarios. El nuevo código contiene normas que, como detallaremos, reconocen muchas características relevantes de la sociedad argentina, a partir de cuya realidad establecen su regulación. Se trata de una regulación realista, con mayores posibilidades de reducir la brecha existente entre las hipótesis normativas y la realidad. Es una herramienta necesaria, aunque no suficiente, para trabajar por un derecho susceptible de ser conocido y aplicado por las personas, un gran paso en el proceso permanente de construcción de una sociedad democrática, que requiere que sea posible el conocimiento y comprensión de las leyes por sus destinatarios.

La imposición de una visión constitucional y convencional de las normas y de los conflictos, por vía de lo dispuesto en los dos primeros artículos del código, permite al intérprete encontrar soluciones adecuadas a las múltiples soluciones que, generadas por los avances tecnológicos —y especialmente, biotecnológicos— no podrían haber sido previstas por el legislador y deben ser resueltas con base en principios constitucionales. El ritmo de avance en los cambios científicos y tecnológicos, hace prácticamente imposible que la regulación pueda dar respuesta detallada a los diversos supuestos de conflicto que pueden presentarse.

Muchas de las cuestiones reguladas en el código se encontraban ya disciplinadas por leyes preexistentes; pero ahora pasan a integrar el núcleo duro normativo del nuevo cuerpo legal, de mayor visibilidad y menor mutabilidad.

### **VIII.A. Algunos cambios que responden a los desafíos señalados son:**

#### *VIII.A.1. Un código visto desde la constitución. Orden público e imprescriptibilidad de las acciones por daños generados por delitos de lesa humanidad*

La clave de bóveda del nuevo código se encuentra en sus dos primeros artículos, en los que se impone que la aplicación e interpretación de sus normas debe realizarse según lo dispuesto en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la República, tengan o no rango constitucional.

El Código Civil y Comercial opera con la noción de “orden público”, concepto indeterminado, de textura abierta, con tradición jurídica entre nosotros, que admite un amplio espacio de labor para el eventual intérprete y establece un camino directo para la privación de efectos jurídicos de los actos fraudulentos, por los que se emplea un vehículo jurídico formalmente lícito para alcanzar una finalidad vedada por la ley (art. 12), norma relevante para el abordaje judicial de actos jurídicos fruto de la corrupción o el lavado de dinero.

También establece la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad (art. 2561).

## *VIII.A.2. Persona humana, dignidad y autonomía*

### VIII.A.2.a. Concepción

En el artículo 19 del CCCN se establece que la persona comienza con la concepción, enunciado acorde con el empleo de técnicas de reproducción asistida como una tercera fuente filial y modo de respetar el derecho de toda persona a formar una familia. Según el artículo 20, por concepción se entiende el lapso entre el mínimo y el máximo del embarazo y este se produce con la implantación del embrión; al tiempo que el artículo 21 alude expresamente a tal implantación, interpretación coherente con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica”, del 28 de noviembre de 2012, cuya jurisprudencia es obligatoria para nuestro país, en el que se concluye que el embrión no implantado no es persona en los términos del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>32</sup>

### VIII.A.2.b. Autonomía

El Código Civil y Comercial amplía el ámbito de autonomía que habitualmente se reconocía a determinados sujetos considerados incapaces, como los niños y las personas con capacidad restringida. La regla es la del reconocimiento de la mayor autonomía posible, según las circunstancias de la persona.

En el caso de los chicos, se incorpora al código el concepto de capacidad progresiva, contemplado en el artículo 26, cuyo basamento convencional se encuentra en la Convención sobre Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10º, inc. 3º), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 7º, incisos 1º y 2º) y lo dispuesto en la CADH, según análisis hecho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-17/2002.

En el caso de las personas con capacidad restringida, se presume su capacidad general de ejercicio, aun cuando pueda encontrarse internada

32. HERRERA, M., *Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, INFOJUS, DACF140723, 2 de octubre de 2014.

en un establecimiento asistencial. Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se preserva el derecho de la persona a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión y se reconoce su derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada (art. 31). La determinación de la incapacidad debe hacerse por medio de un equipo interdisciplinario y la sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, con el menor grado posible de afectación de la autonomía personal (art. 38). La sentencia puede ser revisada en cualquier momento a pedido del interesado y el juez debe reevaluar la situación cada tres años (art. 40). El anterior régimen de curatela es sustituido por el diseño de un sistema de apoyos, que puede ser conformado por varias personas (art. 43), lo que posibilita atender a la realidad de muchas familias y distribuir la responsabilidad de acompañamiento o cuidado entre sus integrantes.

La protección de las personas con discapacidad transita ahora también por el derecho sucesorio, pues el código habilita la mejora a favor de un heredero con discapacidad, en un tercio de las porciones legítimas más allá de la porción disponible, como mejora a ascendientes o descendientes con discapacidad (art. 2448). También es posible la constitución de un fideicomiso de planificación familiar, cuyo plazo de vigencia se extiende por el lapso que subsista la incapacidad del sujeto o su vida, en caso de mantenerse aquélla hasta su muerte (art. 1668).

El antropólogo belga Phillipe Ariès afirmaba que la sociedad moderna privó al hombre de su muerte,<sup>33</sup> pues se produce una apropiación de esa circunstancia por terceros, en especial por el sistema de salud, en muchas ocasiones con encarnizamiento terapéutico. La regulación del código proporciona diversas herramientas técnicas para la defensa de la autonomía del sujeto, en circunstancias vitales extremas.

Así, en cuanto a la autonomía de decisión de las personas humanas con relación a la atención de su salud, el código incorpora la regulación del consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud; reconoce también el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o el retiro de medidas de soporte vital por parte de quienes padezcan una enfermedad irreversible, incurable, se encuentren en estado terminal o hayan sufrido lesiones

33. ARIES, P., *Morir en Occidente*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2000, p. 213.

que las coloquen en similar situación y en tanto los tratamientos resulten desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, produzcan un sufrimiento desmesurado o tengan por único efecto prolongar el estado terminal irreversible (art. 59). El paciente tiene, en todos los casos, derecho a recibir cuidados paliativos integrales.

También se prevé el otorgamiento de directivas médicas anticipadas y que la persona que prevé su propia incapacidad, confiera mandato específico para el cuidado de su salud, así como determinar quiénes serán la o las personas que expresarán el consentimiento para la decisión sobre actos médicos y para ejercer su curatela; expresión revocable en todo momento (art. 60). Tales previsiones se integran con las establecidas sobre exequias e inhumación y la disposición del cadáver con fines terapéuticos, científicos o pedagógicos, lo que posibilita a las personas encarar el final de su vida con dignidad, evitando que ella se prolongue en condiciones indignas, humillantes o vergonzosas.

La mayor autonomía del sujeto se reconoce también en materia sucesoria, pues el código disminuye la porción legítima de los descendientes a los dos tercios y la de los ascendientes a un medio, manteniendo la del cónyuge en esta última proporción, habilitando con ello un mayor margen de disponibilidad (art. 2445).

### *VIII.A.3. Diversidad. Pluralidad de conformaciones familiares*

Las realidades familiares cambian con el transcurso del tiempo. "¿Acaso Vélez Sarsfield podría imaginarse que una mujer sin pareja puede ser madre por reproducción asistida con donación de espermatozoides de un tercero?"<sup>34</sup>

El código regula el matrimonio en forma amplia, no discriminatoria (libro segundo, título I), ampliando la autonomía de los integrantes del vínculo, quienes pueden elegir entre un régimen patrimonial de comunidad de bienes o de separación de bienes. Se regulan también las uniones convivenciales, con protección de derechos para sus integrantes (libro segundo, título III). Y en ambos supuestos se establece un régimen protectorio destinado a la tutela de la vivienda familiar, reconociendo la importancia que el derecho a una vivienda adecuada tiene para el desarrollo de las personas.

34. HERRERA, M., ob. cit.

El código abandona el sistema de divorcio culpable, con base en causales preestablecidas, habitual fuente de degradación moral y ética de los integrantes de la pareja, con efectos negativos en los hijos, de haberlos. El proceso de divorcio se transforma, en una labor de construcción de soluciones consensuadas sobre los efectos derivados de la ruptura del vínculo y no un proceso en el que el juez efectúa una intervención estatal en la vida íntima de la pareja. En ese contexto, se prevé la atribución de compensaciones económicas entre quienes se divorcian.<sup>35</sup>

Se regulan las uniones convivenciales, con un detallado catálogo de derechos y obligaciones, que prevé el régimen patrimonial y de atribución de vivienda en caso de ruptura del vínculo.

No obstante ello, cabe señalar que subsisten diferencias sustantivas entre el matrimonio y las uniones convivenciales: 1) el cónyuge es heredero legítimo, no así el conviviente, quien solo podrá recibir bienes hereditarios por testamento; 2) el matrimonio genera un régimen de bienes, de comunidad o de separación de bienes, mientras que las uniones convivenciales exigen un pacto expreso que regule la situación de los bienes que se adquieren durante la unión y 3) producido el divorcio, en supuestos excepcionales, el ex cónyuge tiene derecho a solicitar una cuota alimentaria, supuesto que no se previó para la unión convivencial.<sup>36</sup>

El código incorpora la noción de "coparentalidad", reconociendo igualdad entre ambos padres y en materia filiatoria, atiende a la diversidad de situaciones que pueden presentarse y utiliza como criterio de atribución el de la voluntad procreacional,<sup>37</sup> que trasciende los ceñidos límites impuestos por la Biología, con una visión mucho más amplia, que permite analizar situaciones como las generadas por las técnicas de reproducción humana asistida (arts. 562, 563 y consec.). Prevé también la situación de las denominadas "familias ensambladas", reconociendo la figura del progenitor afín, quien sin ser padre ni madre vive el día a día cotidiano con

35. *Ibid.*

36. HERRERA, M., ob. cit.

37. Es titular de la "voluntad procreacional" quien prestó el consentimiento libre, previo e informado, sin importar si aportó o no sus gametos, ello por cuanto las técnicas de reproducción humana asistida permiten disociar entre el elemento biológico, el genético y el volitivo. La voluntad procreacional debidamente exteriorizada mediante un consentimiento libre e informado es el elemento central para la determinación de la filiación de los niños nacidos por dichas técnicas.

el hijo de su pareja y a quien se le atribuye la posibilidad de cooperar en la crianza y cuidado, actuar en casos de urgencia, etc., prevaleciendo el criterio del progenitor; con lógica sistémica, el progenitor afín tiene deber alimentario subsidiario a favor de los hijos de su cónyuge o conveniente.<sup>38</sup>

Define a la adopción como una institución jurídica cuya finalidad reside en la satisfacción del derecho de todo niño a vivir en familia cuando no puede hacerlo en la de origen. Se prevén dos procesos diferenciados, el primero, en el que se declara la situación de adoptabilidad, la familia de origen tiene un lugar de importancia y en el segundo, el proceso de adopción propiamente dicho. En ambos interviene quien puede ser adoptado, cuando cuenta con edad y grado de madurez para actuar con su propio patrocinio letrado. Se incorpora al texto civil la figura del abogado del niño que regula la ley de protección integral de niños, niñas y adolescentes. En un primer momento se debe analizar si realmente el niño puede permanecer con su familia de origen o ampliada, pues si llegara a ser así, la adopción no sería viable; si no puede permanecer en ella, la adopción puede satisfacer el derecho de niño a vivir en familia. Se fijan plazos y un procedimiento acorde a las exigencias del Sistema de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes establecido por la ley nacional 26.061.<sup>39</sup>

#### *VIII.A.4. Criterio protectorio realista en materia de daños*

El código consagra la función preventiva del daño, que impone a toda persona el deber, en cuanto de ella dependa, de evitar un daño no justificado, adoptando las medidas razonables para ello y evitando el agravamiento del ya producido (art. 1710).

Reconoce una terrible realidad, como es la del impacto que en los grupos familiares produce la gran discapacidad sufrida por una persona como consecuencia de un hecho antijurídico de otro y así establece la indemnización del daño extrapatrimonial en favor de los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y de todos quienes convivieran con la víctima directa, recibiendo trato familiar ostensible (art. 1741), con lo que se hace cargo de la tendencia doctrinaria y jurisprudencial que reclamaba flexibilizar la rígidas pautas de legitimación activa del artículo 1078 del Código Civil.

38. HERRERA, M., ob. cit.

39. HERRERA, M., ob. cit.

### *VIII.A.5. Regulación de cara a la realidad de mercado*

La importancia del establecimiento de un “núcleo duro” de protección de los consumidores se deriva de que numerosas actividades que antes eran monopolizadas por el Estado son hoy ejercidas por particulares, y se ha desarrollado el concepto de “orden público económico”, al que atañen las cuestiones de regulación del mercado y, más específicamente, de un “orden público protectorio”, por el que, con fundamento en la vulnerabilidad del consumidor, se justifica la aplicación del principio protectorio constitucional.<sup>40</sup> Ello aparece con especial evidencia en contratos relacionados con necesidades básicas de la población, como los de servicios de salud, evaluación y transporte.

Los consumidores son grandes protagonistas del derecho comercial moderno y su protección y la disposición de mecanismos para la defensa de sus intereses, se presenta para el Estado, como un mecanismo para regular la economía en términos de Justicia, pero también como una necesidad política, la de poner límites razonables al crecimiento de las grandes fuerzas económicas, capaces de condicionar las funciones de gobierno de una sociedad, controlando sus operaciones. La regulación de los contratos de consumo dentro del Código –cuestión novedosa en el derecho comparado– provoca la fragmentación del tipo general de los contratos, por la que muchos de ellos habrán de tener su versión contrato paritario y su versión contrato de consumo.

El nuevo código atiende a la realidad de mercado y así regula especialmente los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas y, dentro de ella, incorpora la previsión de cláusulas abusivas (arts. 984 a 989), lo que resulta de importancia, pues tal modalidad de vinculación contractual puede darse fuera del ámbito de los contratos de consumo, para los que ya se encontraba previsto el régimen de invalidación de las cláusulas abusivas. Produce en la materia un avance razonable, destinado a evitar situaciones de abuso, por lo que incorpora en el art. 11 la sanción del abuso de posición dominante en el mercado; el que proporciona a los jueces una herramienta para intervenir en relaciones en las que aquélla se verifique, haciendo cesar los efectos distorsivos y fijando un resarcimiento, de ser ello pertinente.

40. LORENZETTI, R. L., ob. cit., p. 24.

En materia específica de contratos de consumo, el código mantiene el criterio de interpretación en favor del consumidor (arts. 1094 y 1095); se ocupa de las prácticas abusivas, imponiendo el trato digno, equitativo y no discriminatorio de los consumidores (arts. 1096 a 1098); regula las cláusulas abusivas (arts. 1117 a 1122); impone la provisión de información y regula la materia de la publicidad y sus efectos (arts. 1100 a 1103); introduce en el código la regulación del régimen de la contratación fuera de los locales comerciales (arts. 1104 a 1116), entre otras cuestiones.

Entre los treinta y un contratos que el código regula, incluye un sub-sistema dedicado a los contratos bancarios, imponiendo su categorización en contratos de cartera comercial o de consumo y reservando para estos mayores exigencias en materia de información, destinadas a posibilitar una mejor tutela de los intereses de los consumidores de servicios financieros y bancarios. Ello responde en gran medida a la experiencia vivida por los argentinos en las últimas décadas, realidad que el código considera.

En materia de derechos reales, se incorporó al código la regulación de la Propiedad Horizontal y la de los conjuntos inmobiliarios, complejos de tiempo compartido y cementerios privados, cuestiones de importancia en la vida de miles de habitantes del país, pues se uniforma el criterio legal, actualmente atomizado en soluciones diversas, en distintas regiones del país, las que a menudo derivan en la afectación de los derechos de los particulares, quienes no tienen en claro qué derecho están adquiriendo o, lo que es peor, que creen incorporar a su patrimonio un derecho mejor y más extenso que el que en realidad adquieren.

## IX. CONCLUSIONES

Al iniciar este trabajo planteamos la vieja dicotomía entre el poder del derecho para construir realidades más allá de la letra de la ley o la necesidad de este de reconocer realidades preexistentes y regularlas en forma razonable.

Por más de un siglo rigió entre nosotros un código que se gestó como performativo y que por ello contribuyó al divorcio entre la mayoría de los habitantes de nuestro país y las leyes. Su regulación se ajustó a los requerimientos de un sector de la población, pero no necesariamente a las de todos, pues la mayoría no estaba en condiciones de comprender su contenido o de poder acceder a la Justicia para hacerlo valer. Operó sobre la ficción

del sujeto único, surgida de la Revolución Francesa y desde allí proyectada a estas tierras.

Hoy el Código Civil y Comercial de la Nación parte de una base distinta, que contrasta notoriamente con las circunstancias en las que entró en vigencia el Código Civil. Ha de aplicarse en una sociedad educada, con una extensa comunidad jurídica y en condiciones técnicas y sociales que facilitan —aunque no tanto como sería necesario— el acceso a la información y a la justicia. Lo que fue un acto de colonización dio ahora lugar a una regulación razonable, ajustada a la realidad, usos y costumbres de nuestra sociedad y a su rica diversidad, así como a la experiencia jurisprudencial de más de un siglo.

El nuevo código simplifica la regulación y emplea un lenguaje comprensible; es, desde diversos puntos de mira, un cuerpo normativo mucho más accesible para la generalidad de la población.

Concreta en gran medida el proceso de constitucionalización del derecho civil; no solo por lo claramente previsto en sus dos primeros artículos, sino por el sentido de su regulación.

Tales circunstancias permiten considerar que están hoy dadas las condiciones necesarias para posibilitar una revinculación entre los habitantes de la Argentina y las normas civiles que regulan su vida cotidiana. Se trata de una oportunidad para el mejor conocimiento de un derecho cercano, de una herramienta idónea para el proceso permanente de construcción de una sociedad democrática.

¿Podemos considerar que es una regulación completa? No; en nuestro país existen realidades que el legislador no atendió. En algunos casos, el impulso parece haber sido, una vez más, civilizatorio; parece esperarse que esas realidades se “normalicen”, ajustándose a la regulación del código. En otros, como en el caso del contrato de seguro, se actuó con criterio prudencial, prevaleciendo el criterio de viabilidad del proyecto, para que no se empantanara en el congreso por tensiones vinculadas con los intereses en pugna.

Es claro que el emparchado del código decimonónico con el que trabajamos por años no ofrecía ya respuestas adecuadas a la complejidad y diversidad de nuestra sociedad.

El nuevo código exige una resignificación de los contenidos tradicionales del derecho civil y, en gran medida, una reeducación de los operadores jurídicos; quienes ya no tienen alternativa a la aplicación de las normas y principios de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. La apli-

cación a los vínculos entre los particulares de criterios establecidos para la defensa de los derechos de los individuos frente al Estado requiere de una labor de modulación que va a generar debates revitalizadores en el ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el código. Se trata de un territorio básico para ello, pues el derecho civil se ocupa de aspectos de la vida cotidiana de los particulares, de los derechos personalísimos, de la vida familiar, de los derechos de los consumidores, de la dinámica de mercado y de la construcción de proyectos personales, entre otras cuestiones; es la parte del dispositivo jurídico destinada a posibilitar a las personas la búsqueda de la mejor calidad de vida posible, a desarrollar proyectos de diversa índole y a obtener reparación cuando ellos son injustamente afectados por otros.

La democracia se construye a diario, en todos los ámbitos, y requiere del respeto de normas de convivencia que delinean un espacio común en el que todos podemos mirar al futuro y llevar adelante proyectos individuales, de pareja, familiares, grupales o colectivos. Para que esta sea una labor sustantiva y no formal, para que la legalidad fluya por el sistema circulatorio de nuestra sociedad y no sea una mera apariencia, se requiere la difusión y el conocimiento del contenido de la ley por sus destinatarios. Normas claras y procesos judiciales orales también en el ámbito de aplicación de este código, pues son ellos una vía de discusión democrática y pública del derecho y sus criterios de aplicación.

Debemos revincular a los habitantes de la Argentina con su ley civil, para que ella sea expresión de su realidad sustantiva.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, Juan B., *Obras Completas*, Buenos Aires, La Tribuna Nacional, 1887.
- , *Obras Selectas*, Buenos Aires, Escritos Jurídicos: Librería de la Facultad, 1920.
- ARAUJO, Kathya, *¿Se acata pero no se cumple?: estudios sobre las normas en América Latina*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2009.
- ARIES, Phillipe, *Morir en Occidente*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2000.
- ATRIA, Fernando, *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Depalma, 1996.

- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 2016.
- GARCIA DE ENTRERRIA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1994.
- GARGARELLA, Roberto, “El contenido igualitario del constitucionalismo”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- HABERMAS, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, Cambridge, MIT Press, 1991.
- HERRERA, Marisa, *Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, INFOJUS, DACF140723, 2 de octubre de 2014.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003.
- NINO, Carlos, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel, 2005.
- PÉREZ MURCIA, Luis E., RODRÍGUEZ GARAVITO, César y UPRIMNY YEPES, Rodrigo, *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico, 2007.
- PISARELLO, Gerardo, “Globalización, constitucionalismo y derechos”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007.
- PRIMER CENSO ARGENTINO, Introducción, Capítulo XV, datos relativos al nivel de instrucción de la población censada, publicación oficial. Buenos Aires, 1872, consultado en [[http://www.deie.mendoza.gov.ar/temáticas/censos/censos\\_digitalizados/Censos%20Digitalizados/index.html](http://www.deie.mendoza.gov.ar/temáticas/censos/censos_digitalizados/Censos%20Digitalizados/index.html)] y La Educación de Jóvenes y Adultos –Estado de situación en la Argentina– Ministerio de Educación de la Nación, agosto de 2000.
- SABA, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (coord.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- SEGUNDA ENCUESTA DE CULTURA CONSTITUCIONAL EN ARGENTINA 2004-2014, Poliarquía Consultores, publicada en *Argentina una sociedad anómica*, Buenos Aires, Eudeba, 2016.
- TAU ANZOATEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870)*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1977.

TEDESCHI, Sebastián, “El Waterloo del Código Civil Napoleónico”, en COURTIS, Christian (comp.), *Desde otra mirada: textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

*Lecciones y Ensayos*, Nro. 98, 2017

DÍAS, Leandro A., “El ánimo de apropiación...”, pp. 135-162

## EL ÁNIMO DE APROPIACIÓN COMO ELEMENTO DEL DELITO DE HURTO. REFLEXIONES A PARTIR DEL PLENARIO “SCHNEIDER”\*

LEANDRO A. DÍAS\*\*

**Resumen:** El fin del presente trabajo es analizar si el delito de hurto requiere, además del apoderamiento de una cosa mueble ajena, un elemento subjetivo adicional: el ánimo de apropiación de la cosa. Para alcanzar ese objetivo, se analizarán los argumentos vertidos en el plenario “Schneider”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en el cual los jueces señalaron que el delito de hurto no requiere ningún elemento subjetivo adicional. En particular, se argumentará que la incorrección moral del hurto presupone ánimo de apropiación, ya que de ese modo el autor comunica un intenso mensaje de hostilidad contra el sistema de derechos de propiedad, lo que no se produce cuando solamente sustrae una cosa con la voluntad de devolvérsela al propietario.

**Palabras clave:** derecho penal – hurto – delitos contra la propiedad – ánimo de apropiación – elemento subjetivo – incorrección moral

**Abstract:** The aim of this article is to analyse whether the crime of theft requires an additional subjective element, besides taking another person’s property: the intent to steal. In order to achieve this goal, the author will analyse the arguments put forward in the *Schneider* case of the Appeals Chamber on Criminal Matters, in which the judges decided that the crime of theft does not require an additional subjective element. Specifically, the author will argue that the wrongfulness of

\* Recepción del original: 23/12/2016. Aceptación: 16/2/2017.

\*\* Abogado y docente (UBA). Especialista en Derecho Penal (UTDT). Este trabajo tuvo su origen en el trabajo final de la Especialización en Derecho penal de la UTDT y fue presentado como ponencia en el Seminario de Derecho Penal del ISSP (dirigido el Prof. Dr. Dr. h.c. Marcelo A. Sancinetti) el día 26 de septiembre de 2016.

theft presupposes intent to steal, because with such intent the author communicates a strong message of hostility towards the system of property rights. This message, however, is not present in cases in which the author takes another person’s property with the intent to return the stolen thing.

**Keywords:** criminal law – theft – crimes against property – intent to steal – *mens rea* – wrongfulness

## I. INTRODUCCIÓN AL PLENARIO “SCHNEIDER”

Hace casi sesenta años, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional emitió el fallo plenario “Schneider, Alfredo G.”,<sup>1</sup> en el que los jueces (mediante una mayoría de 9-1) contestaron afirmativamente la siguiente pregunta: ¿El hecho de sustraer una cosa del poder de su dueño sin ánimo de apropiarse de ella puede importar el delito de hurto? Desde ese momento, la jurisprudencia argentina,<sup>2</sup> salvo algunas excepciones,<sup>3</sup> se manifestó en favor de la punición de uno de los casos principales de aplicación del plenario: el llamado hurto de uso.<sup>4</sup> En estos supuestos, un agente sustrae una cosa mueble de la esfera de custodia del sujeto pasivo, pero sin ánimo de apropiarse del objeto, sino de devolvérselo a su poseedor tras un uso provisorio (por ejemplo, quien sustrae un vehículo ajeno para “dar

1. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (en pleno), “Schneider, Alfredo G.”, 29 de marzo de 1957, disponible en Abeledo Perrot n.º 1/503043.

2. Para un panorama relativamente actual del estado de la jurisprudencia, véase: MARUM, E., “Art. 162”, en BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. (dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 54.

3. Para los vaivenes que tuvo la jurisprudencia en los años inmediatamente posteriores a “Schneider”, véase TOZZINI, C., *Los Delitos de Hurto y Robo en la Legislación, la Doctrina y la Jurisprudencia*, 2.ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, p. 167-177.

4. La distinción que realiza parte de la doctrina nacional (solo a modo de ejemplo, CREUS, C. y BUOMPADRE, J., *Derecho penal. Parte especial*, 7.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 428) entre hurto de uso propio impune (quien toma la cosa y la utiliza en el momento, pero sin desapoderar al autor) y hurto de impropio punible (quien desapodera sin ánimo de apropiación) resulta irrelevante y evade el problema planteado, dado que el hurto de uso propio, al no dar lugar a un desapoderamiento (condición necesaria del tipo objetivo del delito) de ninguna manera puede ser punible. En ese sentido, el “hurto de uso impropio” es el verdadero caso problemático y en este trabajo se hará referencia solo a esta clase de supuestos.

una vuelta”).<sup>5</sup> También la doctrina, previamente dividida, a partir de este fallo –y asumiendo, en líneas generales, los argumentos que expusieron los jueces en “Schneider”– pasó a considerar mayoritariamente como punible esta clase de conductas.<sup>6</sup> Por estas consecuencias del plenario, que se extienden al día de hoy, resulta imperioso analizar si las razones brindadas por los jueces son convincentes.

En los siguientes párrafos se emprenderá esta última tarea y se intentará corroborar la siguiente hipótesis: no solo los fundamentos ofrecidos en el plenario “Schneider” son endeble, sino que hay buenas razones para sostener que el *ánimo de apropiación* es un elemento necesario del delito de hurto y que, por tanto, el hurto de uso no debería ser asimilado a un hurto simple. Para ello se argumentará que la interpretación gramatical

5. Como lo demuestra el desarrollo del tema en la ciencia penal alemana, el ánimo de apropiación, como elemento del hurto, tiene repercusiones que van más allá del mero hurto de uso. Para un panorama acabado de los problemas, por todos, KINDHÄUSER, U., “§ 242”, en KINDHÄUSER, U., NEUMANN, U. y PAEFFGEN, H., *Strafgesetzbuch*, 4.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos, 2013, t. 3, n.º m. 69 ss.; SCHMITZ, R., “§ 242”, en JOECKS, W. y MIEBACH, K., *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3.<sup>a</sup> ed., München, C.H. Beck, 2012, t. 4, n.º m. 114 ss. Esta contribución, en línea con el plenario, se limitará únicamente a analizar las repercusiones del ánimo de apropiación en relación con el hurto de uso, sin perjuicio de que de modo tangencial podrán mencionarse algunas cuestiones adicionales, como la vinculación con el delito de daños.

6. Véase, entre otros, BREGLIA ARIAS, O. y GAUNA, O., *Código Penal y leyes complementarias*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 77-79; CREUS, C. y BUOMPADRE, J., ob. cit., pp. 427-428; DONNA, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, t. II-B, p. 45-46; ESTRELLA, A. y GODOY LEMOS, R., *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 334; LAJE ROS, C., *La interpretación penal en el hurto, el robo y la extorsión*, Córdoba, Lerner, 2013, pp. 139-140; MARUM, E., ob. cit., p. 55; NÚÑEZ, R., *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1976, t. V, p. 182; SOLER, S., *Derecho Penal Argentino*, 4.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, TEA, 1987, t. IV, p. 226 (sin perjuicio de conceder la ausencia de hurto en ciertos casos), entre otros. Como ejemplo paradigmático de esta postura, antes del plenario, véase CARNELLI, L., “El hurto de uso en la doctrina y la legislación”, *La Ley*, t. 7 (sección doctrina), 1937, pp. 86 ss. Se manifiestan en la actualidad en favor de la exigencia de este elemento subjetivo, entre otros, SANCINETTI, M., *Casos de Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, t. II, pp. 170 ss.; FONTÁN BALESTRA, C., *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, t. V, pp. 413-415. A favor de este requisito, con anterioridad al plenario, ODERIGO, M., *Código Penal Anotado*, 3.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, De Palma, 1957; GÓMEZ, E., *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Argentina de Editores, 1939, t. IV, p. 77; PESSAGNO, H., “El hurto de uso y la legislación argentina”, *LL*, t. 36, 1944, p. 882; RAMOS MEJÍA, Enrique, “El hurto de uso”, *Jurisprudencia Argentina*, 1945-II, pp. 143-146, entre otros.

llevada a cabo en el plenario, y que hace las veces de argumento principal, resulta insostenible (apartado II). Luego, un análisis de los argumentos secundarios del fallo permitirá reforzar la conclusión anterior (apartado III) y se afirmará que existen buenas razones para considerar que, en contra de lo sostenido por los jueces de la mayoría, el hurto presupone ánimo de apropiación (apartado IV). Finalmente, se resumirán las conclusiones del trabajo (apartado V).

## II. ARGUMENTOS PRINCIPALES DEL FALLO

Para considerar que el hurto no requiere ánimo de apropiación, los jueces de la mayoría recurrieron a lo que se conoce como una *interpretación gramatical*: aquella que se basa en el *texto* de la ley, mediante el uso natural o especialmente jurídico del idioma.<sup>7</sup> Así, los magistrados determinaron que el ánimo de apropiación no forma parte del tipo penal del hurto a partir del texto del artículo 162, CP (“Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena”).

Puntualmente, se ofrecieron dos razones basadas en la interpretación gramatical de la mencionada regla. En primer lugar, de la opinión que lidera el plenario (voto del Dr. Sagasta, al que se adhirieron directa o indirectamente ocho jueces) puede desprenderse un *argumento gramatical positivo*, en el sentido de que del término “apoderamiento” se deduce que el hurto no requiere un ánimo de apropiación. En particular, este argumento parte de que el verbo “apoderar” responde a la noción natural de conquistar o poseer a viva fuerza, que no requeriría una intención de apropiarse de la cosa (a diferencia de lo que sucede con la “apropiación”, como modo de adquisición del dominio que sí requiere de dicho elemento subjetivo). Este entendimiento de apoderamiento se apoya, básicamente, en un diccionario etimológico de Roque Barcia.

Esta clase de interpretaciones no resultan extrañas en derecho penal: en tanto una vulneración del sentido literal coloquial o jurídico de la pa-

7. Véase, por todos, WESSELS, J., BEULKE, W. y SATZGER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 43.<sup>a</sup> ed., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, C.F. Müller, 2013, p. 21, n.º m. 57.

labra da lugar a una analogía inadmisible e incompatible con el principio de legalidad,<sup>8</sup> el intérprete de la ley penal tiende a centrar su enfoque en el texto de la norma. Sin embargo, como señala Kubiciel, el significado lingüístico de textos jurídicos solo en ocasiones se puede deducir de un uso del lenguaje coloquial o técnico objetivamente constatable e invariablemente establecido y, por regla general, concurren entre sí diferentes ejemplos de uso del idioma.<sup>9</sup> Esto es lo que sucede, sin ir más lejos, en el caso del concepto de apoderamiento, como integrante de la acción típica del hurto. Puede que etimológicamente apoderarse signifique solo poseer a viva fuerza, pero ese significado entra en contradicción con al menos uno de los usos convencionales de la palabra. A modo de ejemplo, una acepción de la palabra “apoderar”, según el Diccionario de la Real Academia Española equipara el apoderamiento con la apropiación: “hacerse dueño de algo, ocuparlo, ponerlo bajo su poder”.<sup>10</sup> Esta circunstancia fue reconocida en el fallo (con una mención a las definiciones que ofrecía por aquel entonces el diccionario de la RAE y que coinciden con las actuales), pero no se ofrecieron razones para preferir el supuesto significado etimológico a uno de los tantos significados convencionales de la palabra. Esta discusión sobre el elemento típico “apoderamiento” da cuenta de la polisemia del lenguaje y de que, en definitiva, no existen significados lingüísticos con validez intersubjetiva universal de conceptos cargados de contenido como apoderamiento, injuria o engaño.<sup>11</sup> Y si el recurso al significado de las palabras no ofrece razones suficientes para preferir una interpretación de un término expresado en la ley por sobre

8. HILGENDORF, E. y VALERIUS, B., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., München, C.H. Beck, 2015, § 1, n.º m. 44.

9. KUBICIEL, M., *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2013, p. 34.

10. Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario, “apoderar”, consultado en [<http://dle.rae.es/?id=3DoiQ7S>] el 20/03/2016.

11. KUBICIEL, M., *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2013, p. 34. En la discusión argentina puede observarse la poca capacidad de rendimiento de los argumentos basados en el texto de la ley en la opinión de SANCINETTI (“La apropiación de cosa perdida como hurto atenuado”, en *Sistema de la Teoría del Error en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, p. 205), quien considera dudoso que la palabra “apoderamiento” no implique de por sí un cierto ánimo de apropiación. Es decir, el autor deriva la conclusión contraria a partir de argumentos similares a los del plenario “Schneider”.

otra, se requieren de argumentos adicionales para alcanzar un resultado interpretativo razonable.

Este problema es reconocido implícitamente en el fallo, ya que se intenta respaldar esta interpretación gramatical en que el concepto de apoderamiento del derecho romano no requería ánimo de apropiación<sup>12</sup> y en una cita de la opinión que Sebastián Soler brindaba en su Tratado sobre el concepto de apoderamiento (“acto voluntario mediante el cual se trae a la propia esfera de poder una cosa que se sabe ajena, desplazando voluntariamente de la custodia al propietario de ella”). Así, podría afirmarse que los jueces reconocieron que el apoderamiento necesario para un hurto es un concepto normativo que requiere una construcción más compleja que la que puede ofrecer el uso convencional del lenguaje. Esto se puede ver claramente en la utilización de la definición citada de Soler, que se centra en el concepto de esferas de poder o custodia, cuyo contenido es eminentemente jurídico.<sup>13</sup> Pero de ser así, de todos modos siguen faltando razones de peso para dilucidar si el concepto jurídico de apoderamiento incluye un ánimo de apropiación, o no. Esto se debe no solo a que la opinión transcrita nada dice al respecto, sino que además el mero recurso a definiciones académicas o a desarrollos en sistemas jurídicos ajenos, sin mayores explicaciones, no es más que un argumento de autoridad que nada agrega a la discusión.

Tampoco ayuda a resolver la cuestión el segundo argumento principal, que puede encontrarse en el voto del juez Vera Ocampo (al que se adhirieron cuatro jueces): el texto legal no exige ánimo de apropiación. El problema de este *argumento gramatical negativo* es que desconoce que algunos de los elementos típicos de un delito no están escritos y su existencia se deriva de la interpretación.<sup>14</sup> Está plenamente aceptado en la ciencia del

12. Esta afirmación, por lo demás, era correcta. Así, ya a comienzos del SXIX señalaba v. FEUERBACH (*Tratado de derecho penal* [trad. ZAFFARONI y HAGEMEI], 14.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2007 [original de 1801], § 314) que “Las leyes alemanas que elevan la sustracción (hurto y robo) a la calidad de delito criminal, tienen por fundamento únicamente el concepto romano de sustracción de cosas, razón por la cual lo que se entiende por *furtum* [nota del autor: sustracción de uso] como delito privado romano no corresponde a la sustracción como delito criminal alemán” (se suprimieron las notas al pie).

13. Así, SOLER, S., ob. cit., p. 185, quien considera que este punto de vista es superior a las perspectivas empíricas.

14. Claro al respecto FRISTER, H. (*Derecho penal. Parte general*, 4.<sup>a</sup> ed., trad. de SANCINETTI, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, § 7, n.º m. 4), quien señala que “muchos [...] conceptos están contenidos en la ley solo implícitamente. Surgen a la luz recién cuando uno analiza

derecho penal que, por ejemplo, todos los delitos de resultado exigen una relación de causalidad entre la acción y el resultado típico, por más que el texto legal no suela hacer referencia a una causación.<sup>15</sup> En ese sentido, por más que la regla del homicidio simple (art. 79, CP) solamente le asigne una sanción a quien “matara a otro”, nadie duda que entre la acción de disparar un arma de fuego y la muerte de la víctima deba haber una relación de causalidad y, eventualmente, de imputación objetiva. Además, se reconoce que tipos penales redactados de modo escueto, como el de estafa,<sup>16</sup> cuentan una gran cantidad de elementos de suma complejidad que se han desarrollado a partir de los aportes de la doctrina y la jurisprudencia a la ciencia del derecho penal.<sup>17</sup> Esto resulta posible debido a que la agregación de nuevos elementos típicos por medio de interpretación no está vedada en derecho penal, ya que esos añadidos no perjudican al autor, sino que restringen la punibilidad.<sup>18</sup> En otras palabras, lo que prohíbe el principio de legalidad es apartarse del texto de la ley *en contra del autor*,<sup>19</sup> lo que no sucedería en estos supuestos. Así, si el art. 162, CP, exigiese explícitamente el ánimo de apropiación, no sería posible suprimirlo, pero no está prohibido extraer, por vía de interpretación, un elemento implícito de una regla que nada dice

---

las descripciones de delitos de la Parte especial sobre la base de estructuras conceptuales comunes”.

15. Así, HILGENDORF y VALERIUS (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, ob. cit., n.º m. 24) consideran a la causalidad como elemento objetivo no descripto en los delitos de resultado. En un mismo sentido FRISTER, H., ob. cit. La excepción estaría dada por ciertos tipos imprudentes, como el que se desprende del artículo 84, CP (“el que [...] causare a otro la muerte”).

16. En la doctrina argentina esta evolución del tipo penal de estafa puede verse en la obra de ROMERO (*Los Elementos del Tipo de Estafa*, Buenos Aires, Lerner, 1985) y, recientemente, en la de RIGHI (*Delito de Estafa*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015). Para los desarrollos actuales en la dogmática alemana, véase PAWLIK, M., *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1999.

17. Se sigue en este sentido a la clasificación de SCHMIDHÄUSER y ALWART (*Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1982, § 3, n.º m. 48, seguida también por SANCINETTI, M., *Casos de Derecho Penal*, ob. cit., t. I, p. 241), en tanto se debe distinguir entre un tipo del texto, tal como resulta de una primera comprensión, ligada al lenguaje coloquial y al idioma jurídico usual; y un tipo de la interpretación que surge, para la aplicación del derecho, como resultado de la interpretación.

18. En un mismo sentido, respecto de la posibilidad de reducir teleológicamente el posible sentido literal de una regla penal, FRISTER, H., ob. cit., m. 29.

19. HILGENDORF, E. y VALERIUS, B., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, ob. cit., m. 28.

al respecto.<sup>20</sup> Por tanto, de los argumentos gramaticales que sustentan el fallo no puede derivarse la conclusión de que de que el tipo penal de hurto no requiere ánimo de apropiación como elemento necesario.

### III. ARGUMENTOS SECUNDARIOS DEL FALLO Y LA INTUICIÓN CONTRARIA

Además de la interpretación gramatical, los jueces que integraron la mayoría ofrecieron al menos otros cuatro argumentos.<sup>21</sup> El primero de ellos podría denominarse como *empírico-consecuencialista*, ya que se basa en la consideración de que en la actualidad el hurto de uso no es un acto de escasa importancia y de que las consecuencias de su impunidad serían perjudiciales para la sociedad. En esta línea de pensamiento, el juez Sagasta manifestó que en la economía moderna existen cosas que valen por el primer uso, como en la moda, en un concurso o en exhibiciones comerciales, y que sería disvalioso socialmente que la ley autorizase a terceros a proceder sin la voluntad de los dueños al libre apoderamiento y al consiguiente uso, aunque sea temporario, de estos bienes.<sup>22</sup>

Este argumento, si bien causa impacto a simple vista, no resulta convincente. Más allá de la retórica utilizada, si se quiere convencer a partir de determinados hechos de la realidad (“hoy en día el hurto de uso no es un hecho de escasa importancia”), deberían ser ofrecidos datos que avalen las conclusiones,<sup>23</sup> lo que no sucede en la sentencia. Por otro lado, el problema de esta clase de argumentos es su contingencia.<sup>24</sup> Quizá al momento del fallo (1957), efectivamente eran cometidos hurtos de uso en gran cantidad y que, en esa medida, existían razones consecuencialistas para evitar la

20. Coincide en los resultados, SANCINETTI, M., *Casos de Derecho Penal*, ob. cit., p. 174.

21. Los cuatro argumentos pueden encontrarse en el voto de juez Sagasta, que lidera el acuerdo.

22. Argumentos similares también pueden encontrarse en ASHWORTH, A. y HORDER, J., *Principles of Criminal Law*, 7.<sup>a</sup> ed., Oxford, University Press, 2013, p. 389.

23. Un desarrollo del problema de la falta de sustento empírico en las argumentaciones descriptivas en derecho penal puede encontrarse en GARGARELLA, R., “Cuatro temas y cuatro problemas en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n° 2, 2010, pp. 199-207.

24. GRECO, L., “Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal”, *Indret*, 4/2010, p. 6 ss., consultado en [[http://www.indret.com/pdf/768\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/768_es.pdf)] el 20/03/2016.

impunidad de estos actos. Empero, la validez de esta afirmación está supe-  
ditada al mantenimiento de dicha situación fáctica y puede que en el siglo  
XXI ya no persista tal estado de cosas. Y de persistir, de todos modos debe-  
rían ofrecerse razones para considerar que los supuestos de uso temporario  
de una cosa, más allá de las posibles consecuencias de su impunidad, son  
efectivamente casos de hurto. En particular, debería haberse indagado en  
los fundamentos de la ilicitud del delito de hurto, para luego analizar si  
estos casos son, efectivamente, hurtos, o si, por el contrario, se trata de una  
conducta incorrecta por otras razones.

En segundo lugar, los jueces agregaron que entre las consecuencias  
intolerables de la no punición del hurto de uso estaría la necesidad lógica  
de considerar también impune un robo de uso. Esta *reductio ad absurdum*  
de considerar que si se incorpora el requisito de ánimo de apropiación<sup>25</sup> el  
robo de uso también debería quedar impune, tampoco ayuda demasiado.  
Aun concediendo la premisa implícita del razonamiento de que el robo  
debería interpretarse como una agravante de hurto<sup>26</sup> (y que, por tanto, si el  
hurto requiere ánimo de apropiación, también el robo), la acción caracteri-  
zada como “robo de uso” de todos modos no siempre quedaría impune. Y  
es que el robo es un delito que por regla general está compuesto de otros  
hechos punibles que quedan desplazados por consunción en una relación  
de concurso aparente de leyes:<sup>27</sup> los robos suelen implicar también lesio-  
nes leves, amenazas o daños, que retroceden ante la regla del robo. De ese  
modo, solo en casos excepcionales (ejemplo, un robo en el que se ejerce  
una violencia mínima que ni siquiera puede fundamentar unas lesiones le-  
ves contra la víctima) quedará impune el robo de uso, mientras que en los  
casos tradicionales subsistirá una punibilidad residual por otro tipo penal  
(lesiones, daño, amenazas, etc.). Por lo demás, el considerar que la impu-  
nidad del hurto de uso daría lugar a una laguna de punibilidad intolerable  
presupone la respuesta a la pregunta que se debe responder, esto es, la de  
si el contenido de ilícito de hurto abarca el ánimo de apropiación, o no.

25. Una argumentación similar puede encontrarse en KINDHÄUSER, U., “Fundamentos y sis-  
temática de los delitos contra los derechos patrimoniales”, en *Estudios de Derecho Penal*  
*Patrimonial*, Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales/Editora Jurídica Grijley, 2002  
(original de 1999), p. 42.

26. Por todos, DONNA, E., ob. cit., 46.

27. Sobre este problema en el derecho penal alemán, véase HILGENDORF, E. y VALERIUS, B.,  
*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, ob. cit., m. 19 ss.

Porque si la ilicitud de la conducta incluyese este elemento subjetivo, las lagunas de punibilidad serían tolerables —e incluso necesarias— en términos valorativos.

En lo que se refiere al tercer argumento secundario, puede hablarse de una *interpretación histórico-subjetiva*, a través de una apelación a la intención del legislador. Así, el juez Sagasta señaló que todo lo que ha “expuesto y fundamentado se halla corroborado [...] por el propio Dr. Moreno”, esto es, el diputado que presentó el proyecto de código penal de 1906, que luego presidió la comisión que dio lugar al llamado “proyecto de 1917” y que finalmente dio lugar a sanción del código penal vigente el 30 de septiembre de 1921 (ley 11.179).<sup>28</sup> En particular, se citó un libro del mencionado autor (“El código penal y sus antecedentes”, de 1922) en el que comenta los antecedentes del código penal argentino y en el que parecería señalar que el hurto de uso se puede subsumir en el delito de hurto. Más allá de las contundentes críticas que se le pueden hacer a este método de interpretación,<sup>29</sup> basta con señalar aquí que resulta al menos simplista considerar que *la* opinión del legislador del código penal es la opinión que Rodolfo Moreno expuso en uno de sus libros, ya que a pesar de su figura central en la elaboración del código no fue el único legislador que intervino. Por el contrario, para averiguar la voluntad del legislador, tendría que haberse recurrido a las fuentes directas del código penal —como la exposición de motivos de las leyes, los borradores y el debate legislativo, entre otras— y construirse de alguna forma la voluntad subjetiva del legislador, cuestión por demás compleja en el marco de un sistema democrático en el que intervienen múltiples actores en el proceso legislativo.<sup>30</sup> En cambio, los jueces apelaron a una fuente indirecta, como lo es un libro escrito por uno de los intervinientes en la redacción del código, cuya legitimidad a nivel democrático se encuentra, cuando menos, diluida.

28. Y que entró en vigencia el 29 de abril de 1922. Sobre este arduo proceso, véase solamente ZAFFARONI, E., SLOKAR, A. y ALAGIA, A., *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 252.

29. Para un análisis detallado, véase, recientemente KUBICIEL, M., ob. cit., pp. 39 ss.

30. Si no se contasen con esas fuentes o si en ellas no se encontrase ningún indicio de una voluntad legislativa sobre el tema, se presentaría el inconveniente característico de este método interpretativo, de tener que recurrir a la voluntad de un legislador hipotético. Empero, de este modo ya no se estaría en presencia de una interpretación histórico-subjetiva (orientada a quien emitió la norma), sino de una interpretación objetiva (orientada al contenido de la norma). Así *ibid.*, p. 42.

Por lo demás, Moreno expresó su opinión de un modo un tanto oscuro: “Dentro de nuestro Código el hurto de uso, o sea el apoderamiento de cosa ajena sin ánimo de apropiación, no existe. Para nuestra ley en cada caso habrá o no un hurto simple o calificado, el que deberá estimarse para graduar la penalidad con todas las circunstancias”.<sup>31</sup>

Ante esta situación, el intérprete podría coincidir con el análisis que realizaron los jueces del plenario, o bien considerar que Moreno no descartaba la impunidad del hurto de uso (al menos en ciertas circunstancias), ya que el mencionado autor dice que “en cada caso *habrá o no* un hurto simple o calificado”. Por tanto, no contradiría al texto una interpretación que señalase que al menos en algunos supuestos de hurto de uso *no habrá* un hurto simple o calificado. Si bien quizá ya se esté hilando demasiado fino, lo señalado sirve para dar cuenta, nuevamente, de la naturaleza abierta del lenguaje. De ese modo, el recurso a una supuesta “voluntad del legislador”, termina convirtiéndose en un argumento de autoridad que encubre un acto de valoración por parte del juez, quien debe decidir, por medio de criterios sustantivos, qué interpretación de las posibles —en este caso, de las palabras del supuesto legislador— es aplicable al caso.<sup>32</sup>

El cuarto argumento secundario podría reconstruirse de la siguiente forma: incluso si se reconociese que los hurtos cometidos sin ánimo de apropiación son valorativamente más leves que los hurtos con ánimo de apropiación, esta cuestión puede ser tenida en cuenta al momento de *determinación de la pena*. Esta alternativa puede parecer razonable, pero no lo es. Y es que si se concede que el hurto de uso tiene una ilicitud menor que el hurto con ánimo de apropiación, esta diferencia debería reflejarse ya en la subsunción de la conducta, lo que no sucede cuando se utiliza una misma escala penal y se deja en manos del juez la tarea de decidir la consecuencia jurídica a partir de las reglas de determinación de la pena. Esto se debe, por un lado, a que estas últimas reglas no se centran solo en la ilicitud de la *conducta*, sino que tienen en cuenta múltiples criterios de prevención, no necesariamente vinculados con la ilicitud del hecho punible

31. MORENO, R., *El código penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, H.A. Tommasi, 1922, t. 5, p. 101.

32. Similar KUBICIEL, M., ob. cit., p. 42, quien además señala que este método interpretativo suele ser poco transparente, ya que permite que una decisión sea correcta por medio de la apelación a la voluntad del legislador, sin que sea necesario hacer públicas las valoraciones que dieron lugar a la decisión. Esto último es lo que parece haber sucedido en el plenario.

en sí.<sup>33</sup> Por otro, si el delito por el que recae la condena debe reflejar del modo más claro posible la incorrección de la conducta y la culpabilidad del autor (principio de *fair labelling*),<sup>34</sup> tanto a los fines de que la reacción sea proporcional como para que la condena refleje simbólicamente de un modo apropiado las convicciones morales de la sociedad—esto es, el grado de rechazo o aceptación de determinada conducta—,<sup>35</sup> la solución de considerar ambos casos como hurto, cuando uno de ellos es menos grave que un hurto, es inadecuada.

#### IV. CONTENIDO DE ILÍCITO DEL HURTO Y ÁNIMO DE APROPIACIÓN

##### IV.A. La intuición básica: el hurto requiere ánimo de apropiación

La pregunta que los argumentos reseñados no pueden responder, entonces, es la de si el contenido de ilícito del hurto tiene, como elemento, el ánimo de apropiación, o no: es decir, la pregunta sobre su contenido de ilícito o incorrección moral. Dicha ilicitud subyace al delito de hurto y tiene una estructura prepositiva,<sup>36</sup> en el sentido de que las prohibiciones penales de derecho penal nuclear no están creadas únicamente por el derecho, sino que el legislador, a través de las reglas de distribución de responsabilidad penal, pretende capturar condiciones de reprochabilidad moral o merecimiento del castigo, independientes del derecho positivo en concreto.<sup>37</sup> Dentro de este marco, cuando se piensa en un hurto, es posible

33. Sobre el tema, véase ZIFFER, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2.º ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.

34. ASHWORTH, A. y HORDER, J., ob. cit., p. 78; WILLIAMS, G., “Convictions and Fair Labelling”, en *The Cambridge Law Journal*, vol. 45, n.º 1, 1983, p. 85.

35. Cfr. TADROS, V., “Fair Labelling and Social Solidarity” en ZEDNER, L. y ROBERTS, J. (eds.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice*, Oxford, University Press, 2012, p. 79; CLARKSON, C., “Theft and Fair Labelling”, en *The Modern Law Review*, vol. 56, 1993, p. 555.

36. Similar, desde una perspectiva kantiana, HRUSCHKA, J., ob. cit.

37. Así FERRANTE, M., “Concepciones populares y reforma del derecho penal”, en *Filosofía y Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, p. 38. Para un enfoque similar, aunque haciendo una distinción entre daño, ilicitud material (en términos deontológicos) y *mens rea*, que no será seguida aquí, GREEN, S., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco* (trad. de SANLEHÍ, A. B. y ORTIZ DE URBINA

afirmar que intuitivamente se presupone el ánimo de apropiación del autor. Esa clase de actos es la que solemos valorar negativamente al hablar de un hurto. Entonces, la pregunta a responder es la de si subsiste tal valoración negativa en los casos de hurto de uso. La comparación entre dos casos similares<sup>38</sup> puede ayudar a responder esta pregunta.

Caso 1: A pesar del minucioso control ejercido por el bibliotecario, el estudiante de derecho *A* sustrae sin permiso de la biblioteca de la universidad el único ejemplar de un manual de derecho penal, a los fines de llevárselo a su casa, estudiar, y devolverlo al día siguiente.

Caso 2: A pesar del minucioso control ejercido por el bibliotecario, el estudiante de derecho *A* sustrae sin permiso de la biblioteca de la universidad el único ejemplar de un manual de derecho penal, a los fines de llevárselo a su casa, estudiar, y apropiárselo.

Si bien ambas conductas pueden ser consideradas *prima facie* incorrectas, en la medida en que el agente realizó una acción en contra de quien tenía la cosa en su poder —se darán más precisiones sobre este punto más adelante—, en el segundo caso se observa algo distintivo, que no está presente en el primero: esa actitud interna de no respetar el derecho de propiedad ajeno y considerarlo propio parecería convertir a la conducta en una acción esencialmente distinta. No se trataría de dos hurtos, uno más grave y otro menos grave, sino que entre los dos casos hay una diferencia sustantiva. En el segundo caso, de modo instintivo se puede decir que el autor cometió un hurto (y que, por tanto, es un “ladrón”), mientras que en el primero la cuestión resulta discutible. Esta intuición de que, dicho de modo llano, se está en presencia de cosas distintas y de que solo en el primer caso se puede hablar de un hurto puede verse claramente en el análisis que realiza Stuart Green sobre la inmoralidad de la conducta de tomar para sí lo que es ajeno (*steal*, o robo en sentido amplio): “En primer lugar, debe

---

GIMENO, I.), Madrid (entre otras), Marcial Pons, 2013, pp. 74 ss.; también RUSCA, B., “¿Por qué está mal aceptar y ofrecer sobornos? Una discusión de la tesis de la mercantilización del gobierno”, en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 2, 2016, pp. 87 ss. Por tanto, con “contenido de ilícito” o “incorrección moral” se hace referencia a la infracción a ciertas normas morales que el ordenamiento jurídico capta a través de los delitos. Sobre el uso de esta terminología en el derecho penal alemán HILGENDORF, E. y VALERIUS, B., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, ob. cit., m. 3; WESSELS, J., BEULKE, W. y SATZGER, H., ob. cit., m. 281.

38. Para un caso similar, véase SANCINETTI, M., *Casos de Derecho penal*, ob. cit., t. I, Caso 10, pp. 199-200.

quedar claro que el robo, como la conducta tramposa y el engaño, siempre implica intención. Apoderarse de la propiedad de otro sin existir intención (vgr: llevarme el paraguas de alguien, pensando que es mío) no es robar, aunque si mi creencia fue irrazonable puedo haber llevado a cabo una conducta moralmente ilícita, puede que incluso penalmente punible. Es más: es necesario tener la intención de privar a alguien de su propiedad de forma permanente, no solo tomar la cosa prestada.

[...] Si *D* viola mis derechos de propiedad al *utilizar* sin permiso algo que es mío, generalmente diríamos que ha cometido un hurto de uso o una intrusión, en lugar de decir que ha robado”.<sup>39</sup>

En los párrafos anteriores de este trabajo, se ha demostrado al menos que las razones que se esgrimieron en “Schneider”, y que son las mismas que suelen utilizarse en la discusión académica, no resultan suficientes para derrotar esta intuición. En el siguiente apartado, además, se intentará demostrar que dicha intuición se encuentra justificada.

#### **IV.B. Los delitos contra la propiedad como delitos contra las personas**

En un Estado democrático, puesto al servicio del libre desarrollo sus integrantes, el Derecho desempeña la misión de hacer efectiva la integración social a través de un acuerdo sin violencia, así como la de llevar armonía a los diferentes intereses del ciudadano en su relación con otros.<sup>40</sup> Esta coordinación de intereses se efectúa a través de normas, es decir, de reglas formuladas con carácter de permanencia, que aseguran un espacio de *libertad* en forma de derechos.<sup>41</sup> Dentro de este marco, una sociedad existe cuando y en la medida en que existan normas reales, es decir, en tanto el discurso de la comunicación se determine en atención a normas.<sup>42</sup> Dicha comunicación no se produce entre meros individuos que se rigen a partir de un sistema de satisfacción/insatisfacción, sino que la conducta de las personas queda definida por el hecho de que siguen normas: el sistema no se centra en las expectativas cognitivas, sino en expectativas normativas ins-

39. GREEN, S., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, ob. cit., pp. 133-134.

40. KINDHAUSER, U., “Fundamentos y sistemática de los delitos...”, ob. cit., p. 24.

41. *Ibid.*, pp. 24-25.

42. JAKOBS, G., *Sobre la teoría de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 16.

titucionalizadas y cuando esa expectativa es defraudada, debe mantenerse su vigencia e imputarse el curso perturbador al responsable.<sup>43</sup> El derecho penal, en cumplimiento de su misión de asegurar la libertad, debe mostrar que estas expectativas normativas recíprocas son legítimas y confiables, esto es, que aquel que ajuste su propio comportamiento a la expectativa no resulte defraudado, debiendo reorientarse de nuevo a la expectativa a través de la pena.<sup>44</sup> Así, las personas, como destinatarias de expectativas normativas a quienes se les adscribe el rol de ciudadanos respetuosos del Derecho, son responsables por el cumplimiento de determinados deberes y, como contrapartida, son también titulares de derechos.<sup>45</sup>

Por tanto, la persona es la unidad ideal de derechos y deberes y, en lo que se refiere a los primeros, excluye que otros se procuren una existencia con esos derechos.<sup>46</sup> Puntualmente, la propiedad, como derecho subjetivo, tiene como contenido la libertad de poder determinar el trato del titular del derecho con una cosa determinada, excluyéndose a los demás de tal determinación.<sup>47</sup> La propiedad se concibe, entonces, como un envoltorio de derechos organizados alrededor de la idea de asegurar, a favor del derecho del titular, el uso, acceso exclusivo o control de una

43. Ibid.; Jakobs, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, Thompson/Civitas, 2003, p. 20.

44. KINDHÄUSER, U., “Fundamentos y sistemática de los delitos...”, ob. cit., p. 27. Sobre la misión del derecho penal de asegurar la libertad, véase recientemente PAWLIK, M., “Delito y pena en el Derecho penal del ciudadano”, en *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, Atelier, 2016, pp. 38 ss.

45. JAKOBS, G., *Sobre la teoría de la pena* ob. cit., p. 17; JAKOBS, G., *Sobre la normativización...* ob. cit., p. 19; PAWLIK, M., “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, *InDret*, 2/2016, p. 9, consultado en [<http://www.indret.com/pdf/1222.pdf>] el 20/11/2016.

46. JAKOBS, G., *Sobre la normativización...* ob. cit., p. 27.

47. PAWLIK, M., “Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos”, en *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía Jurídica y Derecho penal*, Buenos Aires/Madrid, Marcial Pons, 2010 (original de 2003), p. 218; JAKOBS, G., *Sobre la normativización...* ob. cit., p. 28.

cosa.<sup>48</sup> Y la contracara de este derecho es el *deber negativo*,<sup>49</sup> basado en el deber intersubjetivo de respeto *neminem laedere*, que obliga al resto de los ciudadanos a abstenerse de modificar el ámbito de organización del titular, es decir, de arrogar la organización ajena.<sup>50</sup> Esto significa, en general, que en el marco de un derecho, las personas pueden hacer y dejar de hacer a gusto pero simultáneamente deben de respetar los derechos de otros<sup>51</sup> y, en particular, que los delitos contra la propiedad se presentan como la vulneración del deber de respetar la vinculación normativa entre una persona y sus bienes.<sup>52</sup> De este modo, la violación al derecho

48. GREEN, S., *Thirteen Ways to Steal a Bicycle. Theft Law in the Information Age*, Boston, Harvard University Press, 2012, p. 73. Véase también SINGER, J., *Introduction to Property*, 2.<sup>a</sup> ed., Boston, Aspen, 2005, p. 2; BECKER, L., “Property”, en BECKER, L. y BECKER, C. (eds.), *Encyclopedia of Ethics*, vol. 3, Nueva York, Routledge, 2001, p. 1390. Se asume que existen razones para justificar un sistema de propiedad privada, lo que no resulta nada obvio. Para un análisis de la incorrección de los delitos contra la propiedad desde este punto de vista, véase GREEN, S., *Thirteen Ways to Steal a Bicycle...*, ob. cit., pp. 93 ss.

49. Puede observarse que el *fundamento* del hurto es la violación a un deber negativo de no inmiscuirse en el ámbito de libertad ajeno. Esto no excluye, de todos modos, que una vulneración a la propiedad pueda darse también por la violación a deberes positivos. En este trabajo se hará hincapié en el hurto como violación a deberes negativos porque la relación negativa es la más elemental y existe con independencia de la positiva, mientras que esta última no puede ser pensada sin la negativa. Así JAKOBS, G., “La privación de un derecho como delito patrimonial. A la vez, una contribución a la generalización de la Parte Especial”, *InDret*, 4/2008, p. 4, consultado en [<http://www.indret.com/pdf/580.pdf>] el 20/03/2016. Bastará, entonces, con desarrollar el hurto por violación a deberes negativos, mientras que el hurto por medio de violaciones a deberes positivos requerirá de un tratamiento especial en otra investigación.

50. JAKOBS, G., *Sobre la normativización*, ob. cit., p. 29; PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, pp. 178 ss. Esto demuestra que los derechos de una persona, entre los que se encuentran los de propiedad, no pueden, ya desde el comienzo, ser definidos sin atender a la posición de otras personas. Lo que no sucede si se entiende que el núcleo de ilicitud de los delitos contra la propiedad es una “lesión” a un determinado bien jurídico. Así PAWLIK, M., “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”..., ob. cit., p. 10.

51. JAKOBS, G., *Sobre la normativización...* ob. cit., p. 29. También KINDHÄUSER, U., “Fundamentos y sistemática de los delitos...”, ob. cit., p. 24.

52. Véase JAKOBS, G., “La privación de un derecho como delito patrimonial...”, ob. cit., p. 5.. Sobre la fundamentación de por qué el autor debe reconocer el derecho de propiedad de otro, véase: BYRD, S. y HRUSCHKA, J., “The Natural Law Duty to Recognize Private Property Ownership: Kant’s Theory of Property in His Doctrine of Right”, *The University of Toronto Law Journal*, vol. 56, n.º 2, 2006, pp. 217-282.

de propiedad, entendido como una emanación de la personalidad,<sup>53</sup> se produce en virtud un quebrantamiento de deberes, por parte de quien se inmiscuyó arbitrariamente en la esfera de organización ajena. Parecería claro, entonces, que el núcleo de la ilicitud de un delito contra la propiedad no es la afectación a un bien digno de protección (por ejemplo, una cosa mueble), sino la afectación de un derecho, entendido como un ámbito de libertad de una persona.<sup>54</sup> En el caso puntual del delito de hurto, el ladrón se arroga la decisión acerca de la administración del derecho de propiedad de otro sobre una cosa mueble<sup>55</sup> y, en ese sentido, viola su deber negativo de respetar esa esfera de organización.

Si se concibe el hurto como una ofensa contra un derecho de las personas, en particular, como una interferencia al derecho de un propietario a *poseer* una cosa,<sup>56</sup> debe delimitarse todavía cuál es el ámbito de libertad concreto del titular del derecho que garantiza el derecho penal por medio de este delito, para luego poder analizar si el autor, en los hechos, se ha *arrogado ilegítimamente tal libertad*. No es sencillo identificar exactamente los límites de un hurto, en especial el momento en que se ha consumado la ofensa, y un desarrollo completo de este tema claramente excede los límites de este trabajo. Basta con señalar que a nivel objetivo la opinión la doctrina y jurisprudencia dominante en Argentina considera que esta arrogación se produce cuando el autor sustrae la cosa mueble que previamente la víctima tenía bajo su custodia y cuenta con la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos de disposición (la llamada, teoría de la “disponibilidad”).<sup>57</sup> Más allá de las críticas que se le pueden

53. En estos términos, PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., 2012, p. 150.

54. Similar ibid., p. 148; PAWLIK, M., “El delito...”, ob. cit., p. 9 s.

55. JAKOBS, G., *Sobre la normativización...*, ob. cit., p. 29.

56. GREEN, S., *Thirteen Ways to Steal a Bicycle...*, ob. cit., p. 74; GREEN, S., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, ob. cit., p. 134.

57. En la doctrina, véase: ABOSO, G., *Código Penal de la República Argentina*, Buenos Aires/Montevideo, B de F, 2012, p. 804; AVACA, D., IRIARTE, I. y MARUM, E., “Art. 162”, en D’ALESSIO, A. (dir.), *Código Penal de la Nación*, 2.ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 566; CAMADRO, J., “El delito de hurto” en NIÑO, L. (dir.), *Delitos contra la propiedad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011, p. 43; CREUS, C. y BUOMPADRE, J., *Derecho penal*, ob. cit., p. 426.; DONNA, E., ob. cit., p. 29; ESTRELLA, A. y GODOY LEMOS, R., ob. cit., p. 428; FRÍAS CABALLERO, J., *La acción material constitutiva del delito de hurto*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962, pp. 39/40.; MARUM, E., ob. cit., p. 63; SANCINETTI, M., “La apropiación de cosa perdida como hurto atenuado”..., ob. cit., p. 204; SOLER, S., ob. cit., pp. 192-193; TOZZINI,

hacer a esta postura,<sup>58</sup> surge la pregunta de si además de tal *arrogación*, es necesario un elemento subjetivo adicional, como el ánimo de apropiarse de la cosa, como parecerían indicar nuestras intuiciones.

Un primer indicador de que no resulta suficiente solo “apoderarse” –según el tenor literal del art. 162, CP– dolosamente de una cosa, sino que se requiere *algo más*. De lo contrario, no solo se distinguiría materialmente de un daño a las cosas, que también presupone una injerencia similar en la esfera de propiedad ajena, incluso más grave en términos objetivos dado que la cosa es destruida y no solo arrebatada.<sup>59</sup> En este último caso, en el derecho penal argentino la pena es mucho más leve que en el hurto (15 días a un año frente a la pena de un mes a dos años del hurto) y esta diferencia en las consecuencias refleja también la intuición básica de que quien voluntariamente destruye una cosa mueble se comporta de un modo menos incorrecto que un ladrón.<sup>60</sup> Pero entonces, ¿cuál es la característica del hurto que permite diferenciarlo cualitativamente de un daño, más allá del rasgo fenotípico del desapoderamiento (que, como ya se vio, objetivamente es menos grave que la destrucción de la cosa)?

---

C., ob. cit., p. 128. Respecto de la jurisprudencia, véase solo algunos de los fallos recientes de la Cámara Federal de Casación Penal sobre el tema la jurisprudencia reciente de la Cámara Federal de Casación Penal: Sala I, “Fernández, Fernando Gabriel y otros”, rta. el 12/03/2015; Sala III, “Singh, Sergio César”, causa n.º 713/2013, rta. el 11/07/2014; Sala IV, “Meza Baldeon, Jhosselin Patricia”, causa n.º 506/13, rta. el 7/09/2013.

58. Véase la contundente crítica de NÚÑEZ, R. (ob. cit., p. 181), quien sostuvo que ya estarían cumplidos todos los elementos objetivos del hurto cuando el autor priva a la víctima de la posesión corporal de la cosa, dado que la mayor o menor perfección de la tenencia de la cosa por parte del autor solo afectaría al grado de posibilidad de restitución de la tenencia aniquilada, pero la lesión ya sería perfecta.

59. Similar KINDHÄUSER, U., “La apropiación en el hurto: objeto y límites”, en *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*, Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales/Editora Jurídica Grijley, 2002 (original de 1995), p. 67.

60. Lo que se quiere señalar aquí es que entre un apoderamiento objetivo y una destrucción material parecería haber una gran similitud, e incluso se podría decir que una destrucción es más grave que un apoderamiento, dado que el primero da lugar a una inutilización permanente de la cosa. Por tanto, la explicación de esta intuición de que el hurto es más grave que el daño, que se ve reflejada en el ordenamiento penal argentino, requiere de una explicación adicional. De todos modos, la distinción entre hurto y daño puede ser bastante sutil en algunos casos, como en los supuestos en los cuales el autor sustrae una cosa *para* destruirla posteriormente. El tratamiento de estos casos problemáticos excede los límites de este trabajo. Sobre el tema, véase solamente KINDHÄUSER, U., *Strafrecht. Besonderer Teil II. Straftaten gegen Vermögensrechte*, 8.ª ed. Baden-Baden, Nomos, 2014, § 2, n.º m. 98 ss.

En términos de Feinberg,<sup>61</sup> ¿qué es lo distintivo del hurto que da lugar a que le transmitamos al ladrón, por medio de la pena, actitudes de resentimiento e indignación más profundas que a quien comete un daño?

#### IV.C. Contenido de ilícito del hurto y ánimo de apropiación

El elemento característico del hurto es, ni más ni menos, que el *ánimo de apropiación*, como parte integral del tipo subjetivo que debe acompañar al desapoderamiento realizado en términos objetivos. Este requisito se explica por el hecho de que a nivel social el hurto tiene un contenido disvalioso profundo: el agente pasa por alto la totalidad de las reglas sociales relativas a la propiedad, a costa de la víctima.<sup>62</sup> En otras palabras, el ladrón estaría declarándole la guerra a dicha práctica social desde el exterior,<sup>63</sup> en la medida en que socava la razón por la cual existe un sistema de derechos de propiedad, esto es, la facilitación de la creación y preservación de la riqueza que hace posibles distintas actividades humanas.<sup>64</sup> Con su conducta, por tanto, debe mostrar un alto grado de hostilidad hacia el Derecho mediante esta atribución para sí (o para un tercero) de la esfera de libertad que la otra persona tiene garantizada<sup>65</sup> y para que esta actitud pueda transmitirse de modo completo se requiere que el agente tenga la intención justamente de apropiarse de un derecho ajeno, negándole a la víctima el derecho que detenta de modo legítimo y declarando que él es el titular del derecho.<sup>66</sup>

61. Vid. FEINBERG, J., “The Expressive Function of Punishment”, en *Doing and Deserving*, Princeton, University Press, 1970, pp. 95-118.

62. GREEN, S., *Thirteen Ways to Steal a Bicycle...*, ob. cit., p. 74; SHUTE, S. y HORDER, J., “Thieving and Deceiving: What is the Difference?”, en *The Modern Law Review*, vol. 56, 1993, p. 553; SIMESTER, A. y VON HIRSCH, A., “Rethinking the Offence Principle”, en *Legal Theory*, vol. 8, 2002, p. 286; SCHWARTZ, L. y KAHAN, D., “Theft”, en Dressler, J. (ed.) *Encyclopedia of Crime and Justice*, vol. 4, Nueva York, Macmillan, 2.<sup>a</sup> ed., 2002, p. 1536.

63. Se toma esta metáfora de SHUTE, S. y HORDER, J., ob. cit., quienes la utilizan para mostrar las diferencias entre hurto y estafa, ya que en este caso el autor no negaría el sistema vigente de derechos de propiedad, sino la autonomía de la víctima para decidir sobre el intercambio de bienes (uno de los presupuestos de dicho sistema).

64. GREEN, S., *Thirteen Ways to Steal a Bicycle...*, ob. cit., p. 74

65. Sobre la importancia y complejidad de esta clase de transmisiones actitudinales en Derecho Penal, desde una perspectiva de filosofía moral véase FERRANTE, M., “Con el fin...”, ob. cit., pp. 27-44.

66. La cuestión de qué sucede cuando la asignación de derechos de propiedad es injusta

En cambio, si el autor actúa sin este ánimo de apropiación porque, al momento del hecho, tiene la *voluntad de devolver* la cosa sustraída,<sup>67</sup> no comunica que la atribución de competencias establecida a través del sistema de derechos de propiedad no rige para él, ni le expresa a la víctima que le resulta por completo indiferente el derecho que tiene de administrar la cosa. Por el contrario, el autor está reconociendo la existencia de un sistema de derechos y deberes vinculados con la idea de propiedad en general, así como un derecho de propiedad específico del sujeto pasivo.<sup>68</sup> Por supuesto que también está interfiriendo en la esfera de libertad ajena y, por ende, violando su deber negativo de no interferir en el derecho de propiedad ajeno. Pero ese contenido de ilícito es esencialmente distinto al del desapoderamiento de una cosa con ánimo de apropiación, en tanto el autor, con su actitud subjetiva,<sup>69</sup> comunica que al menos acepta la esfera de derechos de la víctima y se maneja dentro de los parámetros básicos de la juridicidad. Así, quien sustrae un libro para leerlo y luego lo devuelve no ha transmitido el contenido actitudinal necesario para que pueda hablarse de un verdadero hurto.

De lo señalado se desprende que un hurto de uso también contiene cierto contenido de ilícito, dado que implica una arrogación del derecho de administración de quien posee una cosa mueble, es decir, una violación al

---

excede los límites de este trabajo, por lo que deberá suponerse que está en presencia de un sistema justo, al menos en lo esencial. En detalle sobre este problema GREEN, S., *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno...*, ob. cit., pp. 135; SIMESTER, A. y SULLIVAN, R., “On the Nature and Rationale of Property Offences”, en DUFF, A. y GREEN, S. (eds.), *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford, University Press, 2005, pp. 168 ss.

67. Así, por todos, HILGENDORF, E. y VALERIUS, B., *Strafrecht. Besonderer Teil*, ob. cit., m. 75; KINDHÄUSER, U. *Strafrecht. Besonderer Teil II...* ob. cit., n.º m. 107.

68. Con el daño a las cosas sucede algo similar, ya que se afecta al objeto material cuya administración le correspondía a un tercero, pero el autor no se atribuye por completo el derecho de propiedad ajeno (esto es, el objeto dañado sigue perteneciendo a la víctima), como sí sucede en el hurto.

69. Esto es, se trataría de un elemento subjetivo distinto del dolo, en particular y según la opinión dominante en Alemania, de un delito de resultado recortado: no hace falta una apropiación sino solo el ánimo de apropiarse. Para un panorama de esta discusión Ibid., n.º m. 76 ss., con referencias adicionales. No se entrará en mayores detalles sobre la estructura de esta clase de elementos subjetivos, ni sobre su clasificación o legitimidad. Sobre el tema, véase SANCINETTI, M., *Teoría del Delito y Disvalor de Acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, pp. 318 ss.

derecho de propiedad ajeno. Para solucionar este problema, el legislador podría tipificar un tipo penal de hurto de uso,<sup>70</sup> como sucede en Alemania respecto del uso de automóviles,<sup>71</sup> con una escala penal menor a la del hurto estándar, a los fines de que se refleje cabalmente la diferencia esencial de incorrección de ambas conductas derivada del ánimo de apropiación.<sup>72</sup> De hecho, esta había sido la solución que el legislador argentino había tomado un año después del plenario “Schneider”, por medio del decreto ley 6582/1958 (ratificado posteriormente por la ley 14.467), que creaba el Registro de Propiedad automotor y que en su artículo 37 preveía el “hurto de uso de automotores”. Esta norma tuvo varias décadas de vigencia hasta su derogación por la ley 24.721, promulgada el 15 de noviembre de 1996, por lo que al menos parecería demostrar que tiene cierto sustento la idea de que los hurtos de uso tienen un grado de incorrección sustancialmente distinto al de un hurto con ánimo de apropiación.<sup>73</sup>

A partir de lo señalado, puede observarse que el ánimo de apropiación ofrece la característica distintiva para apreciar acabadamente la incorrección moral de la conducta realizada por quien comete un hurto. En los casos de hurto de uso, la ausencia de esta actitud por parte del autor impide la subsunción de la conducta en el art. 162, CP, por lo que esta clase de

70. Coincide con esta apreciación SANCINETTI, M., *Casos de Derecho Penal*, ob. cit., pp. 173-174.

71. Véase, por ejemplo: “§ 248b. Uso no autorizado de un vehículo. (1) Quien utilice un vehículo automotor o una bicicleta contra la voluntad del titular, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa, cuando el hecho estuviese conminado con una pena mayor en otras disposiciones. [...]” (la traducción es propia). Esta también ha sido la solución del Código Penal Modelo (Model Penal Code) de los Estados Unidos, a los fines de punir la conducta conocida como *joyriding*. Sobre el tema, véase GREEN, S., *Thirteen Ways to Steal a Bicycle...*, ob. cit., p. 84.

72. Probablemente la escala penal también deba ser menor a la del delito de daños, ya que si bien en los dos casos se produciría una privación en el derecho de administración del sujeto pasivo, en los daños la privación sería permanente, lo que no sucede necesariamente en el hurto de uso.

73. De todos modos, la tipificación del delito de hurto de uso de automotores era problemática, ya que establecía un mínimo de seis meses, superior al mínimo del delito de hurto del código penal. Esta violación al principio de proporcionalidad de las penas era tan evidente que incluso fue señalado casi de inmediato por un reconocido profesor de derecho civil argentino: ALLENDE, G., “Breve análisis del decreto-ley 6582/58: registro de propiedad del automotor”, en *Lecciones y Ensayos*, n.º 9, 1958, p. 81.

accionar debe considerarse, en principio, *atípico*.<sup>74</sup> Por supuesto que queda presente el problema de conceptualizar el ánimo de apropiación, ya que también pueden darse casos complejos. Supóngase que en el ejemplo inicial, el estudiante no tiene la voluntad de devolver el libro al día siguiente, sino cuatro años después, una vez finalizada una beca en el extranjero. ¿Podría seguir hablándose en este caso de un mero hurto de uso?

La solución a estos supuestos depende en gran medida de las particularidades del caso concreto,<sup>75</sup> pero como regla práctica provisional podría señalarse, a partir de los fundamentos aquí ofrecidos, que la actitud contraria al sistema de propiedad no se verifica cuando el agente tenía la intención de mantener su posesión dentro de los límites usuales de un préstamo,<sup>76</sup> ya que de ese modo se sigue reconociendo el derecho de propiedad del poseedor de la cosa. De este modo, el estudiante que planea devolver el libro recién cuatro años después, al exceder los parámetros usuales de un préstamo, está actuando con ánimo de apropiarse de la cosa. La aplicación de este criterio general deberá tener en consideración distintas circunstancias fácticas relevantes, tales como la intensidad del uso o la naturaleza misma de la cosa, ya que podrá haber objetos que ya de por sí no puedan dar lugar a un préstamo, como en el supuesto de los alimentos perecederos.<sup>77</sup> Además, esta cuestión se entremezcla con diversas discusiones de difícil solución que se han planteado en la dogmática penal alemana, tales como la cuál debe ser el objeto puntual de la apropiación (la materialidad de la cosa, su valor, una combinación de estos dos criterios u otro).<sup>78</sup> Estos problemas, de todos modos, solo pueden plantearse si se afirma que el delito de hurto requiere, necesariamente, de ánimo de apropiación, por lo que esta investigación podría ser el punto de partida para un desarrollo

74. Así también SANCINETTI, M., *Casos de Derecho Penal*, ob. cit., p. 173.

75. HILGENDORF, E. y VALERIUS, B., *Strafrecht. Besonderer Teil*, ob. cit., n.º m. 76.

76. Se toma este criterio de los lineamientos de la dogmática alemana para resolver casos de hurto en los cuales el uso planeado no supera los estándares de uso socialmente aceptados. Por todos, KINDHÄUSER, U. *Strafrecht. Besonderer Teil II...*, ob. cit., 106.

77. GREEN, S., *Thirteen Ways to Steal a Bicycle...*, ob. cit., p. 85.

78. Este último problema, por ejemplo, es considerado como un tema clásico de la parte especial del derecho penal en Alemania y se ve reflejado, por ejemplo, en los libros de preparación para exámenes. Ejemplar HILLENKAMP, T., *40 Probleme aus dem Strafrecht. Besonderer Teil*, 12.<sup>a</sup> ed., München, Vahlen, 2013, pp. 104 ss. Para un tratamiento pormenorizado, desde una perspectiva crítica, véase, KINDHÄUSER, U., “La apropiación en el hurto: objeto y límites”, ob. cit., pp. 59 ss.

pormenorizado de estas cuestiones, que la opinión dominante en Argentina ni siquiera se plantea.

## V. COROLARIO

A modo de cierre, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- Los argumentos principales del plenario “Schneider” para considerar que el ánimo de apropiación no forma parte de los elementos subjetivos del delito de hurto son, cuando menos, débiles. En ese sentido, y a diferencia de lo considerado por los jueces del plenario, resulta ingenuo considerar que del texto de la ley pueda afirmarse la inexistencia de dicho ánimo (argumento gramatical positivo) y directamente falso que del hecho de que el artículo 162, CP no establezca explícitamente al ánimo de apropiación tiene que derivarse su inexistencia (argumento gramatical negativo), en la medida de que su aceptación por vía interpretativa favorece al autor.
- Los argumentos secundarios tampoco permiten avalar las conclusiones que derivan los jueces a partir de los argumentos principales y, en contra de lo sostenido los magistrados, parecería existir una intuición contraria: el hurto sin ánimo de apropiación sería una conducta incorrecta, pero cualitativamente distinta (y menos grave) que un hurto realizado con ánimo de apropiación.
- Para explicar esa intuición y afirmar que el hurto requiere necesariamente de ánimo de apropiación se recurrió a un entendimiento de los delitos contra la propiedad como delitos contra la persona. En particular, el contenido de ilícito del hurto se centra en la vulneración del deber negativo de no inmiscuirse en la esfera de organización de una persona respecto de una cosa mueble, que es la contrapartida del derecho de propiedad de la víctima, derivado del sistema general de derechos de propiedad.
- Dentro de este marco, el elemento que permite distinguir al hurto de otras afectaciones al derecho de propiedad es el desapoderamiento con ánimo de apropiación de la cosa. Así, solo cuando el autor además de apoderarse de la cosa lo hace con ánimo de apropiación demuestra la actitud directamente contraria al siste-

ma de derechos de propiedad establecido socialmente en general, y de la víctima en particular, que es característica del hurto. De ese modo, cuando el agente actúa con la voluntad de devolver la cosa, se da lugar a una afectación al derecho de propiedad cualitativamente distinta al hurto de uso, que debe considerarse atípica en los términos del art. 162. CP y que, en todo caso, debería tipificarse de modo autónomo.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABOSO, Gustavo, *Código Penal de la República Argentina*, Buenos Aires/Montevideo, B de F, 2012.
- ALLENDE, Guillermo, “Breve análisis del decreto-ley 6582/58: registro de propiedad del automotor”, en *Lecciones y Ensayos*, n.º 9, 1958, pp. 77-82.
- ASHWORTH, Andrew y HORDER, Jeremy, *Principles of Criminal Law*, 7.ª ed., Oxford, University Press, 2013.
- AVACA, Diego, IRIARTE, Ignacio y MARUM, Elizabeth, “Art. 162”, en D’ALESSIO, Andrés (dir.), *Código Penal de la Nación*, 2.ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009.
- BECKER, Lawrence, “Property”, en BECKER, Lawrence y BECKER, Charlotte (eds.), *Encyclopedia of Ethics*, vol. 3, Nueva York, Routledge, 2001.
- BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar, *Código Penal y leyes complementarias*, Buenos Aires, Astrea, 2007.
- BYRD, Sharon y HRUSCHKA, Joachim, “The Natural Law Duty to Recognize Private Property Ownership: Kant’s Theory of Property in His Doctrine of Right”, *The University of Toronto Law Journal*, vol. 56, n.º 2, 2006, pp. 217-282.
- CAMADRO, Jorgelina, “El delito de hurto”, en NIÑO, Luis (dir.), *Delitos contra la propiedad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011, pp. 35-59.
- CARNELLI, Lorenzo, “El hurto de uso en la doctrina y la legislación”, *La Ley*, t. 7 (sección doctrina), 1937, pp. 86 ss.
- CLARKSON, Christopher, “Theft and Fair Labelling”, en *The Modern Law Review*, vol. 56, 1993, pp. 554-558.
- CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge, *Derecho penal. Parte especial*, 7.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2007.
- DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, t. II-B.

- ESTRELLA, Alberto y GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- FEINBERG, Joel, “The Expressive Function of Punishment”, en *Doing and Deserving*, Princeton, University Press, 1970, pp. 95-118.
- FERRANTE, Marcelo, “Con el fin...”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, núm. 9, 2008, pp. 27-44.
- , “Concepciones populares y reforma del derecho penal”, en *Filosofía y Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pp. 35-59.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1996, t. V, pp. 413-415.
- FRÍAS CABALLERO, Jorge, *La acción material constitutiva del delito de hurto*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962.
- FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, 4.<sup>a</sup> ed., trad. de Marcelo SANCINETTI, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.
- GARGARELLA, Roberto, “Cuatro temas y cuatro problemas en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n.º 2, 2010, pp. 199-207.
- GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Argentina de Editores, 1939, t. IV, p. 77.
- GRECO, LUÍS, “Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal”, *InDret*, 4/2010, consultado en [[http://www.indret.com/pdf/768\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/768_es.pdf)] el 20/03/2016.
- GREEN, Stuart, *Thirteen Ways to Steal a Bicycle. Theft Law in the Information Age*, Boston, Harvard University Press, 2012.
- , *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco* (trad. de SANLLEHÍ, AMORÓS BAS y ORTIZ DE URBINA GIMENO), Madrid (entre otras), Marcial Pons, 2013.
- HILLENKAMP, Thomas, *40 Probleme aus dem Strafrecht. Besonderer Teil*, 12.<sup>a</sup> ed., München, Vahlen, 2013.
- HILGENDORF, Eric y VALERIUS, Brian, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., München, C.H. Beck, 2015.
- , *Strafrecht. Besonderer Teil II*, München, C.H. Beck, 2017.
- HRUSCHKA, Joachim, “La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIL, 1999, pp. 231-244.
- JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998,

- , *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, Thompson/Civitas, 2003.
- , “La privación de un derecho como delito patrimonial. A la vez, una contribución a la generalización de la Parte Especial”, *InDret*, 4/2008, consultado en [<http://www.indret.com/pdf/580.pdf>] el 20/03/2016.
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Besonderer Teil II. Straftaten gegen Vermögensrechte*, 8.<sup>a</sup> ed. Baden-Baden, Nomos, 2014,
- , “§ 242”, en KINDHÄUSER, URS, NEUMANN, Ulfrid y PAEFFGEN, Hans-Ullrich, *Strafgesetzbuch*, 4.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos, 2013, t. 3.
- , “Fundamentos y sistemática de los delitos contra los derechos patrimoniales”, en *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*, Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales/Editora Jurídica Grijley, 2002 (original de 1999), pp. 21-42.
- , “La apropiación en el hurto: objeto y límites”, en *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*, Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales/Editora Jurídica Grijley, 2002 (original de 1995), pp.43-79.
- KUBICIEL, Michael, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann.
- LAJE ROS, Cristóbal, *La interpretación penal en el hurto, el robo y la extorsión*, Córdoba, Lerner, 2013.
- MARUM, Elizabeth, “Art. 162”, en BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 21-76.
- MORENO, Rodolfo, *El código penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, H.A. Tommasi, t. 5, 1922.
- NAGEL, Thomas, *The View from Nowhere*, Nueva York, Oxford University Press, 1986.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1976, t. V.
- ODERIGO, Mario, *Código Penal Anotado*, 3.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, De Palma, 1957.
- PAWLIK, Michael, “Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos”, en *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía Jurídica y Derecho penal*, Buenos Aires/Madrid, Marcial Pons, 2010 (original de 2003), pp. 207-230.
- , *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1999.
- , *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

- , “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, *InDret*, 2/2016, p. 10, consultado en [<http://www.indret.com/pdf/1222.pdf>] el 20/11/2016.
- , “Delito y pena en el Derecho penal del ciudadano”, en *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, Atelier, 2016, pp. 38 ss.
- PESSAGNO, Hernán, *El hurto de uso y la legislación argentina*, LL, t. 36, 1944, pp. 822-829.
- RAMOS MEJÍA, Enrique, *El hurto de uso*, Jurisprudencia Argentina, 1945-II, pp. 143-146.
- RIGHI, Esteban, *Delito de Estafa*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.
- ROMERO, Gladys, *Los Elementos del Tipo de Estafa*, Buenos Aires, Lerner, 1985.
- RUSCA, Bruno, “¿Por qué está mal aceptar y ofrecer sobornos? Una discusión de la tesis de la mercantilización del gobierno”, en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 2, pp. 86-104.
- SANCINETTI, Marcelo, “La apropiación de cosa perdida como hurto atenuado”, en *Sistema de la Teoría del Error en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, p. 205).
- , *Teoría del Delito y Disvalor de Acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.
- , *Casos de Derecho penal*, 3.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard y ALWART, Heiner, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1982.
- SCHMITZ, Roland, “§ 242”, en JOECKS, Wolfgang y MIEBACH, Klaus, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3.ª ed., München, C.H. Beck, 2012, t. 4.
- SCHWARTZ, Louis y KAHAN, Dan, “Theft”, en DRESSLER, Joshua (ed.) *Encyclopedia of Crime and Justice*, vol. 4, Nueva York, Macmillan, 2.ª ed., 2002.
- SHUTE, Stephen y HORDER, Jeremy, “Thieving and Deceiving: What is the Difference?”, en *The Modern Law Review*, vol. 56, 1993, pp. 548-554.
- SIMESTER, Andrew y SULLIVAN, Robert, “On the Nature and Rationale of Property Offences”, en DUFF, Antony y GREEN, Stuart (eds.), *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford, University Press, 2005, pp. 169-195.
- SINGER, Joseph, *Introduction to Property*, 2.ª ed., Boston, Aspen, 2005.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 4.ª ed., Buenos Aires, TEA, 1987, t. IV.

- TADROS, Victor, “Fair Labelling and Social Solidarity” en ZEDNER, Lucia y ROBERTS, John (eds.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice*, Oxford, University Press, 2012, pp. 67-80.
- TOZZINI, Carlos, *Los Delitos de Hurto y Robo en la Legislación, la Doctrina y la Jurisprudencia*, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002.
- V. FEUERBACH, Anselm, *Tratado de derecho penal* (trad. ZAFFARONI y HAGEMIER), 14.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2007 [original de 1801].
- WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner y SATZGER, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 43.<sup>a</sup> ed., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, C.F. Müller, 2013.
- WILLIAMS, Glanville, “Convictions and Fair Labelling”, en *The Cambridge Law Journal*, vol. 45, n.º 1, 1983, pp. 85-95.
- ZAFFARONI, Eugenio R., SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.
- ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2.º ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.

*Lecciones y Ensayos*, Nro. 98, 2017

Fusco, Leandro Ezequiel, "La admisibilidad del recurso de casación...", pp. 163-192

## LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN EN LA ACTUALIDAD. PERSPECTIVAS A LA LUZ DE LA SANCIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN\*

LEANDRO EZEQUIEL FUSCO\*\*

**Resumen:** El recurso de casación ha sufrido modificaciones sustanciales en su estructura a partir de decisiones tomadas, especialmente, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello ha conllevado la necesidad de reestructurar criterios en la Cámara de Casación, al respecto. Con el presente trabajo, se buscará esquematizar y ordenar la jurisprudencia de la Cámara, extrayendo de esa compulsa, principios generales susceptibles de ser utilizados en el marco de la praxis penal. Asimismo, se analizará la configuración del recurso en el nuevo código procesal de la nación.

**Palabras clave:** código procesal penal – reforma – garantías – recurso de casación – admisibilidad

**Abstract:** The cassation appeal has suffered substantial modifications in its structure on the basis of decisions taken, specially by the National Supreme Court of Justice. That has entailed the need to restructure the criteria inside the Court of Cassation regarding the previously mentioned subject. This lecture aims to sketch and organize the Court's jurisprudence, drawing general principles that can be utilized in the framework of criminal law praxis. Additionally, the nature of this appeal in the new national procedural code will be analyzed.

\* Recepción del original: 2/5/2017. Aceptación: 13/7/2017.

\*\* Abogado-diploma de honor- y Traductor Público en idioma italiano (UBA), Master en Derecho Penal (Universidad de Palermo), Especialista en Ministerio Público Fiscal (UBA), Profesor Titular de la Materia Lengua y Derecho I en idioma italiano en la carrera de Traductorado Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Prosecretario de Cámara de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal.

**Keywords:** criminal procedural code – reform – guarantees – cassation appeal – admissibility

## I. INTRODUCCIÓN

Para iniciar el camino del presente trabajo, quisiera señalar que la fase de admisibilidad a la que se somete todo recurso es, a veces, más importante que el mismo fondo de la cuestión. Simplemente pensemos en que una solución, muchas veces injusta, podría hasta no ser tratada por el tribunal por el solo hecho de no ser susceptible de recurso.

En el ámbito de la justicia penal, los tribunales de mayor jerarquía son las Cámaras de Casación. La primera de ellas, históricamente denominada “Cámara Nacional de Casación Penal” (CNCP) mutó en 2008 su denominación, a “Cámara Federal de Casación Penal” (CFCP), para dar lugar a la división de las cuestiones que se sometían a su tratamiento con la nueva Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (CNCCC).

Sus decisiones son de suma importancia y trascienden sin duda las partes involucradas, sentando antecedentes para el resto de los tribunales inferiores.

Se habló muchas veces de la “transformación” que sufrió el recurso de casación a lo largo de su existencia, pero considero que aquello que se “transformó” (en realidad se amplió) no es el recurso en sí, sino la cuestión de admisibilidad. Es decir, las posibilidades de los actores procesales de acceder a la instancia.

De tal suerte, adquiere importancia para el estudio del derecho procesal penal, esquematizar esta construcción elaborada por la Cámara Federal de Casación Penal, de modo de darle la posibilidad de extraer principios claros respecto de cuando el tribunal se aboca o no al tratamiento de la cuestión de fondo.

Es decir, qué cuestiones pasan esa fase de admisibilidad en la actualidad y cuáles no. Nótese que luego de los fallos “Casal” y “Di Nunzio”<sup>1</sup> la Cámara ya no es un mero analista de cuestiones de derecho, sino que ya posee la obligación de “[...] agotar el esfuerzo por revisar todo lo que

1. Fallos: 328:3399 y 328:1108, respectivamente.

pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable"<sup>2</sup> y, por tanto, su jurisprudencia ya afecta de manera contundente a todo el ámbito de la justicia penal.

De tal suerte, la ausencia de esta ordenación de fallos dictados por la Cámara y fundamentalmente la dificultad evidenciada en las convocatorias a fallos plenarios (se dictaron solo 14 desde su creación),<sup>3</sup> muestran la faltante de administración de justicia sobre la base de criterios uniformes.

Así, mediante el cotejo de resoluciones que pondrán en contraste los diversos puntos de vista, podrán los operadores jurídicos conocer fehacientemente las posiciones de las distintas salas a fin de armonizar los criterios y resolver las cuestiones con la mayor eficacia posible.

Esto obviamente, redundará en un beneficio concreto para los justiciables, quienes son, en definitiva, los destinatarios de todas las decisiones de los jueces.

El valor teórico del trabajo entonces se encuentra dirigido a llenar esta suerte de hueco de conocimiento que he detectado en el derecho procesal y que tiene que ver, sin dudas, con los cambios jurisprudenciales posteriores a las normas procedimentales.

## II. LOS CRITERIOS DE LA CNCP HASTA LOS FALLOS "CASAL" Y "DI NUNZIO"

La CNCP interpretó con extrema rigurosidad la cuestión de la admisibilidad, por cuanto tal como expuse *ut supra*, a criterio de los magistrados, se trataba de un verdadero recurso extraordinario.

Al respecto, es muy esclarecedor el siguiente fallo encontrado durante la investigación. Se trata de un antecedente de la Sala I de la CNCP en el que se sostuvo que "si bien se dan en el caso las exigencias y condiciones de los arts. 457 y 459, incs. 2º y 5º del C.P.P., ello no resulta suficiente para determinar la apertura de este remedio extraordinario. Ello así, habida cuenta que tal cual lo tiene resuelto esta Sala, para la procedencia del recurso de casación no es suficiente con que se haya dictado alguna de las "re-

2. Fallo: 328:3399, considerando n° 23.

3. El último de ellos fue el plenario "Blanc" del 11 de junio de 2009 en el que se resolvió sobre la necesidad de contar con auto de procesamiento aun en la hipótesis del artículo 215 del C.P.P.N.

soluciones recurribles" de que habla el art. 457 del ordenamiento adjetivo, sino que, además, debe existir previa o concomitantemente con ella alguno de los motivos que taxativamente enumera el art. 456 en sus dos incisos. Esto es, que la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva (inc. 1º) o la inobservancia de las normas procesales establecidas en el código bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad (inc. 2º) se evidencien, se trasunte, se plasmen en alguna de las resoluciones mencionadas en el referido art. 457. De nada vale advertir la existencia de alguno de los motivos expuestos en el art. 456, si no concurre al caso una resolución de las referidas en el art. 457; por el contrario, la sola existencia de una resolución de este tipo (la sentencia condenatoria de fs. 544 por caso) no es suficiente si ella no supone reflejo de alguna de las motivaciones contenidas en el art. 456".<sup>4</sup>

Del párrafo citado se desprende con meridiana claridad que, primigeniamente, la Cámara Nacional de Casación Penal exigía la concurrencia de los extremos exigidos por los artículos 456 y 457 del C.P.P.N., no bastando su alegación por separado o de manera alternativa.

Pero ello no era todo. También se acumulaba a estos requisitos, la limitación contenida en el artículo 459 del C.P.P.N. tal como surge de compulsar los registros de la Sala II de la CNCP.<sup>5</sup> Esto, ha cambiado sustancialmente.

En orden a la fundamentación del recurso también se advertía rigidez en su tratamiento. Por caso, se ha dicho que "el recurso de casación, care-

4. Cámara Nacional de Casación Penal, "Saladino, Miguel Ángel s/ recurso de queja", 30/07/1993.

5. Cámara Nacional de Casación Penal, "Tomas, Crescencio José s/ recurso de queja", 17/08/1993. Allí se dijo "[...] El Código ritual limita cuantitativamente el agravio para la procedencia del recurso de casación. Dicha restricción alcanza tanto a las sentencias en las que se alega la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 456, inc. 1º del C.P.P.) como a aquellas en las que se advierte inobservancia de las normas que el Código sanciona con pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad (art. 456, inc. 2º del C.P.P.) pues la ley no distingue al respecto. Podrá recurrirse en casación cualquiera de las resoluciones a las que alude el art. 457 del ordenamiento adjetivo –sentencia definitiva o auto equiparable a tal– mientras exista previa o concomitantemente con ella algunos de los motivos que taxativamente enumera el art. 456 en sus dos incisos. Pero tales resoluciones serán recurribles solo si se encuentran dentro de los límites cuantitativos establecidos en los arts. siguientes. El art. 459, inc. 2º autoriza a la defensa a recurrir en casación, únicamente las sentencias condenatorias de más de tres años de prisión, mientras que la resolución impugnada, imputo al imputado, la pena de un año de prisión en suspenso".

ce de fundamentación autónoma en los términos del art. 463 del C.P.P.N. porque no se ha efectuado ni una mínima descripción del hecho atribuido al condenado, ni de los términos del fallo que resuelve el caso, que permita su comprensión con miras a la habilitación de la vía recursiva intentada, ni se ha precisado en el respectivo escrito cuál de los motivos del art. 456 del C.P.P.N. haría procedente la casación del pronunciamiento atacado ni cuál sería la incorrección desde el punto de vista jurídico y no meramente desde el ángulo de las cuestiones de hecho y prueba, en la aplicación del art. 84 del C.P. cuál habría de ser la aplicación pretendida de dicha norma sustantiva, omisión esta última que resulta lógica consecuencia de la señalada en forma inmediatamente anterior”.<sup>6</sup>

En ese sentido, se exigía formalmente se explicara qué aplicación se pretendía de la norma. De tal suerte, se declaró improcedente una queja ya que si bien “según estiman [los recurrentes], no se ha observado la ley sustantiva contenida en los arts. 18 de la C.N. y 1 y 280 del C.P.P.N”, se omitió “invocar concretamente cuál es la aplicación que pretenden de estas normas de carácter general”.<sup>7</sup>

Sobre la base de estos razonamientos, quedaban absolutamente fuera de tratamiento las cuestiones de hecho y prueba que se suscitaban en el expediente, lo cual puede verse reafirmado de los antecedentes de la Sala IV del tribunal.<sup>8</sup>

Es decir, la valoración de la prueba quedaba totalmente fuera del específico tratamiento del recurso de casación<sup>9</sup> y de tal modo, se cumplía la

6. *Cfr.* Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, “Narvaez Nuñez, Manuel s/ recurso de casación”, 21/10/1993.

7. *Cfr.* Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III “Suarez, Rubén d. s/ recurso de queja”, 03/08/1993.

8. Cámara Nacional de Casación Penal, “Wayar, Hugo Fredy y otro por inf. art. 5 inc. c, de la ley 23.737”, 28/10/1993. “El reclamo de la defensa por presunta mala aplicación de la ley sustantiva procura, en esencia, la revalorización de los elementos de convicción reunidos en la causa, reexamen “ex novo” que resulta ajeno a la competencia específica de esta Cámara. El quejoso, pese a invocar una errónea aplicación de la ley sustantiva –art. 456, inc. 1º) del Código adjetivo– centra la discusión en cuestiones de hecho y de prueba referidas a la estructuración subjetiva del tipo penal escogido, elemento fáctico acerca del cual es incensurable el fallo impugnado, en la medida en que no se advierten en él razonamientos que repugnan la lógica a la luz de la experiencia, al meritar el valor convencional de la prueba directa e indiciaria que lo sustenta”.

9. Ver en igual sentido de Sala II “Adrianati, Carlos s / recurso de queja”. Resolución del: 11/06/1993, en la que se sostuvo “Asiste razón al Tribunal “a quo” cuando afirma que la dis-

palabra de la doctrina en orden a que la casación constituía una instancia excepcional de revisión.<sup>10</sup>

Pues bien, el rumbo que se viene exhibiendo ha sido modificado de tal manera que ha ameritado mi atención y esquematización en el presente trabajo. A continuación, iré exhibiendo los criterios actuales, en los cuales se advierte la influencia de estos fallos.

### III. LA ADMISIBILIDAD COMO FASE PREVIA AL TRATAMIENTO DEL FONDO

Al enfrentarnos a una pretensión jurídica, debemos siempre analizar si esta es admisible, y luego sí, conocer si la pretensión se halla fundada. Según la doctrina procesalista, el examen de los requisitos de admisibilidad es previo al de la fundabilidad, pues la inexistencia de los primeros excluye la necesidad de una sentencia sobre el mérito de la pretensión.

Explica Lino Palacio que toda pretensión jurídica, “[...] es admisible cuando posibilita la averiguación de su contenido y, por lo tanto, la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sometido a la decisión del tribunal [...]”.<sup>11</sup>

Respecto del caso concreto de los recursos, enseña que “los requisitos de admisibilidad de los recursos atienden –como ocurre con todo acto procesal– a los sujetos que intervienen en su interposición, sustanciación y resolución, el objeto sobre el que versan y a la actividad que involucra, debiendo esta última analizarse en sus dimensiones de lugar, tiempo y forma”.<sup>12</sup>

En cuanto al *lugar*, la pretensión debe coincidir con la sede correspon-

---

ción acerca de la preexistencia del dinero, como elemento para tener en cuenta a la hora de considerar el delito consumado, es una cuestión de hecho y prueba ajena al conocimiento de esta Cámara Nacional de Casación Penal, a la que solamente corresponde el contralor de la aplicación de la ley sustantiva por los tribunales de mérito, limitándose por ende su misión, a la revisión del juicio de derecho contenido en la sentencia, habida cuenta que todo lo que se refiere a la determinación del hecho queda fuera de su ámbito”.

10. ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2000, página 466.

11. PALACIO, L., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, página 99.

12. PALACIO, L., *Los recursos en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, página 15.

diente al tribunal competente para conocer de ella. El *tiempo* en que la pretensión debe ser deducida tiene limitaciones genéricas y específicas. Las primeras están contenidas en las normas procesales que determinan cuáles son los días y horas hábiles para cumplir actos procesales válidos (conforme el art. 116 CPPN) y las segundas se hallan establecidas en aquellas normas que excluyen la admisibilidad de ciertas pretensiones cuando éstas son planteadas antes o después de transcurrido determinado plazo (en el particular, art. 463 *in fine* del CPPN).

Hacen a la *forma* de la pretensión, el modo en que ella debe expresarse, por ejemplo, el idioma (art. 114 CPPN) o la necesidad de firma del letrado (art. 463 CPPN).

Los restantes requisitos, se denominan intrínsecos y se vinculan con los *sujetos* (legitimación) y con el *objeto* de la pretensión procesal, es decir, la parte debe estar habilitada para interponer el recurso y el interés debe ser actual, ya que no corresponde expedirse sobre cuestiones meramente conjeturales.<sup>13</sup>

La importancia de este instituto, nos ilumina el procesalista, es palmaria, por cuanto se realiza con carácter previo al análisis del fondo de la cuestión, el cual debe dirigirse al plano objetivo y subjetivo.

Superado este test, corresponde verificar la motivación de la pieza recursiva para lo cual debe apelarse a las disposiciones del artículo 463 del C.P.N. que exige "[...] se cit[en] concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expres[e] cuál es la aplicación que se pretende. Deberá indicarse separadamente cada motivo".

Es decir, la invocación exhaustiva de las normas que se dejaron de lado o no fueron correctamente comprendidas por el tribunal en su aplicación al caso.<sup>14</sup> Asimismo, los motivos de casación deben enunciarse con pulcritud, escindiendo cada uno de ellos.<sup>15</sup>

La sanción para el incumplimiento de estos requisitos es la no concesión por parte del tribunal de grado o bien, su declaración de inadmisibili-

13. Así lo ha entendido en reiteradas oportunidades la CSJN "[...] para la procedencia del remedio federal es requisito ineludible la existencia de un agravio concreto y actual y no la amenaza de un futuro y conjetural perjuicio" (Fallos: 300:113 y 1113; 302:1383; 303:447 y 1307; 305:1391 y 312:290, entre otros).

14. ST Córdoba, Sala Penal, L.L.C., 1988, p. 560 y 1989, p. 593; TS Neuquén, sentencia del 25/IX/1991, "Herrera, César".

15. ST Córdoba, Sala Penal, L.L.C., 1989, p. 681.

dad por parte del aquel que debe tratar la cuestión. El CPPN otorga al *a quo* tres días (desde el siguiente día hábil al de la presentación del escrito) para proveer lo que corresponda (art. 464), luego de lo cual, eleva las actuaciones a la CFCP o CNCCC, según corresponda.

Es este aspecto de la admisibilidad el que trataré con mayor profundidad a continuación, es decir, la alegación concreta del agravio de naturaleza federal que excita la intervención de la instancia.

#### IV. ANÁLISIS DE LOS FALLOS ACTUALES DE LA CFCP

##### IV.A. Cuestiones de libertad

La CSJN trazó en el fallo "Di Nunzio" una línea estricta en orden a las cuestiones de libertad por lo cual no se advierte la limitación recursiva del artículo 457 del C.P.P.N.

Por lo demás, corresponde sí a la parte, fundar su petición en alguna de las causales del artículo 456 del C.P.P.N. y sabiendo que la doctrina del fallo "Di Nunzio"<sup>16</sup> es una línea que, sin dudas, habrá de habilitar el tratamiento de la cuestión de fondo sin inconvenientes, corresponde explicar debidamente la cuestión federal alegada.<sup>17</sup>

La Sala II de la CFCP es un tanto más laxa en orden a estas cuestiones, en la que comparte la postura del Dr. Hornos.<sup>18</sup>

De este modo, puede advertirse que si bien las cuestiones de libertad no encuentran limitación en el artículo 457 del C.P.P.N., lo cierto es que la mayoría de las salas han optado por exigir la demostración de alguna de las causales del artículo 456 para habilitar el tratamiento de la cuestión.

16. Fallos 328:1108.

17. Ver en ese sentido el fallo de la Sala I de la CFCP "Ramírez, Félix s/ recurso de queja" resuelta el 31/03/2014 reg. 23323 y Sala III en causa 1/13, caratulada "Santos Fontanet, Patricio Rogelio y otros s/recurso de casación", resolución del: 24/04/2013, Registro n° 565.13.3; idéntico criterio sigue la Sala IV, como puede apreciarse en el fallo de la causa 234/13 "Crosta Rolón", rta. el 16/04/2013, reg. 499.13. Cabe destacar aquí que la Sala IV cuenta en este aspecto con la disidencia de Gustavo Hornos, quien considera que "*en tanto la resolución recurrida resulta restrictiva de la libertad y susceptible de ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior, debía continuarse con el trámite de las actuaciones*".

18. CFCP, "Torres, Daniel Arsenio s/recurso de casación", 21/02/2013.

## IV.B. Procesamientos

El caso de los procesamientos es un tanto más complejo. En efecto, por antonomasia no se trata de una sentencia definitiva o equiparable a tal, ni de un auto que pone fin a la acción, a la pena o hace imposible que continúen las actuaciones, ni tampoco deniega la extinción, conmutación o suspensión de la pena, por lo que no superaría, *prima facie* el límite objetivo que el código impone.<sup>19</sup>

No obstante ello y nuevamente sobre la base de lo resuelto en “Di Nunzio”, la demostración de un agravio actual de imposible o tardía reparación ulterior, o la implicancia de una cuestión de índole federal, ha permitido la intervención de la Casación.

Aquí es donde la jurisprudencia de la Cámara adquiere especial trascendencia. Veamos en los casos de procesamientos cuando se consideró o no, la procedencia del recurso sobre la base de estos argumentos.

### IV.B.1. Lesa humanidad

Se admitió el tratamiento y se anuló un procesamiento sin prisión preventiva de un imputado en causa de delitos de lesa humanidad, por cuanto “la gravedad de los delitos imputados, su modo de comisión y su calificación de delitos de lesa humanidad, otorgan protagonismo a las pautas trazadas por la Corte Suprema y que el a quo no ha tenido en cuenta”.<sup>20</sup>

### IV.B.2. Violación del doble conforme

La Sala II considera —en forma minoritaria en la Cámara— que “el ejercicio efectivo de la posibilidad de recurrir lo decidido haciendo uso de los mecanismos que la propia ley ritual regula, ha sido cercenado por la Cámara de Apelaciones que, en lugar de limitarse a dejar sin

19. Ver en ese sentido CFCP, Sala I Causa 16.530 “Onyeodi Odibjulu, Evan s/recurso de casación”, rta. el 20/12/2012 reg. 20510; Sala II causa nro. 14754 “Guil, Joaquín s/rec. de queja” reg. 1199/13, rta. el 22/08/2013; Sala III causa nro. CFP 6219/2001/25/CFC1 “Menem, Carlos Saúl s/ recurso de casación”, rta. el 19/09/2014, reg. 1641/14 Sala IV causa CFP 1302/2012/27/CFC2 “Boudou, Amado s/ recurso de casación”, rta. el 25/06/15, reg. 1233/15”

20. *Cfr.* CFCP, Sala IV, causa FCR 82000064/1984/1/CFC1, reg. 1929/14 rta. el 24/09/14.

efecto el sobreseimiento, procesó al imputado directamente en esa sede jurisdiccional”.<sup>21</sup>

Es decir, a criterio de esta Sala, la Cámara de Apelaciones no puede procesar al imputado que llegó a la instancia sobreseído, lo cual constituye una violación a una garantía constitucional susceptible de habilitar cuestión federal suficiente para su tratamiento. Este criterio, insisto es minoritario, por cuanto para la mayoría resulta inadmisibile por imperio del artículo 457 del C.P.P.N.

#### *IV.B.3. Procesamiento con prisión preventiva*

El procesamiento con prisión preventiva no escapa de la lógica del artículo 457 del C.P.P.N. Explica la Sala III que es inadmisibile el recurso de casación interpuesto contra esa resolución, puesto que, en relación a los cuestionamientos de la prisión preventiva, el hecho de contar con un remedio que permite estudiar el instituto de la exención de prisión o, en su caso, de la excarcelación hace perder a la prisión preventiva su calidad de resolución equiparable a una sentencia definitiva.<sup>22</sup>

Esta regla, sin embargo, es exceptuada en el caso en que se compruebe que se vulneró una garantía constitucional, lo que ocurre cuando el tribunal no hace “siquiera referencia a las razones por las que entendió que debía decretarse la prisión preventiva” y “no analizó los elementos objetivos para avalar su postura y ninguna mención realizó sobre las circunstancias particulares del encartado o respecto del peligro de fuga que podría presentar”.<sup>23</sup>

Así pues, más allá de la imposibilidad objetiva de impugnación, ante el hecho de la existencia de una cuestión de libertad y agravio de naturaleza federal suficiente, la CFCP ha habilitado el tratamiento de la cuestión.

21. CFCP, causa nro. 16.202 Transancos, Lucas A. s/rec. de casación, rta. el 3/10/2014 reg. 2021.14

22. CFCP, Causa nro. FLP 32037862/2013/2/CA2/CFC2, “Fariña, Leonardo s/ rec. de casación” rta. el 22/10/2014, reg. 2214/14.

23. Ver voto del Dr. Gemignani en el fallo de CFCP, Sala IV, causa 16.790 “Vallejos, José s/ recurso de casación” reg. 756/13, rta. el 20/05/2013.

#### *IV.B.4. Reformatio in peius*

También se admitió y trató un procesamiento con prisión preventiva ya que la casación advirtió que se realizó un cambio de calificación en perjuicio del imputado. Concretamente, al introducir otras dos agravantes más a la calificación impuesta por el juez de primera instancia.

Así, la sentencia fue anulada puesto que el único recurrente era el imputado y la cámara había modificado el encuadre legal en su perjuicio, configurándose un exceso de jurisdicción en los términos del art. 445 CPPN, ya que había colocado al imputado en una situación más gravosa que la que resulta del pronunciamiento recurrido.<sup>24</sup>

#### *IV.B.5. Trata de personas*

Se declaró admisible el tratamiento del recurso del Fiscal General contra la resolución por la cual se revocó el procesamiento de los imputados por considerarlos coautores prima facie responsables de los delitos previstos en los arts. 145 bis, incs. 2º y 3º, 127, 45 y 54 CP, arts. 117, 119 y 120 ley 25.871 y art. 17 ley 12.331, y se declaró la falta de mérito.

A tales fines, la naturaleza federal del agravio planteado y su imposible reparación ulterior permite equiparar la resolución a un pronunciamiento definitivo y habilitar la instancia de casación.<sup>25</sup>

Pues bien, en materia de procesamientos como puede verse, la jurisprudencia es oscilante, puesto que depende de la cuestión específica que se lleve a conocimiento del tribunal. Concretamente, la superación de la barrera del artículo 457 del C.P.P.N., exige de parte del recurrente un gran esfuerzo argumental para poder acreditar que se ha producido en el resolutorio cuestionado un verdadero agravio de naturaleza federal de imposible reparación ulterior.

### **IV.C. Sentencias definitivas condenatorias**

No se han detectado recientemente limitaciones al recurso contra sentencia condenatoria. Más todavía, los lineamientos de Casal y Di Nunzio

24. *Cfr.* CFCP, Sala IV causa FMP 11018437/2013/2/CFC1 "Acosta, Marcelo s/ rec. de casación" rta. el 21/10/2014, reg. 2101/2014.

25. CFCP, Causa nro. 16.620, "Castrege, María del Carmen y otro s/rec. de queja" reg. 2446/12, rta. el 17/12/2012.

han dejado sin margen de maniobra al tribunal, por cuanto la mera invocación de las causales del artículo 456 del C.P.P.N. por parte de la defensa, permite el acceso a la instancia aún sin cumplir los extremos del 463 del mismo Código.

En efecto, en el fallo “Keiler”,<sup>26</sup> el máximo tribunal devolvió el expediente a fin de que la casación resolviera sobre el fondo de la cuestión aun habiendo quedado desierto el recurso interpuesto por la defensa; de modo que, a criterio de la Corte, la revisión de la condena por parte de la casación es casi automática para el imputado.

Distinto es el caso del Fiscal, quien amén de la exigencia de fundar su recurso, aún cuenta con la limitación de artículo 458 del C.P.P.N. declarada constitucional en el fallo “Arce” de la CSJN. Por caso, en el Plenario nro. 8, se sostuvo que “para la procedencia del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal contra una sentencia condenatoria, el artículo 458, inc. 2º), del Código Procesal Penal de la Nación exige que la pena privativa de libertad impuesta sea inferior a la mitad de la pedida, sin distinción alguna entre la de prisión y la de reclusión”.<sup>27</sup>

Sin embargo, se han rechazado los agravios vertidos por el Ministerio Público de la Defensa en orden a la imposibilidad del Fiscal de recurrir una absolución. Así lo entendió la Sala III recientemente, dejando incólume la previsión del artículo 458 del C.P.P.N.<sup>28</sup> Idéntico criterio adoptó la Sala I, rechazando el argumento de que ello constituía una violación al *ne bis in idem*.<sup>29</sup>

En definitiva “[...] el representante de la vindicta pública se encuentra legitimado a deducir recursos contra decisiones jurisdiccionales respecto de las que se cuestionen aspectos vinculados a las características del hecho investigado y a la prueba reunida —en consecuencia— en un expediente o

26. Fallos 333:796.

27. CFCP, “Casas Neuquén, Ceferino Felipe s/recurso de casación”, 22/08/2000.

28. Ver CFCP Sala III, “López Delgado”, reg. 34/2013, rta. el 07/02/2014, en donde se sostuvo que “[...] la absolución es susceptible de ser recurrida por el MPF de conformidad con lo dispuesto por el art. 458 inc. 1º CPPN, por lo que la objeción de la asistencia técnica estatal no merece favorable atención, menos aún cuando no cuestionó la defensa la constitucionalidad de esa norma procesal y mucho menos aún cuando el representante del Ministerio público Fiscal tiene el imperativo de cumplir el mandato constitucional previsto en el 178 art. 120 CN. El art. 458 inc. 1º CPPN resulta inaplicable para denegar, de por sí, la habilitación de la instancia cuando se verifique una cuestión federal”.

29. CFCP Sala I Causa nro. 13.960 “Casagrande, Mariano Gastón s/rec. de casación” Rta. el: 30/05/2014, reg. n° 23653.1.

bien la constitucionalidad de una norma, ello de conformidad a las previsiones de los arts. 456, 457, 458 y 474 CPPN".<sup>30</sup> Este argumento es compartido por todas las salas.

Como conclusión puede señalarse que el imputado prácticamente no posee obstáculo alguno para acceder a la revisión de su condena, no así el Fiscal, quien se encuentra limitado por las disposiciones del artículo 458 del C.P.P.N. Vale destacar que, dentro de los supuestos de la norma, ninguna sala ha denegado al Ministerio Público Fiscal el acceso a la instancia, aun frente a la insistencia de las defensas oficiales de evitar que ello ocurra.

#### **IV.D. La limitación prevista en el artículo 463 del C.P.P.N.**

El artículo 463 es claro en orden a que no pueden introducirse nuevos agravios con posterioridad al recurso, quedando los motivos de casación limitados al momento de su interposición.

Así por ejemplo lo entiende D'Albora, quien explica "[...] ni en la oportunidad [prevista por el art. 466 del C.P.P.N.] ni durante la audiencia establecida por el art. 468 las partes se encuentran facultadas para introducir nuevos motivos de casación; éstos quedan fijados a través del escrito de interposición y solo pueden ser ampliados o desarrollados luego [...]. Salvo que se trate de nulidades insubsanables, pues pueden ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso".<sup>31</sup>

Es este uno de los temas en los que la jurisprudencia no ha logrado unanimidad. Por caso, los jueces Riggi y Catucci de la Sala III expresaron sin cortapisas "El art. 463 CPPN es claro y preciso en cuanto a la ocasión en que deben invocarse los motivos por los cuales se recurre en casación y que no es otra que el momento de interposición del recurso".<sup>32</sup>

Por su parte, la Sala I sigue un criterio intermedio. En ese sentido, explicaron que "resulta improcedente el tratamiento de las nuevas cuestiones introducidas durante el plazo previsto en el art. 466 CPPN, salvo que los planteos configuren motivos excepcionales que autoricen a apartarse de

30. CFCP Sala I Causa n° CFP 2537/2013/1/CFC1. "Rizzo, Juan Carlos s/rec. de casación" rta. el 05/11/2014.

31. D'ALBORA, F., *Código Procesal Penal, Anotado, comentado y concordado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

32. CFCP, Sala III, Causa nro. 1043/2013 "Mallmann, Carlos Alberto s/recurso de casación" reg. 771/14, rta. el 20/05/2014.

lo expresamente dispuesto en el art. 463 CPPN, tales como en el caso, lo atinente a la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua”.<sup>33</sup>

En la Sala IV, sin embargo, no se logra unanimidad, puesto que mientras el juez Gemignani sigue con el criterio intermedio, los jueces Hornos y Borinsky<sup>34</sup> tienen un criterio amplio por el cual entienden que todo agravio introducido por la parte en cualquier momento del proceso debe ser tratado, sin distinción.<sup>35</sup> Este criterio es compartido por la Sala II.<sup>36</sup>

Como puede advertirse la CFCP presenta una heterogeneidad sobre la cuestión. Personalmente, entiendo que la teoría intermedia –aquella que habilita el tratamiento de cuestiones excepcionales cuya gravedad lo ameriten en la oportunidad prevista en el artículo 463 del C.P.P.N.– es la que más se adecua a nuestro sistema constitucional.

#### **IV.E. Prescripciones y nulidades**

Al hacer referencia a estos dos tipos de circunstancias procesales, me refiero concretamente a los autos por los cuales se producen rechazos a los planteos de prescripción y nulidad.

33. CFCP, Sala I Causa nro. 16.364 “Nieva, Miguel Ángel s/ recurso de casación” reg. 24318 rta. el 28/11/2014.

34. Este criterio puede verse claramente en los fallos de Sala III donde Borinsky vota en disidencia. Por ejemplo, en la causa 685/2013 caratulada “Camacho, Miguel Ángel s/recurso de casación”, reg. 1871/13, rta. el 07/10/2013, sostuvo que “resultan formalmente admisibles los agravios introducidos durante el término de oficina”

35. Ver Sala IV de la CFCP causa 14.102 “Venegas Henriquez” rta. el 6/09/2012 reg. 1548. En esa causa, el juez Gemignani explica que “el Tribunal debe limitarse al estudio de los motivos propuestos ab initio al interponerse el recurso de que se trate, salvo, claro está, que el asunto propuesto una vez expirada esa oportunidad procesal, sea susceptible de acarrear cuestión federal dirimente o se cuestione la validez de algún acto del proceso factible de fulminárselo con nulidad absoluta; circunstancias que no observan los agravios introducidos por la señora Defensora Pública Oficial en el estadio procesal previsto por el art. 465 del código instrumental. Es que la inserción de los verbos desarrollar y ampliar contenidos en el art. 466 ídem –norma que autoriza la presentación de mención reciente– es cabal muestra que lo que persiguió el legislador con su dictado, no era otra cosa que dar a la parte recurrente una oportunidad para que se extienda o profundice los motivos que fueron introducidos en la oportunidad del art. 463 del C.P.P.N., es decir, que pueda completarlos o perfeccionarlos, mas no incorporar o adicionar otros no volcados en el recurso de que se trate”.

36. Así se desprende de CFCP, causa nro. 406/13 “Zapata Místico, Miguel Ángel y otros s/ recurso de casación”, 5/02/14, reg. 2/2014.

Ya fueron explicados los criterios rectores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto. Así, se advierte que ninguna de las resoluciones cumple con el requisito de impugnabilidad objetiva previsto por el artículo 457 del C.P.P.N., en la medida en que su consecuencia necesaria es que el imputado continúe sometido a proceso. Este criterio es unánime en la Cámara.<sup>37</sup>

Respecto de la cuestión concreta del rechazo al pedido de prescripción, la Corte Suprema también sigue esa línea por cuanto "no da fin a la cuestión que puede ser invocada nuevamente en otros estadios procesales".<sup>38</sup>

No obstante ello, sobre la base del fallo "Di Nunzio",<sup>39</sup> recientemente se ha encontrado una llave para que la casación trate este tipo de resoluciones. Me refiero concretamente a la garantía a ser juzgado sin dilaciones indebidas (arts. 8.1 de la C.A.D.H. y 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En efecto, a través de esta norma, se ha admitido el acceso a la instancia aún bajo una resolución que no cumple con los requisitos del artículo 457 del C.P.P.N.<sup>40</sup>

Entonces, alegar la vulneración a ser juzgado en un plazo razonable puede permitir que la Cámara de Casación trate un planteo de esta especie, pero este debe estar debidamente fundado, explicando concretamente el por qué la parte considera afectada la garantía.

Según se explica en un fallo de la Sala IV si la defensa controvertió la vigencia de la acción penal alegando dilaciones indebidas e irrazonables

37. Cfr: Sala I– causas: Nro. 1084 caratulada "Gómez Carballo, Isaura s/recurso de queja" –Reg. 1.256– y Nro. 12.064 caratulada "De Olazábal, Jaime s/recurso de queja" –Reg. Nro. 14.655–; Sala II– causas: Nro. 10.613 caratulada "Turner, Horacio Guillermo s/recurso de queja" –Reg. Nro. 15.089– y Nro. 12.085 caratulada "Rodríguez, Miguel Ángel s/recurso de casación" –Reg. Nro. 15.859–; Sala III– causas: Nro. 722 caratulada "Troncoso, Juan s/recurso de casación" –Reg. Nro. 73–, Nro. 13.208 caratulada "LEVI, Silvia Graciela s/queja" (Reg. Nro. 3/11) y Sala IV–con otra integración– causas: Nro.1926 caratulada "Carou, Jorge Aldo s/recurso de queja" –Reg. Nro. 2378.4–, Nro. 2031 caratulada "Romero, Reynaldo Roque s/recurso de casación" –Reg. Nro. 2822.4–, Nro. 2482 caratulada "Veronelli, Edmundo Horacio s/recurso de queja" –Reg. Nro. 3088.4–, entre otras.

38. Ver por ejemplo Fallos 295:704

39. Fallos 328:1108.

40. Ver por caso Sala I causa nro. 16028 caratulada "Paolini, Marcelo s/ rec. de casación" rta. el 28/11/2014 reg. 24326, Sala III causa 884/2013 "Enebutt, Osvaldo y otros s/rec. de casación" rta. el 20/02/2014 reg. 178/14 y Sala IV causa nro. 14/05/2014, "Malik, David s/ rec. de casación", rta. el 14/05/14 reg. 885/14.

a la luz de la garantía que todo imputado goza de ser juzgado en un plazo razonable, la impugnación da cumplimiento a los requisitos de motivación exigidos por el artículo 463 del C.P.P.N.<sup>41</sup>

Similar problema se presenta con la cuestión de la nulidad por cuanto la consecución de una investigación en la que se verificó una nulidad puede constituir sin dudas un agravio de tardía o imposible reparación, lo que habilitaría la intervención de la instancia a tenor de cuanto establece el Alto Tribunal en el precedente “Di Nunzio”. No obstante ello y al igual que en el caso de las prescripciones, la instancia exige una calidad argumentativa importante, a fin de que no se constituya en un planteo netamente dilatorio.<sup>42</sup> Es este un punto a tener en cuenta, por cuanto si todo planteo de nulidad puede acceder a la casación, las causas podrían volverse eternas.

Es por ello que corresponde que los recursos se ajusten de manera estricta a las disposiciones del artículo 463 del C.P.P.N., cumpliendo con todos los extremos de la norma y explicando de modo fundado el agravio que amerita tratamiento.

En punto a esta materia, se verifican circunstancias similares a aquellas explicadas al momento de tratar los procesamientos. En efecto, si bien la resolución no supera la barrera del artículo 457 del C.P.P.N., la fundada alegación de una cuestión federal puede permitir el acceso a la instancia. Sin embargo, a diferencia de los recursos contra los procesamientos, las nulidades tienen un régimen más amplio en orden a la interposición, por lo cual, el agravio de imposible reparación ulterior debe ser tratado del modo más estricto posible, a los fines de evitar dilaciones indebidas.

## V. PERSPECTIVAS A LA LUZ DE LA SANCIÓN DEL NUEVO CÓDIGO

Con la sanción de la ley 27.063 y si bien han sido específicamente regulados, los criterios de admisibilidad del recurso de casación serán, sin dudas, materia de intenso debate a partir de la puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal de la Nación.

41. Causa nro. 15.938. “Núñez Vázquez, Walter Nicolás s/recurso de casación”, rta. el 4/12/12, reg. 2596/12.

42. Ver por caso de Sala IV causa nro. 16.284 “Ibarra, Héctor Rolando s/ rec. de casación”, rta. el 13/05/2013, reg. 675/13

En efecto, como primer tópico a tratar, se advierte que el libro tercero del nuevo digesto realiza un distingo ya básico con respecto a su antecesor, puesto que ya no habla de recurso, sino de impugnación; denominación está en concordancia con muchos de los ordenamientos procesales del país (ej. CPP de La Pampa, Neuquén, Santa Fe, entre otros).

La distinción es principalmente semántica, ya que la doctrina procesalista entiende que el término "recurso" está incluido dentro del más genérico concepto de "impugnación" y generalmente los utiliza como sinónimos.<sup>43</sup> De hecho, el nuevo CPPN no distingue entre los diferentes tribunales de revisión (arts. 52 y 53), ni identifica el tipo de recurso más que por la resolución que se impugna (arts. 309 y 313).<sup>44</sup>

Ahora bien, cabe entonces preguntarse cómo es que ingresa la instancia casatoria en el marco de la impugnación del nuevo código. Pues si bien el Código no las menciona, la ley de implementación ha mantenido ambas cámaras de casación, lo que significa que su existencia no se ha puesto en debate como tampoco sus funciones.<sup>45</sup>

## V.A. Competencia

Según el artículo 18 de la ley 27.146 la Cámara Federal de Casación Penal conserva su competencia en todo el país.

Asimismo, podrá conocer y decidir la revisión de las decisiones judiciales adoptadas por los Tribunales Federales de Juicio de cada distrito y los Tribunales Federales de Juicio en lo Penal Económico, de acuerdo con las funciones previstas en el artículo 53 del Código Procesal Penal de la Nación.

Por otro lado, podrá revisar las decisiones de las Cámaras de Apelaciones únicamente en aquellos casos en los que exista una relación directa e inmediata con una cuestión federal suficiente y su intervención fuera necesaria como tribunal superior de la causa.

También explica la norma que en los conflictos de competencia y en

43. Ver por ejemplo D'ALBORA, F., ob. cit., en la que asimila el capítulo IV del actual CPPN al tratamiento de las "impugnaciones".

44. BORINSKY, Mariano H. y TURANO, Pablo N., "Proyectos de leyes para la implementación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación", *La Ley*, 2015, AR/DOC/1827/2015.

45. Según el artículo 5º de la ley 27.150 "La Cámara Federal de Casación Penal conservará su actual integración y denominación".

la revisión de las excusaciones y recusaciones, actuará de manera unipersonal.

Finalmente, mantiene su función de intérprete legal al mantener la posibilidad de unificar su jurisprudencia de conformidad con la normativa que establezca en su reglamento interno.

## **V.B. Decisiones impugnables**

### *V.B.1. Carácter objetivo de la impugnación*

Comenzaré tratando la cuestión “objetiva”, es decir, qué tipo de resoluciones son aquellas que pueden ser impugnadas. En ese sentido, el código prevé en su artículo 309 que serán impugnables, la pretensión de constituirse en parte querellante, las decisiones sobre cuestiones de competencia, el sobreseimiento, la sentencia definitiva, las excepciones, la aplicación de medidas cautelares, la denegatoria de la aplicación de la suspensión del proceso a prueba, los procedimientos abreviados y las decisiones que se tomen durante la ejecución de la pena.

Conforme se vino exponiendo en el presente trabajo, en cuanto a la cuestión “objetiva”, advertimos que la gran mayoría de estas decisiones estaban siendo revisadas por la casación.

En efecto, podrían excluirse de esta enumeración las cuestiones de competencia salvo claro que se trate de la denegatoria del fuero federal,<sup>46</sup> las denegatorias de ser tenido como parte querellante<sup>47</sup> y las excepciones cuando fueran rechazadas y tuviesen como lógica consecuencia la sujeción

46. Conforme fallos 311:605; 320:2193; 328:4489, entre otros.

47. Cabe destacar que la Cámara de Casación tiene dicho de antaño que “a quien se le ha denegado su pretensión para asumir tal función procesal (querellante) no agota su capacidad recursiva en la apelación ante la segunda instancia correspondiente, sino que, en búsqueda de una decisión fundada por parte del Tribunal que se ha pronunciado, derecho innegable que se ampara en la garantía constitucional del debido proceso contemplado en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional, tiene la facultad de acudir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del recurso extraordinario, y, lógicamente, a esta Cámara Nacional de Casación Penal a través del recurso de casación” (*Cfr.* causa Nro. 553 “CELLES, Francisco y CELLES, Mabel Beatriz s/recurso de casación”, Reg. Nro. 869.4 de esta Sala, rta. el 23/6/97; en este mismo sentido, causa Nro. 37 de la Sala I “BORENHOLTZ, Bernardo s/recurso de casación”, Reg. Nro. 44, rta. el 28/9/93 y Fallo Plenario Nro. 11 de esta Cámara, “ZICHY THYSEN”, dictado el 23 de junio de 2006).

del imputado al proceso (situación también asimilable a la suspensión del proceso a prueba).

Entiendo, siguiendo la lógica del código que cuando se refiere a “sentencia definitiva” quiere decir tanto condena como absolución, puesto que más adelante así la trata. El resto de las cuestiones, como se ha visto, son materia de tratamiento por parte de la casación.

Sin embargo, el código profundiza las causales estrictas por las cuales puede o no ser procedente el recurso. En orden al sobreseimiento, limita su procedencia a dos supuestos, uno, si careciera de motivación suficiente, se fundara en una errónea valoración de la prueba u omitiera la consideración de pruebas esenciales; y dos, si se hubiera inobservado o aplicado erróneamente un precepto legal. (art. 310).

Parecen, en definitiva, las dos facetas del actual artículo 456, ya que nos encontramos frente al *error in procedendo* e *in iudicando*, que fueron históricamente las dos áreas de intervención de la instancia de casación (podemos incluir aquí a ambas cámaras, la CFCP y la CNCCC).

En orden a la sentencia condenatoria, el código nos nutre de mayores causales, así, admite la procedencia de la impugnación si se alegara la inobservancia de un precepto o garantía constitucional o legal; si se hubiera aplicado erróneamente la ley penal; si careciera de motivación suficiente o ésta fuera contradictoria, irrazonable o arbitraria; si se basara en prueba ilegal o incorporada por lectura en los casos no autorizados por el código; si se hubiera omitido la valoración de prueba decisiva o se hubiera valorado prueba inexistente; si se hubiera, erróneamente, valorado una prueba o determinado los hechos que sustentan la sentencia condenatoria y la pena; si no se hubiesen observado las reglas relativas a la correlación entre la acusación y la sentencia; si no se cumplieran los requisitos esenciales de la sentencia; si se diera alguno de los supuestos que autoricen la revisión de la sentencia condenatoria firme y, finalmente, si no se hubiera respetado la cesura del debate (art. 311).

El artículo es eminentemente casuístico, pero no por ello menos abarcativo. La técnica legislativa utilizada, nos da un abanico de posibilidades muy amplio, que permite atacar una condena más allá de las dos causales estrictas del artículo 456 del código actual.

Ello es importante a los fines de la admisibilidad, puesto que, invocada de manera fundada alguna de las causales enumeradas por el artículo, el tribunal deberá sí o sí adentrarse en el tratamiento de la cuestión, sin poder alegar cuestiones formales.

De tal suerte, se aminora el esfuerzo argumentativo del defensor, lo cual se encuentra de acuerdo a un derecho penal garantista y que asegure un ejercicio efectivo del derecho de defensa.

En orden a la sentencia absolutoria, también se habilita la impugnación si se alega la inobservancia del derecho a la tutela judicial de la víctima; si se aplicó erróneamente la ley; si la sentencia carece de motivación suficiente, o ésta fuera contradictoria, irrazonable o arbitraria o si no se cumplieran los requisitos esenciales de la sentencia (art. 312).

Nuevamente nos encontramos frente a los dos grandes terrenos de batalla que exhibe el derecho, los ataques al aspecto de fondo a través de la errónea aplicación de la ley y de forma, merced a la falta de motivación de la sentencia, o la ausencia de sus requisitos esenciales.

Especial análisis merece la primera causal de impugnación. En efecto, su redacción está, sin duda, íntimamente vinculada a los diversos pactos internacionales suscriptos por nuestro país respecto del trato a las personas durante los procesos judiciales.

Como sostuve respecto de las posibilidades de impugnación contra el sobreseimiento o la condena, considero que la disciplina concreta sobre el punto, habrá de obligar al tribunal a expedirse directamente sobre el fondo de la cuestión, sin poder alegar cuestiones formales para evitar su pronunciamiento, cuando el impugnante la precise.

### *V.B.2. Carácter subjetivo de la impugnación. Legitimación*

En el marco de las exigencias subjetivas para la procedencia de la impugnación, el artículo 305 explica que el imputado puede impugnar, la sentencia condenatoria y la pena que se le hubiera impuesto; las medidas de coerción y demás cautelares y la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba; la revocatoria del sobreseimiento; la decisión de aplicar a un proceso las normas de los artículos 293 y siguientes –es decir, aplicar las disposiciones que el código asigna a los “procesos complejos”– y la denegatoria de dicha aplicación si ésta hubiese sido solicitada por el imputado y finalmente, las decisiones que se tomen durante la ejecución de la pena.

Pues bien, como he explicado hasta aquí, la casación interviene en la actualidad prácticamente en la totalidad de ellas, por lo que insisto no habría grandes cambios. Solo quedaría exenta de esta regla general –sentencia definitiva o equiparable a tal– la revocatoria del sobreseimiento, puesto

que trae como consecuencia la continuidad del proceso y la sujeción del imputado a él.

Por su parte, el querellante, según el artículo 306, podrá impugnar el sobreseimiento, la absolució n y la condena si la pena aplicada fuere inferior a la mitad de la pena pretendida. También podrá impugnar las demás resoluciones que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúen las actuaciones y la denegación o revocación de medidas cautelares, cuando no hubiese habido dos pronunciamientos en el mismo sentido.

Las disposiciones del artículo no varían en mucho del régimen recursivo actual, pero sí es interesante la última parte del artículo, por cuanto restringe la impugnación de las resoluciones que pongan fin a la acción o la pena o hagan imposible la continuidad pesquisitiva, cuando tengan doble conforme. Es decir que este artículo prevé expresamente la posibilidad de acceder a la instancia casatoria, puesto que la posibilidad de recurrir —contrario sensu— ante discordancias de criterio, habilita la intervención de una tercera instancia.

No obstante ello cabe advertir que tiene su contracara en esa misma limitación, puesto que la existencia del doble conforme veda el acceso a la instancia. Este criterio evita que el imputado con doble conforme vea retrotraída su situación procesal luego de una gran cantidad de recursos, poniendo fin a su incertidumbre. Pareciera entonces que rechazo del recurso por esta causal, es *in limine*, por la claridad del texto.

Por otro lado, el código prevé en el mismo artículo que el querellante constituido en actor civil podrá recurrir el sobreseimiento fundado en la inexistencia del hecho y el rechazo total o parcial de las pretensiones deducidas en la demanda, siempre que su agravio supere los cincuenta mil pesos.

La lógica el artículo da la pauta del carácter privado de la acción, es decir, solo podrá ejercer su impugnación cuando se encuentren involucradas cuestiones patrimoniales o tenga repercusión en ello, como podría ser la negación del hecho por parte del juez penal.

El Ministerio Público Fiscal, por su parte, se encuentra legitimado en virtud de las disposiciones del artículo 308 para impugnar los sobreseimientos y demás resoluciones que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen las actuaciones, la denegación o revocación de medidas cautelares, cuando no hubiese habido dos pronunciamientos en el mismo sentido; la sentencia absolutoria; la sentencia condenatoria, si la pena aplicada fuera inferior a la mitad de la pena pretendida y las decisiones que se tomen durante la ejecución de la pena.

Finalmente, se aclara que estos límites no regirán si el imputado es funcionario público y el hecho se ha cometido en el ejercicio de la función o en ocasión de ello.

Los criterios tampoco varían mucho respecto del viejo código, más allá de la introducción del veto a la impugnación ante la presencia del doble conforme.

### *V.B.3. La revisión de la sentencia condenatoria firme*

El instituto de la revisión no es una impugnación. En efecto, se considera en la actualidad que nos encontramos frente a un recurso específico, previsto en la ley, cuya competencia fue asignada a las dos Cámaras de Casación a partir de la vigencia del art. 23 del C.P.P.N. (según ley 26.394).

La Cámara Federal de Casación Penal, cuya jurisprudencia he analizado en este trabajo con mayor profundidad, siempre tuvo especial cuidado al tratar la admisibilidad del recurso, puesto que a través de ese remedio procesal se realiza una excepción a la cosa juzgada.

De ahí que los argumentos vertidos por el recurrente o los nuevos hechos o pruebas que se intenten incorporar deben rebatir lo resuelto por los sentenciantes con fundamentos firmes e indubitables que pongan en evidencia los yerros en la sentencia y no choquen con las restantes circunstancias verificables en el expediente.<sup>48</sup>

En la ley 23.984 el art. 479 del C.P.P.N., a través de los incisos 1º al 5º, establece cuales son las causales por las cuales procede el recurso de revisión.<sup>49</sup>

En el código nuevo, la revisión procede en todo tiempo y únicamente

48. Ver CFCP, Sala IV, causa 672/2013 “González”.

49. “El recurso de revisión procederá, en todo tiempo y a favor del condenado, contra las sentencias firmes cuando: 1º) Los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable. 2º) La sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testifical cuya falsedad se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable. 3º) La sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho u otro delito cuya existencia se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable. 4º) Después de la condena sobrevengan o se descubran nuevos hechos o elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable. 5º) Corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia”.

a favor del condenado, cuando los hechos establecidos como fundamento de la condena fueran inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable (art. 318 inc. a).

También cuando la sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testimonial cuya falsedad se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable, o resulte evidente, aunque no exista un procedimiento posterior (art. 318 inc. b).

Del mismo modo, es viable cuando la sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho u otro delito cuya existencia se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable; o bien que después de la condena sobrevinieran o se descubrieran nuevos hechos o elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hicieran evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió, que el hecho cometido no es punible o encuadra en una norma penal más favorable (art. 318 inc. c, d y ss.).

También, procede cuando corresponda aplicar retroactivamente un cambio en la legislación que favorezca al condenado o bien se dicte en el caso concreto una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o una decisión de un órgano de aplicación de un tratado en una comunicación individual (art. 318 inc. f).

Se aclara en el marco del artículo, que el rechazo de la solicitud de revisión no impedirá un nuevo pedido fundado en motivos distintos.

Resulta entonces que las causales de revisión son, en términos generales, muy similares a la del Código anterior, sin perjuicio de lo cual, cabe hacer especial hincapié en la incorporación de la posibilidad de revisar la sentencia ante una manifestación concreta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ello, evidentemente dota al impugnante de una causal más en forma concordante con la importancia que el país ha asignado a los Derechos Humanos tal como se desprende de lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Espósito.<sup>50</sup>

Por otro lado, el nuevo código también prevé cuestiones de legitimación para la interposición de la revisión, similares a las previstas en el artículo 481 de la ley 23.984.

50. E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa.

El artículo 319 señala que pueden solicitar la revisión el condenado o su defensor; el representante del Ministerio Público Fiscal a favor del condenado; el cónyuge, conviviente, ascendientes o descendientes del condenado, si éste hubiese fallecido.

El código también exige como motivación, que se exprese la concreta referencia de los motivos en que se funda, las disposiciones legales aplicables y copia de la sentencia de condena (art. 320).

## VI. CONCLUSIONES

### VI.A. Cuestiones generales

Se ha exhibido a lo largo de este trabajo, cómo fue que se amplió la competencia de la Cámara Federal de Casación Penal a partir de los fallos “Casal” y “Di Nunzio”, lo cual incidió lógicamente en las cuestiones de admisibilidad.

Los originarios resolutorios de la Cámara Nacional de Casación Penal exigían el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos del C.P.P.N. de la ley 23.984, es decir, que fuera una sentencia definitiva o que pusiera fin al proceso (art. 457), que se motivara fundadamente en las causales de fondo o de forma (art. 456), que fuera interpuesta por los legitimados y conforme a sus limitaciones (arts. 458, 459 y 460).

Asimismo, el tratamiento de las cuestiones se limitaba a las interpuestas en el recurso (art. 463).

Fue el máximo tribunal de la nación el que gradualmente —con su pico máximo en los casos “Casal” y “Di Nunzio”— fue echando por tierra esas exigencias para dar lugar a una admisibilidad más “blanda”.

Sobre el punto, es dable destacar los conceptos de “sentencia equiparable a definitiva” y “agravio de naturaleza federal de tardía o imposible reparación ulterior”, elementos ambos que han sido la llave a la Casación, ya que quien pueda acreditar estos extremos podrá acceder a la instancia.

### VI.B. Casos concretos analizados

Es así que las cuestiones de libertad en las que se invoca un agravio de naturaleza federal ya no pueden, a mi entender, ser declaradas inadmisibles y su tratamiento por la instancia es imperativo, como lo era ya para la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Del mismo modo, las sentencias definitivas condenatorias tampoco están limitadas. En efecto, por imperio de nuestro bloque constitucional federal, el acceso del imputado a la revisión del fallo condenatorio es obligatorio para el Estado.

Así, aun interpuesto “in forma pauperis” sin alegar los motivos concretos del artículo 456 del C.P.P.N., debería ya bastar a los efectos de acceder a la instancia, a fin de que se produzca una revisión del fallo, sin necesidad de exigir los requisitos del artículo 463.

Distinto es el caso de los procesamientos ya que, en tanto sentencias no definitivas, el esfuerzo del recurrente para acreditar la cuestión federal dirimente debe ser absoluto.

Es que, en el marco de un proceso, la interposición de vías recursivas por encima del doble conforme en la consecución de la investigación puede ir incluso en detrimento de la verdad histórica y, por lo tanto, su limitación deviene necesaria.

Respecto de la cuestión de admisibilidad de los agravios introducidos en término de oficina, entiendo correcta la postura que describiera como intermedia.

A mi criterio, deben diferenciarse en estos casos la entidad de los agravios por cuanto no son lo mismo aquellos que revisten la categoría de dirimientes, de aquellos que representan una mera crítica a la resolución recurrida.

Tal como adelanté, considero que el criterio intermedio es el más adecuado a nuestro régimen procesal, por ser concordante con la doctrina emanada de la jurisprudencia de la Corte Suprema en los antecedentes “Napoli”<sup>51</sup> y “Fernández”<sup>52</sup> en cuanto permite a los tribunales el control de oficio de las nulidades absolutas advertidas en la investigación, más allá de los agravios concretos introducidos por las partes.<sup>53</sup>

51. Fallos 319:192.

52. Fallos 319:149.

53. En palabras del tribunal “[...] de la lectura del expediente se advierte una transgresión a la garantía constitucional de la defensa en juicio de tal entidad que –más allá de cualquier imperfección en la habilitación de la competencia de la Corte para conocer en el caso– afecta la validez misma del proceso, circunstancia que debe ser atendida y resuelta con antelación a cualquier otra cuestión que se hubiese planteado”. En efecto, si bien es doctrina de este Tribunal que sus sentencias deben limitarse a lo peticionado por las partes en el recurso extraordinario, constituye un requisito previo emanado de su función jurisdiccional el control, aun de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados

Así, a pesar de que por mandato legal no pueden introducirse más agravios que aquellos planteados en el recurso (art. 463 del C.P.P.N.), la posibilidad de los tribunales de declarar la nulidad de oficio evidencia que dicha potestad no puede ser negada a la defensa.

Por lógica, “quien puede lo más, puede lo menos”, por lo cual si el tribunal se encuentra habilitado de oficio a fulminar de nulidad cualquier acto del proceso que afecte garantías constitucionales, mal puede bloquear el acceso de la parte al tratamiento del agravio que plantee una circunstancia semejante.

Los casos por los cuales se rechazan planteos de nulidad y prescripción también han llamado mi atención y no he querido pasarlos por alto por cuanto son una manifestación clara de los nuevos criterios de admisibilidad.

En efecto, ninguno de los dos reúne las exigencias del artículo 457 del C.P.P.N., no obstante lo cual, a partir de la alegación de un agravio de tardía o imposible reparación ulterior, la casación ha aceptado su tratamiento.

Por ello, entiendo que deberá analizarse en cada caso particular la solidez del agravio de naturaleza federal, con el objeto de evitar los constantes planteos de las partes que podrían obstaculizar el normal desenvolvimiento de las investigaciones.

## **VI.C. Perspectivas a la luz de la sanción del nuevo código**

Con el nacimiento del nuevo régimen procesal nos encontramos en una etapa de cambios. Muchos de estos dependerán de la ley de implementación y la praxis que día a día vaya elaborando la jurisprudencia.

Sin embargo, pueden trazarse algunos lineamientos respecto de lo que será la instancia casatoria.

En principio se advierte que el acceso a la Cámara por vía de recurso no cambiará mucho, básicamente por la receptación del código a la doctrina emanada por la jurisprudencia de la corte en materia de admisibilidad.

Sin duda que la enumeración de los motivos por los cuales pueden im-

---

aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional no podría ser confirmada (T.209.XXII “Tarifeño, Francisco s/ encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad”, considerando 2°, del 28 de diciembre de 1989) [...]” (conforme lo expresado en el considerando quinto del fallo Napoli, resuelto el 5 de marzo de 1996).

pugnarse las sentencias o resoluciones que ponen fin al proceso, facilitará el encuadre de los planteos no solo de las partes sino del mismo tribunal. Ello es un interesante avance.

Por otro lado, no se puede soslayar la presencia de la figura del “doble conforme” como barrera al ingreso. Considero que el criterio ha sido acertado.

En efecto, una vez confirmado un sobreseimiento en segunda instancia, no debe continuarse con el peso del proceso contra el imputado, lo contrario sería someterlo a un proceso casi sin final.

Ocurre con frecuencia que un imputado que es sobreseído en primera instancia y confirmado por la alzada, se encuentra con un fallo adverso en un tercer tribunal, el cual además es, en principio, irrecurrible.

Entiendo que esta es la motivación fundamental que cercena el acceso al recurso cuando existe un doble conforme y que el código ha correctamente acogido.

Dicho esto, solo queda plantear el siguiente interrogante. ¿Qué ocurriría si, aún con un doble conforme, se advierte una cuestión federal dirimente? No planteo el caso de cosa juzgada írrita o de un resolutorio en franca violación a la ley, ello, desde ya, admitiría la viabilidad del recurso.

Me refiero a cuestiones comunes, algunas incluso, previstas por el mismo código, como puede ser la vulnerabilidad de la víctima. Tengo por cierto que el acceso a la instancia en este caso puede constituir una excepción procedente en los términos de los fallos “Casal” y “Di Nunzio”.<sup>54</sup>

Ello es así por cuanto tal como sostuvo la Corte, de corroborarse la posibilidad de acceso al más alto tribunal en virtud de una cuestión federal suficiente, la casación debe abocarse a su tratamiento.

Por otro lado, destaco que se mantenga la restricción al recurso del Fiscal cuando la sentencia condenatoria, aplique una pena inferior a la mitad de la pena pretendida.

Esta limitación, si bien ha sido cuestionada, obedece también a la posibilidad del tribunal de apartarse de la pena solicitada por la fiscal *in bona parte* lo cual es ajustado al bloque constitucional federal.

Quisiera dejar a salvo mi opinión respecto de la revisión de una sentencia condenatoria en los casos en que haya tenido intervención la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

54. *Ibid.*

En efecto, si bien en el considerando 6° del fallo Espósito, la CSJN limitó su margen de acción frente a un pronunciamiento de la Corte Interamericana, no debe perderse de vista que "(l)a Corte Interamericana no tiene atribuciones para emitir condenas penales, que se reservan a la justicia local; tampoco define la responsabilidad penal de los autores de las violaciones".<sup>55</sup>

De tal suerte, considero que debe rechazarse la aplicación automática de la sentencia internacional. En efecto, una interpretación armónica del sistema constitucional argentino (fundamentalmente el artículo 27 de la Constitución Nacional), obliga a los tribunales argentinos a realizar un análisis de la repercusión interna del fallo del tribunal internacional para luego sí, aplicar su doctrina al caso concreto. Pero de ningún modo una condena del Estado argentino en la Corte Interamericana implica una solución sobre el fondo del caso concreto.

En definitiva, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, recepta muchos de los lineamientos que la Corte Suprema ha dictado respecto de las cuestiones de admisibilidad del recurso de casación, lo que, en definitiva, es acorde con la constitución y los tratados de derechos humanos suscriptos por nuestro país. Será la puesta en funcionamiento del nuevo procedimiento el que determine si ello se plasmará efectivamente en una mejora del sistema.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁBALOS, Raúl W., *Código Procesal Penal de la Nación*, Mendoza, Jurídicas Cuyo, 2008.

BINDER, Alberto, *Política Criminal. De la formulación a la praxis*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997.

—, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

BORINSKY, Mariano H., TURANO, Pablo N., "Proyectos de leyes para la implementación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación", *La Ley*,

55. RAMÍREZ, S. G., "Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en Corte IDH, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, San José de Costa Rica, 2001, tomo I, p. 154. Por el contrario, se limita a fijar la responsabilidad internacional del Estado y no la de los individuos. OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, párr. 56.

05/06/2015, AR/DOC/1827/2015.

CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto y OBLIGADO, Daniel, *La Casación Penal*, Rosario, Nova Tesis, 2010.

D’ALBORA, Francisco, *Código Procesal Penal, Anotado, comentado y concordado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal. El recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

JAUCHEN, Eduardo M., *Derechos del imputado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007.

LÓPEZ ALDUNCIN, María de las Mercedes, “Admisibilidad del recurso de casación Vías de impugnación en el proceso penal. Nuevas tendencias y cambios de paradigma”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, V. 2, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2013.

MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2da. Edición, 2004.

MAIER, Julio, BOVINO, Alberto, y DÍAZ CANTÓN, Fernando, *Los recursos en el procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

MORELLO, Augusto M., *Casación-Recurso extraordinario. Paralelismo y una gran lección. (las doctrinas del absurdo y la arbitrariedad como vicios que descalifican las sentencias)*, en *E.D.*, tomo 146, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina.

PALACIO, Lino, *Los recursos en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

—, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003.

—, “La Cámara Nacional de Casación Penal como ineludible tribunal intermedio?” en *La Ley*, 2003-F, 214 • Sup. Penal 2003 (setiembre), 19.

PÉREZ, Nadia, “Los nuevos estándares de revisión del Fallo ‘Duarte Felicia’ de la CSJN y la vuelta al procedimiento escrito”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2014-2 “Juicio por jurados volumen II”, director Edgardo Donna, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2014.

PERRACHIONE, Mario C., “A partir de la doctrina “Casal” establecida por la Corte: ¿el condenado en el proceso penal cuenta con un recurso de casación o de apelación?”, *Serie: 2227.XL* (En: Zeus. Colección jurisprudencial, Rosario, Zeus, Volumen: 100).

NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl, *Derecho Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 4ta. Edición, 2010.

ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editora del Puerto, 2000.

SOLIMINE, Marcelo A., *Bases del nuevo Código Procesal Penal de la Nación: ley 27.063*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.

*Lecciones y Ensayos*, Nro. 98, 2017

BASUALDO, Natalia; BIANCHI, Fiorella y CASAS, Florencia, “Agencia Nacional...”, pp. 195-217

## AGENCIA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE TECNOLOGÍAS EN SALUD. REFLEXIONES Y PROPUESTAS SOBRE SU POSIBLE IMPLEMENTACIÓN EN EL SISTEMA ARGENTINO\*

NATALIA BASUALDO\*\*

FIORELLA BIANCHI\*\*\*

FLORENCIA CASAS\*\*\*\*

**Resumen:** El presente trabajo analizará el reciente proyecto de ley que propone la creación de una Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías en Salud. Se comenzará por estudiar la situación actual del sistema sanitario argentino y la creciente judicialización existente en materia de salud. Posteriormente, se observarán modelos similares al propuesto en el derecho comparado. Se examinará en profundidad el organismo proyectado, sus alcances y funciones, para finalmente formular las propuestas que creemos necesarias para lograr su eficiente implementación en nuestro país.

**Palabras clave:** agencia nacional de evaluación de tecnologías en salud (AG-NET) – amparos – judicialización – derecho de la salud – federalismo sanitario – solidaridad – sustentabilidad – gestión en salud – costo efectividad – protocolos de aplicación de tecnología en salud – prevención

**Abstract:** The present paper analyses the recent law bill that proposes the creation of a National Health Technology–evaluation Agency. We will begin by

\* Recepción del original: 20/4/2017. Aceptación: 8/6/2017.

\*\* Bachiller Universitaria en Derecho y Estudiante de Abogacía de la Universidad de Buenos Aires.

\*\*\* Bachiller Universitaria en Derecho y Estudiante de Abogacía de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante alumna de la asignatura “Obligaciones Civiles y Comerciales”, cátedra a cargo de la Dra. Sandra Wierzbza, y colaboradora de “Derecho de la Salud”, curso a cargo de la Dra. Marisa Aizenberg.

\*\*\*\* Bachiller Universitaria en Derecho y Estudiante de Abogacía de la Universidad de Buenos Aires.

studying the current situation of the Argentinian sanitary system, and the increasing *judicialization* existing nowadays in the health field. Then, we will examine similar models to the one proposed in comparative law. We will deeply analyze the agency mentioned above, its scope and functions to, finally, formulate the proposals that, we believe, are necessary to accomplish its efficient implementation in our country.

**Keywords:** national health technology – evaluation agency – action for infringement of fundamental rights – *judicialization* – health rights – sanitary federalism – solidarity – sustainability – health management – cost effectiveness – health technology application protocols

## I. PLANTEO DE LA PROBLEMÁTICA

Durante los últimos años, se ha producido un crecimiento exponencial de los reclamos judiciales en materia de salud. Sin ir más lejos, desde 2014 a la actualidad, el Ministerio de Salud de la Nación ha recibido 821 amparos con sentencias favorables. Las cifras nos indican que desde 2010, el número de amparos presentados se está incrementando a razón de un 10% anual y en lo que va del año, el 73% de ellos cuenta con sentencia favorable.<sup>1</sup>

Esto se debe a que existe una creencia en la sociedad de que, ante la negativa de los servicios de salud sobre una determinada cobertura, la vía judicial es el medio idóneo para alcanzarla. Es así como, en el transcurso de las últimas décadas, los tribunales se fueron plagando de reclamos judiciales –principalmente en forma de amparos, medidas cautelares o auto-satisfactivas–.

Como consecuencia, se plantea una situación asimétrica: la brecha entre la demanda exigible al caso particular y la necesidad de sostener a largo plazo y con alcance comunitario los beneficios en salud configuran la génesis de gran parte de los conflictos de la gestión sanitaria.<sup>2</sup>

1. CZUBAJ, F., “Crecen los amparos para resolver prestaciones de salud”, *La Nación*, Sección Salud, 2 de agosto de 2016.

2. HASDEU S. y TORALES S., “¿Mucho para uno o suficiente para todos?”, en *ISALUD*, N° 53, Buenos Aires, 2016.

Entonces, surge la necesidad de realizar una ponderación de derechos para brindar soluciones más justas en materia de reclamos de salud, que deberá contemplar –necesariamente– cuál es el límite del concepto “derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, en el que sistemáticamente se asientan las legislaciones, reclamos y sentencias que incorporan o autorizan nuevas prácticas y servicios.

Es decir, se vuelve necesario hacer un análisis acerca de qué comprende la garantía del derecho a la salud y cómo debe equilibrarse con los criterios de igualdad de oportunidades y sustentabilidad del sistema. Pero este análisis no concluye allí, sino que deberá versar, a su vez, sobre el tipo de controles que deben efectuarse a las prestaciones médicas ordenadas por vía judicial.<sup>3</sup>

Como bien explica Ciuro Caldani<sup>4</sup> hay que diferenciar dos conceptos erróneamente utilizados como sinónimos: “derecho *de* la salud” y “derecho *a* la salud”. El derecho a la salud es una simplificación, que debería reemplazarse por una concepción más acertada como la de “derecho a los medios de la salud”. De lo contrario, esto provoca en el imaginario social, la creencia desacertada de que “todos tenemos derecho a todo”, generándose así los pedidos exorbitantes, que llevan finalmente a la judicialización.

En este marco surge el “derecho *de* la salud” que viene a –intentar– dar respuesta a todos estos dilemas éticos, jurídicos y sociales. En propias palabras del mencionado profesor: “todo para todos, lleva a nada para nadie”.<sup>5</sup> Y esto es lo que sucede a menudo en la justicia, donde los jueces, ante el temor de negarle al accionante el “derecho *a* la salud”, terminan concediendo todas las pretensiones –algunas exorbitantes–, profundizando la judicialización y el colapso del financiamiento del sistema sanitario.

Resulta interesante así, recordar la definición de salud brindada por la Organización Mundial de la Salud que es “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o

3. CZERNIZER, G. y WIERZBA, S., “El derecho al disfrute del más alto nivel de salud y su judicialización”, en *La Ley*, N° 88, Buenos Aires, 2016.

4. CIURO CALDANI, M., *Discurso de apertura*, II Jornadas Nacionales de Derecho de la Salud, III Jornadas Provinciales de Derecho de la Salud, V Jornadas Marplatenses de Derecho de la Salud, Mar del Plata, 10 y 11 de noviembre de 2016.

5. CIURO CALDANI, M., *Discurso...*, ob. cit.

enfermedades".<sup>6</sup> La protección de la salud es reconocida internacionalmente como un derecho humano y, particularmente, en nuestro país ha sido consagrada en nuestra Constitución a través de la reforma de 1994, que incorporó —con su misma jerarquía— a determinados tratados internacionales de derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN). Asimismo, el Código Civil y Comercial de la Nación introduce en su articulado ciertas regulaciones en materia de protección de la salud, que se complementan con numerosas legislaciones específicas que buscan sistemáticamente garantizar su acceso y promoción. Más aún, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado que es obligación de los Estados procurar su satisfacción, disponiendo para ello el máximo de los recursos disponibles con el fin de lograr la efectividad progresiva de este derecho.

Parece claro entonces, que la salud tiene un papel primordial en el ordenamiento jurídico argentino, con un marco de protección nacional y supranacional, que la jerarquiza frente a los demás derechos. Pero la realidad es que los recursos en esta materia son insuficientes, por lo que resulta indispensable analizar cuál es el límite de esta interpretación.

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ratificado por Argentina en 1986, e incorporado con jerarquía constitucional en la reforma de 1994, nos indica que "Los Estados parte reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". A su vez, el organismo responsable de la interpretación de este pacto (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) expresa en su observación general nro. 14 que, "el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana (...) y continúa, "el derecho consagrado en el artículo 12 debe entenderse como un derecho inclusivo, que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales determinantes de la salud". Por último, indica los elementos esenciales e interrelacionados que abarcan el derecho a la salud en todas sus formas y niveles, siendo ellos:

6. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, conferencia celebrada en Nueva York, E.E. U.U., el 19 de junio al 22 de julio de 1946, p. 1.

- Disponibilidad: entendida como número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, centros de atención y programas.
- Accesibilidad: dentro de la jurisdicción del Estado, que comprende las dimensiones físicas, económicas y de información.
- Aceptabilidad: en cuanto al respeto cultural de la persona, pueblos, comunidades y minorías.
- Calidad: desde el punto de vista médico y científico.

Sucede entonces que, por tratarse de recursos escasos por naturaleza, y para poder cumplir con los estándares internacionales requeridos, se vuelve necesario establecer algún tipo de parámetro que, lejos de constituir un cercenamiento del derecho a la salud, garantice su ejercicio democrático.

Luego de haber enunciado esta problemática, resulta interesante detenernos en el contenido de los reclamos en materia de salud, como también en la legislación específica que en los últimos años ha surgido y amplificado el contenido de las prestaciones mínimas.

En cuanto al fundamento de los reclamos en materia de salud, debemos diferenciar en primer lugar aquellos que versan sobre tratamientos, prácticas y medicamentos que están incluidos en el Plan Médico Obligatorio (PMO). ¿Qué es el PMO? Es una canasta básica de cobertura –de cumplimiento obligatorio–, elaborada por el Ministerio de Salud de la Nación, que obliga a las Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepaga a garantizar un piso mínimo de protección a sus beneficiarios.

De esta manera, cuando los reclamos judiciales en materia de salud solicitan el otorgamiento de alguna de las prestaciones que componen el PMO, las soluciones tienden a obligar al efector de salud a su cobertura total, ya que no caben dudas acerca de la obligatoriedad de su cumplimiento.

Sin embargo, a los efectos del presente trabajo, hay otras situaciones que resultan interesantes, tales como los amparos cuyos objetos solicitan la administración de tratamientos experimentales. Sucede que cualquier tratamiento de este tipo supone la utilización de prácticas que se apartan de aquellas que son corrientes, y hasta puede tratarse, incluso, de tratamientos que aún no han sido aprobados.

De esta forma, podemos mencionar, por ejemplo, el caso de un importante escritor argentino –afectado por esclerosis lateral amiotrófica–, quien, a principios del año 2016, solicitó a su empresa de medicina prepaga

la cobertura de un tratamiento experimental para esta enfermedad. Este consistía en la aplicación de una droga de alto costo, cuyo tratamiento no se encontraba autorizado por la autoridad sanitaria de ningún país. Sin embargo, este reclamo tuvo sentencia favorable por parte del Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal N° 8.

Resulta evidente que, en este tipo de amparos, además de una falta de evaluación sobre la relación costo-beneficio, costo-oportunidad y su relación con la solidaridad –uno de los pilares básicos de nuestro sistema de salud– surgen interrogantes acerca de la protección misma de los sujetos que, a raíz de una sentencia judicial, se someten a este tipo de tratamientos experimentales.

Es que, durante la etapa experimental de los medicamentos y prácticas en materia de salud, es necesario un puntilloso proceso que tome en cuenta su seguridad, efectividad, oportunidad y efectos adversos.<sup>7</sup> Sin ir más lejos, el Código Civil y Comercial de la Nación, haciendo eco de una profusa legislación –y ampliamente aceptada a nivel mundial–, incorpora a la norma de fondo estrictos requisitos para garantizar y proteger los derechos de todo ser humano sometido a investigación médica. En él se destaca que el tratamiento experimental debe estar justificado de acuerdo con criterios éticos y científicos, con debido consentimiento informado del paciente, estar aprobado por la autoridad de aplicación y realizado sobre la base de un análisis riesgo-beneficio.

Entonces, cabe preguntarse, ¿quedan protegidos los derechos de una persona que voluntariamente decide someterse a un tratamiento aún en etapa experimental, que es otorgado sobre la base de una sentencia judicial? En esto la jurisprudencia no ha sido consistente: en ocasiones ha rechazado este tipo de procedimientos, concluyendo que no existe en el ordenamiento norma alguna que obligue a un efector de salud o al Estado a la cobertura de este tipo de tratamientos,<sup>8</sup> y en otras ha hecho lugar a similares pretensiones, fundándose en el derecho a la esperanza de mejora del estado de salud del paciente,<sup>9</sup> en el hecho de ser el médico tratante quien determina el tratamiento adecuado,<sup>10</sup> e inclusive, en la convicción judicial sobre la

7. CZERNIZER, G. y WIERZBA, S., “El derecho...”, ob. cit.

8. CNCiv. y Com. Fed., Sala I, “B., Valeria c/ Obra Social Unión Personal s/ amparo”, 12/3/2009.

9. CNCiv. y Com. Fed., Sala II, “Sánchez R.J c/ Programas Médicos S.A.C.M s/incidente de apelación de medida cautelar”, 27/5/2008.

10. *Ibid.*

aptitud del tratamiento experimental para subsanar la grave enfermedad del paciente.<sup>11</sup>

En la solución de este tipo de controversias se presenta como necesario evaluar si, en el caso concreto, se encuentran cubiertos los requisitos de las condiciones de uso del medicamento, su base científica y las relaciones costo-beneficio/costo-oportunidad. Pero en ese análisis no debe dejarse de lado que existen intereses económicos de los profesionales de la salud, laboratorios y asociaciones de pacientes, que habitualmente generan el planteamiento de este tipo de reclamos judiciales, con el objetivo de evadir las normas y recaudos que son necesarios para la aprobación de un medicamento o de un tratamiento médico.

No hay que dejar de mencionar que las medidas judiciales que imponen la cobertura de medicamentos de alto costo y última generación –con mínimo beneficio respecto de las versiones anteriores más baratas–, la solicitud de tratamientos que se encuentran fuera de la canasta de prestaciones e, inclusive, el financiamiento de prestaciones en el extranjero, son también ejemplos de reclamos que entran en conflicto con los principios básicos del sistema sanitario.

Pareciera que este tipo de cuestiones no deberían quedar resueltas a través de un proceso judicial de amparo, debido a que no siempre quedan garantizados los derechos del paciente que las solicita. En efecto, muchas veces no se realiza un correcto análisis de las condiciones de su otorgamiento y, aún más veces, no se toman en consideración los principios de solidaridad y sustentabilidad sobre los que está basado el sistema de salud, con el objetivo de lograr el bien común e interpretando el derecho a la salud como un derecho colectivo.

Otro punto que creemos importante destacar es, como ya dijimos, la incorporación de prácticas al PMO a través de la legislación especial. Podemos mencionar algunas de ellas: Cobertura de Harinas y Premezclas de gluten para celíacos (ley 26.588 y res. N° 407/2012 MsyAs); Reproducción medicamento asistida (ley 26.862); Atención, prevención y tratamiento de la obesidad y trastornos alimentarios (ley 26.396).

Todas las leyes indicadas –entre otras que se han incorporado al Plan

11. CCiv. y Com. Córdoba, Sala II, “A.L.A.N c/Administración Provincial de Seguro de la Salud s/amparo”, MJ.JU.M-8657-AR / MJJ86597, 14/5/2014. CZERNIZER, G. y WIERZBA, S., “El derecho...”, ob. cit.

Médico Obligatorio—, se han sancionado sin realizar un previo estudio de costos. Es decir, analizar cuál es el costo del PMO y ver si, de acuerdo con los ingresos del sistema, este puede —o no— ser cubierto. Y aquí no estamos realizando ningún juicio de valor con respecto a la ampliación de la canasta básica de prestaciones, sino poniendo de manifiesto que esta debe ser realizada de acuerdo con análisis basados en los principios de universalidad y calidad para todos.<sup>12</sup>

Así las cosas, pareciera que, de momento, no existe una mirada integradora del sistema, toda vez que, a través de legislación especial y sentencias judiciales, se tornan difusos los límites de esta garantía. Las características propias de nuestro sistema de salud —federalismo sanitario, superposición de cobertura pública, seguridad social y medicina prepaga— son un agregado más al complejo juego de intereses y derechos en pugna, cuya solución dista de ser sencilla.

## II. OBJETO DE ESTUDIO. EL MODELO DE AGENCIA PROPUESTO POR EL PROYECTO DE LEY N° 82/2016

Aparece entonces en este contexto un proyecto de Ley, elevado al Congreso por el Poder Ejecutivo de la Nación el 12 de julio de 2016, que propone —junto con un importante paquete de medidas tendientes a la solidaridad del sistema y a la asignación eficiente de recursos— la creación de una Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud (AGNET), como organismo descentralizado en la órbita del Ministerio de Salud. En palabras de Miguel Ángel Secchi, abogado especialista en seguridad social, “el rol fundamental de la agencia es establecer prioridades y el llamado ‘costo efectivo’ para proteger la salud de la población y de los sistemas solidarios”.<sup>13</sup>

Según los fundamentos del proyecto, esta institución surge como una propuesta para —intentar— brindar soluciones más justas y equitativas en materia de salud.

Nos parece importante destacar dos de sus principales funciones. Por un lado, se le otorga a la AGNET el rol de órgano consultor en toda clase

12. VASSALL, C., “Los desafíos de igualdad y calidad de la cobertura universal”, en *Revista Médicos*, N° 94, Buenos Aires, Editorial Médicos S.R.L., 2016, p. 40.

13. LANESSE, D., “La Nueva Agencia de Medicamentos, contra la judicialización de la seguridad social”, consultado en [<https://miradaprofesional.com/>] el 1/9/2016.

de procesos judiciales –en los que se discutan cuestiones de índole sanitaria–. Por el otro, se le asigna una función evaluadora, relativa a medicamentos, productos médicos e instrumentos, técnicas y procedimientos clínicos, quirúrgicos y de cualquier otra naturaleza que sean utilizados para prevenir, tratar o rehabilitar la salud, determinando la oportunidad y modo de su incorporación, uso apropiado o exclusión del PMO, aplicando para ello criterios de asignación adecuados de los recursos disponibles.

En palabras del propio proyecto “Esta Agencia tendrá entre sus funciones el diseño de directrices para la aplicación de las tecnologías sanitarias; la coordinación, elaboración y difusión de informes de evaluación de tecnologías sanitarias y de guías de práctica clínica, así como disponer la introducción, uso y monitoreo de las tecnologías sanitarias o su exclusión cuando no cuenten con adecuada evidencia científica y por consiguiente su uso pueda ser lesivo o inútil para la mejora de la salud de las personas”.

Este proyecto, entonces, propone introducir un nuevo actor al sistema de frenos y contrapesos que someramente hemos tratado de describir en estas breves líneas. Nos resulta interesante su estudio ya que creemos que, ajustando su funcionamiento a las necesidades y características propias de nuestro sistema, puede constituir un interesante instrumento para resolver algunos de los problemas que aquí hemos descrito: judicialización en materia de salud; falta de protocolos para aprobación y correcto uso de medicamentos y tratamientos, y contenido, alcance y financiamiento del Plan Médico Obligatorio.

### III. HIPÓTESIS Y OBJETIVOS

Una Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías en Salud es un mecanismo posible para brindar soluciones más justas y equitativas en materia de salud, regulando el juego de intereses entre el financiamiento/funcionamiento del sistema y el derecho fundamental a la salud.

Nuestro objetivo será analizar cómo está planteado el funcionamiento de la AGNET a partir del proyecto de ley y los fundamentos que proponen su creación, analizar el funcionamiento de organismos similares en el derecho comparado y, sobre la base de ello, realizar una propuesta acerca de cómo debería instrumentarse para tener un funcionamiento eficaz/efectivo,

de acuerdo con las características propias de nuestro sistema y los intereses existentes en juego.

Esto nos permitirá dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Es necesaria? ¿Cómo debe estructurarse para que su funcionamiento sea efectivo? ¿Existen otras alternativas más eficaces?

#### IV. BREVE MARCO SOBRE EVALUACIÓN DE TECNOLOGÍAS EN SALUD

La Tecnología en Salud (TS), se refirió inicialmente a los “medicamentos, a los equipos y dispositivos médicos, a los procedimientos médicos y quirúrgicos, y a los modelos organizativos y sistemas de apoyo”, regulando su empleo en la atención de pacientes, con el objetivo de protegerlos frente a posibles riesgos, prevenir daños y definir su uso con fines de diagnóstico, tratamiento y rehabilitación. Luego, se fue ampliando el concepto para incluir todas las tecnologías que se aplican en la atención de las personas –sea que estén sanas o enfermas–, y para promover el análisis hacia la definición de las habilidades personales y el conocimiento necesario para su uso. En algunos casos, hasta se ha llegado a incluir en el concepto, a las tecnologías aplicadas al medioambiente, siempre que se compruebe su efecto directo con la prevención y cuidado de la salud humana.

Por su parte, la Evaluación de Tecnologías en Salud (ETES) es la “forma integral de investigar las consecuencias técnicas (casi siempre clínicas), económicas y sociales del empleo de las TS, tanto en el corto como en el largo plazo, así como sus efectos directos e indirectos, deseados y no deseados”.<sup>14</sup>

La Organización Panamericana de la Salud (OPS), considera que la ETES es un componente esencial del rol regulador de las autoridades sanitarias, que puede contribuir a potenciar su liderazgo. De hecho, ha lanzado diversas iniciativas para promover y fortalecer el proceso de evaluación de tecnologías sanitarias en sus países miembros. Así también lo ha hecho la Organización Mundial de la Salud (OMS), cuando –en 1985– fijó como objetivo que para 1990 todos los Estados miembros tuvieran mecanismos eficaces que aseguraran la calidad del cuidado del paciente en sus sistemas sanitarios.<sup>15</sup>

14. ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, “El desarrollo de la Evolución de las Tecnologías en Salud en América Latina y el Caribe”, Washington, D.C.OPS, 1998, p. 46.

15. *Ibid.*

A su vez, la OPS ha asumido un rol importante para el desarrollo e implementación de ETES en las Américas, apoyando la promoción de tomas de decisiones basadas en evidencias, con su correspondiente resultado de incorporación de tecnologías que devienen costo-efectivas. Es así que promueve el establecimiento de un marco institucional para la toma de decisiones basada en ETES, estimulando la responsabilidad institucional y la creación de enlaces entre el uso de tecnologías y los datos evaluativos, para alimentar así el proceso de la toma de decisiones, con especial énfasis en la equidad y la obligación ética, en favor de la sustentabilidad de los sistemas sanitarios.

De acuerdo con el trabajo elaborado por el Grupo Medeos,<sup>16</sup> la ETES pretende orientar a los tomadores de decisiones para que las adopten de modo racional respecto a tres cuestiones:

- Aprobación para el acceso al mercado
- Aprobación para su inclusión entre las prestaciones financiadas con fondos públicos y privados
- Y si la financiación es pública, su disseminación adecuada dentro del sistema sanitario.

La mayoría de las veces, las tomas de decisiones requieren información acerca de la eficacia de una nueva tecnología, para el uso o fin para el cual fue diseñada. Anteriormente, para buscar una respuesta se utilizaba la observación empírica, pero en las últimas décadas, surgieron rigurosos ensayos clínicos que comenzaron a ser diseñados para establecer dicha eficacia. Es así como se fue ampliando este proceso evaluativo, hasta llegar al análisis sobre la efectividad, las implicaciones económicas, la calidad de vida asociada a su uso y los dilemas éticos, culturales y sociales de su difusión, es decir, se extendió desde los productores hasta las necesidades individuales y colectivas de los usuarios de TS.

16. GRUPO MEDOS (FORO PARA EL DESARROLLO DE LAS CIENCIAS), *Fundamentos conceptuales e instrumentales de un plan nacional de salud para la República Argentina*, consultado en [<http://www.elforodelasciencias.org>].

## V. DERECHO COMPARADO

La evaluación de tecnologías creció a partir de los años 70 en los países industrializados como una multiplicidad de programas y organizaciones que desarrollan, sintetizan y diseminan información sobre la utilidad de los procedimientos y prácticas utilizadas en los servicios de atención a la salud. Identificadas genéricamente como Agencias de Evaluación de Tecnologías, sus objetivos han sido principalmente los de proveer a los tomadores de decisiones, de información fidedigna acerca de la efectividad, costos, efectos adversos, y consecuencias éticas y sociales de las tecnologías sanitarias.

Estos organismos nacionales o regionales se han desarrollado a través de distintas formas de organización: unidades de los ministerios de salud; agencias privadas; unidades en el marco de organizaciones profesionales; agencias dependientes de instituciones aseguradoras; unidades de las universidades y agencias dependientes de instituciones benéficas.

A continuación, se desarrollarán algunos casos comparativos que creemos indispensable destacar por su relevancia en esta materia.

### **V.A. El Instituto Nacional de Salud y Excelencia de Atención (NICE), del Reino Unido**

En el Reino Unido, la ETES fue reconocida recientemente como una herramienta importante en la definición de políticas de salud. Este proceso se produjo en paralelo a la reforma implementada en el Sistema Nacional de Salud que promovía la creación –a su interior– de un “mercado interno”.

En Inglaterra, la ETES abarca no solo evaluación de medicamentos y equipamiento, sino todo el espectro de la práctica médica. Constituye tanto la investigación primaria, como las revisiones de evidencia preexistente.

La estrategia gubernamental ha sido la de establecer coordinaciones entre las diversas unidades, más que la de generar un organismo estatal con rol preferencial en esta materia. El Consejo de Investigación Médica es la principal agencia a través de la cual el gobierno financia la investigación biomédica y clínica, aunque igualmente existe un programa del Sistema Nacional de Salud de Evaluación de Tecnologías desde 1992. De esta forma, los organismos estatales actúan como favorecedores y coordinadores del pluralismo que existe en los métodos de revisión de la evidencia y las formas de difundirla.

El NICE se estableció originalmente en 1999 como el Instituto Nacional para la Excelencia Clínica, una autoridad sanitaria especial con el

objetivo de reducir la variación en la disponibilidad y la calidad de los tratamientos, y el cuidado del National Health Service (NHS). En 2005, tras la fusión con la Agencia de Desarrollo de la Salud, comenzó a desarrollar una guía de salud pública para ayudar a prevenir enfermedades y promover estilos de vida más saludables.

Desde ese momento, se han centrado en la responsabilidad de desarrollar y orientar los estándares de calidad en la atención social.

Si bien son responsables ante el departamento patrocinador, el Departamento de Salud, son operativamente independientes del gobierno. Es decir, las guías que poseen y otras recomendaciones son hechas por comités independientes.

La Junta de NICE establece las prioridades y las políticas estratégicas, pero el día a día de la toma de decisiones es responsabilidad del Equipo de Dirección (SMT). Sus directrices son oficiales únicamente para Inglaterra, sin embargo, tienen acuerdos para proporcionar ciertos productos y servicios con Gales, Escocia e Irlanda del Norte. En estos casos, las decisiones acerca de la forma en que esas directrices se van a aplicar, son hechas por administraciones descentralizadas de esos países que, a menudo, están involucradas con el desarrollo de la guía NICE.

En Inglaterra, la forma en que se planean y se ofrecen los servicios de salud pública ha sufrido grandes cambios. A estas guías, o consejos, se les ha dado un papel principal para reducir las desigualdades en salud. Esto presenta una oportunidad enorme, pero se trata en el contexto de restricción financiera significativa. Por lo tanto, los consejos tienen un objetivo claro para implementar iniciativas de salud pública y los programas de prevención de enfermedades, que arrojan resultados que son una buena relación de precio y calidad. La mejor manera de conseguir esto es mediante la aplicación de soluciones basadas en la evidencia que aseguran un retorno de la inversión en el largo plazo.

NICE ha estado proporcionando soluciones basadas en la evidencia para la salud pública desde el año 2005. Han producido una biblioteca de orientación que recomienda las maneras más eficaces de promover la actividad física y de hacer frente a cuestiones tales como el tabaco, el abuso de alcohol y la obesidad. Además, tienen a su cargo la confección de guías destinadas a la atención social.

Dentro de esas guías, hacen recomendaciones basadas en la evidencia sobre una amplia gama de temas: prevención y control de afecciones específicas, mejorar la salud y la gestión de medicamentos en diferentes

configuraciones, prestación de atención social para adultos y niños, planificación de los servicios más amplios e intervenciones para mejorar la salud de las comunidades, entre otros.

También, por otro lado, hacen una Orientación de Evaluaciones de Tecnología, donde evalúan la efectividad clínica y el costo de las tecnologías de la salud, tanto de nuevos productos farmacéuticos y biofarmacéuticos, como de procedimientos, dispositivos y agentes de diagnóstico.

Con ello, buscan asegurar que todos los pacientes del NHS tengan un acceso equitativo a tratamientos clínicos rentables, viables, y lo suficientemente eficaces y seguros para su uso.

Así es como este Instituto se convirtió en un eje rector del sistema, que proporciona información a aquellos que trabajan en la atención social, asesora a las autoridades locales, empresarios, grupos de voluntarios y cualquier otra persona involucrada en la prestación de atención sanitaria o la promoción del bienestar.

Como nos explicaba el Dr. Rubén Torres,<sup>17</sup> el éxito de esta Organización se debe –fundamentalmente– al prestigio que tienen sus decisiones, ya que se considera que sus miembros son ajenos e independientes a los intereses externos.

## **V.B. Evaluación de Tecnologías Sanitarias (ETES) en Chile**

En Chile la toma de decisiones de asignación de recursos en salud no se ha basado en métodos de evaluación de tecnologías provenientes de organismo oficiales. Sin embargo, desde los años 1990 han existido diversos programas de generación de evidencia y de procesos de priorización para definir el financiamiento y la cobertura de tecnologías sanitarias.

En 1997 se creó una Unidad ETESA en el Ministerio de Salud. Su objetivo fue elaborar evaluaciones y reportes basados en evidencia, en concordancia con las prioridades determinadas por el Ministerio. Por su parte, la promulgación de la ley de Garantías Explícitas en Salud ha promovido procedimientos de priorización de las intervenciones a incorporar en sus paquetes de beneficios. Además, a nivel ministerial se han elaborado una

17. Entrevista realizada al Dr. Rubén Torres, rector de la Universidad ISALUD, el 14/11/2016 en la sede de la Universidad.

serie de guías de práctica clínica y de metodologías de evaluación económica, así como estudios de costo-efectividad.

Con todo, los desafíos que quedan para alcanzar una institucionalidad formal para el proceso de toma de decisiones basado en ETES, son enormes: la estructura mixta pública-privada del sistema de salud —que funciona con lógicas distintas de cobertura y asignación de recursos—; la fragmentación y segmentación del sistema; la escasez de capacidades instaladas entre los investigadores, académicos y profesionales de la salud; o la propia idiosincrasia en las dinámicas de toma de decisiones. Estos son algunos de los factores que se deben enfrentar para avanzar hacia un modelo ETES en el país.

El interés y reconocimiento de ETES por parte de las autoridades sanitarias en Chile ha ido en aumento en la última década. Ello, junto con la recomendación de OPS y el acuerdo de los países latinoamericanos de incorporar la ETES en las políticas y sistemas de salud, ha sentado las condiciones para que Chile pueda comenzar a diseñar un modelo con estas características. Tienen como objetivo principal proponer un modelo de institucionalización de ETES, para evaluar, regular y gestionar las tecnologías sanitarias, de manera de fomentar la transparencia, eficiencia y equidad en la toma de decisiones de asignación de recursos en salud.

## VI. LA PROPUESTA ARGENTINA: AGENCIA DE EVALUACIÓN DE TECNOLOGÍAS EN SALUD

El Proyecto de ley, anteriormente mencionado, propone la creación de un organismo descentralizado, bajo la órbita del Ministerio de Salud, cuya función principal sea implementar estrategias que permitan establecer prioridades en la utilización de las tecnologías sanitarias, para incorporar aquellas que verdaderamente supongan una mejora sustancial para la población.

Así propuesto, viene a complementar el rol que actualmente desarrolla la ANMAT (Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica), quien —como indicó el Dr. Torres—, para aprobar el uso de un medicamento, solo evalúa que haya sido elaborado con las correctas prácticas industriales.<sup>18</sup>

18. Entrevista realizada al Dr. Rubén Torres, ob. cit.

Entre los fundamentos del Proyecto podemos destacar la necesidad de desarrollar mecanismos instrumentales que favorezcan la consolidación y la mejora de la calidad en la atención sanitaria, facilitando la aplicación de criterios de asignación adecuados de los cursos en el uso de tecnologías en salud.

Su destino es la unificación y potenciamiento de los recursos destinados a la investigación y análisis de utilidad de TS, promoviendo criterios prioritarios en su utilización, con base en una valoración que incluya parámetros clínicos, éticos, económicos y sociales, como así sus implicancias organizacionales.

El Proyecto considera que esta Agencia proporcionará alta calidad de información científica sobre la seguridad, eficacia, efectividad, costos e impacto de tecnologías sanitarias, ocupando un rol primordial en la toma de decisiones de los beneficiarios, gestores, financiadores, y prestadores de servicios de salud, regidos por el Ministerio de Salud.

Por último, es menester destacar que la propuesta de creación se sustenta en las recomendaciones de la OPS y OMS que —como explicamos previamente—, instan a los países miembros a crear procesos decisorios sobre incorporación de tecnologías sanitarias basadas en la evaluación. De este modo se orientarán las políticas públicas en materia de salud, hacia un sistema más equitativo, con una eficiente asignación de recursos, para así lograr el mayor beneficio del conjunto de la población.

## **VI.A. Funciones y Facultades de la AGNET**

Entre las funciones más relevantes que establece el Proyecto, podemos mencionar:

- Análisis y revisión de información científica relacionada con la evaluación de TS, y su difusión hacia los efectores de la salud.
- Evaluación y difusión de recomendaciones y protocolos de uso de TS.
- Análisis y evaluación del impacto económico y social de la incorporación de TS a la cobertura obligatoria (PMO).

Y entre sus facultades, destacamos:

- Realización de informes técnicos sobre la oportunidad, forma y modo de incorporación, utilización y exclusión de TS.

- Intervención previa a la inclusión de cualquier práctica dentro del PMO, o canasta básica que se determine para el sector público.
- Seguimiento y monitoreo de los resultados de las TS, incluidas en las coberturas mencionadas anteriormente.

Intervención en procesos judiciales: la AGNET será el órgano de consulta en los procesos judiciales de toda clase en los que se discutan cuestiones de índole sanitaria relativas a sus funciones.

## **VI.B. Integración de la AGNET**

Se proyecta que estará compuesta por un Directorio, integrado por 5 miembros de probada idoneidad en materia de salud y reconocido prestigio profesional, y designados por el Poder Ejecutivo.

A su vez, contará con dos Consejos: en primer lugar, un Consejo Asesor integrado por 9 miembros en representación de instituciones académicas, científicas, entidades representantes de productores de tecnologías, gremios médicos, organizaciones no gubernamentales, del Consejo de Obras y Servicios Sociales Provinciales de la República Argentina, y profesionales con reconocida trayectoria e idoneidad en la materia. En segundo lugar, un Consejo de Evaluación que estará conformado por un miembro titular en representación de la Defensoría del Pueblo de la Nación, de la Superintendencia de Servicios de Salud, de los financiadores de salud del sector privado, de los agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud, y de cada una de las regiones del Consejo Federal de Salud.

No es menor mencionar que por tratarse de un país federal en materia sanitaria, el Proyecto invita a las provincias a adherirse a su texto.

## **VII. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES**

Habiendo analizado brevemente el contexto que dio origen a la propuesta de creación de la Agencia, los modelos similares en el derecho comparado y las características propias de nuestro sistema sanitario, consideramos necesario hacer algunas reflexiones.

En primer lugar, de lo expuesto anteriormente, concluimos que gran parte de los conflictos en gestión de salud derivan de la falta de criterios uniformes en las decisiones políticas y judiciales que definen coberturas

de salud, ya sea aquellas que deban incorporarse al pago “entre todos” o aquellas solicitadas en casos concretos.

Por otra parte, enfatizamos que no existe hoy en día una verdadera dimensión de la problemática de la judicialización en materia de salud. Se sabe que existe y es mencionada en diversos congresos y artículos de doctrina, pero no hay actualmente una verdadera estadística que permita cuantificar su carga y elaborar, así, políticas para disminuirla y prevenirla. En ese sentido, una reciente Resolución de la Superintendencia de Servicios de Salud –órgano rector de las Obras Sociales Nacionales y Empresas de Medicina Prepaga– implementó la creación de un registro de amparos de OOSS y EMP.<sup>19</sup> Este registro busca a dar respuesta a esta problemática.

Allí se dispone que, a partir del mes de marzo de 2017, y durante distintas etapas, será obligatorio para las entidades regidas por la Superintendencia, la carga de datos acerca de todos los juicios que mantienen actualmente por reclamos de coberturas, haciendo hincapié en la recopilación de los siguientes datos: tipo de patología, médico prescriptor, motivo de la demanda, datos del paciente, abogado patrocinante y estado en el que se encuentra el juicio.

El objetivo es generar una base de datos que permita observar objetivamente el problema y sobre la base de ello empezar a desarrollar la normativa que se entienda como necesaria.

Más aún, una de las opciones que considera la Superintendencia es utilizar este mecanismo para observar la casuística y detectar si existen situaciones en las que sea necesario sancionar a un profesional con la exclusión del registro nacional de prestadores, al que los profesionales deben estar obligatoriamente incorporados para poder atender a través de las OOSS y EMP.

Nos parece que esta Resolución es parte de un paquete de medidas, desarrolladas por las autoridades públicas, con el objetivo de comenzar a adecuar el sistema sanitario a los lineamientos propuestos por la OMS para alcanzar la cobertura universal.

Consideramos así que, el modelo de Agencia propuesto concuerda con las recomendaciones internacionales delineadas para la toma de decisiones efectivas y equitativas en materia de salud, en donde los recursos son escasos y deben ajustarse a los principios de solidaridad y sustentabilidad.

19. B.O. 409/16, 7 de noviembre de 2016.

Retomamos entonces la idea de que en nuestro sistema –hasta el momento– no existen estudios que permitan orientar la toma de decisiones sanitarias, haciendo que generalmente estas sean poco fundadas. Tanto por la incorporación de cobertura de patologías al PMO o canasta básica, sin efectuar los correspondientes estudios de costo, efectividad, alcance,<sup>20</sup> etc.; como por la admisión de prácticas, medicamentos y tecnologías mediante disposiciones judiciales fundadas en una errónea interpretación de la garantía del derecho a la salud.

Hemos destacado, a lo largo del presente trabajo, que dicha garantía debe entenderse de acuerdo con criterios que permitan su democratización y que, para ello, es necesario que las decisiones que se tomen –ya sean judicial o legislativamente– estén basadas en estudios que comprendan los criterios mencionados.

De este modo, creemos que la Agencia, de la forma en la que está propuesta, constituirá un mecanismo que –a medida que se vaya perfeccionando– permitirá, por un lado, reducir la judicialización en materia de reclamos por cobertura de salud y brindar el marco necesario para la incorporación de TS adecuadas y sustentables; y, además, otorgar seguridad jurídica acerca de las condiciones de uso y aplicación de medicamentos y tecnologías sanitarias que hoy parecieran carecer de unidad.

Sin embargo, de aprobarse su creación, creemos necesario que su reglamentación tenga en cuenta ciertas características fundamentales que detallaremos a continuación.

Como surge de la letra proyectada, la integración del organismo refleja en todos sus órganos, actores representantes de los distintos intereses que se encuentran en juego en el sistema sanitario.<sup>21</sup> Esto apunta a una de las principales cuestiones que destacadas por el Dr. Torres: para que la actua-

20. Por supuesto, sin dejar fuera del estudio, los criterios éticos, sociales y económicos, propios de sistema sanitario.

21. De acuerdo con el Proyecto, el Consejo Asesor debe estar integrado por: representantes de instituciones académicas y científicas, productores de tecnologías, gremios médicos, organizaciones no gubernamentales, representantes del Consejo de Obras y Servicios Sociales Provinciales de la República Argentina, y profesionales con reconocida trayectoria e idoneidad en la materia. Por su parte, el Consejo de Evaluación deberá conformarse con representantes de la: Defensoría del Pueblo de la Nación, Superintendencia de Servicios de Salud, financiadores de salud del sector privado, agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud, y de cada una de las regiones del Consejo Federal de Salud (COFESA).

ción de la Agencia pueda verdaderamente orientar a los tomadores de decisiones, debe contar con un prestigio basado en la ajenidad e independencia de sus integrantes, brindando como resultado dictámenes despojados de todo tipo de cooptación política o económica.<sup>22</sup>

Según el especialista, este es el desafío más importante que tiene por delante la AGNET en un país como el nuestro, en el que la sociedad continuamente desconfía de sus instituciones. Sucede que existe una constante percepción del usuario o beneficiario del sistema de salud de estar siendo “engañado”, creyendo –de antemano– que no va a obtener la cobertura que solicita, lo que lo lleva –casi inmediatamente– a reclamarla ante la justicia.

Se puede observar como esto se contrapone a lo que sucede en los países desarrollados, donde existe una confianza extraordinaria por parte de los ciudadanos quienes creen que el sistema está cubriendo cosas que verdaderamente sirven al bienestar del conjunto de la población.

Es decir que, de lograrse este primer requisito de “prestigio” –como sucede en el caso del NICE–, una parte de los objetivos que se propone el organismo se encontrarían cumplidos.

En este primer sentido, las intervenciones de una Agencia dotada de estas características empezarán a orientar la toma de decisiones tanto políticas como judiciales.

Sin embargo, para que efectivamente sea un mecanismo que prevenga y disminuya la carga de judicialización en la materia, hay ciertos aspectos que debemos profundizar.

En el proyecto se dispone que la AGNET tiene la facultad de actuar como órgano de consulta en procesos judiciales. Esta característica –que claramente viene a solucionar la falta de criterios uniformes de los jueces para resolver los reclamos de salud–, del modo en que está planteada no tendría como resultado la disminución de la judicialización, porque el usuario ya habrá iniciado un reclamo y –recién allí– el juez acudiría a la intervención de la agencia.

Nuestra propuesta es que, en la futura ley –o en su reglamentación–, se disponga una instancia obligatoria de consulta –previa a la judicial– ante la Agencia sobre la práctica o medicamento que se solicita por fuera del PMO.

Es decir, el reclamante deberá previamente obtener un dictamen de la AGNET, donde se estudien sus condiciones particulares, la TS que se

22. Entrevista realizada al Dr. Rubén Torres, ob. cit.

solicita, si existen otras alternativas posibles, su costo-efectividad aplicado a las circunstancias, etc.

Pensamos que esta metodología de instancia anterior –que se aplica en países como Chile o México–, generará una mayor reflexión en los individuos a la hora de reclamar, teniendo como efecto directo la disminución de la carga de judicialización. Si un dictamen de la Agencia –necesariamente dotada de prestigio y convencimiento sobre la validez de sus decisiones– se manifiesta en contra de la cobertura solicitada, es probable que el paciente se vea disuadido de iniciar un proceso judicial –con las costas que ello implica–, porque tendrá una orientación de cómo podrá ser la decisión del tribunal.

Por supuesto que la decisión final seguirá estando a cargo del operador jurídico –ya que estos dictámenes no podrían nunca ser vinculantes–, pero de acuerdo con nuestra opinión, estas dos notas esenciales que proponemos –prestigio de sus integrantes y decisiones, e intervención como instancia previa a un proceso judicial– podrían impactar en el sistema en su conjunto, promoviendo políticas públicas de salud basadas en estudios sobre evidencia y decisiones judiciales fundadas en criterios democráticos.

Al mismo tiempo, de incorporarse la intervención previa de la Agencia, será necesario establecer un mecanismo para que sus dictámenes puedan ser expeditos –por ejemplo, en 48hs–, de acuerdo con la celeridad que requieren los derechos que se encuentran en juego, derecho a la salud, a la vida, etc.

Para finalizar, consideramos también que la AGNET, con las incorporaciones que aquí planteamos, funcionará como un mecanismo de prevención de reclamos de responsabilidad civil. Es que, por un lado, la función proyectada –que comprende la creación de protocolos y condiciones de uso de las nuevas TS–, podrá permitir la prevención de posibles reclamos por daños a la salud de los pacientes. Como ya destacamos, hay una actual carencia de este tipo de guías y muchas veces no se encuentran protegidos los derechos personalísimos de pacientes que se someten a tratamientos experimentales o al uso de nuevas tecnologías. La creación de este tipo de documentos podría tender a la protección del usuario, brindándole seguridad jurídica.

En otro sentido, la instauración de la Agencia bien podría obrar como mecanismo que permita repeler demandas en contra de los efectores de salud e, inclusive, del propio Estado, por daños ocasionados ante la negativa de coberturas. Por supuesto que los reclamos y demandas continua-

rán, pero las decisiones de la AGNET podrían brindar un fundamento más completo, basado en las características concretas del caso y en estudios fundados en la evidencia.

En definitiva, el organismo proyectado tendría una función ordenadora del sistema en su conjunto, brindando solución a las distintas problemáticas que se presentan en nuestro sistema sanitario y que hasta el momento no han sido resueltas.

Sin embargo, si bien la creación de la AGNET es necesaria, no es suficiente. Como expusimos a lo largo del presente trabajo, tal creación debe acompañarse de decisiones políticas que tiendan a su posicionamiento como piedra angular del sistema. Todo ello dista de ser una tarea sencilla, por lo que lejos estamos de ver un funcionamiento similar al que tienen este tipo de instituciones en los países desarrollados.

Concluimos entonces que –dotada de las características que en estas breves líneas hemos expuesto– la AGNET podría ser un mecanismo posible para la solución o morigeración de las problemáticas actuales que plantea el sistema sanitario argentino. Empero, a la vez, se trata de un desafío que será necesario afrontar por las autoridades gubernamentales para evitar que los avances desplegados en este sentido sean en vano.

## BIBLIOGRAFÍA

- CANO, Rubén, “Tiempo de Transiciones y Acción”, en *Revista Gestión en Salud*, N° 18.
- CANTAFIO, Fabio F., “Amparos de salud: actualización en doctrina y jurisprudencia”, en *DFyP*, año VII, n° 5, junio 2015, pp. 166-171.
- CZERNIZER, Diego G. y WIERZBA, Sandra M., “El derecho al disfrute del más alto nivel de salud y su judicialización”, en *La Ley*, n° 88, Buenos Aires, 2016.
- CZUBAJ, Fabiola, “Crecen los amparos para resolver prestaciones de salud”, en *La Nación*, Sección Salud, 2 de agosto de 2016.
- HASDEU, Sonia y TORALES, Santiago, “¿Mucho para uno o suficiente para todos?”, en *ISALUD*, n° 53, Buenos Aires, 2016.
- POLAK, María E., “Finalmente, Medicus pagará la droga para Piglia”, en *La Nación*, Sección Salud, 6 de enero de 2016.
- SEGUÍ, Adela M., “La prevención de los daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial Argentino”, en *SJA*, Buenos Aires, 2012/12/26-6.

VASSALLO, Carlos, “Los desafíos de igualdad y calidad de la cobertura universal”, en *Revista Médicos*, n° 94, Buenos Aires, Editorial Médicos, 2016.

WIERZBA, Sandra M., “Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Derecho Privado*, n° 2, Buenos Aires, Infojus, 2012.

—, “La Salud en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *En Letra*, n° 4, Buenos Aires, 2015.

ZAMBRANO, Martín y CIRES ETCHEVERRY, Julia, “La justa distribución de los recursos estatales en la salud argentina frente al impacto de nuevas prestaciones médicas y tecnologías sanitarias”, en *El Derecho*, n° 13.915, Buenos Aires, 2016.

*Lecciones y Ensayos*, Nro. 98, 2017

MÁXIMO, María Silvia, “Multiculturalismo y feminismo...”, pp. 221-240

## MULTICULTURALISMO Y FEMINISMO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE LA MUJER INDÍGENA\*

MARÍA SILVIA MÁXIMO\*\*

**Resumen:** Tomando como punto de partida la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos originarios en el territorio argentino, este texto busca demostrar cómo el principio de igualdad, fundamental para nuestro Estado democrático, no guarda correlación con las dinámicas internas de las comunidades indígenas que se rigen por un sistema patriarcal. De este modo y tomando una perspectiva de género se verifica en simultáneo una tensión entre el multiculturalismo y el feminismo toda vez que, en el caso del primero no repara en los derechos individuales de las mujeres indígenas y, en el caso del segundo porque universaliza bajo el reclamo de la mujer blanca, los múltiples y distintos reclamos que pueden tener las mujeres de grupos con códigos culturales diferentes. Como respuesta a la falta de representación en esos movimientos sociales, los grupos de mujeres indígenas constituyeron un movimiento independiente que lucha por su emancipación y su participación en la vida pública.

**Palabras clave:** igualdad – multiculturalismo – feminismo – mujer indígena – emancipación

**Abstract:** Taking into consideration the situation of vulnerability in which the native peoples within the territory of Argentina are immersed, the aim of this text is to demonstrate how the principle of equality clashes and eventually becomes blind-sighted to the internal dynamics of the native communities that are inherently guided by patriarchal values. Therefore from a gender-conscious perspective, tension between multiculturalism and feminism arises. In the first

\* Este trabajo ha obtenido el Primer Puesto del XIV Concurso de Ensayos “Ignacio Winizky” sobre Género y Derecho.

\*\* Estudiante de Abogacía (UBA).

case, multiculturalism does not take into account the individual rights of indigenous women, whereas in the case of feminism, the claims of white women are universalized, neutralizing under a single category the different claims that indigenous women coming from different cultural backgrounds may have. As an answer to this lack of representation within these social movements, different groups of native women have constituted an independent movement that fights for emancipation and participation in the public agenda.

**Keywords:** equality – multiculturalism – feminism – indigenous women – emancipation

## I. INTRODUCCIÓN

En el presente ensayo analizaré la tensión que existe entre dos movimientos sociales que luchan por el derecho a la igualdad: el multiculturalismo y el feminismo. Comenzaré por desarrollar el principio de igualdad como un derecho fundamental reconocido tanto en nuestra Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte.

Asimismo, evaluaré cómo esos movimientos chocan entre sí anulándose ya que el multiculturalismo propone medidas que resultan antifeministas por no reparar en los derechos individuales de quienes forman parte de un grupo cultural determinado, y, el feminismo es colonizador por tener un discurso que solo refleja los reclamos de la mujer blanca occidental y, no incluye las demandas de mujeres de distintas culturas. Esa tensión afecta y atenta los derechos individuales de las mujeres indígenas que sufren el patriarcado dentro de sus comunidades donde no son consideradas como sujetos pensantes encontrándose vedadas de la participación en la vida pública.

Por último, realizaré un breve relato de cómo los distintos grupos de mujeres indígenas, que pertenecen a distintas comunidades y, por lo tanto, a distintas culturas, han llegado a un consenso para formar un movimiento internacional independiente que busca la emancipación de los intentos de recolonización de la era de la globalización. Este movimiento internacional recoge las problemáticas que tienen los pueblos originarios con perspectiva de género para que las mujeres indígenas puedan participar de

las decisiones que afectan al desarrollo de la comunidad, luchando por su empoderamiento.

## II. DERECHO A LA IGUALDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 colocó a la igualdad como un derecho natural, inalienable y sagrado del Hombre.<sup>1</sup> Esta Declaración, producto de la Revolución Francesa, fue el punto de partida para el dictado de leyes universales y abstractas<sup>2</sup> de aplicación para toda la población generando una *igualdad ante la ley*. Se trata de un criterio de igualdad formal que evita las discriminaciones fundadas en razones de raza, sexo, religión, política u origen social. No obstante, este principio no repara en las diferencias socioeconómicas que se suscitan en una sociedad compuesta por distintas clases lo que produjo que el paradigma cambiara y dicho principio fuera superado por la *igualdad en la ley*. Es así que ahora se entiende que garantizar el derecho a la igualdad no implica que se deba aplicar la misma ley para todos sino que en determinadas ocasiones es necesario adoptar criterios diferenciadores o normas especiales para alcanzar la igualdad toda vez que dichos criterios no sean arbitrarios.

“Los derechos fundamentales pueden cumplir la promesa moral de respetar por igual la dignidad humana de cada persona”.<sup>3</sup>

En nuestra Constitución Nacional ese cambio de paradigma se vio reflejado a partir de la Reforma de 1994, en primer lugar con la incorporación de instrumentos internacionales de Derechos Humanos en el artículo 75 inciso 22 colocándolos en la cúspide del ordenamiento jurídico junto con la Carta Magna conformando así el denominado *bloque constitucional*.<sup>4</sup> Es

1. Artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789.

2. CASÁS, J. O., “Principios jurídicos de la tributación”, en GARCÍA BELSUNCE, H. A., *Tratado de la Tributación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, t. II, pp. 288-290.

3. HABERMAS, J., *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, consultado en [[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0185-24502010000100001](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502010000100001)] el 03/3/2017.

4. BIDART CAMPOS, G. J., *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996, t. I, capítulo V.

precisamente en esos instrumentos internacionales donde se reconoce la igualdad como un principio fundamental no discriminatorio y se establece que recae sobre los Estados la obligación de tomar todas las medidas necesarias en orden a respetar, proteger y garantizar el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos.<sup>5</sup> La jurisprudencia internacional reforzó estos dogmas jurídicos al sostener en el emblemático caso "Velásquez Rodríguez"<sup>6</sup> el deber que yace sobre los Estados de garantizar y respetar los derechos enunciados en la Convención Americana de Derechos Humanos pudiendo incurrir en responsabilidad internacional ante su incumplimiento; dicho incumplimiento puede darse porque el Estado adopta medidas positivas (acciones) o medidas abstencionistas (omisiones). Tomando este mismo postulado, años más tarde en el fallo "Barrios Altos"<sup>7</sup> la Corte Interamericana de Derechos Humanos ratificó el deber de los Estados de asegurar el cumplimiento de los derechos humanos y abarcando también el deber de prevenir eventuales violaciones de los derechos fundamentales como así también su investigación y las sanciones pertinentes.

En segundo lugar, la Reforma Constitucional adoptó artículos especiales destinados a vencer desigualdades fácticas sufridas por mujeres, niños e indígenas<sup>8</sup> a lo largo y a lo ancho del país durante años. Asimismo, el inciso 23 del artículo 75 otorgó facultades al Poder Legislativo para adoptar las medidas de acción positiva necesarias para garantizar la igualdad material; estas acciones son herramientas cuyo fin es lograr la igualdad respetando las diferencias y su propósito radica en "quebrar viejos patrones de segregación y jerarquía y, abrir oportunidades para mujeres y minorías que les han sido cerradas tradicional y sistemáticamente".<sup>9</sup> A modo de ejemplo, en

5. Artículos 1 y 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Preámbulo de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; preámbulo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

6. Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de fondo, 29/7/1988, párrafo 164.

7. Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia de fondo, 14/3/2001, párrafos 42 y 43.

8. Artículo 75, incisos 17 (pueblos originarios) y 23 (mujeres y niños).

9. RODRÍGUEZ, M. V., "Igualdad, democracia y acciones positivas", en GARGARELLA, R. (comp.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, t. II, p. 628.

nuestro ordenamiento jurídico se sancionó la “Ley de Cupos”<sup>10</sup> en el ámbito de la composición de las listas de los partidos políticos estableciendo que “las listas que se presenten deberán contener mujeres en un mínimo del 30% de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electos” (Artículo 1).

Este avance Constitucional demuestra que el principio de igualdad es uno de los pilares fundamentales del Estado argentino como respuesta a la fragmentación social existente ya que en su territorio conviven, por un lado una sociedad mayoritaria de cultura occidental y, por el otro, los pueblos originarios. De esta manera, el Estado reconoce una premisa determinante a partir de la cual se desprenden una serie de libertades básicas para garantizar la igualdad entre los grupos y protegerlos de medidas que atenten contra ellos; dentro de las cuales se encuentran la libertad de expresión, de asociación, la privacidad y la intimidad.<sup>11</sup>

Siguiendo la definición de Javier De Lucas, el multiculturalismo es un *hecho social*<sup>12</sup> que surge cuando en una misma sociedad conviven grupos con distintos códigos culturales, integrando lo que Bidart Campos denomina *federalismo cultural*.<sup>13</sup> Este fenómeno se ve garantizado en Estados laicos,<sup>14</sup> secularizados, que valoran la diversidad garantizando los derechos y libertades fundamentales para una convivencia pacífica entre las distintas culturas, teniendo cada una de ellas una unidad de representación en el Estado.<sup>15</sup>

En el Estado argentino, el multiculturalismo se verifica a partir de la

10. Ley 24.012 sancionada en el año 1991.

11. Estas libertades se encuentran consagradas en los artículos 14, 19 y 32 de la Constitución Nacional.

12. DE LUCAS, J., “La sociedad multicultural. Democracia y derechos”, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 41, n° 167, 1997, p. 55.

13. BIDART CAMPOS, G. J., *¿Un federalismo cultural?*, consultado en [<http://www.circulodoxa.org/documentos/Circulo%20Doxa%20-%20Federalismo.pdf>] el 5/3/2017.

14. ALEGRE, M., *Laicismo, ateísmo y democracia*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2012.

15. TOURAINE, A., “¿Qué es una sociedad multicultural? Falsos y verdaderos problemas”, en *Claves de Razón Práctica*, n° 56, 1995, p. 16. Un Estado que reconoce la multiculturalidad en su Carta Fundamental es Bolivia: “Hoy, con la Nueva Constitución Política del Estado tenemos la oportunidad histórica de cerrarle las puertas al racismo, a la discriminación y a la exclusión empezando a construir un Estado Plurinacional, intercultural y auténticamente democrático que se funde en la pluralidad cultural de nuestra patria”. Constitución política del Estado plurinacional de Bolivia.

existencia de una sociedad hegemónica de valores occidentales y la cohabitación con distintas minorías culturales, entre ellas, los pueblos originarios.<sup>16</sup> A estos últimos los podemos concebir como "*grupos nacionales*" conforme con el autor canadiense Will Kymlicka ya que constituyen una comunidad histórica con instituciones propias conformando un autogobierno que se desarrolla en un territorio determinado donde comparten su cultura, lengua y tradiciones.<sup>17</sup> Los rasgos característicos de estas minorías peligran según las políticas que lleva a cabo el Estado que los engloba ya que podrían arrasar con sus tradiciones culturales para obtener una uniformidad social colocándolos en una situación de vulnerabilidad. Es así que, frente a estos riesgos, un Estado democrático<sup>18</sup> debe ejercer una fuerte protección a los derechos civiles y políticos de los individuos para garantizar que los grupos minoritarios convivan con la sociedad mayoritaria, que las diferencias existentes entre ambos grupos sean toleradas y respetadas y, que cada grupo pueda desarrollarse según las prácticas que estimen más convenientes para sus proyectos de vida.

La segmentación social en la Argentina está caracterizada por la distribución desigual de recursos y oportunidades en detrimento de los pueblos originarios<sup>19</sup> que se encuentran marginados en los sectores más empobrecidos del Estado careciendo de acceso a servicios básicos de salud, educación e higiene.<sup>20</sup> Asimismo, estos grupos minoritarios enfrentan a diario decisiones de la sociedad mayoritaria que ponen en jaque su identidad cultural. Es por eso que frente a esas situaciones, tienen como mecanismo de

16. Conforme con el último censo realizado en la Argentina en 2010, la población indígena es de 955.032 personas siendo 481.074 varones y 473.958 mujeres. Consultado en [<https://agenciadenoticiaspueblosoriginarios.wordpress.com/2016/07/25/pueblos-originales-y-su-poblacion-censo-2010/>] el 8/3/2017.

17. KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 25.

18. Art. 1 de la Constitución Nacional.

19. GERLERO, M. S., *Introducción a la Sociología Jurídica: actores, sistemas y gestión judicial*, Buenos Aires, David Grinberg Libros Jurídicos, 2006, p. 133.

20. En septiembre de 2015 murió Oscar Sánchez, un adolescente de 14 años perteneciente a la comunidad aborígen de la etnia qom; pesaba solo 9 kilos y padecía una desnutrición severa. "Qué pasó realmente con el chico qom que murió desnutrido en la Argentina" por Verónica Smink para BBC Mundo, Argentina, el 10 de septiembre de 2015. Consultado en [[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/09/150910\\_argentina\\_desnutricion\\_qom\\_chaco\\_vs](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/09/150910_argentina_desnutricion_qom_chaco_vs)] el 10/3/2017.

defensa a las *protecciones externas*<sup>21</sup> definidas como derechos colectivos tendientes a proteger la existencia de esas minorías. Puede entenderse al artículo 75 inciso 17 de nuestra Norma Fundamental como una protección externa para los pueblos originarios donde se reconoce su preexistencia y se respeta su identidad cultural remediando la postura colonizadora que denotaba el antiguo artículo 65 inciso 15 de nuestra Constitución por cuanto preveía la "*conversión de los indios al catolicismo*", considerándolos como inferiores desde la llegada de los europeos a nuestro continente.

Conforme lo antedicho, en el caso de los pueblos originarios estamos ante grupos nacionales que preexisten a la conformación de la República Argentina, que no tienen intención de formar parte de la sociedad mayoritaria, sino que, a pesar de haber sido incorporados al Estado mayor continúan gozando de un autogobierno,<sup>22</sup> es decir, se rigen por sus propias instituciones. Es por esto que es necesario aplicar criterios diferenciadores para lograr una igualdad de oportunidades y de trato, que puedan acceder a la vida pública y participar en ella. Es indispensable un "*trato diferente*"<sup>23</sup> que permita respetar la diversidad cultural y el reconocimiento de nuestro Estado como multicultural. Por medio de la participación en la vida cívica se garantiza la igualdad de trato a quienes forman parte de un pueblo originario ya que de esa forma se los integra e invita a tomar un rol activo en los distintos debates, sus problemáticas pueden ser oídas y los resultados a los que esos debates lleguen serán como consecuencia de un consenso y no una imposición de la sociedad hegemónica.<sup>24</sup>

Sin embargo, cuando relacionamos el principio de igualdad y las pueblos indígenas, hacemos referencia a una igualdad colectiva, que

21. KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Praidós, 1996, p. 59.

22. Los grupos nacionales se diferencian de los grupos étnicos porque mientras que los primeros tienen su propio gobierno, los segundos se incorporan.

23. RAMÍREZ, S., "Matriz liberal de la Constitución y protección de los derechos de los pueblos originarios", en GARGARELLA, R. (coord.), *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Editores Siglo XXI, 2011, p. 149.

24. A modo de ejemplo de un "trato diferente" surge el *derecho a la consulta* del Convenio 169 de la OIT (ratificado por la Argentina por ley 24.071) constituyendo un instrumento por el medio del cual los miembros de los distintos pueblos indígenas pueden formar parte del Estado en todo lo vinculado a derechos territoriales y sus recursos naturales, problemática histórica en nuestro País con relación a los gobiernos de turno y las políticas para desaparecer a estas comunidades.

abarca en una misma categoría social a todos los pueblos originarios; pensamos en la aplicación de derechos especiales de grupo para vencer las discriminaciones sufridas, pero no aplicamos este mismo principio dentro de cada comunidad, es decir, problematizamos sobre la igualdad como un derecho fundamental entre las distintas culturas que conforman nuestro Estado pero no utilizamos el mismo criterio en el interior de cada uno de esos grupos.

Y es precisamente, en el marco de esta generalización, por cierto arbitraria, que la igualdad de género es excluida de las prácticas de estas comunidades;<sup>25</sup> más aún, en el interior de los pueblos indígenas se reproducen los esquemas patriarcales y las formas de dominación se fusionan generando una doble opresión hacia las mujeres: por un lado, una opresión colonial ejercida por la sociedad mayoritaria que ve a la mujer indígena como una masa uniforme sin individualidades y, por el otro, una dominación patriarcal toda vez que los hombres indígenas no las consideran como seres humanos de igual dignidad sino como "sirvientas".<sup>26</sup> En este sentido, las mujeres indígenas se encuentran en el último peldaño de la escalera de dominación teniendo como único privilegio el poder observar cómo las distintas formas de dominación juegan entre sí y, de esa manera, tienen las herramientas para redefinir el poder y transformar una sociedad basada en dominación. En conclusión, vemos que a pesar de los avances que se han hecho durante largos años para consolidar a la igualdad como un derecho fundamental, todavía hay mucho trabajo por hacer para que ese principio alcance a todos los habitantes de nuestro territorio en la letra y en los hechos.

25. Los hombres indígenas se resisten a considerar la cuestión de género por considerarla como un invento de la sociedad occidental con el objetivo de colonizar sus comunidades. "(...) cuando luchan como mujeres son señaladas como divisionistas, traidoras o de estar occidentalizándose, principalmente si adoptan en su trabajo, en sus discursos y en su vida personal, las categorías de género y feminismo". CUMES, A., "Multiculturalismo, género y feminismos: mujeres diversas, luchas complejas", en PEQUEÑO, A. (comp.), *Participación y políticas de mujeres indígenas en contextos latinoamericanos recientes*, Quito, FLACSO, 2009, p. 36.

26. CUMES, A. E., "Mujeres indígenas, patriarcado y colonialismo: un desafío a la segregación comprensiva de las formas de dominio", en *Seminario: Conversatorios sobre Mujeres y Género*, Anuario Hojas de Warmi, n° 17, 2012, p. 2.

### III. TENSION ENTRE MULTICULTURALISMO Y FEMINISMO EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE LAS MUJERES INDÍGENAS

Al observar en la actualidad los distintos movimientos sociales que luchan por el derecho a la igualdad encontramos que se destacan el feminismo y el multiculturalismo entre otros; a pesar de que ambos fenómenos comparten objetivos y fines comunes, existe una tensión inmanente entre ellos.

Por un lado, muchas de las soluciones propuestas por el multiculturalismo en pos de respetar el pluralismo cultural son derechos de grupos que resultan antifeministas, es decir, que restringen las posibilidades de las mujeres de desarrollar una vida con la misma dignidad humana que los hombres de su comunidad.<sup>27</sup> Por el otro, el feminismo no repara en la diversidad cultural de las mujeres, sino que universaliza sus voces recogiendo el discurso que supo emancipar a la mujer blanca<sup>28</sup> y, adoptando una conducta colonizadora con relación a las mujeres indígenas considerándolas como subordinadas y no como pares.<sup>29</sup>

En la lucha por la igualdad, el multiculturalismo propone los derechos de grupos como una solución al avasallamiento que las minorías pueden sufrir por parte de la sociedad mayoritaria; se trata de proteger, en este caso a los pueblos indígenas mediante el otorgamiento de derechos especiales.<sup>30</sup> Desafortunadamente la solución no es suficiente ya que el

27. En su texto "¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres?" Susan Moller Okin relata el caso ocurrido en Francia en 1980: el Gobierno francés permitió el instituto de la poligamia para los inmigrantes como una forma de garantizar la pluralidad cultural de su territorio. Sin embargo, cuando las mujeres fueron entrevistadas y tuvieron oportunidad de expresar su opinión respecto a la poligamia expresaron que no toleraban esa institución pero no tenían más remedio que cumplir con ella por imposición de los hombres.

28. Las primeras mujeres que participaron en el activismo feminista durante la década del '70 eran mujeres blancas, que provenían de los sectores medios, tenían formación universitaria y un gran compromiso con la izquierda.

29. CUMES, A. E., "Mujeres indígenas, patriarcado y colonialismo: un desafío a la segregación comprensiva de las formas de dominio", en *Seminario: Conversatorios sobre Mujeres y Género*, Anuario Hojas de Warmi, n° 17, 2012, p. 6.

30. En la Argentina se han creado una serie de institutos jurídicos para reconocer los derechos humanos de los pueblos indígenas como el otorgamiento de personería jurídica a las comunidades y sus organizaciones territoriales por medio de la cual se reconocen las instituciones y formas de gobierno de las comunidades originarias como así también sus costumbres y prácticas culturales. Asimismo, por medio de la resolución

rol del multiculturalismo es abogar por el respeto de la diversidad cultural y la identidad de los distintos grupos para que no sean absorbidos por un imperialismo cultural, pero no se involucra en lo que sucede dentro de esos grupos culturales donde también se violentan los mismos derechos y principios que trata de preservar por los propios miembros del grupo minoritario. Al estudiar cómo funcionan las dinámicas internas en las comunidades originarias, se observa que las estructuras de dominación que existen en la sociedad en la que están englobados se reproducen en su interior colocando a las mujeres en una situación de vulnerabilidad ya que los hombres indígenas ejercen el control sobre ellas. Esto es posible por la forma en que las comunidades se estructuran socialmente, mientras que los hombres se dedican a la vida pública,<sup>31</sup> a la toma de decisiones e incluso representan a su pueblo ante la sociedad occidental, el rol de la mujer consiste en realizar las tareas domésticas, la crianza de los niños permaneciendo en la esfera privada donde son reducidas a tareas de servidumbre y esclavitud, sufriendo hostigamientos por los propios hombres de la comunidad.<sup>32</sup>

"Cuando una cultura requiere y espera más de las mujeres en la esfera doméstica, menos oportunidad tienen de lograr una igualdad con los hombres en cualquier esfera".<sup>33</sup>

Una crítica similar puede hacerse al feminismo hegemónico que al universalizar la voz de las mujeres no hace distinciones entre quienes pertenecen a la cultura occidental y quienes pertenecen a la cultura no occidental cuando en realidad existe una distancia significativa entre las

---

INAI 328/2010 se creó el Registro Nacional de Organizaciones de Pueblos Indígenas para la inscripción de organizaciones que las comunidades se van dando por pueblos en las distintas provincias.

31. En Ecuador se intentó un proyecto para empoderar a las mujeres de una comunidad rural. Consistía en la posibilidad que tenían de realizar tejidos y comercializarlos. No obstante, los hombres de la comunidad las sancionaban si viajaban fuera de la comunidad lo que generó que sean ellos quienes se acercaban a los centros urbanos, vendían los productos y repartían las ganancias como querían.

32. DE LA TORRE AMAGUAÑA, L. M., *¿Qué significa ser mujer indígena en la contemporaneidad?*, consultado en [<http://escholarship.org/uc/item/9m93c0fs>] el 27/02/2017.

33. MOLLER OKIN, S., "¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres?", en COHEN, J., HOWARD, M. y NUSSBAUM, M. C. (ed.), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, Princeton University Press, 1999, pp. 1-17.

problemáticas de género sentidas en la sociedad mayoritaria y en las comunidades indígenas.<sup>34</sup> El feminismo hegemónico pretende proteger solo a la mujer blanca de clase media/alta, solo escucha sus reclamos<sup>35</sup> y, como corolario de esa generalización corre del escenario de lucha a la mujer indígena quedando esta olvidada en la esfera privada de su comunidad donde los hombres se empeñan en mantener las prácticas culturales que las desapoderan. De esta manera, el feminismo hegemónico termina favoreciendo a los hombres indígenas que, amparándose en el respeto por la diversidad cultural insisten en realizar prácticas y tradiciones que impiden que las mujeres indígenas tengan pleno control sobre sus decisiones y acciones no pudiendo desarrollar sus vidas con libertad.<sup>36</sup>

34. En Latinoamérica hay diferencias salariales en razón del género discriminando a las mujeres que reciben una remuneración menos por igual trabajo que los hombres. Esa discriminación se agudiza en el caso de las mujeres indígenas que reciben un salario menor que las mujeres blancas que viven en la ciudad. D’ALESSANDRO, M., *Economía feminista: cómo construir una sociedad igualitaria (sin perder el glamour)*, Buenos Aires, Penguin Random House Grupo Editorial, 2016, p. 28.

35. Los programas y campañas que ha desarrollado el Estado argentino para promover la igualdad de género y erradicar la violencia hacia la mujer no llegan a la mujer indígena; por ejemplo, el Consejo Nacional de las Mujeres desarrolló durante el año 2011 talleres destinados a instalar el enfoque de equidad de género. Estos talleres iban destinados a organismos gubernamentales y no gubernamentales y a mujeres y varones pertenecientes a la sociedad civil, dejando afuera a la mujer indígena. Otra campaña que no incluyó las perspectivas de género de la mujer indígena fue la denominada “Sacale tarjeta roja al maltratador” que consistía en avisos radiales, televisivos y gráficos concientizando sobre la violencia hacia la mujer y la posibilidad de denunciar dicha violencia. Sin embargo, por la situación de marginalidad en la que viven las comunidades indígenas y la falta de acceso a servicios de información hicieron imposible que los mensajes de la campaña llegaran a las mujeres indígenas. Se puede observar la campaña publicitaria del último programa en “Sacale tarjeta roja al maltratador”, consultado en [<https://www.youtube.com/watch?v=zsZeAEebOmg>] el 5/3/2017.

36. En la novena sesión del Grupo de Trabajo Sobre las Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas varios representantes indígenas reclamaron por la situación de vulnerabilidad de las mujeres indígenas “*quienes tenían menor acceso a sistemas de educación y sufren explotación económica, opresión y marginalización*” en KAMBEL, E. R., *Guía Sobre los Derechos de la Mujer Indígena bajo la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*, consultado en [<http://www.fimi-iwof.org/archivos/859002bf070c8e01c2eb846c88b0a675.pdf>] el 10/3/2017. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas en su sexto informe periódico de la Argentina del 14/12/2012 instó al Estado argentino a remover las barreras para el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva de las mujeres indígenas.

Se puede plantear como idea superadora de las dificultades que tienen los movimientos sociales analizados un *diálogo trans-cultural*<sup>37</sup> que permita definir los derechos humanos fundamentales que se deben garantizar tanto entre las distintas culturas como dentro de los grupos nacionales y que constituya una herramienta capaz de emancipar a las mujeres indígenas de la esfera privada para que puedan redefinir las prácticas culturales que las tienen como protagonistas, modificando aquellas que vulneran sus derechos individuales. La cultura no puede concebirse como estática debido a que es transformación y adaptación de las prácticas al tiempo y espacio donde se desarrollan y, principalmente, lo hacen a partir de un consentimiento previo, libre e informado de quienes las lleven a cabo. Asimismo, el hecho de que las prácticas se hayan realizado durante largos años, incluso siglos, no presupone que las mujeres las aprueben, las acepten y las deseen.<sup>38</sup>

"Los pueblos indígenas no somos piezas de museo, somos seres contemporáneos, coetáneos [...] no vivimos una cultura eterna, sino también *hacemos* cultura como cualquier pueblo vivo".<sup>39</sup>

#### IV. JURISPRUDENCIA: MATRIMONIO PRIVIGNÁTICO VS. DERECHO HEGEMÓNICO

En el apartado anterior hice mención a uno de los argumentos que los hombres indígenas utilizan para someter a las mujeres a la realización de distintas prácticas culturales y, ese argumento es el relativismo cultural.

Sin embargo, existen casos en los cuales el Estado ha intervenido para garantizar ciertos derechos que se vieron violados con la justificación de constituir una práctica cultural de la comunidad. Un caso sim-

37. BOAVENTURA DE SOUSA, S., "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", en BOAVENTURA DE SOUSA, S., *Toward a new common sense, Law, science and politics in the paradigmatic transition*, Nueva York, Routledge, 1995. Traducción de Francisco Gutiérrez Sanín, profesor del IEPRI.

38. DE LA TORRE AMAGUANA, L. M., *¿Qué significa ser mujer indígena en la contemporaneidad?*, consultado en [<http://escholarship.org/uc/item/9m93c0fs>] el 27/02/2017.

39. RIVERA CUSICANQUI, S., "Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores", en *Ch'ixinakax utxiwa*, Buenos Aires, Retazos, Tinta Limón Ediciones, 2010.

bólico ha sido el de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta del año 2006<sup>40</sup> donde las tradiciones de la comunidad indígena Wichi que habitan en el territorio del Estado argentino colisionaron con el Código Penal y también con nuestra Norma Fundamental y los Tratados Internacionales que en ella se receptan.

Los hechos se presentaron de la siguiente manera: una mujer de la comunidad Wichi denunció la violación de su hija de entre nueve y once años por su ex pareja (también miembro de esa comunidad), quien además quedó embarazada a partir del suceso. Ante esa denuncia, intervino el Poder Judicial de la Provincia en la que habitan y, a partir de ese momento se plantearon los siguientes interrogantes: ¿debe aplicarse el Código Penal haciendo a un lado las tradiciones de la comunidad ya que para la ley penal su acción constituye una violación? o ¿puede ser declarado el presunto agresor como inimputable con el fundamento de que su acción respondía a una práctica típica? En principio pareciera que el derecho hegemónico no puede convivir con las prácticas que llevan a cabo los Wichis ya que según el testimonio del Presidente de la Comunidad Lapacho Mocho y la defensa del imputado, no conciben como delito al matrimonio privignático (hombres mayores contraen matrimonio con una mujer y con su hija) sino que, por el contrario, es una práctica habitual dentro de la comunidad. Sin embargo, en este caso la decisión de la Corte de Salta fue que la ley penal debería imponerse sobre las tradiciones de esta comunidad indígena. En primer lugar, porque teniendo en consideración el interés superior del niño (reconocido en el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño),<sup>41</sup> la conducta del imputado vulneró los derechos que la comunidad le reconoce a la niña y, puso en riesgo su integridad física debido a que por la edad y contextura física puede sufrir daños producto de las relaciones sexuales. Por lo tanto, el Estado tiene prerrogativas suficientes para intervenir con el objetivo de proteger a la niña de las decisiones que sobre ella y su cuerpo han tomado en su comunidad.

En segundo lugar, tal como argumentó el Tribunal, no existen derechos absolutos por lo que, en este caso el acusado no puede evitar ser juzgado por el delito de violación por su condición de indígena y el derecho a la

40. Corte de Justicia de Salta, *Ruiz, José Fabián s/ Recurso de casación*, 29/9/2006.

41. Aprobada por la República Argentina según ley 23.849 (sancionada el 27/9/90, promulgada de hecho el 16/10/90, publicada, BO, 22/10/90).

identidad y respeto cultural, ya que de esa manera se estaría dotando a esos derechos el carácter de derechos constitucionales absolutos. En consecuencia, si se concibe de esta forma se desconocen los derechos individuales de la menor toda vez que la práctica cultural que se pretende defender atenta contra la integridad física y la dignidad humana de la pequeña. A su vez, el Tribunal aplicó el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT donde se expresa que los pueblos tienen facultades para mantener sus prácticas culturales "siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos".

En simultáneo, el Tribunal solicitó un informe antropológico con el fin de analizar si el matrimonio privignático realmente constituía una práctica consuetudinaria en la comunidad o si fue un argumento de encubrimiento con el fin de evitar la condena. A pesar de que del informe solicitado por la Corte de Salta<sup>42</sup> se desprende que es costumbre en la comunidad Wichi que las mujeres tengan relaciones sexuales desde la menarca, no existen pruebas suficientes que demuestren la institucionalización del matrimonio privignático, por lo tanto, no puede ser considerado como una costumbre ancestral de dicha comunidad.

Otro factor determinante que llevó al Tribunal a aplicar la ley penal y no la norma consuetudinaria Wichi fue oír y tener en cuenta la opinión de las mujeres indígenas con relación a prácticas similares al matrimonio de niñas con hombres mayores, a la poligamia entre otras; en la mayoría de los casos las mujeres alegaron que esas prácticas subsistían por imposición de los hombres y por el temor de ser expulsadas de la comunidad si no seguían las órdenes de su Cacique demostrando que al contraer matrimonio no lo hacían consistiendo con libertad sino con temor. En las oportunidades que las mujeres indígenas han tenido para expresarse han dicho que su deseo es continuar en sus respectivas comunidades manteniendo las costumbres que garantizan el respeto hacia las mujeres y desechando aquellas que son degradantes para ellas.

42. El fallo hace referencia a un informe antropológico solicitado a la Universidad Nacional de Salta realizado por el licenciado Francisco Márquez.

## V. LA CREACIÓN DE UN MOVIMIENTO INDEPENDIENTE: EL FORO INTERNACIONAL DE MUJERES

En 1995 se llevó a cabo la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing en la que participaron por primera vez grupos de mujeres indígenas. Esta constituyó una piedra angular para la creación de un movimiento independiente ya que aunque las participantes pertenecían a distintas culturas, compartían un pasado de subyugación y dominio colonialista. La participación en la Cuarta Conferencia significó un avance trascendental para estos grupos implicando su concepción como sujetos políticos trascendiendo la esfera privada. Producto de los debates y sesiones que se llevaron a cabo durante la Cuarta Conferencia, firmaron la Declaración de las Mujeres Indígenas en el Mundo<sup>43</sup> donde materializaron sus propios reclamos.

Si bien la Cuarta Conferencia otorgó a las mujeres indígenas la posibilidad de expresar sus voces con total libertad pudiendo manifestarse y adoptar una postura crítica sobre el colonialismo que las relegó a una situación de marginalidad como así también exteriorizar sin temores el rechazo al patriarcado en el que viven dentro de sus comunidades, lo cierto es que las representantes del feminismo hegemónico erigieron la denominada "Plataforma de Acción de Beijing",<sup>44</sup> que lejos de criticar al "Nuevo Orden Mundial"<sup>45</sup> y su fin recolonizador, demostró una vez más la tensión existente entre el multiculturalismo y el feminismo que se ha planteado como tesis en estas líneas.

Como respuesta al instrumento, las mujeres indígenas abandonaron su rol de subordinadas en su relación con el feminismo dominante y realizaron una serie de demandas para evitar la imposición de un modelo socio-cultural occidental afín al libre mercado dentro de las cuales se encuentran: reconocer y respetar su derecho a la autodeterminación (párrafos 18 a 21),

43. Consultado en [<http://www.nacionmulticultural.unam.mx/movimientosindigenas/docs/92.pdf>] el 11/3/2017.

44. Consultado en [<http://beijing20.unwomen.org/es/about>] el 11/3/2017.

45. "El Nuevo Orden Mundial se nutre de la pobreza y de la destrucción del medioambiente. Genera el apartheid social, alienta al racismo y las luchas étnicas, socava los derechos de las mujeres y con frecuencia lanza a los países a confrontaciones destructivas entre nacionalidades". En HOSSUDOVSKY, M., *Globalización de la pobreza y nuevo orden mundial*, consultado en [<http://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/090705.pdf>] el 11/3/2017.

reconocer y respetar su derecho a territorio, desarrollo, educación, salud (párrafo 22 a 29), detener las violaciones de los derechos humanos y la violencia contra las mujeres indígenas (párrafo 30 a 37), reconocer y respetar su derecho a su herencia intelectual y cultural y sus derechos a controlar la diversidad biológica en sus territorios (párrafos 38 a 43), asegurar la participación política de las mujeres indígenas y ampliar sus capacidades y acceso a los recursos (párrafos 44 a 50).

"Exigimos una participación equitativa en las estructuras indígenas y modernas de los sistemas sociopolíticos y de toda índole a todo nivel". (Párrafo 44 de la Declaración de las Mujeres Indígenas en el Mundo).

El inicio en la participación política de la mujer indígena fue fundamental para su empoderamiento abandonando los estereotipos de "sirvienta" quedando evidenciado con la consolidación del Foro Internacional de Mujeres Indígenas<sup>46</sup> cuyo fin es ocuparse de las problemáticas que afectan a las mujeres de los pueblos originarios, desarrollando programas tendientes a eliminar toda forma de discriminación racial y a promover su participación en los procesos de toma de decisiones.<sup>47</sup>

## V. CONCLUSIONES

Desde el reconocimiento de la igualdad como derecho fundamental en 1789, los Estados democráticos se han preocupado por garantizar derechos civiles y políticos para alcanzar una igualdad material. Asimismo, en el caso del Estado argentino, con la Reforma de 1994 se le otorgó al Congreso la potestad de adoptar medidas de acción positiva dado que, en determinados casos, como lo es la situación de los pueblos originarios, es necesario un "*trato diferente*" para llegar a la igualdad debido a que se encuentran en una situación de desventaja por las discriminaciones sufridas durante largos años.

46. Consultado en [<http://www.fimi-iiwf.org>] el 11/3/2017.

47. Durante los años 2011 a 2015 se llevó a cabo el programa "Participación e incidencia política" con el objetivo de posicionar a las mujeres indígenas en los espacios de toma de decisiones y en los debates sobre derechos humanos. Forma parte del Fondo Internacional de Mujeres Indígenas la comunidad Aborigin Maymaras. Los miembros de dicha comunidad son descendientes de la etnia kolla y se encuentran ubicados en la localidad de Maymar, Departamento de Tilcara, Jujuy, Argentina.

La conformación del Estado argentino está dada por una sociedad hegemónica por un lado y, distintos grupos minoritarios étnicos y nacionales dentro de los cuales se encuentran los pueblos originarios. El Estado tiene el deber de brindar las herramientas necesarias para que los grupos minoritarios tengan acceso a las mismas oportunidades que la sociedad hegemónica y su identidad cultural no sea puesta en peligro por un imperialismo cultural.

La tensión entre el multiculturalismo y el feminismo ocurre debido a que, por un lado, los defensores del pluralismo cultural consideran que todas las culturas deben ser respetadas y proponen como solución a posibles avasallamientos "derechos de grupos" que en algunos casos resultan antifeministas. Por otro lado, el feminismo no representa a las mujeres de grupos minoritarios como las indígenas sufriendo estas una doble dominación: el colonialismo y el patriarcado.

Debido a la falta de representación que hay en los movimientos sociales como el multiculturalismo y el feminismo de las mujeres indígenas, estas conformaron el Foro Internacional de las Mujeres Indígenas cuya misión es fomentar la participación de las mujeres indígenas en los espacios de toma de decisiones y empoderar a las mujeres indígenas para que puedan elegir y decidir las prácticas que las tienen como protagonistas, desechando las costumbres que atentan contra sus derechos individuales y su libertad para desarrollar sus planes de vida.

Aunque la constitución de un movimiento internacional que representa a los distintos grupos de mujeres indígenas ha sido un primer paso fundamental para su emancipación, todavía falta mucho trabajo para romper las cadenas de dominación que las han mantenido en la esfera privada y los estereotipos que las conciben como sirvientas domésticas y sexuales de los hombres de la comunidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, Marcelo, *Laicismo, ateísmo y democracia*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2012.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1996, t. I, capítulo V.
- BOAVENTURA DE SOUSA, Santos, "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", en BOAVENTURA DE SOUSA, Santos, *Toward a new*

- common sense, Law, science and politics in the paradigmatic transition*, Nueva York, Routledge, 1995. Traducción de Francisco Gutiérrez Sanín, profesor del IEPRI.
- CASÁS, José O., “Principios jurídicos de la tributación”, en GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., *Tratado de la Tributación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, t. II, pp. 219–409.
- CHOSSUDOVSKY, Michel, *Globalización de la pobreza y nuevo orden mundial*, consultado en [<http://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/090705.pdf>].
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de la Argentina, aprobadas por el Comité en su 46º período de sesiones (12 – 30 julio 2010).
- CONSTITUCIÓN NACIONAL.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA PLURINACIONAL DE BOLIVIA.
- CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
- CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL.
- CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER.
- CONVENIO 169 DE LA OIT.
- CORTE DE JUSTICIA DE SALTA, “Ruíz, José Fabián s/ Recurso de casación”, 29/09/2006.
- CORTE IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia de fondo, 14/3/2001.
- CORTE IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de fondo, 29/7/1988.
- CUMES, Aura, “Multiculturalismo, género y feminismos: mujeres diversas, luchas complejas” en PEQUEÑO, Andrea (comp.), *Participación y políticas de mujeres indígenas en contextos latinoamericanos recientes*, Quito, FLACSO, 2009, pp. 29-52.
- , “Mujeres indígenas, patriarcado y colonialismo: un desafío a la segregación comprensiva de las formas de dominio”, en *Seminario: Conversatorios sobre Mujeres y Género*, Anuario Hojas de Warimi, nº 17, 2012, pp. 1-16.
- D’ALESSANDRO, Mercedes, *Economía feminista: cómo construir una sociedad igualitaria (sin perder el glamour)*, Buenos Aires, Penguin Random House Grupo Editorial, 2016.
- DE LA TORRE AMAGUAÑA, Luz M., *¿Qué significa ser mujer indígena en*

*la contemporaneidad?*, consultado en [<http://escholarship.org/uc/item/9m93c0fs>].

DE LUCAS, Javier, “La sociedad multicultural. Democracia y derechos”, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 41, n° 167, 1997, pp.51–84.

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.

DECLARACIÓN DE LAS MUJERES INDÍGENAS DEL MUNDO, consultada en [<http://www.nacionmulticultural.unam.mx/movimientosindigenas/docs/92.pdf>] el 11/3/2017.

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

FORO INTERNACIONAL DE MUJERES INDÍGENAS, consultado en [<http://www.fimi-iiwf.org>] el 11/3/2017.

GERLERO, Mario S., *Introducción a la Sociología Jurídica: actores, sistemas y gestión judicial*, Buenos Aires, David Grinberg Libros Jurídicos, 2006.

HABERMAS, Jürgen, *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, consultado en [[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0185-24502010000100001](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502010000100001)] el 3/3/2017.

KAMBEL, Ellen–Rose, *Guía Sobre los Derechos de la Mujer Indígena bajo la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*, consultado en [<http://www.fimi-iiwf.org/archivos/859002bf070c8e01c2eb846c88b0a675.pdf>] el 10/3/2017.

KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996.

LEY 24.012.

MOLLER OKIN, Susan, “¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres?”, en COHEN, Joshua; HOWARD, Matthew y NUSSBAUM, Martha C. (ed.), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princenton, Princenton University Press, 1999, pp. 1-17.

PLATAFORMA DE ACCIÓN DE BEIJING, consultada en [<http://beijing20.unwomen.org/es/about>] el 11/3/2017.

PROGRAMA “SACALE TARJETA ROJA AL MALTRATADOR”, consultado en [<https://www.youtube.com/watch?v=zsZeAEebOmg>] el 05/3/2017.

RAMIREZ, Silvina, “Matriz liberal de la Constitución y protección de los derechos de los pueblos originarios”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Editores Siglo XXI, 2011, pp. 143-149.

RESOLUCIÓN INAI 328/2010.

RIVERA CUSICANQUI, Silvia, “Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores”, en *Ch'ixinakax utxiwa*, Buenos Aires, Retazos, Tinta Limón Ediciones, 2010.

RODRÍGUEZ, Marcela V., “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, t. II, pp. 619–657.

SMINK, Verónica, “Qué pasó realmente con el chico qom que murió desnutrido en Argentina” consultado en [[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/09/150910\\_argentina\\_desnutricion\\_qom\\_chaco\\_vs](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/09/150910_argentina_desnutricion_qom_chaco_vs)] el 10/3/2017.

TOURAINE, Alain, “¿Qué es una sociedad multicultural? Falsos y verdaderos problemas”, en *Claves de Razón Práctica*, n° 56, 1995, pp. 14–25.

ZAFFARONI, Raúl E., *Manual de Derecho Penal: parte general*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2010.

*Lecciones y Ensayos*, Nro. 98, 2017

GONZÁLEZ, Agustina Daniela, “La ley de cupo laboral trans como medida positiva...”, pp. 241-261

## LA LEY DE CUPO LABORAL TRANS COMO MEDIDA POSITIVA CONTRA LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL: LOGROS Y DESAFÍOS\*

AGOSTINA DANIELA GONZÁLEZ\*\*

**Resumen:** El trabajo propone un análisis acerca de la Ley de Cupo Laboral Trans de la Provincia de Buenos Aires como medida positiva contra la desigualdad estructural que padece el grupo destinatario y que les impide hacer efectivo su derecho al trabajo. Así, se toma a dicha ley como una medida fundamental pero se resalta la importancia de incorporar políticas públicas estructurales diferentes a las unidimensionales. Para arribar a ello, se aborda el marco normativo argentino sobre identidad de género y las condiciones de vida de la población trans. Luego, se esbozan los argumentos que asisten y justifican la adopción de medidas positivas destinadas a eliminar la desigualdad estructural.

**Palabras clave:** cupo laboral trans – desigualdad estructural – discriminación interseccional – igualdad como no sometimiento

**Abstract:** This paper proposes an analysis of the Buenos Aires’ Trans Worker Quota Law as a positive measure against structural inequality suffered by a group of people that are not able to exercise their right to work. Thus, this law is considered as a fundamental measure but the importance of incorporating public structural policies rather than unidimensional ones is highlighted. In order to achieve the incorporation of public structural policies, life conditions of trans population and the Argentine regulatory framework of gender identity are approached. Then, arguments that assist and justify the adoption of positive measures destined to eliminate structural inequality are mentioned.

\* Este trabajo ha obtenido el Segundo Puesto del XIV Concurso de Ensayos “Ignacio Winizky” sobre Género y Derecho.

\*\* Estudiante de Abogacía (UBA).

**Keywords:** trans labor quota – structural inequality – intersectionality – equality as anti-subordination

## I. INTRODUCCIÓN

La población LGBTTTTI (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Travestis, Transexuales, Transgénero e Intersexuales) es un grupo social que ha sido especialmente estigmatizado, vulnerabilizado y víctima de distintas violaciones a sus derechos humanos.<sup>1</sup> Dentro de este grupo, las personas trans<sup>2</sup> resultan severamente excluidas, siendo el derecho al trabajo uno de los derechos a los que tienen mayores dificultades para acceder. Sobre este punto se centrará este artículo.

En primer lugar, cabe destacar que en toda sociedad existen normas de género, las cuales se refieren a los roles, comportamientos, actividades y atributos que en una época determinada tal sociedad considera apropiados para mujeres y hombres.<sup>3</sup> De esta manera surgen las expectativas de género, las cuales derivan con frecuencia en discriminación ante quienes las incumplen. En consecuencia, las personas que se autoperciben con una identidad de género distinta a la dominante en la sociedad, son víctimas de un “estigma”.<sup>4</sup>

La exclusión del mercado laboral es consecuencia de la actuación de múltiples factores, como la falta de acceso a la educación, a la salud, la persistencia de una cultura discriminatoria tanto en los/as empleadores/as como en la sociedad en general, entre otras; y que, en la región, está siendo cada vez más visibilizada. Un claro ejemplo de esto es la sanción de la ley 14.783 de Cupo Laboral Trans de la Provincia de Buenos Aires,

1. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, consultado en [<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>] el 11/01/2017.

2. A los fines del desarrollo del presente trabajo, se entenderá por persona trans a todas aquellas personas identificadas como travestis, transgénero y transexuales.

3. Además, tanto las mujeres como los hombres tienen una identidad de género, referida a la experiencia de género innata, interna e individual de una persona, que puede o no corresponder con la fisiología de la persona o su sexo al nacer.

4. Véase la definición de “estigma” en página 6 del presente trabajo.

sancionada en Septiembre de 2015,<sup>5</sup> la cual tiene como objeto que el sector público de la Provincia de Buenos Aires ocupe, en una proporción no inferior al 1% de la totalidad de su personal, a personas travestis, transexuales y transgénero y que establezcan reservas de puestos de trabajo para ser exclusivamente ocupados por ellas, con el fin de promover la igualdad real de oportunidades en el empleo público (Artículo 1).<sup>6</sup> Aunque aún no ha sido reglamentada, esta ley ha significado un importantísimo avance en la búsqueda del reconocimiento del derecho al trabajo de las personas trans.

Ahora bien, la posición que tomaré es que *las medidas positivas destinadas a lograr el acceso al derecho al trabajo de las personas trans surgen como un deber constitucional (Artículo 75 inciso 23), pero no deben solo garantizar el acceso a un puesto de trabajo, sino también lograr la permanencia en el sistema laboral a través de la creación de políticas inclusivas integrales que contemplen la totalidad de los factores que generan la situación desfavorable que el grupo destinatario padece*. Es decir, sostendré que, si bien la sanción de un cupo mínimo de puestos de trabajo en el Estado ha sido fruto de una larga lucha de la sociedad civil y es una ley sumamente necesaria, resulta insuficiente si no se tienen en cuenta el conjunto de las desventajas que enfrentan las personas trans para acceder a un puesto de trabajo y mantenerse en él. Por ello, es menester fomentar políticas públicas creadas bajo un enfoque multidisciplinar.

Para arribar a esta posición, en lo que sigue, expondré (I) el marco normativo sobre identidad de género en Argentina y (II) algunas de las condiciones de vida por las que atraviesan las personas trans. Así, (III) analizaré la implicancia de la Ley de Cupo Laboral Trans de la Provincia

5. Disponible en [<http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/1-14783.html>]. Además, en la Universidad Nacional de Mar del Plata, el Consejo Superior ha adherido a la ley provincial y se comprometió a llevarla a cabo. A su vez, tanto en Rosario como en Campana se ha sancionado una ordenanza de cupo laboral trans, mientras que, en Mendoza, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Nación se presentaron distintos proyectos sobre la cuestión para su debate.

6. Esta ley alcanza al Estado Provincial, sus organismos descentralizados, las empresas del Estado, las municipalidades, las personas jurídicas de derecho público no estatales creadas por ley, las empresas subsidiadas por el Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos (Artículo 2); mientras que por otro lado incluye a las personas travestis, transexuales y transgénero mayores de 18 años, hayan o no accedido a los beneficios de la Ley de Identidad de Género, mientras que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo que deben ocupar de acuerdo a sus antecedentes laborales y educativos (Artículo 5).

de Buenos Aires y esbozaré los argumentos que asisten y justifican la adopción de medidas positivas destinadas a eliminar la desigualdad estructural, resaltando la importancia de incorporar políticas públicas estructurales diferentes a las unidimensionales. Por último, (IV) desarrollaré algunas reflexiones finales.

## II. MARCO NORMATIVO EN LA ARGENTINA

A nivel constitucional, en la reforma de 1994 se han incorporado al artículo 75 inciso 22 diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, en los cuales se prohíbe la discriminación arbitraria.<sup>7</sup> Sin embargo, en la mayoría de los tratados internacionales, la orientación sexual y la identidad de género no se encuentran establecidas como categorías prohibidas de discriminación expresas. A pesar de ello, la Comisión (en adelante CIDH) y la Corte Interamericana (en adelante Corte IDH) han afirmado que dichas categorías se incluyen en la expresión “otra condición social” del Artículo 1.1 de la Convención Americana y que los tratados internacionales de derechos humanos deben interpretarse con base en un criterio actual y evolutivo.<sup>8</sup>

Asimismo, a nivel internacional se destacan los Principios de Yogyakarta, fruto de una reunión de especialistas realizada en Indonesia del 6 al 9 de noviembre de 2006. Estos son principios jurídicos internacionales para la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos con relación con la orientación sexual y la identidad de género. Se trata de un documento que toma los derechos consagrados en los distintos tratados internacionales y que busca evitar que se niegue la aplicación del estándar básico de derechos fundamentales a personas con motivo de su orientación

7. Al respecto, véase ALDAO, M., y CLÉRICO, L., “La igualdad ‘des-enmarcada’: a veinte años de la reforma constitucional argentina de 1994”, en *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja*, 13, Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA, 2014, pp. 6-30; también SABA, R., *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

8. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays...*, ob. cit. La Corte IDH ha manifestado su posición en este sentido en el caso “Atala”. Sobre el tema, véase CLÉRICO, L., “El caso Atala de la Corte IDH: Posibilidades y perspectivas”, en *Contextos*, n° 6, Buenos Aires, Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013, pp. 81-101.

sexual o su identidad de género. La importancia de estos principios radica en que orientan la interpretación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, teniendo como fin evitar los abusos y dar protección a las personas LGBTTTI.

En cuanto a las leyes argentinas, el 9 de mayo de 2012 fue sancionada la ley 26.743 de Identidad de Género, la cual ha significado un notable avance y fue ampliamente reconocida, ya que fue la primera en el mundo que no patologiza la condición trans, sino que por el contrario descriminaliza tales identidades e incluye la obligación del sistema público y privado de salud de proveer tratamientos hormonales y operaciones para desarrollar la identidad. En concordancia con esto, en la Argentina ya se contaba con la ley 26.657 de Salud Mental sancionada en 2010, la cual “reconoce que la salud mental es un campo en el que se han ejercido prácticas violentas, de control y de dominación y, por ende, orienta todo su desarrollo hacia la promoción de los derechos humanos y la prevención de sus vulneraciones”.<sup>9</sup> En este sentido, en su Artículo 3 establece que en ningún caso puede hacerse un diagnóstico en salud mental sobre la base exclusiva de la “elección o identidad sexual”. Esta concepción de la salud mental “deslegitima clasificaciones psiquiátricas aún vigentes como el trastorno de la identidad sexual y el transexualismo y el travestismo de rol dual, remanentes de la histórica patologización de la orientación sexual y la identidad de género y que, desde el poder médico hegemónico, siguen oprimiendo a muchas personas transgénero en su vida cotidiana”.<sup>10</sup> Por otro lado, se encuentra la ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia. El Consejo Nacional de las Mujeres, como órgano de aplicación de la ley, ha indicado que el concepto “mujer” es tomado en sentido amplio, respondiendo a una unidad de colectivos de mujeres, e incluyendo a las mujeres trans, entre otras.<sup>11</sup> Este marco normativo se ha visto robustecido por la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación,

9. AKAHATÁ y otros, *Situación de los derechos humanos de las travestis y trans en Argentina*, consultado en [[http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ARG/INT\\_CEDAW\\_NGO\\_ARG\\_25486\\_S.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ARG/INT_CEDAW_NGO_ARG_25486_S.pdf)] el 11/01/2017.

10. *Ibid.*

11. CONSEJO NACIONAL DE LAS MUJERES, *Plan Nacional de Acción para la prevención, asistencia y erradicación de la violencia contra las mujeres 2017-2019 Ley 26.485*, consultado en [[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/consejo\\_nacional\\_de\\_mujeres\\_plan\\_nacional\\_de\\_accion\\_contra\\_violencia\\_genero\\_2017\\_2019.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/consejo_nacional_de_mujeres_plan_nacional_de_accion_contra_violencia_genero_2017_2019.pdf)] el 11/01/2017.

que recepta y refuerza las leyes que reconocen el derecho a la identidad de género, por ejemplo otorgando la opción de ponerle a los/as hijos/as el apellido de cualquiera de los/as cónyuges (artículo 64), avalando el cambio de prenombre sin intervención judicial por razones de género (artículo 69), incorporando en su texto el matrimonio entre personas del mismo sexo (artículo 402), entre otras.

De lo desarrollado en este punto, surge que el marco normativo argentino en materia de reconocimiento de derechos a la comunidad LGBTTTI es amplio y robusto. Se puede decir que, a nivel formal, la igualdad de género se encuentra garantizada. Ahora bien, la siguiente cuestión radica en corroborar cómo se plasma tal reconocimiento en la situación de hecho de las personas trans.

### III. CONDICIONES DE VIDA DE LA POBLACIÓN TRANS

La CIDH realizó un informe en noviembre de 2015 sobre la violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América. En este, hace especial énfasis en el ciclo de violencia, discriminación y criminalización en que se encuentran insertas las personas trans, “por la exclusión y violencia sufrida en sus hogares, comunidades y centros educativos”, lo cual es producto del “deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género”.<sup>12</sup> Es decir, son víctimas de un estigma. En este sentido, la Relatora Especial de la ONU sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento ha establecido que “El estigma puede entenderse en general como un proceso de deshumanización, degradación, desacreditación y desvalorización de las personas de ciertos grupos de la población (...). El objeto del estigma es un atributo, cualidad o identidad que se considera ‘inferior’ o ‘anormal’ (...) se basa en una concepción social de lo que somos ‘nosotros’, en contraposición a ‘ellos’, que confirma la ‘normalidad’ de la mayoría mediante la desvalorización de ‘los otros’...”<sup>13</sup>

12. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays...*, ob. cit.

13. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, El estigma y el ejercicio de los derechos humanos al agua y el saneamiento*, consultado en [[http://www.ohchr.org/Documents/HR-Bodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-42\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HR-Bodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-42_en.pdf)] el 15/01/2017.

Así, a pesar de los avances normativos, las personas trans siguen siendo víctimas de actos discriminatorios, los que son sostenidos, además, por obstáculos estructurales para el acceso a los derechos básicos (salud, educación, trabajo, entre otros), lo cual deja como resultado que tengan una expectativa de vida de 35 años tanto en nuestro país<sup>14</sup> como en la mayoría de los países americanos.<sup>15</sup>

Corrêa y Muntarbhorn, co-presidenta y co-presidente respectivamente del grupo de expertos/as que elaboraron los Principios de Yogyakarta, han destacado que las violaciones a los derechos humanos de dicha comunidad, entre las que se encuentran la discriminación, asesinatos, la negación de empleo o de oportunidades educativas, entre otras; constituyen un “patrón global y arraigado”.<sup>16</sup> Aun así, resulta dificultoso arrojar cifras exactas sobre las condiciones de vida de la población trans, ya que no existen estadísticas nacionales oficiales al respecto.<sup>17</sup> Sin embargo, diversas organizaciones han realizado informes sobre estas tanto en la Argentina como en América Latina.<sup>18</sup>

En lo que sigue, expondré ciertas consideraciones sobre el acceso de este grupo social a determinados derechos en particular.

### III.A. Acceso a la educación

La Primera Encuesta Sobre Población Trans del INDEC<sup>19</sup> mostró un capital escolar bajo. El 47.8% de las personas encuestadas expresó que

14. AKAHATÁ y otros, ob. cit.

15. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays...*, ob. cit.

16. CORRÊA, S. O. y MUNTARBHORN, V., “Introducción a los principios de Yogyakarta”, en CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, *Los Principios de Yogyakarta*, Buenos Aires, Jusbares, 2016, p. 18.

17. El INDEC ha realizado un informe “piloto” que se limita al análisis de la población travesti y trans del partido bonaerense de La Matanza, al que me referiré más adelante.

18. Al respecto, véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays...*, ob. cit.; AKAHATÁ y otros, ob. cit.; ASOCIACIÓN TRAVESTIS, TRANSEXUALES Y TRANSGÉNEROS ARGENTINA (ATTTA) y FUNDACIÓN HUÉSPED, *Ley de Identidad de Género y acceso al cuidado de la salud de las personas trans en Argentina*, consultado en [<https://www.huesped.org.ar/wp-content/uploads/2014/05/OSI-informe-FINAL.pdf>] el 11/01/2017; entre otros.

19. Corresponde solo a la localidad bonaerense de La Matanza.

manifestó su identidad de género entre los 13 y los 17 años y el 32.5% lo hizo hasta los 12 años<sup>20</sup> (rango etario que coincide con la edad escolar). Al mismo tiempo, la investigación realizada por la Asociación Travestis, Transexuales y Transgéneros Argentina (en adelante ATTTA) y Fundación Huésped en 2013 mostró un deseo deserción alto (se dio en el 48.8% de los casos) a causa de la discriminación por parte de (a) compañeros/as de clase, (b) directores/as, (c) profesores/as, (d) personal no docente y (e) otros/as profesionales como psicopedagogos/as y psicólogos/as.<sup>21</sup> Es decir, mientras las personas comienzan a manifestar su identidad de género se encuentran en edad escolar. Como consecuencia de ello, pasan a ser víctimas de discriminación, lo que provoca en muchos casos el abandono de sus estudios. Sin embargo, el número de casos de deserción se redujo al 7% luego de la sanción de la Ley de Identidad de Género.<sup>22</sup> Además, cabe destacar que el 66.2% de las personas trans relevadas mayores de 18 años no había terminado sus estudios secundarios o un nivel de educación superior y que, por otro lado, en el caso de las menores de 18 años solo el 50% asistía a la escuela, mientras que la otra mitad había abandonado sus estudios.<sup>23</sup>

Esta dificultad para acceder a la educación o continuar asistiendo a un establecimiento educativo implica que las personas trans posean una formación escasa, lo que les impediría competir en el mercado laboral con personas que poseen estudios secundarios, terciarios, universitarios o de posgrado y reduce sus posibilidades laborales a puestos de trabajo de baja jerarquía. Al mismo tiempo, esta situación denota la falta de incorporación de la perspectiva de género en la educación y de programas de inclusión para las personas trans.

### **III.B. Acceso al trabajo**

Hasta mayo de 2012, cuando fue sancionada la Ley de Identidad de Género, uno de los principales obstáculos que tenían las personas trans para acceder a un empleo formal era la discordancia entre su identidad de

20. INDEC, *Primera Encuesta sobre Población Trans 2012*, consultado en [[http://www.indec.gov.ar/micro\\_sitios/webencuestatrans/pp\\_encuesta\\_trans\\_set2012.pdf](http://www.indec.gov.ar/micro_sitios/webencuestatrans/pp_encuesta_trans_set2012.pdf)] el 17/01/2017.

21. ASOCIACIÓN TRAVESTIS, TRANSEXUALES Y TRANSGÉNEROS ARGENTINA (ATTTA) y FUNDACIÓN HUÉSPED, ob. cit.

22. *Ibid.*

23. *Ibid.*

género auto percibida y la información registral (DNI, acta de nacimiento, entre otros). Esto se modificó en parte con la sanción de dicha ley, aunque el obstáculo persiste por la gran cantidad de personas que no han realizado el trámite de cambio registral, el cual, de todas formas, no es obligatorio.<sup>24</sup>

Del informe realizado por ATTTA y Fundación Huésped, surge que la situación laboral de las personas trans es precaria, marcada por la inseguridad y la informalidad. Menos del 9.8% de las personas trans que trabajaban recibía aportes jubilatorios. Por otro lado, solo el 14.6% mencionó no haber realizado nunca “trabajo sexual”, estando más del 60% de las encuestadas dedicándose a la prostitución en ese momento.<sup>25</sup>

En el mismo sentido, según la Primera Encuesta sobre Población Trans del INDEC, el 73.2% de las personas encuestadas está o estuvo en situación de prostitución, de las cuales el 72.2% manifestó que está actualmente buscando otra fuente de ingreso y el 82.1% que dicha búsqueda se dificulta por su identidad de género. Asimismo, el 56.5% manifestó no haber realizado ningún curso de capacitación o formación laboral y del porcentaje que sí realizó los aludidos cursos, el 51.6% expresó que no le sirvió para conseguir trabajo.<sup>26</sup> Además, si bien existen distintos programas estatales para insertarse laboralmente,<sup>27</sup> *pesa la falta de capacitación y de experiencia laboral de las personas trans y persiste una cultura discriminatoria*. Así, son víctimas de una discriminación laboral estructural,<sup>28</sup> que las condena a la prostitución como única forma de subsistir.

En Latinoamérica y el Caribe la situación es similar. Un informe de la Red de Personas Trans de Latinoamérica y el Caribe (en adelante REDLACTRANS) revela que son muy pocas las personas trans que pudieron capacitarse para lograr acceder a un empleo formal. También se presentan *dificultades para permanecer en el empleo, dado que frecuentemente se*

24. AMAYA, M., y otros, *Campaña Nacional por la Inclusión Laboral de las Personas Trans*, consultado en [<http://inclusionlaboraltrans.com.ar/wp-content/uploads/2016/09/Guia-Campa%C3%B1a.pdf>] el 17/01/2017.

25. ASOCIACIÓN TRAVESTIS, TRANSEXUALES Y TRANSGÉNEROS ARGENTINA (ATTTA) y FUNDACIÓN HUÉSPED, ob. cit.

26. INDEC, ob. cit.

27. En Provincia de Buenos Aires se encuentra el Plan de Promoción, Preservación y Regularización de Empleo (PREBA) y a nivel nacional el Programa de Inserción Laboral en Empresas (PIL), Programa de Empleo Independiente (PEI), Programa Construir Empleo, entre otros.

28. AMAYA, M., y otros, ob. cit.

*dan despidos discriminatorios, acoso laboral, inclusión problemática en el entorno, hostigamiento*, entre otras. De esta manera, el medio mayoritario de subsistencia termina siendo la prostitución en el 90% de los casos. En los casos restantes, la generalidad posee trabajo informal y mal remunerado. A su vez, la mayoría de las veces la elección del trabajo sexual se acepta en última instancia, ya que las condiciones en que se lo ejerce son peligrosas y se encuentran expuestas a violencia.<sup>29</sup>

Por último, se debe destacar que mientras que el 54.6% había informado que se le había negado un trabajo debido a su identidad de género antes de la sanción de la Ley de Identidad de Género, esta cifra se reduce a un 12.5% luego de su sanción.<sup>30</sup> Sin embargo, esta cuestión no altera el hecho de que la mayoría de las personas trans se encuentren en situación de informalidad con respecto a su trabajo y que más de la mitad se dedique a la prostitución. Esto produce que empeoren sus condiciones de salud, mayor exposición a contraer enfermedades de transmisión sexual, exclusión del sistema de la seguridad social, afectaciones psicológicas por el estigma social, que se sometan a situaciones de violencia, persecución de las autoridades estatales, entre otras cuestiones.

Así, esta situación revela la importancia de la sanción de la Ley de Cupo Laboral, la cual ha sido producto de años de lucha de trans que vivieron (y viven) en estas situaciones de vulnerabilidad; y de la reglamentación de esta ley, ya que es una medida de acción positiva fundamental para lograr el acceso al derecho a trabajar de las personas trans. Sin embargo, aún quedan cuestiones a las que el Estado debe atender para lograr una solución estructural: la falta de capacitación y de experiencia laboral en muchos de los casos, el hostigamiento, la violencia, la persistencia de una cultura discriminatoria, el acoso laboral, entre otras.

29. RED DE PERSONAS TRANS DE LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE (REDLACTRANS), *Informe sobre el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales de la población trans en Latinoamérica y el Caribe*, consultado en [<http://redlactrans.org.ar/site/wp-content/uploads/2015/03/Informe%20DESC%20trans.pdf>] el 17/01/2017. Además, la CIDH se ha referido al ciclo de violencia que sufren las personas LGTTTBI manifestando que “enfrentan pobreza, exclusión social y altas tasas de inaccesibilidad a la vivienda, presionándolas a trabajar en economías informales altamente criminalizadas, como el trabajo sexual o el sexo por supervivencia”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicación No. 137/2015.

30. ASOCIACIÓN TRAVESTIS, TRANSEXUALES Y TRANSGÉNEROS ARGENTINA (ATTTA) y FUNDACIÓN HUÉSPED, ob. cit.

### III.C. Salud

En cuanto al acceso a la salud, según la encuesta nacional realizada por ATTTA y Fundación Huésped, el 78.6% de las personas trans no tienen ningún tipo de cobertura médica adicional a la salud pública; solo un 11.9% tiene obra social mientras que un 8.2% tiene algún servicio de emergencia y un 3% prepaga o mutual.

Por otro lado, el 52.3% de las entrevistadas sexualmente activas han sido diagnosticadas con alguna infección de transmisión sexual, siendo las más comunes el VIH (21.8%) y la sífilis (27.3%). Además, las personas que incluyeron en sus análisis el test de VIH fue por dos principales razones: controles rutinarios (45.7%) y/o debido a la prostitución (32.9%).

Por último, el 68% realizó tratamiento hormonal, porcentaje del cual el 54.5% se ha administrado las hormonas por cuenta propia. Es decir, se ha evidenciado una clara carencia de acceso a los servicios de salud para modificar sus cuerpos, por lo que se ha vuelto una práctica común la inyección de aceite industrial, dándose en el caso del 61.2% de las entrevistadas. Al mismo tiempo, han sufrido discriminación debido a su identidad de género de parte de (a) personal administrativo, (b) médicos/as, (c) enfermeros/as, (d) otros/as profesionales como psicólogos/as y trabajadores/as sociales y (e) otros/as pacientes. Después de la sanción de la Ley de Identidad de Género, estas experiencias se redujeron significativamente durante el primer año.<sup>31</sup>

Lo desarrollado en este apartado refleja, en primer lugar, por las características del sistema de salud argentino,<sup>32</sup> la falta de empleo asalariado entre las personas trans, ya que la mayoría no tiene ninguna cobertura adicional al sistema de salud público.<sup>33</sup> Por otro lado, ya que gran parte de la población trans se dedica a la prostitución, se encuentran más vulnerables a las infecciones de transmisión sexual.

31. ASOCIACIÓN TRAVESTIS, TRANSEXUALES Y TRANSGÉNEROS ARGENTINA (ATTTA) y FUNDACIÓN HUÉSPED, ob. cit.

32. En Argentina toda persona tiene garantizado el derecho a la salud y por lo tanto, tiene acceso al sistema de salud público. Por otro lado, los/as trabajadores/as del mercado formal y su grupo familiar tienen acceso a la cobertura brindada por las obras sociales. Por último, se encuentra la cobertura adicional y voluntaria que uno puede solicitar a una empresa de medicina prepaga.

33. ASOCIACIÓN TRAVESTIS, TRANSEXUALES Y TRANSGÉNEROS ARGENTINA (ATTTA) y FUNDACIÓN HUÉSPED, ob. cit.

### III.D. Otras consideraciones

En relación con el derecho a la vivienda, las personas trans padecen situaciones como (a) negación de alquiler o compra de vivienda, (b) rechazo de vecinos/as, (c) ser forzadas a cambiar su lugar de residencia y (d) ser denunciadas. Sin embargo, estas situaciones se redujeron en parte luego de la sanción de la Ley de Identidad de Género.<sup>34</sup>

Por último, se deben destacar los casos de violencia institucional. El INDEC registró que el 83% de las personas trans encuestadas habían sido víctimas de graves actos de violencia y discriminación policial.<sup>35</sup>

El Observatorio de Género de la Provincia de Buenos Aires, en colaboración con Akahatá y Heartland Alliance for Human Needs and Human Rights, realizó un informe en 2016 para presentar al Comité de Derechos Humanos de la ONU. En este, destacan distintas prácticas violentas y estigmatizantes de los/as agentes estatales, como (a) violencia, persecución y hostigamiento por parte de los/as agentes policiales, (b) incumplimiento de los derechos establecidos por la Ley de Identidad de Género en los trámites administrativos y judiciales, siendo tratadas las personas trans sin respetar su identidad auto percibida ni recibiendo un trato digno conforme los Artículos 12 y 13 de la citada ley, (c) criminalización contra las personas trans, habiéndose registrado un aumento de causas iniciadas en la justicia bonaerense, (d) vulneración de derechos y violencia sufrida en alcaldías y unidades penitenciarias, remarcándose en este sentido que en la Provincia de Buenos Aires solo existen dos pabellones que alojan personas trans (la Unidad N° 32 de Florencio Varela y la Unidad N° 2 de Sierra Chica), en los que conviven con imputados y condenados por delitos contra la integridad sexual. A su vez, los traslados a sedes judiciales o a otras Unidades Penales, son realizados junto a hombres y bajo la custodia de personal masculino aun cuando su identidad de género sea femenina. Por otro lado, las detenciones han provocado una interrupción o discontinuidad en los tratamientos hormonales que realizaban en libertad.<sup>36</sup>

34. ASOCIACIÓN TRAVESTIS, TRANSEXUALES Y TRANSGÉNEROS ARGENTINA (ATTTA) y FUNDACIÓN HUÉSPED, *ob. cit.*

35. INDEC, *ob. cit.*

36. OBSERVATORIO DE GÉNERO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, AKAHATÁ y HEARTLAND ALLIANCE PROGRAM, *Información adicional para la consideración del Informe de Argentina*

Estas cuestiones ilustran la calidad de vida que padecen muchas de las personas trans. Lo desarrollado en este punto muestra la situación de *desigualdad estructural* que padece el grupo destinatario y que les impide efectivizar su derecho a trabajar. Esta circunstancia es atravesada por múltiples problemas que se dan en distintos ámbitos (educativo, laboral, en la salud, entre otros) y que, conjuntamente, hacen a esta particular situación de vulnerabilidad a la que se ven sometidos. A pesar de que ha existido una mejora luego de la sanción de la Ley de Identidad de Género y todo el marco normativo en el que se inserta, se puede observar que existe una “persistencia de prejuicios y acciones discriminatorias sobre las personas con identidades de género y orientaciones sexuales diferentes a la heteronorma”.<sup>37</sup> En su informe sobre la violencia contra personas LG-BTTTI en América, la CIDH ha dicho que “predomina una amplia discriminación e intolerancia respecto de orientaciones sexuales, identidades de género, expresiones de género y personas cuyos cuerpos que desafían las corporalidades aceptadas socialmente. Los Estados, a través de su acción u omisión, generan esta discriminación e intolerancia, y en algunas instancias incluso la refuerzan”.<sup>38</sup>

#### IV. LA LEY DE CUPO LABORAL TRANS ¿UNA MEDIDA POSITIVA SUFICIENTE CONTRA LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL?

En este punto me referiré a la implicancia de la Ley de Cupo Laboral Trans de la Provincia de Buenos Aires, analizando los argumentos que asisten y justifican la adopción de medidas positivas destinadas a eliminar la desigualdad estructural y resaltando la importancia de incorporar políticas públicas estructurales diferentes a las unidimensionales.

La sanción de la ley de cupo busca ser una medida positiva que reduzca las desigualdades y perjuicios que sufre un grupo social discriminado y relegado históricamente. Sin embargo, en virtud de la situación de discriminación múltiple o interseccional que sufren las personas trans, es

---

*Comité de Derechos Humanos 117º Sesión*, consultado en [<http://www.defensorba.org.ar/ovg/pdfs/Informe-Comite-Derechos-Humanos-ONU-2016.pdf>] el 11/01/2017.

37. AKAHATÁ y otros, ob. cit.

38. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ob. cit., *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays...*, ob. cit.

una política pública unidimensional o unidireccional que por sí misma no resulta suficiente para garantizar el derecho al trabajo de estas personas, ya que esta falta de acceso al empleo es consecuencia de múltiples factores, como la falta de acceso al sistema educativo o al sistema de salud, la persistencia de prejuicios en la sociedad, las dificultades para integrarse en el ámbito de trabajo, la violencia de la que son víctimas por razón de su género, entre otros. Así, esta ley todavía deja muchos interrogantes y problemas sin resolver: ¿cómo se garantiza el acceso a puestos de jerarquía, si no se garantiza una formación y estudios previos? En el caso en que la persona hubiera alcanzado el nivel de formación requerido, ¿qué sucede con la discriminación que pueda surgir del entorno de trabajo? ¿Y aquella que se produce en el ámbito escolar? Además, el problema de la falta de educación se encuentra íntimamente relacionado con la falta de acceso al empleo, por lo cual una medida estatal que busque garantizar el acceso al trabajo de personas trans debe garantizar primeramente que estas completen su educación. En ese sentido, se debe plantear la incorporación de la perspectiva de género en la educación,<sup>39</sup> especialmente en la elaboración de programas que mejoren la situación de tales personas.<sup>40</sup> Si bien hoy en día hay muchas personas trans que han logrado formarse, todavía hay un número alto que no lo ha hecho y continúan afectadas por los otros factores que constituyen su situación de vulnerabilidad. Por otro lado, se debe plantear una solución para los prejuicios subsistentes en la sociedad, que producen su exclusión de los ámbitos escolares, laborales, familiares, entre otros. Así, es necesario que todos estos factores sean encarados de manera conjunta para arribar a una solución adecuada. Es decir, para aspirar a una situación de igualdad real de oportunidades en los casos de gru-

39. El debate por esta cuestión se ha instaurado en el ámbito académico, resultando especialmente relevante en la enseñanza del derecho, ya que los/as abogados/as ocupan históricamente posiciones de relevancia en los órganos estatales. Al respecto, véase BERGALLO, P., “El género ausente y la enseñanza del derecho en Buenos Aires”, en RODRÍGUEZ, M. V. y ASENSIO, R. (comps.), *Una agenda para la equidad de género en el sistema de justicia*, Buenos Aires, Del Puerto, CIEPP, 2009, pp. 1-27.

40. Por ejemplo, en Estados Unidos existía una directriz federal, denominada “Dear Colleague”, que instruía a las escuelas públicas a otorgarle a los/as estudiantes trans las facilidades necesarias para poder expresar su identidad de género. Entre otras cuestiones, les permitía usar los sanitarios y vestuarios correspondientes a su identidad de género. La misma se encuentra disponible en [<http://i2.cdn.turner.com/cnn/2017/images/02/22/colleague-201605-title-ix-transgender.pdf>]. Esta directiva ha sido recientemente derogada.

pos que sufren discriminación múltiple o interseccional, resulta necesario tomar en cuenta de manera integral todos los factores de discriminación. Por este motivo, las políticas públicas unidimensionales (aquellas que se enfocan en solo una de las causas de discriminación) resultan insuficientes. Se requieren políticas públicas coordinadas e integrales que erradiquen la desigualdad en todos sus aspectos y, para ello, se requiere comprender la igualdad desde la interseccionalidad.<sup>41</sup>

En cuanto a los argumentos que asisten a la adopción de medidas positivas, en primer lugar, se debe hablar del derecho a la igualdad, el cual se encuentra consagrado en el Artículo 16 de nuestra Constitución Nacional. A su vez, el Artículo 75 inciso 23 establece que se debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades, de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución. Es decir, según este artículo, la igualdad sería un principio que guiaría la aplicación de la misma Constitución. A partir de esto, la interpretación que se le puede dar a dicho principio es amplia: se incluye no solo la idea de igualdad como no discriminación arbitraria, sino también la idea de igualdad como no sometimiento,<sup>42</sup> la cual toma en cuenta la situación de la persona como integrante de un grupo excluido sistemáticamente y exige, por lo tanto, brindarle un trato privilegiado o justificado.<sup>43</sup>

Las políticas que abogan por un trato preferencial de ciertos grupos pueden ser cuestionadas, ya que implican una forma de “discriminación institucionalizada”. Se pueden identificar distintas posturas al respecto.<sup>44</sup>

41. RONCONI, L., *Igualdad como no sometimiento y derecho a la educación. La tesis de la insuficiencia aplicada*, Buenos Aires, Tesis de Doctorado, Facultad de Derecho UBA, 2016, p. 56.

42. ALDAO, M. y CLÉRICO, L., “La igualdad ‘des-enmarcada’: a veinte años de la reforma constitucional argentina de 1994”, en *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja*, n° 13, Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA, 2014, p. 18 y SABA, R., *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, p. 81.

43. Al respecto, véase CLÉRICO, L. y ALDAO, M., “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en *Lecciones y Ensayos*, n° 89, Buenos Aires, Eudeba, 2011, pp. 141-179 y CLÉRICO, L., RONCONI, L. y ALDAO, M., “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento”, en *Revista Direito GV*, n° 1, vol. 9, San Pablo, FGV Direito SP, 2013, pp. 115-170.

44. Sobre el tema, véase DWORKIN, R., *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igual-*

Sin embargo, estas resultan no solo enmarcadas en la manda constitucional, sino que surgen como un deber de la propia Constitución si se toma el principio de igualdad como no sometimiento. Asimismo, existen otros argumentos que asisten y justifican este tipo de medidas. En primer lugar, se puede decir que (a) tienen como objetivo atender a la justicia, ya que buscan eliminar el daño injustamente inferido a un grupo social. En segundo lugar, que (b) buscan compensar a estos grupos por las consecuencias de la discriminación que han sufrido. Por último, (c) buscarían lograr una igualdad real de oportunidades para estos grupos subordinados y no una meramente formal.<sup>45</sup> Esto, a su vez, se condice con el principio 28 de los Principios de Yogyakarta, según el cual las medidas adoptadas con el propósito de brindar reparaciones a personas de diversas identidades de género o de asegurar su desarrollo adecuado, son esenciales para el derecho a recursos y resarcimientos efectivos. La importancia de lograr la igualdad de género, reconocida mundialmente, exige que los Estados se comprometan a llevar a cabo medidas o acciones positivas para lograr ese objetivo.

Finalmente, la sanción de una ley de cupo fue un logro alcanzado a través de muchos años de lucha de la sociedad civil, lo que tuvo un papel de gran importancia en los reclamos por la igualdad real de oportunidades en materia laboral.<sup>46</sup> Así, el surgimiento de este tipo de medidas no es consecuencia solo de un progresivo reconocimiento de los derechos humanos sino que es fundamental la constante movilización de las organizaciones civiles.<sup>47</sup> Dicha ley es una herramienta positiva esencial para poder encarar un debate que es necesario en la agenda pública, como es el tema de la empleabilidad para personas trans, pero también para poder empezar a diseñar políticas integrales al respecto. Se debe elaborar un plan de acción

---

*dad*, Barcelona, Paidós, 2003; también RODRÍGUEZ, M. V., “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en GARGARELLA, R. (coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

45. VELASCO ARROYO, J. C., “Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia”, en *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, n° 41, Murcia, Edit.UM, 2007, p. 147.

46. Por ejemplo, la ley provincial nro. 14783 de Cupo Laboral Trans de Buenos Aires lleva el nombre de “Amancay Diana Sacayán”, quien fue una activista trans fundadora del Movimiento Antidiscriminatorio de Liberación (MAL) y una de las personas que impulsó la sanción de dicha ley.

47. Al respecto, véase GERLERO, M., “Derecho a la sexualidad: desde las organizaciones a las políticas públicas”, en *Derecho y Ciencias Sociales*, n° 2, Buenos Aires, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2010, pp. 53-68.

que contemple todos o por lo menos la mayor cantidad de factores que intervienen y producen esta situación de vulnerabilidad, los cuales interactúan entre sí y deben ser entendidos a través de una mirada interseccional. Al mismo tiempo, es necesario plantear la sanción de una ley de tales características a nivel nacional.<sup>48</sup>

## V. REFLEXIONES FINALES

Si bien ha sido un avance que el Estado haya reconocido las distintas identidades de género o, dicho en otras palabras, la diversidad de género constituye una obviedad remarcar que garantizar la igualdad formal en la ley no basta, porque existe una desigualdad fáctica desde el punto de partida que exige un trato diferencial o medidas de acción positiva para lograr la eliminación de la discriminación estructural de la que son víctimas las personas trans. Así, aunque tenemos un marco normativo robusto que reconoce muchos derechos a la comunidad LGTTTBI, es evidente que persisten prácticas estigmatizantes y discriminatorias. Dicha población ve vulnerado su derecho a la vida, a la educación, a la libertad, a trabajar, entre otros. A pesar de esto, es necesario admitir que el reconocimiento del Estado a través de la legislación es imprescindible para exigir el cumplimiento de los derechos. En este sentido, los Estados tienen la obligación de tomar medidas para garantizar el goce de los derechos humanos y deben trabajar para lograr una conciencia sobre los estigmas y una cultura en el respeto de los derechos humanos, en especial con relación a los grupos vulnerables.

Por otro lado, hay que destacar que resulta menester confeccionar estadísticas oficiales para luego poder pensar en la elaboración de políticas públicas acorde a las necesidades de este grupo social y así garantizar el

48. En el 2016 se ha presentado en el Congreso un proyecto de ley denominado “Ley Integral Trans” que contempla varias problemáticas sufridas por las personas trans. La misma fue iniciativa de ATTTA y la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) y contempla la creación de Centros Especializados en Identidad de Género para hospitales públicos nacionales, la creación de un cupo laboral del 0.5% en el Estado Nacional, la creación de un incentivo fiscal para empleadores privados, acceso prioritario a programas habitacionales públicos para personas trans, la asignación de un subsidio mensual para las personas trans mayores de 40 años, entre otras cuestiones. Disponible en [<http://www.falgbt.org/wp-content/uploads/2016/12/Nacion-Ley-Integral-Trans-.pdf>].

pleno acceso, la permanencia y el desarrollo en el mercado laboral formal. Hay muchos factores que deben tenerse en cuenta, como por ejemplo la falta de formación previa, lo que impediría que ocupen cargos de jerarquía; las dificultades para integrarse con sus compañeros/as de trabajo por los fuertes prejuicios que aún subsisten; la falta de acceso a la salud, entre otras cuestiones que ameritan la elaboración de un plan de acción o un programa integral que busque arribar a una solución a largo plazo, además de la sanción un cupo mínimo de puestos de trabajo.

En este sentido, la Ley de Cupo Laboral Trans de la provincia de Buenos Aires es una medida positiva que robustece el marco normativo que reconoce la identidad de género y que, por lo tanto, requiere ser reglamentada. Sin embargo, aunque busca garantizar puestos de trabajo a personas que carecían de ellos, no toma en cuenta la situación estructural de vulnerabilidad de estas personas para acceder al mercado laboral. Esta situación requiere medidas estructurales que impliquen la actuación no solo del Gobierno, sino también de otros actores no estatales. Se requiere la intervención del Poder Legislativo, sancionando leyes, creando organismos para realizar un seguimiento de la situación de las personas trans, coordinando la participación de actores/as involucrados/as al momento de sancionar medidas; la participación del Poder Ejecutivo, reglamentando las leyes que garanticen acceso a los distintos derechos, institucionalizando los temas de género; del Poder Judicial, capacitando en cuestiones de género, facilitando el acceso a la justicia; de Organizaciones No Gubernamentales (ONGs), para que informen los problemas que observan y propongan soluciones; de las universidades y escuelas, fomentando la tolerancia y la igualdad de género, incorporando una perspectiva de género en las materias que dictan, entre otras.

La cuestión que aún se encuentra pendiente es la sanción de una ley de cupo laboral trans en el ámbito nacional. Para ello, se debe asumir que la inserción laboral promovida por ese tipo de medidas es consecuencia de la discriminación laboral estructural que sufren las personas trans y que, por lo tanto, es una medida necesaria a la luz de nuestro principio constitucional de igualdad robusto. El debate por esta cuestión debe ser encarado a través de una mirada interseccional y debe producir, en consecuencia, la elaboración de un plan de acción integral que contemple todos los obstáculos que padecen las personas trans.

## BIBLIOGRAFÍA

- AKAHATÁ y otros,, *Situación de los derechos humanos de las trans en Argentina*, consultado en [[http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ARG/INT\\_CEDAW\\_NGO\\_ARG\\_25486\\_S.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ARG/INT_CEDAW_NGO_ARG_25486_S.pdf)] el 11/01/2017.
- ALDAO, Martín y CLÉRICO, Laura, “La igualdad ‘des-enmarcada’: a veinte años de la reforma constitucional argentina de 1994”, en *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja*, N° 13, Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA, 2014, pp. 6-30.
- AMAYA, Mariana y otros, *Campaña Nacional por la Inclusión Laboral de las Personas Trans*, consultado en [<http://inclusionalaboraltrans.com.ar/wp-content/uploads/2016/09/Guia-Campa%C3%B1a.pdf>] el 17/01/2017.
- ASOCIACIÓN TRAVESTIS, TRANSEXUALES y TRANSGÉNEROS DE ARGENTINA (ATTTA) y FUNDACIÓN HUÉSPED, *Ley de Identidad de Género y acceso al cuidado de la salud de las personas trans en Argentina*, consultado en [<https://www.huesped.org.ar/wp-content/uploads/2014/05/OSI-informe-FINAL.pdf>] el 11/01/2017.
- BERGALLO, Paola, “El género ausente y la enseñanza del derecho en Buenos Aires”, en RODRÍGUEZ, Marcela V. y ASENSIO, Raquel (comps.), *Una agenda para la equidad de género en el sistema de justicia*, Buenos Aires, Del Puerto: CIEPP, 2009, pp. 1-27.
- CLÉRICO, Laura, “El caso Atala de la Corte IDH: Posibilidades y perspectivas”, en *Contextos*, n° 6, Buenos Aires, Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013, pp. 81-101.
- CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en *Lecciones y Ensayos*, N° 89, Buenos Aires, Eudeba, 2011, pp. 141-179.
- CLÉRICO, Laura, RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín, “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento”, en *Revista Direito GV*, N° 1, vol. 9, San Pablo, FGV Direito SP, 2013, pp. 115-170.
- CONSEJO NACIONAL DE LAS MUJERES, *Plan Nacional de Acción para la prevención, asistencia y erradicación de la violencia contra las mujeres 2017-2019 Ley 26.485*, consultado en [<https://www.argentina.gob.ar/si->

tes/default/files/consejo\_nacional\_de\_mujeres\_plan\_nacional\_de\_accion\_contra\_violencia\_genero\_2017\_2019.pdf] el 11/01/2017.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, consultado en [http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf] el 11/01/2017.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, *Los Principios de Yogyakarta*, Buenos Aires, Jusbaire, 2016.

GERLERO, Mario, “Derecho a la sexualidad: desde las organizaciones a las políticas públicas”, en *Derecho y Ciencias Sociales*, N° 2, Buenos Aires, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 2010, pp. 53-68.

DWORKIN, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.

FRASER, Nancy, “La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en *Revista de Trabajo*, N° 6, Buenos Aires, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2008, pp. 83-99.

INDEC, *Primera Encuesta sobre Población Trans 2012*, consultado en [http://www.indec.gob.ar/micro\_sitios/webencuestatrans/pp\_encuesta\_trans\_set2012.pdf] el 17/01/2017.

OBSERVATORIO DE GÉNERO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, AKAHATÁ y HEARTLAND ALLIANCE PROGRAM, *Información adicional para la consideración del Informe de Argentina Comité de Derechos Humanos 117º Sesión*, consultado en [http://www.defensorba.org.ar/ovg/pdfs/Informe-Comite-Derechos-Humanos-ONU-2016.pdf] el 11/01/2017.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, El estigma y el ejercicio de los derechos humanos al agua y el saneamiento*, consultado en [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-42\_en.pdf] el 15/01/2017.

RED DE PERSONAS TRANS DE LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE (REDLACTRANS), *Informe sobre el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales de la población trans en Latinoamérica y el Caribe*, consultado en [http://redlactrans.org.ar/site/wp-content/uploads/2015/03/Informe%20DESC%20trans.pdf] el 17/01/2017.

RODRÍGUEZ, Marcela V., “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en

- GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- RONCONI, Liliana, *Igualdad como no sometimiento y derecho a la educación. La tesis de la insuficiencia aplicada*, Buenos Aires, Tesis de Doctorado, Facultad de Derecho UBA, 2016.
- SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.
- , *Pobreza, derechos y desigualdad estructural*, Colección *Equidad de género y democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2012, vol. 3.
- UNESCO, *La igualdad de género*, consultado en [<http://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/digital-library/cdis/Iguldad%20de%20genero.pdf>] el 20/01/2017.
- VELASCO ARROYO, Juan Carlos, “Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia”, en *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, N° 41, Murcia, Edit.UM, 2007, pp. 141-156.

*Lecciones y Ensayos*, Nro. 98, 2017

LÓPEZ, Daniela Alejandra, “Fuego cruzado en el debate sobre la prostitución...”, pp. 263-277

## FUEGO CRUZADO EN EL DEBATE SOBRE LA PROSTITUCIÓN: A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY DE “TRABAJO SEXUAL” PARA LA ARGENTINA \*

DANIELA ALEJANDRA LÓPEZ \*\*

**Resumen:** En este ensayo se presenta, desde la perspectiva abolicionista, una crítica al proyecto de ley de regulación del trabajo sexual en la Argentina, señalando contradicciones entre este y la legislación vigente. Además, constituye una propuesta de abordaje en términos de políticas públicas y una toma de posición respecto de los métodos de discusión al interior del movimiento feminista.

**Palabras clave:** prostitución – regulacionismo – abolicionismo – género – derechos de las mujeres – trabajo sexual – explotación sexual – trata de personas

**Abstract:** This essay is, from an abolitionist point of view, a review and a critic on a potential law that aims to regulate “sex work” in Argentina, indicating also potential conflicts with, in case of being passed, the “sex work law” and some of legislation and public policies. It also proposes a public policy on prostitution and points out a method of arguing inside the feminist movement.

**Keywords:** prostitution – regulation – abolitionism – gender – women rights – sex work – sex exploitation – human trafficking

### I. INTRODUCCIÓN

En este ensayo me propongo hacer una reflexión acerca de la situación de la prostitución en la Argentina. En vistas de la presentación de

\* Este trabajo ha obtenido el Tercer Puesto del XIV Concurso de Ensayos “Ignacio Winizky” sobre Género y Derecho.

\*\* Estudiante de Abogacía (UBA).

un proyecto de ley por un sector de la sociedad civil en pos de obtener la regulación de la actividad en tanto un trabajo, resulta de actualidad la necesidad de entender las coordenadas en las cuales se puede inscribir la praxis tanto de las mujeres en situación de prostitución, del proxenetismo, de los consumidores y de las responsabilidades políticas al amparo de la cual suceden situaciones de trata con fines de explotación sexual en nuestro país.

Para ello me parece necesario traer a la palestra las formas en las que el derecho ha abordado dicha práctica, introduciéndonos en el derecho comparado de países con realidades quizás no tan similares a la nuestra, y sin perder de vista esta distinción, pero que resultan de utilidad a la hora de ponderar un cambio de paradigma en la legislación de la actividad de comerciar servicios sexuales.

Nuestro país en la actualidad, principalmente en su ley de trata de personas, abraza la perspectiva abolicionista de la prostitución.<sup>1</sup> Este trabajo, desde esa perspectiva ideológica también, busca sentar una posición que pueda reflejar los debates existentes al interior del movimiento de mujeres, sin esconder las diferencias, sin ideologizar por demás sobre las críticas en ambas posiciones, pero sin esconder que el objetivo es problematizar cuál es el mejor camino para el aumento del goce de derechos de cada mujer y el mejoramiento de sus condiciones de vida.

## II. CONTEXTO

Nos encontramos en un periodo bisagra en la lucha del feminismo, una coyuntura pocas veces vista. El reclamo por el incremento de derechos y la concreción de la igualdad que el feminismo viene postulando hace décadas es abrazado por millones de personas alrededor del mundo. Gratamente sobran los ejemplos que dan cuenta de un renovado ímpetu en las mujeres de todo el mundo por defender lo conquistado hasta ahora en materia de derechos, como por ejemplo la legalización del aborto en España.

Pero también sectores que históricamente se los pensaba rezagados, periféricos del feminismo y que no se sentían contenidos por el feminis-

1. DAICH, D., “¿Abolicionismo o reglamentarismo?: Aportes de la antropología feminista para el debate local sobre la prostitución”, en *Runa*, n° 1, Buenos Aires, 2012, p. 73.

mo blanco y occidental o quizás lugares del globo donde la rudeza del machismo es mayor, también están avanzando en la conciencia igualitaria, por ejemplo, la conquista de la prohibición de la ablación genital en Nigeria.<sup>2</sup>

Las mujeres se movilizan por sus derechos en todo el mundo, en diversas formas: desde el movimiento #niunamenos en la Argentina hasta el #vivasnosqueremos en México; del paro de las mujeres polacas en 2016 hasta la masiva manifestación en contra del presidente misógino Donald Trump en Estados Unidos, al día siguiente de su asunción.

Se ha abierto un ciclo de movilización y sensibilidad en amplios sectores de la sociedad que demanda visitar el andamiaje teórico del feminismo, tendiente a la producción de nuevas herramientas teóricas y la revisión de las existentes para poder dar respuesta a la violencia contra las mujeres y combatir la desigualdad patriarcal.

### III. PROSTITUCIÓN Y FEMINISMO

Los primeros debates acerca de la prostitución como forma de violencia se dieron en Inglaterra en el siglo XIX. Ante la sanción de leyes para prevenir enfermedades de transmisión sexual que ponían el eje solo en la criminalización de la mujer prostituta y no en el hombre, y con el mayor referente del movimiento en Josephine Butler, floreció una conciencia del entendimiento de la prostitución como una forma de opresión de la mujer y también se enfrentó el carácter estigmatizante de la sexualidad femenina cristalizada en el imaginario desde las leyes de sanidad.<sup>3</sup>

Por el contrario, en Francia, en el mismo periodo y ligado al movimiento sufragista y obrero, se sancionaron leyes tendientes a la incorporación de la prostitución como una forma de trabajo. Esta forma de concebir a la prostitución como un hecho que ameritaba una respuesta inclusiva en el derecho se expandió en Europa por las conquistas de Napoleón, que exportó el modelo a variados rincones de Europa Continental.<sup>4</sup>

2. Consultado en [[http://entremujeres.clarin.com/entremujeres/genero/nigeria-africano-convierte-mutilacion-femenina\\_0\\_H1FoFuFvXg.html](http://entremujeres.clarin.com/entremujeres/genero/nigeria-africano-convierte-mutilacion-femenina_0_H1FoFuFvXg.html)] el 11/03/2017.

3. HEIM, D., “La prostitución a debate: el abolicionismo desde la perspectiva de la defensa de los derechos de las trabajadoras sexuales”, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, 2006/B, p. 444.

4. HEIM, D. y MONFORT, N., “Vigilar y Castigar: las nuevas propuestas de políticas públicas

Veremos más adelante como ambas posiciones se han cristalizado en la actualidad en dos paradigmas legales muy concretos. Pero en esta instancia podemos mencionar que, si bien surgidas en el SXIX, cobrarán renovado ímpetu con el florecimiento del feminismo de los años 70, consagrando dispositivos internacionales que reagrupan a ambas tendencias, tal como la *Coalition Against Trafficking in Women* surgida en 1988 como organización abolicionista y el surgimiento de los sindicatos de meretrices y prostitutas que impulsan la conquista de sus derechos laborales y espacios legítimos para ejercer dicho trabajo.

#### IV. SOBRE EL PROYECTO DE LEY

El proyecto de ley de la Asociación de Mujeres Meretrices de la Argentina AMMAR CTA es lo que motiva esta reflexión y reactualiza el debate aquí reseñado. Se trata de 17 artículos que declararán que la prostitución pasará a la categoría de trabajo en la Argentina y lo definen como *la actividad voluntaria y autónoma de ofrecer y/o prestar servicios de índole sexual, a cambio de un pago, para beneficio propio*.<sup>5</sup>

Se tratará, a la luz de esta norma, de una actividad con un régimen contralor muy estricto, dado que para ejercerla se establece un sistema de habilitación solo posible para personas mayores de edad y que cumplieren un curso habilitante donde se les impartirán *nociones básicas sobre: derechos humanos, derecho constitucional, derecho laboral, y derecho penal; prevención de adicciones; salud sexual e infecciones de transmisión sexual*.<sup>6</sup>

Por último, establece la creación de un ente regulador de la actividad, la Oficina Nacional de la Protección al Trabajo Sexual, conformada de manera mixta por miembros del Ministerio de Trabajo y organizaciones de la sociedad civil, que permitirá el control del desarrollo de la actividad del trabajo sexual, garantizará el acceso de las trabajadoras sexuales a los sistemas de salud y previsionales, emitirá las habilitaciones personales correspondientes para ejercerla como funciones a destacar.

---

para la prostitución en Europa", en *Revista Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2005/B, p. 772.

5. Art. 2 del Proyecto de Ley, consultado en [[https://www.ammarg.org.ar/IMG/pdf/proyecto\\_de\\_ley\\_nacional\\_trabajo\\_sexual\\_autonomo.pdf](https://www.ammarg.org.ar/IMG/pdf/proyecto_de_ley_nacional_trabajo_sexual_autonomo.pdf)] el 08/03/2017.

6. Art. 9, Proyecto de ley.

Se enuncian también derechos de las trabajadoras sexuales, en un artículo con 9 incisos, en los que destaco: *b) gozar de condiciones dignas de labor, libre de violencia, explotación y discriminación; c) acordar libremente una retribución justa; d) organizarse sindicalmente de modo libre y democrático; e) recibir un trato digno y respetuoso en su elección libre y voluntaria.*<sup>7</sup>

## V. POTENCIALES COALICIONES CON LEGISLACIONES VIGENTES

Entiendo que la ley entra en contradicción con el paradigma actual de la persecución del delito de trata de personas con fines de explotación sexual. Nuestra ley de trata de personas ha sido sancionada en 2008 y reformada en 2012. El motivo de la reforma fue dar respuesta a la conmoción social surgida con posterioridad a la absolución de todos los imputados en la causa en la cual se investigaba la desaparición de Marita Verón. Su madre, Susana Trimarco, es un emblema de lucha contra la trata y desde su ONG Fundación María de los Ángeles ha realizado por sí misma rescates y brinda ayuda a víctimas recuperadas de redes de trata.

La reforma introdujo un catálogo de derechos a las víctimas de la trata pero además eliminó la figura del consentimiento que, a entender de los legisladores y de sectores de la sociedad civil, dificultaba la persecución del delito.

La PROTEX nos indica que existen casos de condenas por trata en las cuales el testimonio de la víctima resultaba en perjuicio de la propia investigación y era utilizado por la defensa de los acusados dado que la propia víctima no podía, por las particularidades de la situación de explotación, reconocerse como tal.<sup>8</sup>

En este mismo sentido no me parece un dato menor la existencia de un procesamiento de personas ligadas a la sindicalización de la prostitución, dado que se ha encontrado que en un asentamiento donde las víctimas del delito de trata ostentaban carnets de afiliadas a la organización y decían estar ejerciéndola voluntariamente.<sup>9</sup>

7. Art. 14, Proyecto de ley.

8. MANGANO, M. A., et al., “El testimonio de la víctima de trata de personas. Herramientas útiles para la recepción y valoración de la declaración testimonial”, consultado en [<http://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2016/07/Protex-Testimonio-V%C3%ADctima-Trata.pdf>] el 12/03/2017.

9. “La Cámara Federal de San Martín confirmó el procesamiento de la ex titular de Am-

Otra posible contradicción, de menores implicancias prácticas<sup>10</sup> pero sí simbólicas, se da con la Ley 14.783 de la Provincia de Buenos Aires, conocida como Ley de Cupo Trans, sancionada el 16 de septiembre de 2015. Dicha ley, impulsada por varios colectivos LGTBI, entre los que destaca la figura de Diana Sacayán como impulsora de la ley, postula la necesidad de la inserción laboral de las personas travestis trans y transgénero en el mercado de trabajo tal como existe en la actualidad (es decir sin considerar a la prostitución un trabajo) y establece que el 1% de los empleados del Estado Provincial sean travestis trans o transgénero.

En mi entendimiento, la incorporación de la categoría de prostitución al ámbito del trabajo envía un mensaje como mínimo contradictorio (y que hasta podría ser tildado de deslegitimante) a esas mujeres que no deseaban permanecer en la prostitución y lucharon tantos años por su inserción laboral, entendiendo que la medida de discriminación positiva que correctamente impulsaron no debió ser necesaria, dado que poseían trabajo digno *en la esquina*.

## VI. DOS MODELOS EN PUNGA

Abolicionismo, en la definición de Daniela Heim y Nuria Monfort, tiene como eje la criminalización de todas las formas de explotación de la sexualidad ajena, pero siempre dejando impune a la prostituta.<sup>11</sup>

---

mar–Capital Claudia Brizuela, como ‘partícipe necesaria’ de una banda criminal dedicada a la trata y explotación sexual de mujeres en la ciudad de Buenos Aires y el conurbano, que contaba con protección policial. Según la imputación, la dirigente sindical –que defiende la prostitución como trabajo sexual– le ofrecía una pantalla de legalidad a la red a través de la afiliación de las víctimas a Ammar–Capital, una agrupación que está adherida a la filial porteña de la CTA que lidera Pablo Micheli. La organización delictiva regenteaba dos burdeles en la ciudad de Buenos Aires y otros siete en la localidad bonaerense de San Miguel –que funcionaban en ‘privados’–, de donde fueron rescatadas el año pasado unas 31 mujeres. Varias escuchas telefónicas incorporadas a la causa comprometen seriamente a Brizuela. La red obligaba a las mujeres a hacer turnos de 12, 24 y 36 horas seguidas y llegaban a realizar hasta 18 ‘pases’ por día. Las amenazaban con quemarlas con ácido si no atendían a todos los hombres que les imponían, según surge del expediente judicial. Y las hacían practicar simulacros de allanamiento para que dijeran que ‘trabajaban por su cuenta en cooperativas’, si llegaban fuerzas de seguridad al lugar”. Consultado en [<https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-257623-2014-10-16.html>] el 11/03/17.

10. No por regularse la prostitución como trabajo se deroga la Ley de Cupo Trans.

11. HEIM, D. y MONFORT, N., ob. cit., p. 772.

El principal modelo de dicho paradigma se refleja en la legislación sueca. A partir de los años 70 y de un exhaustivo informe sobre las condiciones en las cuales se encontraban las mujeres en situación de explotación sexual y quienes ejercían la prostitución<sup>12</sup> se han desarrollado distintos programas que no solo se quedan en la criminalización de la demanda de servicios sexuales y el lucro con la prostitución ajena.

En Suecia, a través de los grandes medios de comunicación y campañas de concientización se llegó a estas mujeres para ofrecerles diversas prestaciones para mejorar su calidad de vida, dentro y fuera de la prostitución. El primer proyecto llamado "Malmö",<sup>13</sup> por el nombre de la ciudad en la que se desarrolló, redujo la cantidad de personas en situación de prostitución en un 80% durante 1977 a 1981. Se trató de brindar asistencia legal y de seguridad social a las mujeres, pero también de brindarles educación y trabajo.

En la década del 90 se sancionó una batería de medidas tendientes a proteger a las mujeres en Suecia con indicación de que, por resultado del estado de bienestar sueco, en dicho país muchas menos personas se veían empujadas a la prostitución en comparación con otros países europeos, pero que esta era una forma de violencia hacia las mujeres.<sup>14</sup> Entre estas medidas se introduce el debate sobre la criminalización de los consumidores y clientes, que se concreta en 1998,<sup>15</sup> y que empieza a desarrollarse en 1999. Luego del andar de esta política criminal, se han recibido muchas críticas, entre ellas que la prostitución si bien disminuyó, las personas que se mantienen ejerciéndola lo hacen en condiciones más degradantes, puesto que la demanda no parece haber disminuido proporcionalmente a la oferta, incluso a pesar de la criminalización.<sup>16</sup>

Desde la década del 70 del siglo pasado comienzan a surgir otras voces disidentes que con el peso de la experiencia de sindicalización de las mujeres prostitutas. El regulacionismo, por oposición, es aquella política que considera que la prostitución existe como hecho social innegable y que debe ser incorporada al mercado de trabajo, también como forma de combatir la violencia que se ejerce en la calle contra las mujeres, tanto por los clientes como los policías que las reprimen.<sup>17</sup>

12. *Ibid.*, p. 777.

13. *Ibid.*, p. 778.

14. *Ibid.*, p. 781.

15. *Ibid.*, p. 782.

16. *Ibid.*, p. 784.

17. DAITCH, D., ob. cit., p. 75.

El mayor exponente de esto, el paradigma referenciado de esta legislación en derecho comparado la encontramos en Países Bajos. Si bien durante gran parte del siglo XX la regulación de Países Bajos fue abolicionista se demostró en la praxis, y por una concepción ideológica pragmática que se posee en Holanda respecto de las prohibiciones, que perseguir no era la mejor manera de combatir la prostitución.<sup>18</sup>

Por aplicación del principio de oportunidad y ante la expansión de las ideas tributarias de la liberación sexual de los '70 de que la prostitución no es en sí misma un mal, no se reprimía esta de manera sistemática, sino solo cuando realmente fuera necesario, por pedido de la ciudadanía de cada localidad. En la década del '80 se comienzan a debatir, bajo estas concepciones y por el incremento y desarrollo de la industria del sexo, los proyectos de ley que levantarán la prohibición de los burdeles y que determinarán que cada localidad se haga cargo de la reglamentación y el seguimiento de la actividad de los denominados *red districts*, lugares donde acaecía la compraventa de servicios sexuales.<sup>19</sup>

Luego de algunas marchas y contramarchas en este sentido, finalmente en 1999<sup>20</sup> se aprueba la ley que permite la existencia de burdeles y los distritos municipales pasaron a reglamentar el ejercicio del trabajo sexual. Se consagró, de este modo, la autonomía a las trabajadoras sexuales para ofrecer los servicios que voluntariamente definieran y negarse a los que no desearan y se instalaron centros de salud cercanos a los lugares de trabajo para realizarse chequeos médicos (que no son forzosos) y conseguir métodos de profilaxis e información sobre salud sexual.<sup>21</sup> Las críticas que ha tenido este modelo son de variadas procedencias. El reconocimiento del trabajo sexual en Holanda no ha resuelto la situación jurídica del trabajo en relación de dependencia, ¿Ante quién reclaman sus derechos laborales las prostitutas? Además, subsiste un mercado negro por fuera del comercio sostenido por trabajadoras sexuales inmigrantes en situaciones migratorias precarias que escapan del control municipal.<sup>22</sup>

De estas definiciones es crucial concluir que ambas posturas tienen un piso de acuerdo: entender que la prostituta no debe de ser criminalizada.

18. *Ibid.*, p. 792.

19. *Ibid.*, p. 798.

20. *Ibid.*, p. 802.

21. *Ibid.*, p. 804.

22. *Ibid.*, p. 806.

La persecución penal de la prostituta es cortar la cadena por el eslabón más fino, y no resulta más que en el sostenimiento de situaciones de violencia para las mujeres.

## VII. EL FUEGO CRUZADO DEL DEBATE AL INTERIOR DEL MOVIMIENTO DE MUJERES

En realidad, de la Ciudad de Buenos Aires sabemos que existe connivencia policial y estatal en la explotación de mujeres para fines sexuales, como en muchos otros delitos de crimen organizado. A menudo estos establecimientos poseen habilitaciones municipales con el título de “whiskerías” o locales bailables y se trata de lugares donde los vecinos y la policía saben que ocurre explotación sexual de mujeres.<sup>23</sup>

Las organizaciones regulacionistas sostienen no estar a favor de la trata, pero sí a favor del ejercicio libre de autodeterminación del plan de vida y de uso del cuerpo.<sup>24</sup> Pero considero que la libertad en nuestras sociedades latinoamericanas, de profundas desigualdades sociales, de feminización de la pobreza no pueden dejar de estar fuertemente determinadas, incluso al punto de poder postular el vicio de dicho consentimiento, por la situación de vulnerabilidad a la que se encuentran sometidas la mayor parte de las mujeres.

En adición a esto, podemos esgrimir que esas determinaciones “libres” también se dan en el contexto del patriarcado. No considero que una persona por su sola voluntad pueda subvertir determinaciones y estructuras sociales imperantes. La forma en las que somos sociabilizados y educados; normas morales y pautas de conducta introyectadas por siglos y siglos en el imaginario social determinan nuestro accionar.

23. Resolución 99/09 de la Procuración General de la Nación, sobre persecución del delito de trata, consultada en [<http://www.mpf.gob.ar/resoluciones/PGN/2009/PGN-0099-2009-001.pdf> en fecha 12/03/17] el 12/03/2017. Además ver, como ejemplo de esto, “Corrupción: detuvieron al jefe de la comisaría 51a. y al dueño del prostíbulo ‘Pampita’”, DI NICOLA, G., artículo en *La Nación*, Buenos Aires, 4 de noviembre de 2016, consultado en [<http://www.lanacion.com.ar/1953390-investigacion-por-corrupcion-otra-comisaria-bajo-sospecha>] el 12/03/2017.

24. MACKINNON, C., “Trafficking, Prostitution, and Inequality”, en *Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review*, Vol. 46, consultado en [<http://harvardcrl.org/wp-content/uploads/2009/06/MacKinnon.pdf>] el 13/03/2017, p. 272.

Se constata un hecho de relevancia ¿a qué edad y en qué condiciones se ingresa a la prostitución? Una mujer que en tanto menor de edad es captada por una red de explotación sexual,<sup>25</sup> que toda su vida no ha conocido más que esa forma de “trabajo”, ¿se puede predicar libertad en su elección?

Respecto de la crítica sobre la superioridad moral que ejercen las posiciones abolicionistas sobre las mujeres, y sobre que reemplazan la voluntad de las trabajadoras sexuales y recortan sus márgenes de agencia,<sup>26</sup> me parece relevante retomar la definición sobre la distinción entre perfeccionismo y paternalismo realizada por Carlos Nino. En palabras de Nino, un defensor del pensamiento liberal y de la autonomía de las personas, “el paternalismo es legítimo cuando tiende a ayudar a los individuos a que elijan libremente planes de vida o materialicen su plan de vida libremente elegido”.<sup>27</sup>

En términos de Nino, no se trata de que las abolicionistas buscan un objetivo perfeccionista,<sup>28</sup> sino de la posibilidad por parte del Estado de tutelar la libre elección de las personas. Debe poder reconocerse un ámbito de acción del Estado en pos de tutelar la integridad e intimidad de las personas, incluso cuando sus deseos pudieran ser contrarios a esa, especialmente cuando se encuentren sometidos a situaciones que pudieran no hacerles distinguir la libertad de su elección de plan de vida.<sup>29</sup>

Además, considero que hay una deformación en este argumento atribuyéndole al abolicionismo postulados que no implica. Los sostenedores del abolicionismo no quieren criminalizar la prostitución, como hemos señalado anteriormente. Sí se postula la criminalización, y con duras penas, de los que explotan la sexualidad ajena en su propio beneficio.

El fuego cruzado de acusaciones de alianzas al interior del movimiento feminista no dejan de ser falacias *ad hominem* que no debaten los argumentos profundos de las motivaciones que llevan a las mujeres a la prosti-

25. *Ibid.*

26. MAQUEDA ABREU, M. L., “La trata sexual de mujeres: entre mitos y realidades” en *Discriminación y género, las formas de la violencia*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2011, pp. 224–225.

27. NINO, C., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 307.

28. NINO, C., *Ética y derechos humanos Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 413–414.

29. *Ibid.*, p. 416. Es menester señalar que para el autor estos casos son difíciles de reconocer en la realidad y que la línea que separa aquí el perfeccionismo del paternalismo válido es demasiado delgada.

tución. Mientras las abolicionistas son acusadas de moralistas y señaladas de aliarse con la Iglesia, como organización refractaria a la ampliación de derechos de las mujeres, las regulacionistas, en general desde prácticas oenegesitas, son acusadas de recibir financiamiento de organismos que limitan sus posibilidades de acción al lobbysmo<sup>30</sup> y campañas contra el VIH, tales como el Fondo Monetario Internacional.<sup>31</sup> Esto no permite discutir lo que realmente importa: cómo podemos mejorar las condiciones de vida de las mujeres y dónde están los responsables de la violencia ejercida contra las mujeres en situación de prostitución, que seguramente no estén al interior de las filas del feminismo.

### VIII. LA EXPERIENCIA DE LAS MUJERES EN LA PROSTITUCIÓN

Desde la teoría legal feminista, Katherine Bartlett postula que hay que atravesar el Derecho, ámbito de corte masculino/masculinizante<sup>32</sup> con el Feminismo, con tres herramientas. Se trata de a) hacer “la pregunta de la mujer”, que significa transversalizar la ley a través de la experiencia de la mujer desentrañando así la parcialidad de la ley que se muestre como imparcial;<sup>33</sup> b) un razonamiento legal más pragmático que abstracto, más particularizado que generalizador, que se concentre en poder definir en el caso concreto la perspectiva desventajosa diferencial de aquellos individuos desprovistos de poder;<sup>34</sup> y c) elevar el nivel de conciencia a través de socializar la experiencia individual de una mujer oprimida, para que otras puedan conocerla y posiblemente identificarse con ella, abriendo mediante dicha socialización un proceso de visibilidad.<sup>35</sup>

En este sentido que me resulta enriquecedor de los argumentos esgrimidos hasta aquí la cita a Sonia Sánchez. Se trata de una mujer que se

30. VARELA, C., “La campaña antitrita en argentina la agenda supranacional”, en DAICH, D., *Género y violencia en el mercado del sexo: política, policía y prostitución*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Biblos, 2015, p. 114.

31. *Ibid.*, pp. 116–117.

32. OLSEN, F., “El sexo del Derecho”, en COURTIS, C. (comp.), *Desde Otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, pp. 481–500.

33. BARTLETT, K. T., “Feminist Legal Methods”, en *Harvard Law Review*, n° 4, Vol. 103, Cambridge, 1990, p. 843.

34. *Ibid.*, p. 849.

35. *Ibid.*, p. 864.

autodenomina sobreviviente de la prostitución y militante abolicionista, y si bien la cita puede pecar de extensa, no por ello menos contundente e ilustrativa de lo sostenido hasta el momento.

"La puta es una mujer. La puta no nace puta. Antes de ser puta fue hija, fue madre, fue esposa lo que quieras. Su condición de puta la despoja entonces no solo de su nombre, sino también de su entorno. Muchas compañeras quedan artificialmente pegadas a su entorno familiar, pero de manera muy muy frágil y sobre todo son vínculos que subsisten cuando ellas son las proveedoras.

La puta es la mujer que está a disposición de recibir las condenas de todos los ángulos y personajes de la sociedad. *Es la persona que no tiene decisión sobre su cuerpo, la puta es una mujer – máquina de hacer dinero.* La puta, además, ya frente a sí misma es una mentira. Lleva otro nombre, maquilla su actividad poniéndole todo tipo de sobrenombres. *La puta esta enajenada de su propio cuerpo que es usado cotidianamente como escenario de tortura.*

Cuando la puta esta parada en la esquina ¿acaso crees que está sola de Soledad en mayúsculas? La SOLEDAD de la esquina no es cualquier soledad. La SOLEDAD en la esquina no es la misma soledad en la cocina. La esquina es el sitio de mayor expulsión que puede haber para la puta. La esquina de la puta no es la esquina de la vendedora ambulante. La soledad en la esquina es de exposición y vulnerabilidad completa e ilimitada.

Allí ella no se apropia de la ciudad, ni tiene un espacio que la contenga. Allí ella se expone a una lucha por sobrevivir, donde además se juega la vida. Estar parada en la esquina es parte de un *proceso de anulación porque para resistirlo vas adormeciéndote poco a poco.*

En esa esquina y a partir de esa SOLEDAD se construye una realidad paralela donde el Estado tiene derecho a criminalizarte, el prostituyente a expropiar tu cuerpo, la sociedad a vomitar en vos todas sus broncas. Por todas estas razones esta SOLEDAD le da forma a la prostitución. Por eso comprender la SOLEDAD de la puta es tocar con las manos el fondo mismo de ese vacío que en ella se produce. Ella no espera sino la soledad. *Está naturalizada en su cotidianidad, porque todo es soledad*".<sup>36</sup>

36. SÁNCHEZ, S. y GALINDO, M., *Ninguna mujer nace para puta*, Buenos Aires, Lavaca, 2007, pp. 18–20.

## IX. CONCLUSIÓN

Por todo lo hasta aquí reseñado me parece importante concluir que la modificación de una ley no puede pensarse de manera abstracta a como se dan las determinaciones de los sujetos potencialmente afectados por esta.

Si bien es un insumo muy valioso la experiencia comparada de las leyes europeas, no se puede pretender aplicar las mismas recetas a nuestras realidades económicas y culturales tan disimiles. En Latinoamérica no gozamos del llamado “estado de bienestar” y las falencias son muy amplias, no solo a nivel económico en el goce de los derechos económicos sociales y culturales, sino también en la praxis de criminalidad transnacional organizada.

Postular la realización del trabajo sexual y su autonomía puede adentrarnos en una pendiente resbaladiza que exima de responsabilidades a un Estado cómplice de la criminalidad organizada, que en muchos de los casos son los apropiadores de las voluntades y de los recursos de las personas en situación de prostitución, transformando vulnerabilidad social en ganancias pecuniarias para unos pocos.

Considero que es un peligroso idealismo. Las cifras sobre la trata con fines de explotación sexual y los informes de los organismos internacionales de derechos humanos especializados en la materia no dejan de señalar la cruda realidad de vulnerabilidad social a la que se ven expuestas las mujeres latinoamericanas. Las mujeres ingresan a la prostitución en su mayoría por causas económicas, por la escasa inserción en el mercado laboral formal.<sup>37</sup> Debemos considerar estos factores y no propugnar por una autonomía de la voluntad enunciada en ríos de tinta pero que se encuentra severamente limitada en la experiencia de vida cotidiana de las mujeres en situación de prostitución.

Considero que la aplicación de programas como los desarrollados en Suecia en las décadas de los 70 y 80 en los cuales el Estado brinda asistencia para poder salir de la prostitución podría resultar ampliamente be-

37. MACKINNON, C., ob. cit., pp. 276–277. “Everywhere, prostituted people are overwhelmingly poor, indeed normally destitute. There is no disagreement on this fact. Urgent financial need is the most frequent reason mentioned by people in prostitution for being in the sex trade. Having gotten in because of poverty, almost no one gets out of poverty through prostituting. They are lucky to get out with their lives, given the mortality figures. It is not unusual for the women in the industry to get further into poverty, deeper in debt”.

neficiosa, implicando el mejoramiento de las condiciones de vida de las mujeres.

Por último, mi opinión personal acerca de la criminalización del cliente es que como medida podría o no ser efectiva en el combate de la violencia contra las mujeres en la prostitución, y que debiera ser analizado con mayor profundidad y no servir de vía de escape para desligar de responsabilidad al Estado. Tanto en Holanda como en Suecia, previo legislar sobre la prostitución, el Estado encargó a comisiones de especialistas realizar investigaciones sociológicas serias sobre el desarrollo de la actividad de compraventa de servicios sexuales,<sup>38</sup> pudiendo advertir causas y modos de desarrollo de dicha actividad.

El Estado, como garante de los derechos humanos, como signatario de la CEDAW y la convención de Belem do Pará, comprometido con las reglas de Beijing y obligado por el Protocolo de Palermo, debe ser receptor su responsabilidad en la situación estructural de violencia en la que se las mujeres se ven forzadas a prostituirse y asumir el compromiso de garantizar el goce del derecho de la mujer a una vida libre de violencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARTLETT, Katharine, T., “Feminist Legal Methods”, en *Harvard Law Review*, n° 4, Vol. 103, Cambridge, 1990.
- DAICH, Deborah, “¿Abolicionismo o reglamentarismo?: Aportes de la antropología feminista para el debate local sobre la prostitución”, en *Runa*, n°1, Buenos Aires, 2012, pp. 71–84.
- HEIM, Daniela, “La prostitución a debate: el abolicionismo desde la perspectiva de la defensa de los derechos de las trabajadoras sexuales”, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, 2006/B, pp. 441–467.
- HEIM, Daniela y MONFORT, Núria, “Vigilar y Castigar: las nuevas propuestas de políticas públicas para la prostitución en Europa”, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, n° 2005/B, Buenos Aires, 2005, pp. 771–812.
- MACKINNON, Catherine, “Trafficking, Prostitution, and Inequality”, en *Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review*, Vol. 46, consultado en

38. HEIM, D. y MONFORT, N., ob. cit., pp. 777 y 794.

[<http://harvardcrcl.org/wp-content/uploads/2009/06/MacKinnon.pdf>] el 13/03/2017, pp. 271–309.

MÁNGANO, María A., et al., El testimonio de la víctima de trata de persona. Herramientas útiles para la recepción y valoración de la declaración testimonial, consultado en [<http://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2016/07/Protex-Testimonio-V%C3%ADctima-Trata.pdf>] el 12/03/2017.

MAQUEDA ABREU, MARÍA L., “La trata sexual de mujeres: entre mitos y realidades”, en *Discriminación y género, las formas de la violencia*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2011.

NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

—, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

OLSEN, Frances, “El sexo del Derecho” en COURTIS, Christian (comp.), *Desde Otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, pp. 481–500.

SÁNCHEZ, Sonia y GALINDO, María, *Ninguna mujer nace para puta*, Buenos Aires, Lavaca, 2007.

VARELA, Cecilia, “La campaña antitrata en Argentina la agenda supranacional”, en DAICH, Deborah, *Género y violencia en el mercado del sexo: política, policía y prostitución*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Bibles, 2015, pp. 109–149.

*Lecciones y Ensayos*, Nro. 98, 2017

BEADE, Gustavo A., “¿Una sentencia bien intencionada? A propósito del caso ‘Muiña’”, pp. 281-304

## ¿UNA SENTENCIA BIEN INTENCIONADA? A PROPÓSITO DEL CASO “MUIÑA”\*

GUSTAVO A. BEADE\*\*

**Resumen:** En este trabajo me propongo hacer un comentario al caso “Bignone...” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (más conocido como *Muiña*). En el texto señalo algunas fallas técnicas de la decisión y la debilidad general de su fundamentación. Además, intento mostrar que en *Muiña*, la decisión de la CSJN pretende retomar algunos aspectos del fallo *Simón* y pretende cerrar muchos de los asuntos vinculados con nuestro pasado turbulento mediante lo que denominé “reconciliación institucional forzada”.

**Palabras clave:** retribución – comunicación – muiña – simón – arrepentimiento

**Abstract:** My aim in this paper is comment the case “Bignone...” ruled by the Corte Surpema de Justicia de la Nación. In the text I try to show technical flaws of the decision and identify the general weakness of its justification. In addition, I try to show that in *Muiña*, the CSJN decision seeks to retake some aspects of the *Simón* ruling and attempt to close many of the issues associated with our turbulent past through what I have called “forced institutional reconciliation”.

**Keywords:** retribution – communication – muiña – simon – repentance

\* Recepción del original: 20/7/2017. Aceptación: 27/7/2017.

\*\* Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires); Docente-Investigador (Instituto Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho-Universidad de Buenos Aires); [gbeade@derecho.uba.ar](mailto:gbeade@derecho.uba.ar). *Me gustaría agradecer por los comentarios y las críticas a Ludmila Bodichon, Fernando Braccacini, Joaquín Caprarulo, Tomás Churba, Fernando Gauna Alsina, Mariana Kohan, María Maidana, Santiago Mollis, Gonzalo Penna, Santiago Roldán, Desiré Salomón, Ayelén Tavolara y Guido Terradas. También por las conversaciones con Paula Gaido, Roberto Gargarella, Jaime Malamud Goti, Inés Jaureguiberry, Martín Böhmer, Paola Bergallo y Liliana Ronconi.*

La reciente sentencia de la Corte Suprema de la Nación (CSJN) en el caso “Bignone...” más conocida como *Muiña* trajo una serie de discusiones, debates, marchas de repudio, trabajos críticos y opiniones cuyos detalles se han tornado casi inabarcables. Las repercusiones de la sentencia, sin embargo, me recordaron un momento muy particular que ocurrió algunos años atrás. Cuando el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 4 resolvió anular las leyes de obediencia debida y punto final en el año 2001, Jaime Malamud Goti, uno de los asesores del presidente Alfonsín en el diseño del juicio a las juntas y uno de los responsables del punto final, escribió un duro trabajo criticando la sentencia. El trabajo se llamaba “A propósito de una sentencia bien intencionada”,<sup>1</sup> era muy duro con la sentencia y, a su vez fue objeto de una crítica aún más dura poco después de su publicación.<sup>2</sup> El título de este comentario no solo juega con el título de ese texto de Malamud Goti, sino que también pretende discutir una interpretación de lo que él y Carlos Nino quisieron hacer cuando diseñaron el juicio a las juntas.

Creo que *Muiña* es una sentencia bien intencionada, sin embargo, al igual que Malamud Goti en aquella oportunidad, pienso que es una decisión errada y orientada hacia un fin particular que el fallo trata de disimular todo el tiempo. Como adelanté, me parece que la CSJN intenta retomar –equivocadamente– algunas de las ideas que estaban presentes en el trabajo de Malamud Goti y Nino como asesores de Alfonsín.<sup>3</sup> En este punto encuentro dos de los principales errores de lo que quiere transmitir el fallo y sobre los que me detendré en este comentario. Por un lado, el argumento de la CSJN que intenta mostrarnos que resolvió el caso de la única manera que podía hacerlo sin violar el Estado de Derecho. Según el fallo, si resolviera de otra manera no estaría respetando el Estado de Derecho y violaría el principio de legalidad. Violar el principio de legalidad implica

1. MALAMUD GOTI, J., “A propósito de una sentencia bien intencionada”, *NDP*, 2000/B (ahora reimpresso en su libro *Crímenes de Estado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016).

2. Ver SANCINETTI, M. A., “Las leyes argentinas de impunidad y el art. 29 de la Constitución de la Nación Argentina” en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y Ley Penal - Libro Homenaje al Profesor Enrique Bacigalupo*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

3. Presentado en dos libros que, curiosamente, parten de fundamentos del castigo contrapuestos. Estas ideas pueden verse en: MALAMUD GOTI, J., *Game Without End: State Terror and the Politics of Justice*, Oklahoma, Oklahoma Press, 1996; y NINO, C. S., *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996.

quebrar una de las columnas verticales del derecho penal liberal y podría decirse que no estaríamos tratando a Muiña como un ciudadano; en cambio estaríamos tratándolo como un enemigo. Identifico a este problema como el argumento de “la defensa del Estado de Derecho”. Por otra parte, creo que el fallo intenta retomar las ideas de Malamud Goti y Nino y quiere cerrar algunos aspectos del juicio a través de lo que aquí voy a llamar una “reconciliación institucional forzada”.

Empiezo el comentario resumiendo la decisión de la mayoría y luego me dedico a presentar, con algún detalle, los puntos que acabo de mencionar.

## I. EL CASO *MUÍÑA* Y LA DECISIÓN DE LA CSJN

Luis Muiña fue condenado a la pena de trece años de prisión por delitos de lesa humanidad. Al realizarse el cómputo de detención y pena, se aplicó el artículo 7° de la ley N° 24.390 (conocida como “Ley del 2x1”) por resultar ley penal más benigna de acuerdo con lo estipulado por el art. 2° del Código Penal. Según esta norma, luego de transcurridos los dos primeros años de prisión preventiva, se computaron dos días de prisión por cada día de encarcelamiento cautelar efectivamente cumplido. Contra esta decisión el Ministerio Público Fiscal presentó un recurso de casación y argumentó que la versión original de la ley N° 24.390 (que incluía el artículo 7° posteriormente derogado) no era aplicable al caso. La Cámara Federal de Casación Penal (Sala IV) coincidió con los argumentos del Ministerio Público Fiscal, y entendió que no correspondía otorgarle el carácter de ley penal más benigna al derogado artículo 7° de la ley N° 24.390 que contenía la fórmula de cómputo del 2x1. Sobre este punto afirmó: “...una sociedad no puede castigar más severamente un hecho ocurrido en el pasado que el mismo hecho ocurrido en el presente, puesto que las normas reflejan la valoración social de la conducta para una comunidad y ese es un límite del poder punitivo del Estado. Esto es: tenemos el derecho constitucional a la aplicación de la ley penal más benigna retroactivamente en virtud de que el dictado de la ley más benigna refleja el cambio en la valoración que la comunidad efectúa respecto de la conducta imputada. No obstante, la norma que preveía la aplicación del 2x1 no fue la expresión de un cambio en la valoración social de la clase de delitos que han sido atribuidos en este proceso, sino que solo adoptó, durante un corto período de tiempo, un me-

canismo dirigido a disminuir el plazo de los encarcelamientos preventivos. Por ello, ella no es el tipo de norma para la cual se destina el derecho de la aplicación de la ley penal más benigna”.<sup>4</sup>

Lo que la CSJN tiene que decidir es si el cómputo de la detención y de la pena efectuado en relación con el recurrente debe realizarse de acuerdo con lo previsto por el art. 7º de la ley N° 24.390 o si dicha ley intermedia no es aplicable al presente caso, porque el hecho fue cometido con anterioridad a su entrada en vigencia (el 22/11/1994) y la imputación, el encarcelamiento preventivo y la condena ocurrieron una vez que el art. 7º ya había sido derogado mediante la ley 25.430 (01/06/2001).<sup>5</sup>

La CSJN en su voto mayoritario presenta una solución que tiene algunos matices en el voto de Rosatti. En el voto de Highton y Rosenkrantz la solución es bastante sencilla o eso intentan presentar: es un problema de subsunción de un caso en una norma vigente, básicamente se trata de aplicar la ley penal más benigna. Así, señalan que “...el art. 2º dispone: ‘Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna’”; en tanto el art. 3º del mismo código establece: ‘En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado’”.<sup>6</sup> Luego afirman que en un Estado democrático los cambios de valoraciones se documentan mediante la sanción de nuevas leyes de acuerdo con el procedimiento constitucional establecido. Entienden que la ley N° 24.390 significó un cambio de valoración respecto de las consecuencias de la duración excesiva de la prisión preventiva y por esa razón rechazan el argumento presentado por la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP). Lo dirimente en el voto es, a juicio de Highton y Rosenkrantz, que el argumento de la CFCP contradice el claro texto del art. 2º del Código Penal. Según su voto, la interpretación de la CFCP viola el principio de legalidad porque el texto de art. 2º del Código Penal no condiciona su aplicación a ninguna circunstancia. Agregan que el uso del adverbio *siempre* muestra la clara decisión del legislador respecto de la aplicabilidad universal del principio de la ley penal más benigna a todos los casos que no estuvieran explícitamente

4. Considerando 2º del voto del juez Rosatti.

5. Considerando 5º del voto del juez Rosatti.

6. Considerando 6º del voto de los jueces Highton y Rosenkrantz.

excluidos.<sup>7</sup> Esta última afirmación incluye, según el voto, también a los delitos permanentes. Estos delitos se cometen durante cada uno de los segmentos temporales del lapso que transcurre desde que el imputado comenzó a desplegar la conducta típica hasta que cesó de hacerlo. Esta particularidad no limita la posibilidad de que durante el transcurso de la acción (pero antes de que se dictara el fallo) se dicte una ley penal más benigna y con ello se configuren las únicas condiciones a las que la norma supedita la aplicación de la ley más favorable.<sup>8</sup> Más adelante agregan que las leyes penales intermedias promulgadas después de la comisión del delito pero derogadas y reemplazadas por otra ley antes de dictarse condena, se aplican retroactivamente cuando son más benignas, y tendrán ultraactividad cuando son intermedias, siempre que fueran más benignas que las posteriores. En el caso concreto, dicen Highton y Rosenkrantz que el art. 7º de la ley N° 24.390 estuvo vigente en el tiempo intermedio entre la comisión de los hechos y la sentencia condenatoria. Muiña estuvo detenido preventivamente desde el 1º de octubre de 2007 y su detención se prolongó por más de dos años (este es el plazo establecido por la ley N° 24.390). Por esta razón, el cómputo de la pena relativo a Muiña debe practicarse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 7º de la ley N° 24.390, porque como señalaron previamente, esta es más benigna y estuvo vigente entre la comisión de los hechos y el dictado de la condena de acuerdo con el artículo 2º del Código Penal.<sup>9</sup>

Hasta aquí, este es el modo, algo extraño, en el que la CSJN resuelve el aspecto jurídico del fallo. En este punto, existe un acuerdo concreto entre los dos votos que conforman la mayoría. Como señalé en la introducción, no tengo demasiadas cosas que agregar a lo que ya se hace dicho sobre la cuestión técnica en relación con el principio de legalidad.<sup>10</sup> Sin embargo, presento algunos comentarios en el punto siguiente.

7. Considerando 7º del voto de los jueces Highton y Rosenkrantz. Así también el considerando 8º del voto del juez Rosatti.

8. Considerando 9º del voto de los jueces Highton y Rosenkrantz.

9. Considerando 15º del voto de los jueces Highton y Rosenkrantz.

10. Sobre la cuestión general ver BEADE, G. A., “El principio de legalidad penal. Significado y alcance del *nullum crimen sine lege*”, en GARGARELLA, R. y GUIDI, S. (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: una mirada igualitaria*, Tomo II, Buenos Aires, Thompson Reuters, 2016, p. 403-419. Sobre la discusión puntual en el caso ver el Suplemento Edición Especial LL, *Delitos de lesa humanidad* (18 de Mayo de 2017).

## II. ¿LA ALTERNATIVA ERA VIOLAR EL ESTADO DE DERECHO?

Una de las cosas que más me interesan del fallo es el modo en que la mayoría presenta las alternativas que tenían para decidir de otro modo. Ambos votos intentan argumentar que de su decisión depende el respeto del Estado de Derecho y que si hubieran hecho otra cosa no estarían tratando a Muiña como un ciudadano. En lo que sigue, y como adelanté, voy a denominar este argumento como “la defensa del Estado de Derecho” y cuestionar sus alcances y los presupuestos de los que parten para sostener tal afirmación.

En su voto, curiosamente, Highton y Rosenkrantz no hacen ninguna aclaración del caso que están resolviendo y presentan los hechos de una forma bastante particular, evitando mostrar que están resolviendo el caso de un acusado de haber cometido delitos de lesa humanidad. Esto es diferente en el caso de Rosatti que al comienzo de su voto efectúa algunas aclaraciones sobre los hechos del asunto que tiene que resolver y luego vuelve sobre la cuestión al final de su decisión.<sup>11</sup>

Highton y Rosenkrantz, por su parte, guardan sus comentarios para el final. Retoman sus argumentos previos para señalar que nada de lo que sostuvieron podría ser alterado por el hecho de que Muiña haya sido condenado por la comisión de delitos de lesa humanidad, en parte porque el texto de ley que aplican no lo excluye expresamente. Pero además, agregan que “la mejor respuesta que una sociedad respetuosa de la ley puede darle a la comisión de delitos de lesa humanidad y la única manera efectiva y principista de no parecerse a aquello que se combate y se reprueba es el estricto cumplimiento de las leyes y de los principios que caracterizan el Estado de Derecho, lo que en este caso requiere decidir con absoluto apego a lo que está claramente ordenado por el art. 2° del Código Penal, en razón de lo dispuesto por el art. 18 de la Constitución Nacional y por los arts. 9° de la CADH y 15.1 del PIDCP, convenciones internacionales que cuentan ambas con jerarquía constitucional por así disponerlo el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional”.<sup>12</sup>

En su voto, Rosatti hace algo similar. Presenta, por un lado, el ar-

11. En el considerando 11° Rosatti plantea el caso como un dilema moral que se presenta de la siguiente forma: ¿es correcto aplicar un criterio de benignidad a condenados por la comisión de delitos de lesa humanidad?

12. Considerando 15° del voto de los Jueces Highton y Rosenkrantz.

gumento de que no existen excepciones legales previstas<sup>13</sup> para finalizar afirmando que “...un Estado de Derecho no es aquel que combate la barbarie apartándose del ordenamiento jurídico sino respetando los derechos y garantías que han sido establecidos para todos, aun para los condenados por delitos aberrantes. En referencia a este tema, se ha dicho con razón que *“cuando los juicios tienen lugar ante tribunales imparciales, con una amplia oportunidad para que el acusado sea escuchado, con profunda consideración de sus defensas, y el estricto cumplimiento de los procedimientos gobierna la prueba y la imposición del castigo los beneficios del Estado de Derecho se demuestran públicamente (...)* La humanidad contra la cual fueron cometidos estos crímenes exige del Estado de Derecho la necesaria imparcialidad en la aplicación de las leyes referidas a su juzgamiento, pues de lo contrario se correría el riesgo de recorrer el mismo camino de declive moral que se transitó en el pasado”.<sup>14</sup>

El argumento que la mayoría intenta transmitir, como señalé al principio, es que la única alternativa que tenían era resolver el caso como lo hicieron. Si hubieran hecho algo diferente hubieran violado el Estado de Derecho porque, según esta interpretación, habrían dejado de aplicar una ley sin ningún fundamento jurídico plausible. Pienso que esta estrategia es equivocada y no se apoya en ninguna fundamentación que pueda ser defendida. De hecho, debemos rechazar esta estrategia enfáticamente. La autoridad de las decisiones de los jueces no se consigue mostrando que la única alternativa posible para resolver un caso es la que su decisión establece. Lo que debería mostrarnos es que su decisión es la mejor decisión posible. El voto de la mayoría no hace este ejercicio y no podemos, en consecuencia, afirmar o descartar que esta fuera la única decisión posible. Contrariamente a lo que dice la mayoría pienso que tomar alguna decisión diferente, sin dudas, no violaría el Estado de Derecho. Encuentro tres problemas en la decisión de la mayoría que desarrollo en lo que sigue.

En primer lugar, los esfuerzos que hace la mayoría por mostrar que el caso es uno que implica (solamente) subsumir los hechos en el art. 2º del Código Penal me genera ciertas dudas. No parece ser una decisión ortodoxa y lleva mucho tiempo poder entender cuál es el razonamiento que aplica la mayoría para llegar a esa conclusión. Si bien, el razonamiento

13. Considerando 11º del voto del juez Rosatti.

14. Considerando 13º del voto del juez Rosatti (el destacado en el original).

que ensaya la Corte parece sencillo, no lo es. Veamos: según el voto de la mayoría, el art. 2 del Código Penal establece que la ley penal más benigna es una regla que se aplica *siempre* según la propia definición de la ley y, por la tanto, no existen excepciones previstas y no es posible crear excepciones porque violarían el principio de legalidad. El problema es determinar si la ley del 2x1 es una ley penal más benigna aplicable al caso.

La primera intuición que uno tiene es que no se aplica. Esta intuición se apoya en un principio básico que establece que no se puede apelar a leyes que ya no están vigentes en el momento en el que se decide el caso. Pero, además, la ley del 2x1 tampoco se encontraba vigente cuando Muiña cometió el hecho -durante los años de la dictadura- ni posteriormente cuando luego del fallo *Simón* (2005) de la CSJN se reabrieron los juicios penales contra los acusados de haber cometido delitos durante la dictadura. Es decir que la ley no estaba vigente ni cuando Muiña estuvo en prisión preventiva, ni cuando fue enjuiciado, ni cuando fue condenado. Esto es así porque, básicamente, la ley del 2x1 rigió en un momento determinado en el que el Estado reconoció que no podía seguir teniendo personas detenidas preventivamente sin juicio previo entre 1994 y 2001. La ley estableció que cada día de prisión preventiva (luego de haber pasado dos años de detención sin condena) debía computarse como si hubieran transcurrido dos días. La idea que estaba detrás de esa ley era remediar, de algún modo, la situación de quienes estaban siendo tratados injustamente por dilaciones por las que solo debía responder el Estado y reconocer, en parte, el déficit en el que se encontraba el Estado en ese entonces.

Diversas situaciones coyunturales hicieron que esa ley fuera derogada durante 2001. En cualquier mundo posible, esa ley no estuvo pensada para tratar casos como el de Muiña, ni de ningún otro acusado de delitos de lesa humanidad porque, sencillamente, estaban vigentes las leyes de obediencia debida y juicio final y no eran perseguidos penalmente. La posibilidad de solucionar el caso, fácilmente, apelando a cualquiera de estas alternativas hubiera permitido tomar una decisión diferente. Esto no es lo que hace la mayoría de la CSJN y muestra, a mi juicio, que existen intereses ulteriores detrás de esta decisión como presento más adelante. El voto de la mayoría sostiene su decisión pese a esta terrible dificultad técnica y nos aclara que lo que cometió Muiña es un delito de carácter permanente, es decir que mientras no se establezca el destino o el paradero de la víctima, el acusado siguió cometiendo el delito por el que se lo acusó (en el caso el

delito imputado era la desaparición forzada de personas). En consecuencia y como puede verse, el fallo deja demasiados puntos sin responder en su fundamentación y lo que parece la sola aplicación de una regla mediante el simple ejercicio de subsumir un hecho en una norma se transforma en un juego de piezas legales muy complejo para un caso tan importante. Este es un primer cuestionamiento: la decisión técnica del caso es dudosa. De nuevo, como señalé antes, la posibilidad de interpretar que no se aplicaría el 2x1 no sería extraña ni mucho menos contraria a lo que establece el art. 2º del Código Penal.<sup>15</sup>

Un segundo problema, que no puedo tratar en detalle aquí, tiene que ver con la discrecionalidad que tiene la CSJN para decidir qué casos va a decidir y qué casos no. La CSJN tiene la posibilidad de determinar si rechaza recursos sin ninguna fundamentación o si acepta tratar otros casos. No hay fundamentación, en este caso (ni en ningún otro) para entender por qué eligió resolver un caso y decidió rechazar otro. Si no podemos saber por qué la CSJN eligió tratar el planteo de Muiña no podríamos decir que lo hizo para “salvar el Estado de Derecho”. Es decir, la CSJN no puede sostener la importancia de su decisión si no puede justificar las razones que tuvo para abrir el caso y no rechazar el planteo que, en principio, parece algo obscuro.

El tercer problema que encuentro se vincula, concretamente, con el argumento de la “defensa del Estado de Derecho”. Este argumento implica deslegitimar muchas de las decisiones previas de la CSJN en temas vinculados a la violación de derechos humanos durante la última dictadura militar. El modo en que termina conformándose la mayoría (un ajustado 3 a 2) genera dificultades de distinta índole: por un lado, muestra serios problemas internos en la CSJN para resolver un tema demasiado importante. Si esto es un punto de inflexión en las decisiones sobre los casos de crímenes de lesa humanidad, como creo, el escaso margen de la mayoría genera problemas en la autoridad que la decisión quiere construir. Algún defensor del fallo podría decir que la CSJN no se aparta de lo que viene haciendo, sino que se dedica a precisar el alcance del concepto de “ley penal más benigna” en este contexto, o para decirlo en términos

15. Algunos detalles más de la cuestión técnica pueden ver en GARGARELLA, R., “¿Cómo pensar la garantía de la ley penal más benigna? El caso ‘Bignone’ y el ‘test de la mirada’”, en Suplemento Edición Especial LL, *Delitos de lesa humanidad*, p. 14-16.

de Nino, intentan embellecer las ventanas de la catedral con arreglos que permiten ver mejor y más lejos. Creo que esto sería bastante extraño, en particular, teniendo en cuenta que hay una minoría que insiste en seguir construyendo algo que viene haciendo hace mucho tiempo y una mayoría que confronta con esa *arquitectura interpretativa*.<sup>16</sup> Básicamente creo que la CSJN destruye las partes de la catedral construida desde el 2005 y pretende cambiar el ángulo de la discusión. Sin embargo, ese cambio en la interpretación se presenta de un modo engañoso, pero, y esto es lo más importante, sin las razones que permitan justificarlo. Por otra parte, y como señalé hace un momento, no sería posible pensar que no había otro modo de resolver el caso cuando la minoría vota en sentido contrario a la mayoría. Para justificar su decisión, la mayoría de la CSJN debió haber justificado su posición, discutir con la minoría o explicar el cambio que estaba intentando llevar adelante. Mi punto aquí es que para evitarse todo este trabajo apeló al argumento de la “defensa del Estado de Derecho”. Este argumento, entiendo, se vincula con el momento en el que la mayoría interpreta que la CSJN se desvió del camino que debía seguir y pretende retomarlo. Me explico.

Tengo la impresión de que el voto de mayoría parece retomar el voto en disidencia del juez Fayt en el caso *Simón*. En esa decisión Fayt dijo, sobre el final del voto que “No se le escapa a esta Corte que el país necesita desesperadamente recobrar la fe en sí mismo, así como el sentido de su dignidad, para acabar con la frustración, el escepticismo y el colapso moral resultantes de una larga cadena de acontecimientos (...) De esa manera podrán reconstruir la convivencia, los hábitos de vida civilizada y la solidaridad que ennoblecen la existencia humana (...) Que para el logro de tan compleja finalidad no debe pasarse por alto que pese al indiscutible carácter aberrante de los delitos investigados en esta causa, sería de un contrasentido inadmisibles que por ese motivo se vulnerasen las garantías constitucionales básicas de quien se encuentra sometido a proceso. Precisamente, el total respeto de esas garantías y de un derecho penal limitado son las bases sobre las que se asienta y construye un verdadero Estado de Derecho (...) lo contrario implicaría que los ‘rebeldes, traidores y todos los convictos de lesa majestad han de ser castigados no con el derecho

16. Le agradezco a Tomás Churba y a Santiago Roldán haberme mostrado estas dos posibilidades de abordar este problema.

civil (estatal), sino con el derecho natural, pues lo son no como malos ciudadanos, sino como enemigos de la civitas (estado) consagrándose así un derecho penal del enemigo”<sup>17</sup>.

Si esta reconstrucción de Fayt es acertada, la pregunta crucial que habría que responder es la siguiente: ¿nuestra comunidad violó el Estado de Derecho desde el fallo *Simón* en adelante? Desde esa decisión: ¿hemos tratado a los acusados de haber cometido delitos de lesa humanidad como enemigos? Y para pensar sobre el propio *Muiña*: ¿la minoría comete prevaricato o intenta resolver violando el Estado de Derecho? ¿la mayoría recompone el Estado de Derecho? Como señalé hace un momento, el voto de la mayoría no continúa ni parece tener interés en continuar con la jurisprudencia que la CSJN comenzó en *Simón* y, en cambio, retoma una argumentación que constituyó la disidencia en aquel fallo. Sin embargo, no da argumentos para justificar este cambio ni tampoco para poder comprender esta posible argumentación alternativa. Todo nos lleva a pensar que estamos ante una mala fundamentación de la solución que tomó la mayoría. Veamos esto con un poco más de detalles.

Es muy posible que se puedan identificar situaciones en las que las decisiones tomadas sobre los condenados por juicios de lesa humanidad puedan ser criticadas o que carezcan de una fundamentación adecuada. Sin embargo, intentar mostrar que eso implicó tratarlos como enemigos, violar el Estado de Derecho o crear un mundo paralelo para perseguir a determinadas personas también requiere de mayor fundamentación.<sup>18</sup> Es importante recordar que muchos de los teóricos que han criticaron ciertas decisiones que involucraron a condenados por delitos de lesa humanidad lo hicieron brindando argumentos legales y morales para sostener que eran decisiones equivocadas o que tenían fundamentos deficitarios para restringir determinados derechos.<sup>19</sup> Sin embargo, ningún de ellos aseguró que no

17. CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad”, 14/06/2005, Considerando n° 96 del voto del Juez Fayt.

18. Pienso en situaciones muy discutibles y fundamentadas de una manera muy liviana (cuando se debió ser más exigente que en cualquier otro caso) en las que las decisiones parecen muy arbitrarias. Por ejemplo, la negativa del Consejo Superior de la UBA a la petición de estudiar en la universidad presentada por los detenidos por crímenes de lesa humanidad, la discusión sobre el tipo de lugar en el que tienen que estar los condenados por delitos de lesa humanidad y las posibilidades de salir anticipadamente, etc.

19. Ver entre otros, TAMBURRINI, C., “Trading Truth for Justice?”, *Res Publica*, 16:153, 2010; HILB, C., *Usos del Pasado*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013; RISSO, M. V. y GULLI, M.

estábamos tratando a esos condenados y procesados como ciudadanos que forman parte del Estado de Derecho. Es bien difícil encontrar algún caso en el que pueda mostrarse una arbitrariedad del Estado en el trato brindado. Además, es importante recordar que muchas de las razones para defender esas decisiones se originan en *emociones reactivas*<sup>20</sup> que experimentamos con los peores criminales de la historia del país. Esto, sin embargo, no justifica que esas decisiones puedan ser criticadas, revisadas o rechazadas. Lo que debemos rechazar es la descripción inadecuada de una decisión discutible.

Me interesa retomar algunos de los argumentos del voto de Fayt que, como señalé, están implícitos en el voto de la mayoría y en particular con aquello que ha sido llamado el derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*).

### III. ¿DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

Nuevamente, según el voto de Fayt, el derecho penal del enemigo se caracteriza, entre otras cosas, por el hecho de asumir que, por ejemplo, los principios constitucionales asumidos por el derecho penal no representan nunca obstáculos para aplicar el derecho penal. De este modo, el principio de legalidad es visto como un impedimento que el legislador procura eludir conscientemente en atención a las “complejidades” derivadas del mandato de determinación que dicho principio conlleva. Agrega Fayt en su voto que, en un régimen totalitario se da por sentado que existe un derecho penal para los enemigos en tanto hace a su naturaleza la diferencia entre “amigos” y “enemigos” en la clásica distinción de Carl Schmitt. Por

---

B., “El derecho a la educación de los condenados y procesados por delitos de lesa humanidad. Un análisis crítico de la Resolución del Consejo Superior de la UBA” en BOUVIER, H.; GULLI, B. y IOSA, J. (eds.) *El juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial*, Córdoba, Ferreyra Editor, 2014; GARGARELLA, R., “El republicanismo frente a los crímenes de lesa humanidad” en BEADE, G. A. y PENNA, G. (eds.), *Memoria y Castigo en los Juicios de Lesa Humanidad*, Buenos Aires, Ad-Hoc (en prensa), 2018.

20. En el sentido en el que lo presenta el filósofo Peter Strawson. Ver sobre esto STRAWSON, P.F., *Freedom and Resentment and Other essays*, London, Routledge, 2d. ed. (capítulo I), 2008 y, recientemente, WALLACE, R. J., “Emotions and Relationships: On a Theme from Strawson”, en SHOEMAKER, D. y TOGNAZZINI, N. (eds.), *Oxford Studies in Agency and Responsibility*, Volumen 2, Oxford, Oxford University Press, 2014.

el contrario, en un Estado de Derecho, por definición, no puede admitirse tal distinción entre “ciudadanos” y “enemigos” como “sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicos”. En efecto, los derechos y garantías fundamentales propios del Estado de Derecho, sobre todo los de carácter penal material (e.g. el principio de legalidad) y procesal penal son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos concretos extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente como para imponerlo.<sup>21</sup>

Si bien es posible pensar que violar el Estado de Derecho implica tratar a los ciudadanos como enemigos esto requiere de alguna explicación más profunda que la que presentó Fayt en su decisión en *Simón*. Muchas de estas consideraciones que menciona Fayt las toma de textos que surgieron luego de que el penalista alemán Günther Jakobs desarrollara el concepto del Derecho Penal del enemigo.<sup>22</sup> Según Jakobs, el derecho penal del enemigo es derecho en otro sentido, porque el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos. Los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas porque tienen un derecho a la seguridad. En esta medida el Derecho Penal del enemigo combate peligros.

Entiendo que seguir la formulación de Jakobs tiene sentido (o solo tiene un sentido ajustado a su propuesta) si seguimos sus presupuestos para pensar en el concepto de enemigos, esto es su teoría de la prevención general positiva: si su idea se basa en reforzar las expectativas normativas que los miembros de una comunidad deben tener sobre las leyes penales, la criminalización de determinadas conductas que apuntan a un grupo particular

21. CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad”, 14/06/2005, Considerando n° 96 del voto del Juez Fayt.

22. Ver JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y del enemigo” en JAKOBS, G. y CANCIO, M., *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, y también PAWLIK, M., *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

de personas (los posibles terroristas) se entiende mucho más su tesis sobre el Derecho Penal del enemigo.<sup>23</sup> Si la idea de que la prevención general positiva, apunta a la disuasión de posibles infractores de normas penales, esto explica mejor la idea de adelantarse a la posibilidad de que terroristas cometan determinadas acciones criminalizando ciertas conductas y castigando más severamente otras. También el hecho de que los acusados de delitos sean encerrados sin procesos penales establecidos en cárceles no reconocidas legalmente tiene como finalidad, mediante medios moralmente cuestionables, prevenir futuros ataques terroristas. En definitiva, todas estas medidas destinadas a estos enemigos tienden a prevenir futuros peligros. Sin embargo, la construcción de enemigos, en el sentido en que lo menciona Jakobs en su texto requiere de un esfuerzo mayor para acercarlo a la idea que propuso Fayt.

Mi punto aquí es que, si no podemos acercarnos a pensar la idea del derecho penal del enemigo en este caso *a la Jakobs*, porque es incorrecto teóricamente, debemos buscar alguna interpretación alternativa o pensarlo de un modo diferente. Quiero decir, no es posible asociar esta tesis de Jakobs con estos casos particulares porque en los casos de violaciones a derechos humanos por la comisión de delitos de lesa humanidad la teoría de la prevención general positiva tiene bastante poco que decir. Las críticas a la prevención o a la disuasión son bien conocidas y se aplican también a estos casos. Si no es posible pensar que si Muiña se hubiera resuelto de una manera diferente (quizá como lo hizo la minoría) estaríamos tratando a los condenados por delitos de lesa humanidad como enemigos, deberíamos rechazar, de nuevo, el argumento de la “defensa del Estado de Derecho”.

Identifico, como la hacen muchos teóricos y filósofos, que el castigo en los delitos de lesa humanidad se explica mejor en términos retributivos. Creo que la retribución es una teoría que explica mejor la función del castigo, en particular en la variante que he defendido en otros lugares: me refiero a una teoría retributiva-comunicativa.<sup>24</sup> Me propongo en el final del trabajo presentar rápidamente las ideas que creo que una teoría del castigo retributiva-comunicativa debería tener y trato de vincularlo con aquello

23. JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 2. Auflage, Berlin, De Gruyter, 1991, pp. 1-16.

24. BEADE, G. A., *Suerte moral, castigo y comunidad: un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado*, Madrid, Marcial Pons (en prensa).

que me propuse al principio del texto: vincularlo con una (mala) interpretación de aquél diseño de los juicios a las juntas construido por Carlos Nino y Jaime Malamud Goti.

#### IV. ¿POR QUÉ INCULPAR Y CASTIGAR?

Primero, es necesario efectuar una aclaración previa. Creo que para definir los contornos de la responsabilidad penal debemos tomar como punto de partida la noción de inculpación.<sup>25</sup> En las comunidades en las que vivimos, la inculpación es una expresión de desaprobación de la comunidad que se manifiesta a través de ciertas emociones como la ira, el resentimiento entre muchas otras.<sup>26</sup>

Inculpar o reprochar es un modo de tratar al ofensor como un agente moral. Esta es la manera en la que debemos tratarlo porque el ofensor es un miembro competente de nuestra comunidad moral. Esta idea de comunidad se define por entender qué es lo que le debemos al otro, teniendo en cuenta para ello, la relación en la que estamos vinculados. Básicamente, nos debemos un trato con igual consideración y respeto. Sin embargo, el ofensor violó los términos básicos de ese entendimiento y por eso se lo recordamos a través de la inculpación.<sup>27</sup>

La inculpación actúa en términos simbólicos intentando capturar o hacer justicia considerando la conducta del ofensor -quien debe responder como un miembro de la comunidad- que violó los términos básicos de la relación.<sup>28</sup> Esta violación implica que nosotros, los miembros de la comunidad, debemos suspender parcialmente actitudes de buena voluntad, respeto y consideración que normalmente serían debidas a una persona con

25. En este punto creo que, como muchos filósofos del castigo, existe un vínculo entre la responsabilidad moral y la responsabilidad penal. Sin embargo, este criterio no es compartido por algunos filósofos morales. Ver SHOEMAKER, D., “On Criminal and Moral Responsibility” en TIMMONS, M., (ed.), *Oxford Studies in Normative Ethics*, Volumen 3, Oxford, Oxford University Press, 2013.

26. Estas emociones fueron caracterizadas por Peter Strawson como emociones reactivas (*reactive attitudes*). La inculpación surge como una consecuencia de las emociones reactivas en este sentido *strawsoniano*.

27. BENNETT, C., “The Expressive Function of Blame”, en COATES, J. y TOGNAZZINI, N. (eds.), *Blame. Its Nature and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 76-77.

28. *Ibid.*, p. 78.

quien tenemos tal relación. Esta suspensión debemos hacerla en una forma proporcionada a la seriedad del mal causado.

Por el momento, todas estas afirmaciones no alcanzan para justificar el castigo a otro. Es necesario explicar por qué debemos legitimar el uso de la coerción del Estado que está detrás de la imposición de un castigo.<sup>29</sup> Es necesario, además, decir mucho más para poder justificar el vínculo entre la inculpación y el tipo de teoría del castigo retributiva-comunicativa que pretendo defender, brevemente, a continuación. Pensar el castigo en términos retributivos quizá no quiera decir lo mismo que hace algún tiempo atrás. Tampoco responde a la (mala) caracterización que realizan algunos teóricos y comentaristas en sus libros de estudio.<sup>30</sup> La idea de la retribución *pura*, esto es, responder con la imposición de un mal a la concreción de un mal previo como una manera de generar un bien -en el ideal kantiano tradicional- no es representada por lo que se ha denominado el renacimiento del retribucionismo.<sup>31</sup> Tampoco los filósofos del castigo, en la actualidad, siguen esos criterios del retribucionismo tradicional. Sus puntos de partida se centran en la idea del merecimiento, la censura y la proporcionalidad.<sup>32</sup>

Yo simpatizo con una forma de pensar el castigo retributivo que intenté defender, parcialmente, en otros lados.<sup>33</sup> Pienso que castigar a alguien tiene la finalidad de que la comunidad exprese la desaprobación de un acto, en principio, prohibido. Esta expresión de la comunidad tiene como finalidad censurar y reprochar el acto cuestionado. De este modo, castigamos para señalar que había un acuerdo en el que habíamos establecido que *eso* no era lo que íbamos a hacer. Llegamos a ese acuerdo comunitario en el que todos participamos y por eso, esa regla no debía ser violada. Pero volvamos un poco hacia atrás, quisiera enfocarme en las emociones reactivas que involucren al castigo.

Castigar es un modo de expresar sentimientos de resentimiento, in-

29. Las emociones reactivas, como el resentimiento y la ira, que surgen cuando alguien es afectado físicamente o sufre una agresión por ejemplo, deben ser consideradas con un poco más de precisión si se trata de imponer un castigo. Ver STRAWSON, P., ob. cit., p. 7.

30. Particularmente los manuales alemanes con los que nos formamos tienen estos defectos, ver, por ejemplo, KINDHÄUSER, U., *Strafrecht*, AT, 5, Auflage, Baden Baden, Nomos, 2011.

31. Véase DUFF, A. y GARLAND D., *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

32. HUSAK, D., “Retributivism in extremis”, 32 *Law and Philosophy*, 3, 2013.

33. BEADE, G. A., *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del derecho penal*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2017.

dignación, además de ser un juicio de reprobación y desaprobación de una conducta.<sup>34</sup> La expresión de la desaprobación y la censura que implica castigar a alguien tiene como finalidad que la comunidad le comunique al ofensor que ese acto está prohibido como una forma de recordarle el mal que infringió a otros y también recordarle a sí mismo qué es lo que es incorrecto.<sup>35</sup> Este componente comunicativo es una característica definitiva del castigo y, en parte, lo distingue de meros actos de venganza en donde la finalidad de causar un mal como respuesta a otro es todo lo que uno desea.<sup>36</sup> El castigo tiene un significado simbólico que lo diferencia ampliamente de otro tipo de penalidades.<sup>37</sup> Como algunos autores han señalado, es difícil establecer concretamente qué es lo que un castigo expresa. En comunidades democráticas podría afirmarse que la comunidad expresa una fuerte desaprobación por un acto llevado a cabo por uno de sus miembros. En verdad podría establecer que el castigo es el juicio (como algo diferente a una reacción emotiva) de la comunidad señalando que lo que hizo el agresor es incorrecto.<sup>38</sup>

Castigar tiene, como puede apreciarse, además de censurar los actos incorrectos, al menos dos finalidades: en primer lugar, una dirigida hacia al ofensor que requiere aceptar su error además de llevarlo a reflexionar con el objetivo de lograr su arrepentimiento y la reparación del daño, de ser eso posible. Por el otro lado, la segunda finalidad que tengo en mente se relaciona con la víctima y la comunidad. Es importante centrarnos en los miembros de la comunidad, quienes toman en cuenta que el hecho prohibido es censurado y castigado. Sin duda que esto difiere bastante del tradicional “ojo por ojo diente por diente”. Esta tesis que defiende se enrola en las llamadas teorías comunicativas que ven en la imposición de un castigo un proceso reformativo y que aspira a través de la censura y la inculpación la reconciliación del ofensor con la comunidad.<sup>39</sup> La imposición de un

34. FEINBERG, J., *Doing and Deserving, Essays in the Theory of Responsibility*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1970, p. 98.

35. MORRIS, H., “A Paternalistic Theory of Punishment”, *American Philosophical Quarterly*, Vol. 18, N° 4, 1981, p. 268.

36. *Ibid.*, p. 264.

37. FEINBERG, J., ob. cit., p. 98.

38. FEINBERG, J., ob. cit., p. 98.

39. Ver MORRIS, ob. cit.; DUFF, R. A., *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

castigo obedece a la finalidad de expresar la reprobación de la comunidad al agresor, pero también de concentrarse en el resto de los ciudadanos, de su relación con el ofensor y del vínculo con las reglas morales y legales. Entiendo que la expresión de la reprobación tiene un componente comunicativo relevante que no solo se enfoca en el ofensor sino también vincula al resto de la comunidad. Según entiendo, la expresión de la reprobación, no solo le comunica al agresor de una forma clara que lo que hizo era incorrecto, sino también se dirige al resto de la comunidad, cuyos miembros a partir de ese momento comienzan a tener ciertas obligaciones respecto del proceso que implica castigar a otro.<sup>40</sup> Estas obligaciones no solo incluyen el modo en que el ofensor será castigado sino, principalmente, la forma en que será recuperado para la comunidad. Dentro de esta visión que ofrezco se vislumbran objetivos ulteriores como reconstruir una comunidad a través de la promoción de la reconciliación. El objetivo es lograr que el ofensor advierta el mal causado con su conducta, pero además que tenga una oportunidad para que él se arrepienta, se disculpe y repare su daño en la medida de lo posible.<sup>41</sup>

Lo primero que surge de esta ajustada presentación teórica es la implausibilidad de llevar adelante, en estos casos, algunos de estos presupuestos teóricos como la reconciliación. La gravedad de los crímenes de los que hablamos impide que reflexionemos en esta dirección. Lo segundo es que, en teoría, el voto de la mayoría no está proponiendo ninguna reconciliación, entonces ¿por qué deberíamos ocuparnos de este punto? Creo que es posible pensar estos dos puntos de forma independiente. Es posible dar razones para explicar la idea de que, en este caso en particular, no están dadas las condiciones para que la idea de la reconciliación funcione y también pensar porque la mayoría de la CSJN nos propone algo que se parece bastante a eso, aunque no sea exactamente lo mismo.

40. Esto difiere de lo que expresa Antony Duff, para quien expresión y comunicación no pueden entenderse conjuntamente. Según Duff, la expresión solo se enfoca en el agresor y no en el resto de la comunidad. Entiende que en la expresión no hay diálogo, solo reprobación. Ver DUFF, R. A., *Trials and Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 235; Decididamente en DUFF, R. A., *Punishment, Communication...*, ob. cit., p. 79.

41. DUFF, R. A., *Punishment, Communication...*, ob. cit., pp. 79-80.

## V. RECONCILIACIÓN Y “RECONCILIACIÓN INSTITUCIONAL FORZADA”

La censura y el reproche de las conductas prohibidas son dos actos que se concretan cuando llamamos a alguien a rendir cuentas en un juicio. Cuando un acusado acude a rendir cuentas ante sus pares, tiene la oportunidad para reconocer sus errores y aclarar lo que desea aclarar. También es el momento en el que un acusado pueda enfrentar a testigos y víctimas del hecho que cometió. Dentro de un contexto democrático, castigar a otro tiene como una de sus finalidades reincorporar al ciudadano a la comunidad a la que pertenece. Debemos intentar recuperar lo más rápido posible a un individuo que cometió un error. Para eso, es necesario, *inter alia* que quien recibe el castigo efectúe un aporte para lograr reconciliarse con el resto de la comunidad *arrepintiéndose* de lo que hizo.

Algunos autores han sostenido que los juicios penales, en el contexto de los delitos de lesa humanidad de la última dictadura, son un obstáculo para la reconstrucción de la comunidad.<sup>42</sup> Uno de los argumentos es que no es posible reconciliarnos con la amenaza del castigo de por medio. Otro de los argumentos es que no podemos seguir castigando y persiguiendo a personas mayores. Tengo la intuición contraria: creo que sería difícil reconciliarnos si, al menos, no hubiera un reproche de por medio. Sería extraño pensar que alguien pudiera venir a mi casa, romper todo lo que encuentra a su alcance, y yo solo atinara a decir “destrozaste mi casa, pero no te culpo por ello”.

Por otra parte, me interesa preguntarme: ¿qué razones tenemos para reconciliarnos con aquellos que creen que hicieron lo correcto? ¿Por qué deberíamos pensar que la edad de quien cometió delitos graves o el tiempo que pasó entre el delito y la condena produzcan cambios en las personas? ¿Por qué esos cambios –imperceptibles o no explicitados– funcionarían como razones para no castigarlos?<sup>43</sup> De estas posibles respuestas no se derivan soluciones fuertes que podamos discutir en este contexto. Como señalé en otro lado, la reconciliación requiere que quienes están enfrentados dejen de lado sus posiciones y logren un acercamiento. Esto

42. Cuestiono este punto de vista en BEADE, G. A., “Las razones del castigo retributivo ¿alternativas a los juicios de lesa humanidad?”, en *Pensar en Derecho*, 6, 2015, p. 173-194.

43. Se ha dicho que “No se puede juzgar a un viejito por lo que hizo hace 20 años”, [<http://www.infobae.com/politica/2017/05/07/jaime-malamud-goti-esta-bien-el-fallo-de-la-corte-los-grupos-de-ddhh-no-pueden-desconocer-garantias-procesales/>].

no siempre es sencillo. De nuevo, creo que los crímenes de los que estamos hablando requieren de algo más que “poner la otra mejilla”. El castigo no necesariamente obstruye la reconciliación. Es la inculpación y, tal vez, el castigo lo que da lugar a que el agresor reflexione sobre aquello que hizo y pueda, entonces, arrepentirse. La comunidad debe estar abierta a percibir esas señales y hacer esfuerzos por la reconciliación. Pero la reconstrucción de la comunidad solo será posible si aquellos que causaron males graves a otros se arrepienten de lo que hicieron. Esto no es lo que sucede en el caso argentino. Sin embargo, el voto mayoritario en *Muiña* pretende conseguir algo que llamo la “reconciliación institucional forzada” y que se afirma en la idea de cerrar el capítulo de los juicios de derechos humanos de un modo cuestionable. Explico un poco más esta idea.

La mayoría de la Corte cree interpretar algunas de las ideas de Nino y Malamud Goti de la siguiente manera: los juicios a las juntas diseñados por el gobierno de Alfonsín tenían la misión de inculpar y castigar a los comandantes y a los cargos más altos de los militares intervinientes en los hechos investigados. No había intención de enjuiciar a los cargos intermedios y cargos bajos porque lo que pretendían eran realizar juicios rápidos que dieran al mundo una respuesta concreta que evidenciara que el pasado turbulento del país no quedaría impune. Si esto hubiera ocurrido de esta manera y los comandantes y generales hubiera sido sentenciados y hubieran cumplido su castigo en forma total, el plan hubiera sido, en parte, exitoso. Sin embargo, las investigaciones fueron avanzando y sucedieron hechos que determinaron el recorte de ciertas investigaciones y la culminación de otras (mediante las leyes de obediencia debida y punto final)<sup>44</sup> y decisiones cuestionables (el indulto dictado por el presidente Menem) que destruyeron esos principios de justicia que el plan de Alfonsín quiso sostener.

De acuerdo con el desarrollo de este texto, no es posible decir que la mayoría de la CSJN en *Muiña* solo aplicó la regla de la ley penal más benigna, ni tampoco que consiguió salvar el Estado de Derecho. Entonces queda pendiente establecer qué es lo que quiso hacer la mayoría de la CSJN en el fallo. Interpreto al fallo como un intento errado de retomar aquel plan

44. Las leyes de obediencia debida y punto final respondieron, en algún modo al plan original ideado por Nino y Malamud Goti: limitar la responsabilidad solo a los altos mandos de las fuerzas armadas. En este sentido, ver MALAMUD GOTI, J. y ENTELMAN, R., “La ‘ley de punto final’. Respuesta al Profesor Julio Maier”, *Doctrina Penal*, N° 38, 1987. Esta afirmación es ratificada por Martín D. Farrell aquí: [<https://www.youtube.com/watch?v=gttx9PaaVQ8>].

de 1985. La decisión tiene como objetivo empezar a cerrar este capítulo de un modo tan abrupto como fueron estas dos circunstancias históricas que acabo de mencionar. El argumento que utilizan es que no deberíamos desear violar el Estado de Derecho. Si nuestro deseo de defender la legalidad es fuerte, entonces el resultado es el voto de la mayoría. Este deseo, parece advertirnos la CSJN, tiene consecuencias que pueden ser moralmente desagradables, pero que son legalmente justas y debemos aceptarlas. Ahora, si como señalé esta posibilidad no es la única que tenía a mano la mayoría, la pregunta que debemos hacernos es si la CSJN tiene razones para obligarnos a aceptar una modificación de su propia jurisprudencia con argumentos tan débiles y, además desconocer los avances que surgieron con los nuevos juicios para avanzar en este intento.

Tampoco es posible comprender qué motivos tuvo para sospechar que su autoridad, con esta nueva integración, iba a permitir una decisión tan antipática -pero además tan controvertida- estuviera exenta del repudio masivo que tuvo. Así como no es posible pensar en un tipo de reconciliación porque quienes nos ofendieron tan gravemente no solo no reconocieron sus errores, sino que además creen que debemos honrarlos por habernos salvado de algún peligro coyuntural, tampoco es posible pensar en un tipo de reconciliación propuesto de esta manera por una decisión de un tercero como la CSJN. Esta decisión, además, no nos da razones para pensar que debemos reconciliarnos porque hubo un arrepentimiento, sino que nos quiere llevar a pensar que debemos acceder a liberar a muchos condenados por delitos graves porque “es lo único que puede hacer el Estado de Derecho”.

Una lectura atinada del plan de 1985 nos debería llevar a reconocer estas interrupciones como parte de situaciones indeseables y defender la continuidad de los juicios y el mantenimiento de los castigos hasta su finalización. Debería reconocer que los juicios y las investigaciones que comenzaron en 1985 permitieron dar un primer paso para conocer hechos y situaciones que solo fueron apareciendo con el correr de los años y el trabajo de muchas personas. También que las razones para castigar a otros, como mencioné en el punto anterior, son independientes de la edad de los perpetradores o del tiempo que haya pasado entre el hecho que cometieron.<sup>45</sup> Por último, que mantener el Estado de Derecho depende de muchas

45. Claro que esto si depende de decisiones legales que regulan los plazos de persecución penal.

cosas, entre ellas, evitar utilizar a las leyes democráticas como artilugios o trucos para imponer decisiones morales.

## VI. PALABRAS FINALES

En este por demás extenso comentario, intenté presentar mis objeciones al fallo *Muiña* de la CSJN. En resumen, podría decir que, por un lado, el fallo es técnicamente objetable y que adolece de una debilidad severa en sus fundamentos. La solución que aplican al caso es, al menos, discutible. La mayoría de la CSJN no solo evita mostrar cuáles eran las otras soluciones alternativas que su decisión descarta, sino que, además, pretende obligarnos a creer que era la única alternativa que tenía para defender el Estado de Derecho. Tampoco justifica, en modo alguno, el criterio de selección del fallo, ni hace esfuerzos por justificar su apartamiento de su propia jurisprudencia construida desde *Simón* en adelante.

En la segunda parte del trabajo me encargué de mostrar el vínculo entre el argumento de “la defensa del Estado de Derecho” con el voto en disidencia del Juez Fayt en *Simón*, y la equivocada referencia al trato como enemigos que podríamos haberle dispensado a los acusados por delitos de lesa humanidad. Por último, intenté señalar que la CSJN pretende cerrar muchos de los asuntos vinculados con nuestro pasado turbulento mediante lo que denominé “reconciliación institucional forzada”.

## BIBLIOGRAFÍA

- BEADE, Gustavo A., “Las razones del castigo retributivo ¿alternativas a los juicios de lesa humanidad?” en *Pensar en Derecho*, 6, 2015.
- , “El principio de legalidad penal. Significado y alcance del *nullum crimen sine lege*”, en GARGARELLA, Roberto y GUIDI, Sebastián (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: una mirada igualitaria*. Tomo II, Buenos Aires, Thompson Reuters, 2016.
- , *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del derecho penal*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2017.
- , *Suerte moral, castigo y comunidad: un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

- BENNETT, Christopher, “The Expressive Function of Blame”, en COATES, Justin y TOGNAZZINI, Neal (eds.), *Blame. Its Nature and Norms*, Oxford Oxford University Press, 2013.
- DUFF Antony, *Trials and Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- , *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- DUFF, Antony y GARLAND, David, *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- FEINBERG, Joel, *Doing and Deserving, Essays in the Theory of Responsibility*, New Jersey, Princeton University Press, 1970.
- GARGARELLA, Roberto, “¿Cómo pensar la garantía de la ley penal más benigna? El caso ‘Bignone’ y el ‘test de la mirada’”, en Suplemento Edición Especial LL, *Delitos de lesa humanidad*, 18 de mayo de 2017.
- , “El republicanismo frente a los crímenes de lesa humanidad”, en BEADE, Gustavo A. y PENNA, Gonzalo (editores), *Memoria y Castigo en los Juicios de Lesa Humanidad*, Buenos Aires, Ad-Hoc (en prensa, 2018).
- HILB, Claudia, *Usos del Pasado*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.
- HUSAK, Douglas, “Retributivism in extremis”, 32 *Law and Philosophy*, 3, 2013.
- JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y del enemigo”, en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- , *Strafrecht AT*, 2, Auflage, Berlin, De Gruyter, 1991.
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht AT*, 5, Auflage, Baden Baden, Nomos, 2011.
- MALAMUD GOTI, Jaime y ENTELMAN, Ricardo, “La ‘ley de punto final’. Respuesta al Profesor Julio Maier”, *Doctrina Penal*, N° 38, 1987.
- MALAMUD GOTI, Jaime, *Game Without End: State Terror and the Politics of Justice*, Oklahoma, Oklahoma Press, 1996.
- , “A propósito de una sentencia bien intencionada”, *NDP*, 2000/B (ahora reimpresso en su libro *Crímenes de Estado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016).
- MORRIS, Herbert, “A Paternalistic Theory of Punishment”, *American Philosophical Quarterly*, Vol. 18, N° 4, 1981.
- NINO, Carlos S., *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- PAWLIK, Michael, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

- RISSO, María Valentina y GULLI, María Belén, “El derecho a la educación de los condenados y procesados por delitos de lesa humanidad. Un análisis crítico de la Resolución del Consejo Superior de la UBA”, en BOUVIER, Héran; GULLI, Belén y IOSA, Juan, *El juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial*, Córdoba, Ferreyra Editor, 2014.
- SANCINETTI, Marcelo, “Las leyes argentinas de impunidad y el art. 29 de la Constitución de la Nación Argentina”, en LOPEZ BARJA DE QUIROGA y ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y Ley Penal - Libro Homenaje al Profesor Enrique Bacigalupo*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- SHOEMAKER, David, “On Criminal and Moral Responsibility”, en TIMMONS, Mark (ed), *Oxford Studies in Normative Ethics*, Volumen N° 3, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- STRAWSON, Peter F., *Freedom and Resentment and Other essays*, London, Routledge, 2d. ed., 2008.
- TAMBURRINI, Claudio, “Trading Truth for Justice?”, *Res Publica* 16:153, 2010.
- WALLACE, Jay, “Emotions and Relationships: On a Theme from Strawson”, en SHOEMAKER, David y TOGNAZZINI, Neal (eds.), *Oxford Studies in Agency and Responsibility*, Volumen N° 2, Oxford, Oxford University Press, 2014.

*Lecciones y Ensayos*, Nro. 98, 2017

CICHERO, Agustina Noelia y KOTLIK, Marcos David, "La CSJN y el empleo...", pp. 305-356

## LA CSJN Y EL EMPLEO DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS EN EL CASO FONTEVECCHIA: FALENCIAS EN LA INTERPRETACIÓN Y RETROCESOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS\*

AGOSTINA NOELIA CICHERO\*\* Y MARCOS DAVID KOTLIK\*\*\*

**Resumen:** En el caso Fontevecchia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó al Estado argentino dejar sin efecto una condena civil, como medida de reparación. La CSJN se rehusó a hacerlo, argumentando que el tribunal interamericano carece de competencia para disponer ese remedio. Este comentario analiza el empleo, por parte del máximo tribunal de la nación, de las normas sobre interpretación de tratados internacionales contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Se identifican numerosos problemas en la argumentación desarrollada y un claro cambio de posición con relación a desarrollos jurisprudenciales previos.

**Palabras clave:** fontevecchia – corte suprema de justicia de la nación – corte interamericana de derechos humanos – interpretación de tratados internacionales – reparaciones – convención de viena sobre el derecho de los tratados de 1969

**Abstract:** In Fontevecchia, the Inter-American Court of Human Rights ordered the Argentine State to set aside a civil sentence, as a measure of reparation. The Supreme Court of Justice of Argentina did not comply, arguing that the inter-American tribunal lacks jurisdiction to establish such a remedy. This

\* Recepción del original: 5/8/2017. Aceptación: 10/8/2017.

\*\* Abogada (UBA). Ayudante de primera regular de Elementos de Derecho Internacional Público (Facultad de Derecho, UBA). Candidata a LL.M. (Notre Dame University). [cicero396@gra.derecho.uba.ar](mailto:cicero396@gra.derecho.uba.ar)

\*\*\* Abogado, Mag. en Relaciones Internacionales y Doctorando (UBA). Becario doctoral (CONICET). JTP regular de Elementos de Derecho Internacional Público (Facultad de Derecho, UBA). [marcoskotlik@derecho.uba.ar](mailto:marcoskotlik@derecho.uba.ar)

commentary analyses how the Supreme Court employs the rules on interpretation of international treaties of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Numerous problems are identified within the Supreme Court’s argumentation, as well as a clear shift with regards to the position adopted in previous cases.

**Keywords:** *fontevecchia* – supreme court of justice of argentina – inter-american court of human rights – interpretation of international treaties – reparations – 1969 vienna convention on the law of treaties

## I. INTRODUCCIÓN

El 14 de febrero de 2017, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) emitió su decisión en la causa “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. El expediente tiene su origen en un pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, remitido a la CSJN a través de la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, para que el tribunal cumpliera, en lo correspondiente y de acuerdo con su competencia, con la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el 29 de noviembre de 2011 en el caso *Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*.<sup>1</sup>

Los hechos del caso se remontan a 1995, cuando el entonces Presidente de la Nación, Carlos Saúl Menem, promovió una demanda de daños y perjuicios contra Editorial Perfil S.A., su director y editor –respectivamente, Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico– por haber publicado una serie de artículos en la revista *Noticias* con información relativa a la existencia de un hijo no reconocido de Menem y a la relación mantenida con una diputada nacional.<sup>2</sup> El reclamo fue rechazado en primera instancia, pero la sentencia de apelación fue favorable al demandante y la

1. CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 14 de febrero de 2017 (*Fontevecchia*), voto de la mayoría, considerando 4.

2. Corte IDH, “Caso *Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina*”, Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2011 (*Fontevecchia y D’Amico*), párr. 31-37.

CSJN confirmó la condena –reduciendo el monto indemnizatorio– el 25 de septiembre de 2001.<sup>3</sup>

En consecuencia, Fontevecchia y D’Amico presentaron una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en noviembre de 2001.<sup>4</sup> La CIDH entendió que la condena civil no cumplía con los requerimientos del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y, en 2010, sometió el caso a la Corte IDH y le solicitó que declarara la responsabilidad internacional del Estado por violar el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de los peticionarios.<sup>5</sup>

La sentencia de la Corte IDH determinó que el Estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión de los peticionarios y, como reparaciones, ordenó medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición, así como el pago de una indemnización compensatoria.<sup>6</sup> Específicamente, como medida de restitución, el tribunal interamericano dispuso que el Estado debía “dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico así como todas sus consecuencias”.<sup>7</sup>

De este modo, en el pronunciamiento bajo análisis en este comentario la CSJN debía resolver acerca de la revocación de la sentencia dictada por el propio tribunal 16 años antes. Por mayoría –constituida por el Dr. Lorenzetti, el Dr. Rosenkrantz, la Dra. Highton de Nolasco y el Dr. Rosatti (por su voto)–, el máximo tribunal de la nación desestimó el pedido.<sup>8</sup>

3. CSJN, “Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, 25 de septiembre de 2001.

4. Corte IDH, Fontevecchia y D’Amico, párr. 1. Originalmente, la petición fue presentada junto con Horacio Verbitsky (en representación de la Asociación Periodistas) y con el patrocinio de Eduardo Bertoní y Damián Loreti. En 2006, se informó a la CIDH que los peticionarios serían Fontevecchia, D’Amico y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

5. Corte IDH, Fontevecchia y D’Amico, párr. 2-3.

6. Concretamente, estos remedios incluyeron el reintegro a Fontevecchia y D’Amico de los montos de condena fijados por la CSJN en 2001, la compensación por daño material y gastos derivados del trámite interno e internacional, la publicación de un resumen oficial de la sentencia de la Corte IDH en el diario oficial y en un diario de amplia circulación nacional, así como la publicación de la sentencia completa en el sitio web del Centro de Información Judicial de la CSJN. Corte IDH, Fontevecchia y D’Amico, párr. 102-130.

7. Corte IDH, Fontevecchia y D’Amico, punto dispositivo 2.

8. CSJN, Fontevecchia, voto de la mayoría, considerando 20.

Esta sentencia constituye un rotundo cambio de actitud por parte de la CSJN que, durante más de dos décadas, desarrolló su jurisprudencia de un modo predominantemente receptivo frente al derecho internacional y, en particular, al derecho internacional de los derechos humanos. A partir de los fallos *Ekmekdjian c. Sofovich*<sup>9</sup> y *Fibraca Constructora*,<sup>10</sup> la CSJN reconoció la supremacía del derecho internacional por sobre las normas jurídicas internas, una vez resguardados los principios de derecho público constitucional. Asimismo, interpretó los alcances del artículo 75, inc. 22, párr. 2, de la Constitución Nacional, en cuanto establece que once instrumentos internacionales de derechos humanos –incluida la CADH– “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”. En el fallo *Monges*, de 1996, explicó que la oración final del párrafo indica que los constituyentes cotejaron los tratados y los artículos constitucionales y verificaron que no se produce derogación alguna, por lo que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente.<sup>11</sup> Asimismo, señaló que “debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente”.<sup>12</sup> Un año antes, en *Giroldi*, ya había entendido que la referencia a las condiciones de la vigencia de los tratados, implica que debe considerarse “particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.<sup>13</sup> Esta línea fue sostenida en sentencias de enorme trascendencia, como *Simón*<sup>14</sup> y *Mazzeo*, en la que se destaca el rol de la

9. CSJN, “*Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros s/ recurso de hecho*”, 7 de julio de 1992.

10. CSJN, “*Fibraca Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande s/ recurso de hecho*”, 7 de julio de 1993.

11. CSJN, “*Monges, Analía M. c. Universidad de Buenos Aires*”, 26 de diciembre de 1996 (*Monges*), considerandos 20 y 21.

12. CSJN, *Monges*, considerando 22.

13. CSJN, “*Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación –causa 32/93*”, 7 de abril de 1995, considerando 11.

14. CSJN, “*Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. –causa 17.768–*”, 14 de junio de 2005.

Corte IDH como intérprete última de la CADH.<sup>15</sup> Más aún, tratándose de decisiones del tribunal interamericano en casos contra el Estado argentino, la CSJN ya había señalado en 2004, en el fallo Espósito, que debía cumplir con las medidas ordenadas, incluso si no compartía el criterio empleado por dicho tribunal.<sup>16</sup> Asimismo, en Derecho II la CSJN había notado, frente al dictado de la decisión de la Corte IDH en *Bueno Alves vs. Argentina*,<sup>17</sup> que se trataba de “uno de esos casos por el cual las sentencias del Tribunal pueden ser excepcionalmente corregidas”.<sup>18</sup>

La decisión de la CSJN en *Fontevicchia* está estructurada sobre dos ejes de análisis: las atribuciones de la Corte IDH para dictar la medida en cuestión y la conformidad de esta con el ordenamiento constitucional.<sup>19</sup> Con relación al primer asunto, la CSJN sostiene que la Corte IDH excedió su competencia en materia remedial, empleando para ello dos argumentos: i) que acatar la medida transformaría al tribunal interamericano en una cuarta instancia, vulnerando el principio de subsidiariedad que caracteriza al sistema de protección regional, y ii) que el mecanismo de restitución en cuestión (ordenar que se deje sin efecto la condena) no está previsto en el texto de la CADH, analizada de conformidad con las normas sobre interpretación de tratados internacionales de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT). Con respecto al segundo eje, el razonamiento de la sentencia está construido sobre la base de los artículos 27 y 108 de la Constitución Nacional, sosteniéndose que la supremacía de la CSJN como máximo órgano judicial nacional es un principio de derecho público constitucional al cual deben conformarse los tratados internacionales. Para la CSJN, la decisión de la Corte IDH es contraria a nuestro ordenamiento constitucional porque ordena a la propia CSJN dejar sin efecto una sentencia, privándola de su supremacía.

15. CSJN, “*Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad –Riveros–*”, 13 de julio de 2007, considerando 21.

16. CSJN, “*Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*”, 23 de diciembre de 2004 (Espósito), voto del Dr. Petracchi y el Dr. Zaffaroni, considerandos 12 a 16.

17. Corte IDH, “*Caso Bueno Alves Vs. Argentina*”, Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de mayo de 2007.

18. CSJN, “*Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal –causa 24.079–*”, 29 de noviembre de 2011 (Derecho II), voto de la Dra. Highton de Nolasco, el Dr. Petracchi y el Dr. Zaffaroni, considerando 3.

19. CSJN, *Fontevicchia*, voto de la mayoría, considerando 7.

Esta estructura argumentativa presenta múltiples aristas que pueden ser cuestionadas. La falta de consideración del principio de competencia de la competencia, la concepción sobre la función del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (particularmente, del principio de subsidiariedad y de la doctrina de la cuarta instancia), la reconfiguración de la relación entre el derecho interno y el derecho internacional, así como la metodología empleada para construir un principio de derecho público constitucional, fueron rápidamente objeto de críticas.<sup>20</sup> Sin embargo, el fallo también ha sido reivindicado, esencialmente desde una perspectiva constitucionalista.<sup>21</sup>

Este comentario propone centrar el examen en el modo en el que la CSJN aplicó las normas sobre interpretación de tratados internacionales de la CVDT para sostener que la medida ordenada excede la competencia de la Corte IDH. La sección 2 explicará sintéticamente dos visiones distintas acerca del contenido de los artículos 31 y 32 CVDT, lo que permitirá –en la sección 3– revisar los métodos utilizados por la CSJN para fundar su posición: la interpretación textual (art. 31.1 CVDT) y la interpretación his-

20. Ver ABRAMOVICH, V., *Comentarios sobre el “caso Fontevecchia”*. La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino, consultado en [<http://ijdh.unla.edu.ar/advf/documentos/2017/02/58ab010a10d4c.pdf>] en fecha 4/8/2017; ZUPPI, A. y DELLUTRI, R., “Comentario a un diálogo entre quienes no se escuchan. La decisión de la Corte Suprema en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico c. República Argentina’”, en *La Ley*, n° 39, 23 de febrero de 2017, pp. 22-24; BOVINO, A., *Fontevecchia: La incompetencia de un tribunal*, consultado en [<http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/2017/02/caso-fontevecchia-la-incompetencia-de.html>] en fecha 4/8/2017; GIL DOMÍNGUEZ, A., *La Corte Suprema de Justicia y un inexplicable retroceso en materia de derechos humanos*, consultado en [<http://underconstitucional.blogspot.com.ar/2017/02/la-corte-suprema-de-justicia-y-un.html?spref=tw>] en fecha 4/8/2017; GARGARELLA, R., *La Corte Suprema y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana*, consultado en [<http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2017/02/la-corte-suprema-y-los-alcances-de-las.html>] en fecha 4/8/2017. Ver también CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), *Las consecuencias del fallo de la CSJN para la vigencia de los DD.HH. Sobre la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Fontevecchia y otros c/República Argentina”*, consultando en [<http://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/02/cels-sobre-fallo-fontevecchia-.pdf>] en fecha 4/8/2017.

21. Ver GARAY, A., “En ocasiones necesitamos educarnos en lo obvio”, en *La Ley*, n° 39, 23 de febrero de 2017, pp. 2-3; GELLI, M. A., “Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina”, en *La Ley*, n° 39, 23 de febrero de 2017, pp. 5-7; SANTIAGO, A., “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?”, en *La Ley*, n° 39, 23 de febrero de 2017, pp. 13-20.

tórica (art. 32 CVDT). En la sección 4 se examinarán dos elementos que surgen del artículo 31.3 CVDT, cuya utilización en la sentencia es poco clara o inexistente: la práctica subsiguiente y otras normas de derecho internacional público aplicables. Por su parte, la sección 5 estará dedicada a las particularidades relativas a la interpretación de tratados internacionales sobre derechos humanos. Este recorrido llevará, en la sección 6, a examinar la interpretación efectuada por la CSJN como un proceso creativo, esto es, una tarea eminentemente política. La sección 7 estará destinada a la presentación de algunas consideraciones finales acerca de la relevancia del fallo, así como de perspectivas a futuro.

## II. LA INTERPRETACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES DE ACUERDO CON LA CVDT

Al interpretar la CADH, la CSJN expresamente menciona los artículos 31 y 32 CVDT.<sup>22</sup> Estos artículos, cuyo contenido es considerado costumbre internacional,<sup>23</sup> establecen lo siguiente: “Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. 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.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la

22. CSJN, Fontevicchia, voto de la mayoría, considerandos 12 y 14.

23. Ver, entre muchos otros, CIJ, *Arbitral Awards of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Judgment, ICJ Reports 1991, p. 53 (*Arbitral Awards*), párr. 48; CIJ, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, Judgment, ICJ Reports 2002, p. 625, párr. 37. Sin embargo, también se ha sostenido que solo puede hablarse de una regla consuetudinaria de carácter emergente y con alcances limitados, ver VILLIGER, M., “The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The ‘Crucible’ Intended by the International Law Commission”, en CANNIZZARO, E. (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011 (“The Rules...”), pp. 117-119; VILLIGER, M., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2009 (*Commentary*...), pp. 439-440.

celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios.

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable".

Esta sección de la CVDT,<sup>24</sup> por supuesto, también requiere ser interpretada.<sup>25</sup> La doctrina ha explicado su contenido de modo diverso, particularmente en cuanto al valor y peso relativo de los distintos elementos y procedimientos que estos artículos ofrecen al intérprete.<sup>26</sup> A grandes rasgos, es posible advertir dos posturas teóricas, ambas reflejadas en la práctica de los Estados y en distintas decisiones de la Corte Internacional de Justicia (CIJ).<sup>27</sup>

Por un lado, se sostiene que el artículo 31 CVDT consagra la predo-

24. La Sección Tercera ("Interpretación de los tratados") de la Parte III de la CVDT también incluye el Artículo 33 –referente a la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas–, que no resulta relevante en el caso *Fontevicchia*.

25. PEAT, D. y WINDSOR, M., "Playing the Game of Interpretation. On Meaning and Metaphor in International Law", en BIANCHI, A., PEAT, D. y WINDSOR, M. (eds.), *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 5; VILLIGER, *Commentary...*, ob. cit., p. 439.

26. Ver al respecto DJEFFAL, C., *Static and Evolutive Treaty Interpretation. A Functional Reconstruction*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 147-148.

27. VILLIGER, *Commentary...*, ob. cit., pp. 436-438.

minancia del método textual como regla general de interpretación,<sup>28</sup> ya que su primer párrafo se refiere al establecimiento del “sentido corriente” de los términos de un tratado internacional. Esta postura se apoya en los trabajos preparatorios de la CVDT<sup>29</sup> y en algunas sentencias de la CIJ.<sup>30</sup> Sin embargo, el mismo párrafo señala que dicho sentido debe analizarse en el contexto del propio tratado y también considerando su objeto y fin. Asimismo, puede observarse que el Artículo 32 CVDT permite acudir a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, aún cuando estos sean calificados como “medios complementarios” de interpretación. De tal modo, incluso quienes favorecen la primacía del método textual han señalado que la CVDT también integra al menos un núcleo del método teleológico y, en un lugar secundario, la interpretación histórica.<sup>31</sup>

En cambio, otro sector de la doctrina entiende que la CVDT no parece establecer prioridades entre los distintos elementos del artículo 31, que confluyen simultáneamente en un solo proceso.<sup>32</sup> Es decir, la CVDT contempla conjuntamente diversos métodos de interpretación: el método

28. CRAWFORD, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 8ª ed., p. 379. Ver al respecto BJORGE, E., *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 109-112.

29. Ver VILLIGER, “The Rules...”, ob. cit., pp. 106-108.

30. Ver, por ejemplo, CIJ, *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1950, p. 4 (*Competence of the General Assembly*), p. 8; CIJ, *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, ICJ Reports 1994, p. 6, párr. 41; CIJ, *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2004, p. 279, párr. 100.

31. REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 597. Ver, en este sentido, CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports 2007, p. 43 (*Application of the Convention on Genocide*), párr. 160.

32. CLAPHAM, A., *Brierly's Law of Nations*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 354; VILLIGER, *Commentary...*, ob. cit., pp. 435-436; VILLIGER, “The Rules...”, ob. cit., pp. 113-114; BJORGE, ob. cit., p. 58; LEGG, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 106-107. La CIJ ha empleado distintos métodos conjuntamente en varias ocasiones. Ver, por ejemplo, CIJ, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 66, párr. 19; CIJ, *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, ICJ Reports 1999, p. 1045, párr. 20-51; CIJ, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, ICJ Reports 2009, p. 213 (*Dispute regarding Navigational Rights*), párr. 47-71.

textual, el método subjetivo o histórico –que entiende que la labor interpretativa es descubrir la voluntad real de las partes al momento de la celebración– y el método funcional o teleológico –que impone interpretar el tratado en función del objeto y fin perseguido–.<sup>33</sup> Esta postura, en definitiva, entiende que “todo proceso interpretativo, sea que se lleve a cabo por las partes, por una jurisdicción internacional o por un órgano de una organización internacional, se fundamenta en los tres métodos y utiliza todos los procedimientos preconizados por ellos para determinar el sentido de las disposiciones del tratado”.<sup>34</sup>

La Comisión de Derecho Internacional (CDI), órgano encargado de elaborar el proyecto de artículos que fue tomado como base para la celebración de la CVDT, expresó su visión al respecto en los comentarios a dicho proyecto.<sup>35</sup> Allí se afirma que los primeros tres párrafos del artículo 31 componen una sola regla general de interpretación basada en la interacción de todos los elementos mencionados,<sup>36</sup> sin que exista entre ellos jerarquía alguna.<sup>37</sup> También se señala que los métodos y principios a emplear durante la interpretación pueden variar de acuerdo con el carácter de cada tratado internacional.<sup>38</sup> Esto permite pensar que la CVDT no impide que existan espacios abiertos a cierta discrecionalidad por parte del intérprete, ejercida a través de la presentación de un razonamiento jurídico destinado a justificar la priorización de un método sobre otro.<sup>39</sup>

33. Es preciso notar que existe cierta divergencia en la doctrina en cuanto a la identificación de los métodos de interpretación incluidos en la CVDT. Aunque la mayoría se refiere a los métodos textual, subjetivo-histórico y teleológico, algunos textos proponen una clasificación más extensa y otros prefieren referirse a técnicas de interpretación en lugar de métodos. Ver, por ejemplo, DJEFFAL, ob. cit., pp. 114-116.

34. MONCAYO, G., VINUESA, R. y GUTIÉRREZ POSSE, H. D.T., *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavallia, 1990, t. 1, p. 120. Ver también SHAW, M., *International Law*, Cambridge/Nueva York, Cambridge University Press, 2008, 6ª ed., pp. 932-933.

35. En el proyecto de artículos de la CDI de 1966, los artículos 27 y 28 se corresponden con los artículos 31 y 32 CVDT. CDI, “Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries”, en *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II (“Draft Articles...”).

36. CDI, “Draft Articles...”, párr. 8, donde se ejemplifica la interacción de dichos elementos con la inclusión de la palabra “contexto” en los tres párrafos.

37. *Ibid.*, párr. 9. En efecto, allí la CDI explica que la redacción del artículo y, en particular, el orden de los elementos que deben tenerse en cuenta para la interpretación, responde a consideraciones lógicas.

38. *Ibid.*, párr. 6.

39. Ver en este sentido ARATO, J., “Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Tech-

Si bien no lo dice expresamente, la CSJN en Fontevecchia parece adscribir a la primera posición doctrinaria. Como podrá apreciarse en la próxima sección, al interpretar la CADH hace referencia al método textual y, de manera secundaria, acude a la interpretación histórica.

### III. LA INTERPRETACIÓN DE LA CADH EN LA SENTENCIA DE LA CSJN

#### III.A. El empleo del método textual

La CSJN, en el considerando 12 de la sentencia, sostiene que la medida restitutiva en cuestión no está prevista en la CADH. A renglón seguido, señala: “Este análisis textual es de fundamental importancia, puesto que la letra de los tratados –en el contexto de sus términos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)– determina los límites de la competencia remedial de los tribunales internacionales”.<sup>40</sup>

En el considerando siguiente, la CSJN reproduce la cláusula que es objeto de interpretación, esto es, el Artículo 63.1 CADH: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

Luego de ello, la CSJN reitera que “el tenor literal de la norma no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional”.<sup>41</sup> Es decir, la CSJN aparentemente descarta la medida en cuestión porque no se encuentra expresamente listada en el tratado.

---

niques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences”, en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 9, 2010, pp. 454-455. Ver también DJEF-FAL, ob. cit., pp. 126-142, quien explica que el artículo 31 CVDT impone una obligación procedimental de medios y no de resultados.

40. CSJN, Fontevecchia, voto de la mayoría, considerando 12.

41. CSJN, Fontevecchia, voto de la mayoría, considerando 13.

Sin embargo, es notorio que el texto del artículo 63.1 CADH no contiene un listado de medidas reparatorias que la Corte IDH puede ordenar. Así, esta parte del argumento de la CSJN podría emplearse para excluir de la competencia de la Corte IDH a cualquier medida remedial excepto la indemnización, puesto que la CADH no menciona expresamente ninguna otra. Por supuesto, esto resultaría irrazonable, pues vaciaría de contenido a la cláusula. Aquí cobra relevancia la mención en el artículo 31 CVDT a la buena fe,<sup>42</sup> que previene una interpretación excesivamente literal de un término y favorece la consideración de su contexto, objeto y fin, así como el empleo de otros medios de interpretación.<sup>43</sup>

Ahora bien, podría entenderse que, al menos de manera implícita, la CSJN considera que el sentido corriente de los términos del artículo 63.1 CADH excluye a la medida ordenada por la Corte IDH. Desde luego, esto no es más que una conjetura, puesto que la CSJN no esclarece en la sentencia cuál sería, de acuerdo con su interpretación, el sentido corriente del texto.

En cualquier caso, para arribar a esa conclusión la CSJN debería haber desentrañado el significado de los términos específicamente empleados en el artículo 63.1 CADH teniendo en cuenta el texto completo del tratado y su contexto.<sup>44</sup> Es que el régimen jurídico establecido por un tratado internacional resulta de todas las cláusulas en su conjunto, por lo que estas no pueden disociarse y considerarse aisladamente.<sup>45</sup> La propia Corte IDH ha señalado que el sentido corriente de los términos debe analizarse "como parte de un todo cuyo significado y alcance debe fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece"<sup>46</sup> y verificando que la lectura razonable

42. El principio de buena fe, en verdad, domina y subyace en todo el proceso de interpretación. BJORGE, ob. cit., p. 67; VILLIGER, *Commentary...*, ob. cit., p. 426.

43. Ver VILLIGER, *Commentary...*, ob. cit., p. 426; VILLIGER, "The Rules...", ob. cit., pp. 108-109.

44. De acuerdo con el artículo 31.2 CVDT, el contexto comprende, además del propio texto, su preámbulo y anexos, "a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado".

45. Corte Permanente de Justicia Internacional, *The Diversion of Water from the Meuse*, Sentencia del 28 de junio de 1937, Series A/B, Fascículo 70, p. 21. Ver también BJORGE, ob. cit., pp. 68-69; VILLIGER, *Commentary...*, ob. cit., p. 427.

46. Corte IDH, "Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Opinión Consultiva OC-20/09, 29 de septiembre de 2009, párr. 26.

de una disposición se encuentre en armonía con otras disposiciones del mismo tratado.<sup>47</sup> Este criterio también ha sido empleado previamente por la CSJN al interpretar la CADH.<sup>48</sup>

En este sentido, la CSJN parece advertir que su interpretación del artículo 63.1 CADH resulta difícil de conciliar con el artículo 68.1, que establece el deber Estatal de cumplir con las decisiones de la Corte IDH. Tanto las primeras líneas de la argumentación (considerando 6) como las últimas de la sentencia (considerando 20) están destinadas a señalar que la CSJN no pretende negar el carácter obligatorio de dichas decisiones, pero lo circunscribe a su interpretación acerca de los límites de la competencia remedial del tribunal interamericano.

No obstante, la CSJN prescinde de recurrir a otras partes del texto de la CADH para esclarecer el sentido corriente de los términos del artículo 63.1, tal como lo exige la CVDT.<sup>49</sup> Aun cuando la CADH no contiene otros artículos que hagan referencia a las posibles medidas reparatorias que podrían ser ordenadas por la Corte IDH, la CSJN debería haber considerado, cuanto menos, el artículo 29 CADH, que contiene criterios de interpretación propios que reflejan el principio *pro homine*,<sup>50</sup> tal como será explicado en la sección 5. Sin dudas, ello hubiera dificultado a la CSJN arribar a la conclusión expresada en la sentencia. En efecto, un análisis del tenor literal de la CADH podría también sugerir que el artículo 63.1 simplemente faculta a la Corte IDH a determinar las medidas que considere necesarias para lograr la reparación.

El artículo 31.1 CVDT también requiere tener en cuenta el objeto y fin del tratado que se esté interpretando. Esta remisión permite determinar el sentido corriente de los términos,<sup>51</sup> descartar aquellas interpretaciones que

47. *Ibid.*, párr. 26-33.

48. Ver CSJN, “Carranza Latrubesse Gustavo c/ Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia del Chubut”, 6 de agosto de 2013 (Carranza Latrubesse), voto del Dr. Zaffaroni y del Dr. Fayt, considerandos 5-6, y “Ch s/solicitud de extradición – on no. 14038/88”, Sentencia, Facultad de Derecho, 2013, voto del Dr. Petracchi, considerandos 8-11.

49. Ver DJEFFAL, ob. cit., pp. 157-158.

50. COMUNE, J. y LUTERSTEIN, N., “Artículo 29. Normas de Interpretación”, en ALONSO REGUEIRA, E. (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley/Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013, pp. 522-525.

51. VILLIGER, “The Rules...”, ob. cit., p. 110.

lo establezcan de un modo que resulte contrario al propósito del tratado<sup>52</sup> y resolver cualquier ambigüedad en el texto de un modo tal que se dé efecto al objeto y fin del instrumento.<sup>53</sup> Por ejemplo, la CIJ en el caso de la Aplicación sobre la Convención sobre Genocidio concluyó que aún cuando el texto del tratado no establece expresamente la obligación estatal de no cometer genocidio, esta surge de considerar la obligación de prevenir y castigar el genocidio contenida en el artículo I de la Convención, a la luz del propósito del tratado.<sup>54</sup> Más aún, la consideración del objeto y fin permite tener en cuenta la naturaleza del tratado, lo que resulta particularmente importante en el caso de tratados de derechos humanos.<sup>55</sup>

Esta disposición de la CVDT introduce el principio del efecto útil.<sup>56</sup> Es que, a la luz del principio de buena fe, la consideración del propósito del tratado también asegura la efectividad de sus términos.<sup>57</sup> Si bien algunos exponentes de la doctrina han expresado preocupación por la posibilidad de que la utilización del método teleológico implique la aplicación judicial del objeto y fin de un modo no contemplado por las partes,<sup>58</sup> otros explican que se trata de asegurar la mayor efectividad compatible con el sentido ordinario de los términos, es decir, se procura satisfacer el fin querido por las partes dentro de los límites de las disposiciones que han convenido.<sup>59</sup> El objeto y fin, en este sentido, también expresan la voluntad de las partes.<sup>60</sup> De hecho, la CDI ha señalado que el principio del efecto útil no implica que la interpretación "pueda ir más allá de lo expresado o necesariamente implícito en los términos del tratado".<sup>61</sup>

52. CIJ, *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, *Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962*, ICJ Reports 1962, p. 319, 336; CIJ, *Arbitral Awards*, párr. 48.

53. CRAWFORD, ob. cit., p. 601.

54. CIJ, *Application of the Convention on Genocide*, párr. 166.

55. VILLIGER, *Commentary...*, ob. cit., pp. 427-428. Ver también DJEFFAL, ob. cit., p. 162.

56. VILLIGER, "The Rules...", ob. cit., p. 110.

57. VILLIGER, *Commentary...*, ob. cit., p. 428. Ver también BJORGE, ob. cit., p. 68.

58. CRAWFORD, ob. cit., p. 379.

59. REMIRO BROTONS, ob. cit., p. 601; VILLIGER, *Commentary...*, ob. cit., p. 428; VILLIGER, "The Rules...", ob. cit., p. 110.

60. BJORGE, ob. cit., pp. 113-118.

61. CDI, "Draft Articles...", párr. 6. Ver también CIJ, *Interpretation of Peace Treaties (second phase)*, *Advisory Opinion*, ICJ Reports 1950, p. 221, 229, donde la CIJ señala que la regla de la efectividad halla su límite en el texto y el espíritu del tratado.

Este principio ha sido empleado por la CIJ a la hora de interpretar los derechos y obligaciones de la ONU, señalando que estos dependen de los propósitos y funciones de la organización, “como estén especificados o implícitos en sus instrumentos constitutivos y desarrollados en la práctica”.<sup>62</sup> Asimismo, en el caso *LaGrand*, fue aplicado para interpretar sus propias facultades como órgano judicial.<sup>63</sup> Esto también convierte al objeto y fin en un elemento relevante para el análisis de la CSJN, teniendo en cuenta que el artículo 63.1 CADH precisamente otorga ciertas facultades a otro órgano judicial, la Corte IDH.

En el caso de tratados de derechos humanos, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como la Corte IDH han explicado que el principio del efecto útil implica que deben ser interpretados y aplicados de manera de hacer efectivas y concretas las exigencias que derivan de las garantías colectivas y fundamentales que establecen.<sup>64</sup> De tal modo, la consideración del objeto y fin de la CADH impone que la interpretación sea siempre a favor del individuo.<sup>65</sup> Desde sus primeras decisiones, la Corte IDH ha explicado que el objeto y fin de la CADH es la eficaz protección de los derechos humanos<sup>66</sup> y ha señalado que “el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema”.<sup>67</sup> Más precisamente, en cuanto al régimen de

62. CIJ, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, pp. 174, 180.

63. CIJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2001, p. 466, párr. 102.

64. TEDH, *Case of Ireland v. The United Kingdom (Application no. 5310/71)*, Judgment, 18 de enero de 1978, párr. 239; TEDH, *Case of Soering v. The United Kingdom (Application no. 14038/88)*, Judgment, 7 de julio de 1989, párr. 87; Corte IDH, “Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú”, Competencia, 24 de septiembre de 1999 (Ivcher Bronstein), párr. 45.

65. TURYN, A., “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos”, en ALONSO REGUEIRA, E. (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley/Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013, pp. 7-9.

66. Ver, entre otros, Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, Excepciones Preliminares, 26 de junio de 1987 (Velásquez Rodríguez), párr. 30; Corte IDH, “Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá”, Competencia, 28 de noviembre de 2003 (Baena –Competencia–), párr. 95.

67. Corte IDH, “Asunto de Viviana Gallardo y otras”, Decisión del 13 de noviembre de 1981, párr. 16.

protección de los derechos humanos a cargo de la CIDH y la Corte IDH, esta última ha notado que la consideración del objeto y fin de la CADH implica interpretarla de manera tal que este adquiera todo su efecto útil,<sup>68</sup> pues este principio no solo se aplica con respecto a las normas sustantivas del tratado, “sino también en relación con las normas procesales”.<sup>69</sup> Por lo tanto, resulta inadmisibles una interpretación que subordine el mecanismo de protección “a restricciones que hagan inoperante el sistema tutelar de los derechos humanos, previsto en la Convención y, por lo tanto, la función jurisdiccional de la Corte”.<sup>70</sup>

Cabe señalar que en decisiones previas la CSJN ya había aplicado el principio del efecto útil para la interpretación de tratados de derechos humanos.<sup>71</sup> Asimismo, se había hecho eco de la obligación de interpretar la CADH conforme a su objeto y fin, tanto con relación a sus disposiciones de fondo como en cuanto a aquellas referentes al sistema de protección, de manera que este no se vea debilitado.<sup>72</sup>

En el caso *Fontevicchia*, sin embargo, la CSJN no tuvo en cuenta el objeto y fin de la CADH a la hora de interpretar su artículo 63.1. Ello hubiera implicado analizar de qué modo se aseguraba la eficaz protección de los derechos humanos, por un lado examinando el artículo en cuestión en abstracto, pero también considerando en el caso concreto cómo cumplir dicho propósito con relación a los derechos en juego, así como con respecto al derecho a la reparación.

Por otra parte, el artículo 31.2.b CVDT indica que el contexto que debe considerarse al interpretar los términos de un tratado comprende “todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente

68. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, párr. 30. Ver, al respecto, COMUNE y LUTERSTEIN, ob. cit., pp. 526-527.

69. Corte IDH, “Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú”, Competencia, 24 de septiembre de 1999 (Tribunal Constitucional), párr. 36; Corte IDH, Ivcher Bronstein, párr. 37.

70. Corte IDH, “Caso Constantine y otros Vs. Trinidad y Tobago”, Excepciones Preliminares, 1 de septiembre de 2001, párr. 73.

71. Ver CSJN, “Priebke, Erich s/solicitud de extradición –causa 16.063/94–”, 2 de noviembre de 1995, considerando 49; CSJN, “Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales”, 11 de noviembre de 2008, considerando 5.

72. CSJN, Carranza Latrubesse, voto del Dr. Zaffaroni y del Dr. Fayt, considerandos 5-6, y “Ch s/solicitud de extradición – no no. 14038/88)”, Sentencia, Facultad de Derecho, 2013, voto del Dr. Petracchi, considerandos 8-11.

al tratado". En el caso de la CADH, esto permite señalar la relevancia de los instrumentos de ratificación o adhesión depositados por los Estados de conformidad con el artículo 74.2<sup>73</sup> y sus reservas formuladas de acuerdo con el artículo 75.<sup>74</sup> Además, tratándose de la interpretación de la competencia de la Corte IDH, resultan importantes las declaraciones de aceptación de esa competencia por parte de los Estados, reguladas por el artículo 62 CADH.<sup>75</sup>

En particular, el instrumento de ratificación remitido por la Argentina a la Secretaría General de la OEA el 5 de septiembre de 1984, incluye una reserva, tres declaraciones interpretativas y el reconocimiento de la competencia de la Corte IDH por tiempo indefinido y en condición de estricta reciprocidad, sin que conste observación alguna relativa a la competencia remedial del tribunal interamericano.<sup>76</sup> Desde luego, la CSJN no hizo referencia a este instrumento en su decisión.

De tal modo, aun analizada exclusivamente de acuerdo con el método textual, la argumentación de la CSJN en *Fontevicchia* presenta una

73. Artículo 74.2 CADH: "La ratificación de esta Convención o la adhesión a esta se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión".

74. Artículo 75 CADH: "Esta Convención solo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969".

75. Artículo 62 CADH: "1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de esta a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial".

76. Consultado en [[https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm#Argentina:](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Argentina:)] en fecha 4/8/2017.

falencia importante a la luz de las normas jurídicas internacionales sobre interpretación de tratados. El máximo tribunal de la nación, alejándose de las exigencias de la buena fe, escogió una interpretación excesivamente literal de la CADH, ignorando otras disposiciones relevantes del texto del tratado, su objeto y fin, así como otros instrumentos relevantes que forman parte de su contexto. Y, en rigor, en modo alguno esclareció el sentido corriente de los términos del artículo 63.1 CADH.

### **III.B. El empleo de la interpretación histórica como único argumento y no como medio complementario**

Luego de afirmar que el tenor literal del artículo 63.1 CADH no incluye al mecanismo restitutivo en cuestión, la CSJN agrega que este último “no fue siquiera considerado en los trabajos preparatorios de la Convención Americana”.<sup>77</sup> El artículo 32 CVDT permite recurrir a medios de interpretación complementarios, incluyendo los trabajos preparatorios y las circunstancias de la celebración del tratado, para confirmar el significado al que se haya arribado en virtud del artículo 31 CVDT, o bien cuando esa interpretación deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifestamente absurdo o irrazonable.

Es pertinente notar que no se establece allí “un medio de interpretación alternativo y autónomo, sino un medio para auxiliar una interpretación regida por los principios contenidos [en el artículo 31 CVDT]”,<sup>78</sup> es decir, a la que se haya arribado empleando los medios de la regla general de interpretación.<sup>79</sup> En el caso *Fontevécchia*, tal como se desprende del apartado precedente, podría cuestionarse que la CSJN efectivamente haya realizado alguna interpretación regida por esos principios. La mención a un “análisis textual” no se refleja en un razonamiento jurídico destinado a determinar el sentido corriente del artículo 63.1 CADH. Si tal determinación no ha tenido lugar, difícilmente podrá confirmarse un significado, esclarecer un sentido ambiguo o absurdo, o evitar un resul-

77. CSJN, *Fontevécchia*, voto de la mayoría, considerando 14.

78. CDI, “Draft Articles...”, párr. 19. Ver también VILLIGER, “The Rules...”, ob. cit., p. 113.

79. VILLIGER, *Commentary...*, ob. cit., p. 446; TOBIN, J., “Seeking to Persuade: A Constructive Approach to Human Rights Treaty Interpretation”, en *Harvard Human Rights Journal* 23, 2010, pp. 24-25.

tado absurdo o irrazonable.<sup>80</sup> Es inconsistente con la CVDT emplear los trabajos preparatorios de un tratado como el único elemento para sustentar una interpretación de su texto.

Otros aspectos del modo en el que la CSJN empleó los trabajos preparatorios también son llamativos. Es que el principio de buena fe impone al intérprete determinar si es necesario recurrir a los medios complementarios,<sup>81</sup> teniendo en cuenta cuál es el contexto temporal apropiado en el que los términos deben ser interpretados caso a caso y justificándolo apropiadamente.<sup>82</sup> La interpretación evolutiva de los tratados sobre derechos humanos<sup>83</sup> lleva, con frecuencia, a desechar elementos propios de la interpretación histórica.

Por otra parte, al explicar el papel complementario de estos medios, la CDI ha señalado que aun cuando puedan ser útiles para esclarecer los términos, muchas veces son incompletos o confusos, lo que exige prudencia al determinar su valor.<sup>84</sup> En efecto, excluir la medida restitutiva en cuestión de los alcances del artículo 63.1 CADH por no haber sido mencionada en los trabajos preparatorios parece algo apresurado.

Es importante notar que las actas y documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos solo mencionan una modalidad concreta de reparación que, además, aparece consignada en el artículo 63.1 CADH: la indemnización. En efecto, el proyecto de Convención bajo estudio contemplaba la competencia de la Corte para establecer una indemnización a favor de la parte lesionada.<sup>85</sup> Sin embargo, siguiendo la línea trazada por una enmienda propuesta por Guatemala,<sup>86</sup> la Comisión II de la Conferencia –a cargo de estudiar la parte procesal del proyecto–<sup>87</sup> aprobó una redacción “más amplia y categórica [...] en defen-

80. Ver VILLIGER, *Commentary...*, ob. cit., p. 447.

81. VILLIGER, *Commentary...*, ob. cit., p. 426.

82. TRIANTAFILOU, E., “Contemporaneity and Evolutive Interpretation under the Vienna Convention on the Law of Treaties”, en *ICSID Review* 32 (1), 2017, p. 139.

83. Ver sección 5.

84. CDI, “Draft Articles...”, párr. 10. Ver también TOBIN, ob. cit., p. 24.

85. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 31, artículo 52.

86. *Ibid.*, p. 119.

87. *Ibid.*, p. 370.

sa del lesionado”,<sup>88</sup> que se refiere no solo a la indemnización sino también a la reparación de las consecuencias de la vulneración a los derechos en cuestión.<sup>89</sup>

Más allá de eso, no se refleja que haya existido un debate acerca del alcance de las facultades de la Corte IDH para disponer reparaciones, ni enumeración alguna de los mecanismos que los representantes diplomáticos ante la Conferencia podían estar imaginando en ese momento. Desde luego, esas deliberaciones pueden haber tenido lugar en contextos informales o simplemente no estar plasmadas en los documentos de la Conferencia, que son solo un resumen de lo ocurrido durante las sesiones. Pero también es posible que la intención de las partes haya sido dar a la Corte IDH la facultad de determinar por sí misma qué tipo de reparación debe implementarse en cada caso.

Siguiendo el razonamiento de la CSJN, podría apoyarse la conclusión –por demás irrazonable– de que ninguna forma de reparación, además de la indemnización, está verdaderamente contemplada en el artículo 63.1 CADH. Por el contrario, la falta de mención en las actas y documentos de la Conferencia Especializada a las variadas formas de reparación ordenadas por la Corte IDH puede resultar indicativa de la ausencia de impedimento alguno para considerarlas pertinentes a la luz de la CADH.<sup>90</sup>

#### IV. EL ARTÍCULO 31.3 CVDT Y LOS ELEMENTOS AUSENTES EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CSJN

El artículo 31.3 CVDT indica que, para interpretar los términos de un tratado, junto con su contexto, deberán tenerse en cuenta algunos elementos adicionales, que emanan de la actividad de las partes con posterioridad

88. *Ibid.*, p. 377.

89. Surge de los trabajos preparatorios que la redacción del artículo 63.1 CADH se construyó sobre la base del artículo 52 del proyecto de Convención sometido a consideración de la Conferencia Especializada. La Comisión II, además de modificar el texto, lo reubicó como artículo 64. La redacción y ubicación actuales fueron aprobadas por el plenario de la Conferencia.

90. Este tipo de inferencia a partir de los trabajos preparatorios de un tratado fue efectuada por la CIJ, *La Grand*, párr. 104.

a la celebración del tratado<sup>91</sup> y que también constituyen medios auténticos de interpretación:<sup>92</sup> acuerdos ulteriores acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones, la práctica desarrollada en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes sobre su interpretación, y las otras normas jurídicas internacionales aplicables entre las partes. Su consideración obliga al intérprete a ampliar el momento hermenéutico,<sup>93</sup> pues queda claro que la intención de las partes no se encuentra solidificada en el texto del tratado y puede cambiar con el paso del tiempo.<sup>94</sup>

Es preciso notar que la CSJN en *Fontevicchia* no recurrió a ninguno de los elementos de interpretación mencionados. Los próximos dos apartados examinarán, respectivamente, la práctica ulterior de las partes y otras normas de derecho internacional aplicables, lo que permitirá apreciar que su consideración hubiera impactado en la decisión final del tribunal.

#### **IV.A. La práctica seguida ulteriormente en la aplicación de la CADH**

El literal b del artículo 31.3 CVDT remite a la práctica seguida ulteriormente en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación. Este elemento es posiblemente el más dinámico de la CVDT, abriendo el proceso de interpretación a la intertemporalidad.<sup>95</sup> Es que una interpretación basada en el significado dado a los términos al momento de la conclusión del tratado puede modificarse con base en la práctica subsiguiente de los Estados<sup>96</sup> que, de acuerdo con la CDI, "constituye evidencia objetiva del entendimiento de las partes en cuanto al significado del tratado".<sup>97</sup> En efecto, es posible que los Estados hayan querido que el significado de algunos términos del tratado evolucione con el paso del tiempo, lo que puede presumirse cuando han empleado

91. MONCAYO, VINUESA y GUTIÉRREZ POSSE, ob. cit., p. 121.

92. CDI, "Draft Articles...", párr. 15-16; VILLIGER, "The Rules...", ob. cit., p. 110.

93. REMIRO BROTONS, ob. cit., pp. 599-600.

94. LEGG, ob. cit., p. 109; DJEFFAL, ob. cit., p. 165.

95. DJEFFAL, ob. cit., pp. 163-164.

96. VILLIGER, *Commentary...*, ob. cit., p. 432; TRIANTAFILOU, ob. cit., p. 150.

97. CDI, "Draft Articles...", párr. 15. Ver también LEGG, ob. cit., pp. 107-108.

términos genéricos en tratados de duración continuada o indefinida.<sup>98</sup> La CIJ ha destacado que, en este tipo de situaciones, para respetar la intención común de las partes al concluir el tratado debe tomarse en cuenta el significado adquirido por los términos en cuestión en cada ocasión en la que el instrumento deba aplicarse.<sup>99</sup>

Es necesario recordar que la práctica en cuestión puede ser desarrollada por una o más partes en el tratado,<sup>100</sup> aunque debe ser consistente y haber ocurrido con cierta frecuencia, además de contar con el acuerdo de las partes restantes, al menos a través de la aquiescencia.<sup>101</sup> No obstante, aun cuando la práctica sea inoponible a aquellos Estados con relación a las cuales no pueda establecerse su aceptación, esto no excluye la consideración de dicha práctica cuando se trata de interpretar el tratado para aquellas partes que han desarrollado la práctica o que han sido aquiescentes.<sup>102</sup> Es notable que la CSJN, en *Fontevicchia*, ha dejado de lado un elemento de interpretación que hubiera exigido indagar en el modo en el que los Estados han reaccionado frente a decisiones similares de la Corte IDH en ejercicio de su competencia remedial y, particularmente, hubiera implicado prestar especial atención a la conducta del propio Estado argentino.

98. CIJ, *Dispute regarding Navigational Rights*, párr. 66. Ver al respecto TRIANTAFILOU, ob. cit., pp. 151-154.

99. CIJ, *Dispute regarding Navigational Rights*, párr. 64; CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, ICJ Reports 1971, p. 16 (*Legal Consequences of the Continued Presence of South Africa in Namibia*), párr. 53.

100. VILLIGER, “The Rules...”, ob. cit., p. 110. Asimismo, la CIJ ha considerado la práctica de órganos políticos –y particularmente su razonamiento jurídico subyacente–, por ejemplo, de la Asamblea General al interpretar la Carta la ONU y de la Asamblea de la Organización Consultiva Marítima Internacional (predecesora de la Organización Marítima Internacional) al interpretar su instrumento constitutivo. Ver CRAWFORD, ob. cit., p. 382; CIJ, *Competence of the General Assembly*, p. 9; CIJ, *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2 of the Charter)*, *Advisory Opinion of 20 July 1962*, ICJ Reports 1962, pp. 151, 159-161; CIJ, *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Intergovernmental Maritime Consultative Organization*, *Advisory Opinion of 8 June 1960*, ICJ Reports 1960, pp. 150, 168-169.

101. VILLIGER, *Commentary*..., ob. cit., pp. 429 y 431; DJEFFAL, ob. cit., pp. 166-167. Ver también CDI, “Draft Articles...”, párr. 15, donde la CDI expresamente aclara que no es necesario que todas las partes hayan desarrollado la práctica, siendo suficiente que la hayan aceptado.

102. VILLIGER, *Commentary*..., ob. cit., p. 429.

Desde su creación hasta la actualidad, la Corte IDH ha desarrollado una importante jurisprudencia en esta materia, ordenando diversos remedios enmarcados en un concepto amplio de reparaciones.<sup>103</sup> Entre las medidas de carácter restitutivo,<sup>104</sup> ha dispuesto que se revisen sentencias de tribunales nacionales en múltiples ocasiones desde su creación, sin encontrar obstáculos en su competencia remedial.<sup>105</sup> En 2004, en el caso Herrera Ulloa, el tribunal interamericano ordenó que se dejara sin efecto una sentencia de un tribunal doméstico que incluía una condena civil resarcitoria, por considerarla violatoria al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.<sup>106</sup> Costa Rica cumplió con la decisión de la Corte IDH,<sup>107</sup> lo cual constituye una práctica subsiguiente relevante a la hora de interpretar los alcances del artículo 63.1 CADH. En Fontevecchia, sin embargo, la CSJN no consideró este precedente y, por lo tanto, tampoco exploró la existencia de posibles reacciones de otros Estados.

Notoriamente, la CSJN tampoco fue consecuente con la práctica desarrollada previamente por el Estado argentino. La Corte IDH ya había ordenado a la Argentina que dejara sin efecto una sentencia penal en el caso Kimel<sup>108</sup> y que se revocara una medida cautelar de inhibición general de bienes en el caso Mémoli,<sup>109</sup> lo que fue cumplido por el Estado en ambos casos.<sup>110</sup>

103. NASH ROJAS, C., *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007)*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009, p. 39. Ver también ROUSSET SIRI, A., "El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista Internacional de Derechos Humanos* 1, pp. 62-67.

104. NASH ROJAS, ob. cit., pp. 59-60.

105. Ver ABRAMOVICH, ob. cit., pp. 3-4.

106. Corte IDH, "Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de julio de 2004, párr. 195 y 204, punto resolutivo 4.

107. Corte IDH, "Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica", Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 12 de Septiembre de 2005, Vistos 10.a.; Corte IDH, "Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica", Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 22 de noviembre de 2010, considerandos 7-10.

108. Corte IDH, "Caso Kimel Vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008, punto resolutivo 7.

109. Corte IDH, "Caso Mémoli Vs. Argentina", Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de agosto de 2013, punto resolutivo 8.

110. Corte IDH, "Caso Kimel Vs. Argentina", Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 5 de febrero de 2013; Corte IDH, "Caso Mémoli Vs. Argentina", Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 10 de febrero de 2017.

Más aún, como ha sido señalado en la introducción a este comentario, la propia CSJN desde el caso *Espósito* dejó en claro que, incluso si no comparte el criterio empleado por la Corte IDH,<sup>111</sup> de todos modos debe “subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”.<sup>112</sup> Esta tesitura fue reiterada en *Derecho II*<sup>113</sup> y, más recientemente, en el marco del caso *Mohamed*, afirmando que las decisiones de la Corte IDH en causas en las que el Estado argentino es parte “deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.<sup>114</sup> Esta práctica, en definitiva, indica una aceptación de los alcances de la competencia remedial del tribunal interamericano.

Ahora bien, la CSJN sí hizo alusión a otros casos de la Corte IDH en lo concerniente a la cuestión de las reparaciones. En efecto, citó las decisiones sobre reparaciones y costas en el caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam* y en *Blake vs. Guatemala* para afirmar que el propio tribunal interamericano ha entendido que en muchos casos el remedio bajo análisis es improcedente.<sup>115</sup> Sin embargo, en los fragmentos citados, la Corte IDH solo señala que en algunos casos la restitución no será posible, suficiente o adecuada, para destacar que por ello existen otros modos de reparación, como la indemnización.<sup>116</sup> No se menciona allí el remedio concreto ordenado en *Fontevecchia*, ya que no fue empleado por la Corte IDH en dichos casos.

Más aún, los casos en cuestión son empleados por la CSJN para sustentar que la medida restitutiva ordenada resulta jurídicamente imposible por ser incompatible con el carácter de órgano supremo y cabeza del Poder

111. CSJN, *Espósito*, voto del Dr. Petracchi y el Dr. Zaffaroni, considerandos 12 a 16. Ver Corte IDH, “Caso *Bulacio Vs. Argentina*”, Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de septiembre de 2003.

112. CSJN, *Espósito*, voto del Dr. Petracchi y el Dr. Zaffaroni, considerando 6. Ver también considerando 16.

113. CSJN, *Derecho II*, voto de la Dra. Highton de Nolasco, el Dr. Petracchi y el Dr. Zaffaroni, considerando 4.

114. CSJN, Expediente 4499/13, Resolución 477/15, 25 de marzo de 2015, considerando VI. Ver Corte IDH, “Caso *Mohamed Vs. Argentina*”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2012.

115. CSJN, *Fontevecchia*, voto de la mayoría, considerando 15.

116. Corte IDH, “Caso *Blake Vs. Guatemala*”, Reparaciones y Costas, 22 de enero de 1999 (*Blake*), párr. 42; Corte IDH, “Caso *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*”, Reparaciones y Costas, 10 de septiembre de 1993 (*Aloeboetoe*), párr. 49. Ver al respecto BOVINO, ob. cit.

Judicial de la CSJN, lo que el propio tribunal identifica como un principio fundamental del derecho público argentino.<sup>117</sup> Sin adentrarse en las discusiones sobre derecho constitucional a las que puede dar lugar este argumento, es necesario señalar que la CSJN no parece advertir que en las decisiones citadas la Corte IDH explica precisamente que la obligación de reparar establecida por los tribunales internacionales “se rige, como ha sido aceptado universalmente, por el derecho internacional en todos sus aspectos: alcance, naturaleza, modalidades y la determinación de los beneficiarios, nada de lo cual puede ser modificado por el Estado obligado, invocando para ello disposiciones de su derecho interno”.<sup>118</sup>

#### IV.B. Las otras normas de derecho internacional aplicables

El literal c del artículo 31.3 CVDT establece que, juntamente con el contexto de los tratados, la interpretación debe tener en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. En este sentido, la CIJ ha remarcado que la aplicación de otras reglas de derecho internacional que resulten pertinentes “forma una parte integral” de la tarea de interpretación.<sup>119</sup> Ha explicado también que los desarrollos del derecho internacional posteriores a la conclusión de un tratado no pueden ser ignorados y que la interpretación y aplicación de estos instrumentos internacionales debe hacerse en el marco de “todo el sistema jurídico vigente al momento de la interpretación”,<sup>120</sup> visión que ha sido reafirmada por la Corte IDH.<sup>121</sup> A la luz del fenómeno de la fragmentación del derecho internacional, la consideración de todas las normas jurídicas internacionales pertinentes permite la integración sistémica de las distintas ramas del derecho internacional, procurando la coherencia entre regímenes autónomos.<sup>122</sup>

117. CSJN, Fontevecchia, considerandos 16 y 17.

118. Corte IDH, Blake, párr. 32. Ver también Corte IDH, Aloeboetoe, párr. 44.

119. CIJ, *Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2003, p. 161, párr. 41.

120. CIJ, *Legal Consequences of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, párr. 53.

121. Corte IDH, “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Opinión Consultiva OC-10/89, 14 de julio de 1989 (Interpretación de la Declaración Americana), párr. 37.

122. CRAWFORD, ob. cit., p. 383. Ver al respecto CDI, “Fragmentación del derecho interna-

La decisión de la CSJN en *Fontevicchia* omitió considerar y analizar algunas normas fundamentales de derecho internacional que resultan pertinentes para el caso. Los próximos apartados examinarán cómo los principios de competencia de la competencia y *pacta sunt servanda* podrían haber impactado en la interpretación propuesta y haber llevado a una conclusión contraria a la adoptada.

#### *IV.B.1. El principio de competencia de la competencia*

De acuerdo con un reconocido principio de derecho internacional denominado competencia de la competencia (*compétence de la compétence* o *Kompetenz-Kompetenz*), todo tribunal internacional es juez de su propia jurisdicción, es decir, tiene la facultad de determinar tanto la existencia como el alcance de su jurisdicción.<sup>123</sup> El término jurisdicción, que deriva del latín "*ius dicere*" (decir el derecho), hace referencia al poder de declarar el derecho, en otras palabras, de pronunciarse sobre los derechos y obligaciones de las partes.<sup>124</sup> En este sentido, Amerasinghe explica que el término "jurisdicción" tiene un alcance mayor al de "competencia", pues se trata de un concepto amplio que hace referencia al poder legítimo de todo tribunal internacional de pronunciarse en forma autoritativa y final sobre el derecho y abarca toda la actividad del tribunal.<sup>125</sup> Esto incluye, desde luego, la capacidad de dictar remedios.<sup>126</sup>

El principio de competencia de la competencia se encuentra reconocido en varios instrumentos internacionales.<sup>127</sup> Sin embargo, no es necesario que se encuentre incluido de forma explícita en el estatuto constitutivo del tribunal u otros instrumentos que regulen su funcionamiento;

---

cional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional", Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, elaborado por Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, pp. 238-280.

123. EVANS, M., *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 2ª ed., p. 573; GONZÁLEZ NAPOLITANO, S., "La solución pacífica de las controversias internacionales", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Errejus, 2015, p. 794.

124. AMERASINGHE, C., *Jurisdiction of International Tribunals*, La Haya, Kluwer Law International, 2003, p. 52.

125. *Ibid.*, pp. 52-53.

126. *Ibid.*, pp. 54-55.

127. Por ejemplo, Artículo 36.6, Estatuto CIJ; Artículo 288.4, CONVEMAR.

por el contrario, se trata de una facultad implícita de todo tribunal internacional.<sup>128</sup>

La Corte IDH ha expresado en forma sostenida que "como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia",<sup>129</sup> agregando que dicha prerrogativa "además es un deber que le impone la Convención Americana, para ejercer sus funciones según el artículo 62.3".<sup>130</sup> En este sentido, la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH por parte de los Estados presupone la admisión del derecho del tribunal a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción.<sup>131</sup> De tal modo, cuando la CSJN señala en Fontevicchia que el Estado argentino se ha obligado a acatar las decisiones de la Corte IDH, pero que esto "alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales,"<sup>132</sup> no puede ignorar que el sometimiento voluntario a dicha jurisdicción implica también acatar el principio de competencia de la competencia. Es decir, el Estado ya ha aceptado que la Corte IDH, como todo tribunal internacional, tiene la facultad de decidir sobre los alcances de su propia capacidad remedial. Esto es suficiente para notar que no resulta atendible el argumento esbozado por la CSJN.

Ahora bien, al desconocimiento del principio de competencia de la competencia se suma que el argumento según el cual la CSJN afirma que la Corte IDH carece de competencia remedial está construido sobre la base de una referencia doctrinaria que, cuanto menos, resulta de dudosa aplicación al caso concreto. Es que la CSJN cita a Reisman, quien señala que "los tribunales internacionales son órganos con competencia limitada de la manera prescripta en los instrumentos que los han constituido".<sup>133</sup> Sin embargo, el texto citado trata sobre los modos de aceptación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, mas no versa sobre la competencia remedial de los tribunales de derechos humanos.

128. EVANS, ob. cit., p. 573; GONZÁLEZ NAPOLITANO, ob. cit., p. 794.

129. Corte IDH, Ivcher Bronstein, párr. 32; Corte IDH, Tribunal Constitucional, párr. 31.

130. Corte IDH, Ivcher Bronstein, párr. 33; Corte IDH, Tribunal Constitucional, párr. 32. Ver nota 75.

131. Corte IDH, Ivcher Bronstein, párr. 34.

132. CSJN, Fontevicchia, voto de la mayoría, considerando 6.

133. REISMAN, W. M., "Has the International Court Exceeded its Jurisdiction?", en *American Journal of International Law*, vol. 80, 1986, p. 128.

#### IV.B.2. *El principio pacta sunt servanda*

Uno de los pilares fundamentales del ordenamiento internacional,<sup>134</sup> receptado en el artículo 26 CVDT, es el principio *pacta sunt servanda*, el cual indica que los tratados deben cumplirse de buena fe.<sup>135</sup> Esta regla resulta aplicable sin excepción a todo tratado internacional y a todos los órganos del Estado, e implica que las partes tienen el deber de observar tanto el espíritu como la letra de las disposiciones del tratado en la mayor medida posible.<sup>136</sup>

En este sentido, la CADH establece en su artículo 68.1 que "Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". Sin embargo, tal como ha sido explicado en el apartado 3.1, en Fontevecchia esta obligación aparece limitada, según la interpretación del artículo 63.1 CADH propuesta por la CSJN, por los alcances de la competencia remedial de la Corte IDH.

Al examinar el principio de competencia de la competencia, ya ha quedado claro que es la propia Corte IDH quien está facultada para examinar los alcances de su propia competencia remedial, y no la CSJN u otros tribunales nacionales. Adicionalmente, es posible señalar que la interpretación de la CSJN supone la existencia de una excepción a lo dispuesto en el artículo 68.1 CADH, que no encuentra sustento en dicha cláusula ni en el resto de la CADH. Es que no existe en el tratado disposición alguna que limite la competencia remedial de la Corte IDH o que condicione los efectos obligatorios de sus sentencias a la aceptación posterior de las medidas ordenadas por parte de los Estados.

Desde luego, es preciso recordar que no todo Estado parte en la CADH está necesariamente sujeto a la jurisdicción de la Corte IDH.<sup>137</sup> La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH sobre todos los ca-

134. VILLIGER, *Commentary*..., ob. cit., p. 363.

135. Ver al respecto GONZÁLEZ NAPOLITANO, S., "Derecho de los tratados (primera parte). Concepto, clasificación, celebración, entrada en vigor, observancia, aplicación, modificación y enmienda de los tratados", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. (coord.) *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Errejus, 2015, p. 133.

136. VILLIGER, *Commentary*..., ob. cit., pp. 365-367.

137. Al momento de finalizar el texto de este comentario, de los 23 Estados parte en la CADH, 20 han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. Consultado en [[https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm)] en fecha 4/8/2017.

sos relativos a la interpretación o aplicación de de la CADH requiere una declaración adicional que, de acuerdo su artículo 62,<sup>138</sup> puede efectuarse al momento de depositar el instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier momento posterior, y que puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Asimismo, de acuerdo con lo establecido por la Corte IDH, una vez efectuado el reconocimiento de su competencia, este no puede ser retirado.<sup>139</sup>

Dicho artículo, entonces, permite que los Estados introduzcan ciertas condiciones al reconocer la competencia de la Corte IDH, pero no se prevé que estas puedan referirse a la facultad del tribunal de interpretar o aplicar la CADH, ni limitar su capacidad de ordenar medidas de reparación. Es preciso notar que ningún Estado ha efectuado observaciones a la competencia remedial de la Corte IDH en sus respectivas declaraciones de aceptación de la competencia del tribunal.<sup>140</sup> En particular, del instrumento depositado por la Argentina, que contiene el reconocimiento de la competencia de la Corte IDH por tiempo indefinido y bajo condición de reciprocidad, solo podría inferirse una limitación a dicha competencia por la remisión efectuada a la reserva formulada al artículo 21 CADH (derecho a la propiedad), por la cual el Estado indicó que no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del gobierno, ni considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de "utilidad pública" e "interés social", ni lo que entiendan por "indemnización justa".<sup>141</sup>

De tal modo, ni el texto de la CADH ni los alcances con los que la Argentina ha aceptado la competencia de la Corte IDH permiten justificar la limitación de su facultad de ordenar medidas de reparación como lo hace la CSJN en *Fontevicchia*. En efecto, la Corte IDH ha remarcado que "los

138. Ver nota 75.

139. Corte IDH, *Ivcher Bronstein*, párr. 50-55; Corte IDH, Tribunal Constitucional, párr. 49-54.

140. Consultado en [[https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm)] en fecha 4/8/2017. Esto podría constituir una práctica subsiguiente en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación, de acuerdo con el artículo 31.3.b CVDT. Ver al respecto el apartado 4.1.

141. Consultado en [[https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm#Argentina](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Argentina):] en fecha 4/8/2017.

Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos"<sup>142</sup> y, como ha sido mencionado previamente, esto alcanza tanto a las normas sustantivas como a las normas procesales del tratado, las cuales deben ser interpretadas y aplicadas "de modo que la garantía que establece sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presentes el carácter especial de los tratados de derechos humanos [...] y su implementación colectiva"<sup>143</sup>.

Por el contrario, la argumentación de la CSJN no se ajusta al principio *pacta sunt servanda*, resultando en una decisión que suprime la practicidad y eficacia de las facultades otorgadas a la Corte IDH en el artículo 63.1 CADH y que, en definitiva, constituye una violación del artículo 68.1. Asimismo, como se desarrollará en la próxima sección, se trata de un razonamiento que no tiene en cuenta la especificidad de los tratados de derechos humanos.

## V. INTERPRETACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Como todo tratado internacional que se ajuste a la definición contenida en la CVDT,<sup>144</sup> aquellos que versan sobre derechos humanos se encuentran sujetos a las reglas de interpretación hasta aquí mencionadas. No obstante, es indudable que el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) constituye una rama del derecho internacional que responde a una lógica particular, que se evidencia en su aplicación e interpretación.

El derecho internacional previo al desarrollo del DIDH se caracterizaba por una dinámica exclusivamente estado-céntrica, basada en los principios acordados en la Paz de Westfalia de 1648, que ubicó a la igualdad soberana como piedra angular del sistema internacional.<sup>145</sup> Después de la Segunda

142. Corte IDH, Tribunal Constitucional, párr. 36; Corte IDH, Ivcher Bronstein, párr. 37.

143. *Ibid.*

144. El artículo 2.1.a CVDT define "tratado" como "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación particular".

145. BUIS, E. J., "El derecho internacional público: concepto, características y evolución histórica", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Errejus, pp. 11-12.

Guerra Mundial, diversos hechos redundaron en un cambio definitivo de la forma en que se concibe el sistema internacional moderno, incluyendo entre otros la creación de las Naciones Unidas en 1945,<sup>146</sup> la adopción de los Principios de Núremberg en 1946,<sup>147</sup> y la adopción de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948.<sup>148</sup> El nacimiento del DIDH puso en jaque la noción tradicional westfaliana según la cual los Estados ejercen soberanía absoluta sobre los individuos bajo su jurisdicción,<sup>149</sup> morigerando la visión estado-céntrica del derecho internacional y constituyendo al individuo como un sujeto con derechos, capaz de reclamar su cumplimiento ante instancias internacionales.<sup>150</sup>

La propia CVDT reconoce que existen ciertos tratados que escapan a la lógica tradicional de aquellos que regulan los intereses recíprocos entre Estados. Por ejemplo, el Art. 60.5 CVDT establece que no se aplicarán las cláusulas que permiten la terminación o suspensión de un tratado como consecuencia de su violación "a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados". Al respecto, Aust considera que, si bien el artículo fue pensado para los Convenios de Ginebra de 1949, también resulta aplicable a otros tratados de carácter humanitario y a tratados de derechos humanos, "ya que su objeto es establecer derechos que protejan a los individuos, independientemente de la conducta de las partes entre sí".<sup>151</sup> Adicionalmente, incluso aquellos autores que no están convencidos de que el art. 60.5 contemplara originalmente los tratados de derechos humanos, reconocen que la práctica de los Estados ha saldado la cuestión.<sup>152</sup>

146. *Ibid.*, p. 15.

147. Asamblea General de la ONU, Resolución 95(I) de 11 de diciembre de 1946.

148. GLENDON, M. A., *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Nueva York, Random House, 2001, p. xvi.

149. *Ibid.*

150. CHARLESWORTH, H. y CHINKIN, C., *The boundaries of international law. A feminist analysis*, Manchester, Manchester University Press, 2000, p. 201.

151. AUST, A., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 238. Ver en el mismo sentido, SINCLAIR, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Manchester University Press, 1984, p. 190.

152. Ver VILLIGER, *Commentary...*, ob. cit., p. 747.

El carácter especial de los tratados de derechos humanos ha sido resaltado por diversos tribunales. En su Opinión Consultiva sobre las reservas a la Convención sobre Genocidio, la CIJ explicó que en aquellos tratados manifiestamente adoptados con propósitos puramente humanitarios, “los Estados contratantes no tienen intereses propios; simplemente tienen, todos y cada uno, un interés común, esto es, el cumplimiento de aquellos nobles propósitos que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en un tratado de este tipo no es posible hablar de ventajas o desventajas individuales para los Estados, o del mantenimiento de un balance contractual perfecto entre derechos y deberes. Los nobles ideales que inspiraron la Convención establecen, en virtud de la voluntad común de las partes, la base y la medida de todas sus cláusulas”.<sup>153</sup> Por su parte, la Corte IDH, en su Opinión Consultiva sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la CADH, ha explicado que “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.<sup>154</sup>

En la CADH, los criterios que deben regir su interpretación –además de los consagrados en la CVDT– están establecidos en su artículo 29: “Artículo 29. Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

153. CIJ, *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1951, pp. 15, 23.

154. Corte IDH, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, Opinión Consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, párr. 29.

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

Este artículo recepta como criterio general de interpretación<sup>155</sup> el principio *pro homine*, que se define como "un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria".<sup>156</sup> Este principio ha sido utilizado por la Corte IDH en numerosas ocasiones,<sup>157</sup> e incluso ha sido receptado por la CSJN.<sup>158</sup>

Por su parte, el literal a) del artículo 29 CADH incorpora el principio del efecto útil, cuyos alcances ya han sido examinados en los apartados 3.1 y 4.2.b. Al respecto, es importante notar que la Corte IDH ha recurrido a él para desechar interpretaciones del tratado que priven a los individuos

155. COMUNE y LUTERSTEIN, ob. cit., p. 522.

156. PINTO, M., "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS/ Editores del Puerto, p. 163.

157. Corte IDH, "La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párr. 12; Corte IDH, "Caso de la 'Masacre de Mapiripán' Vs. Colombia", Fondo, Reparaciones y Costas, 15 de septiembre de 2005 (Masacre de Mapiripán), párr. 106; Corte IDH, "Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2004, párr. 181; Corte IDH, "Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá", Excepciones Preliminares, 18 de noviembre de 1999, párr. 37.

158. Ver, por ejemplo, CSJN, Carranza Latrubesse, voto del Dr. Zaffaroni y del Dr. Fayt, considerando 16; CSJN, "Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", 5 de marzo de 2002, considerando 11. Para un examen del modo en el que el principio *pro homine* ha sido empleado por los tribunales nacionales, ver COMUNE y LUTERSTEIN, ob. cit., pp. 522-525.

de las garantías de protección de los derechos provistas por la actuación del propio tribunal interamericano y por la consecuente ejecución de sus decisiones.<sup>159</sup>

En líneas generales, el artículo 29 CADH ha posibilitado a la Corte IDH introducir en su argumentación diversos principios de interpretación.<sup>160</sup> Entre ellos, la interpretación dinámica o evolutiva es particularmente relevante, pues reconoce que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, que deben ser interpretados a la luz de la situación actual y no solamente en función de la intención de sus autores al momento de la adopción, de modo tal que sus disposiciones sean prácticas y efectivas.<sup>161</sup>

Este criterio, inicialmente implementado por la CIJ,<sup>162</sup> es en el caso de los tratados de derechos humanos una consecuencia lógica del principio del efecto útil.<sup>163</sup> El TEDH ha recurrido a la interpretación evolutiva en diversas ocasiones,<sup>164</sup> incluso en casos en los que ha debido interpretar normas procesales del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en los que estaba en juego la efectividad del sistema allí establecido.<sup>165</sup> Su empleo ha evidenciado que este criterio, al interactuar con las reglas de la CVDT, se apoya esencialmente en el recurso al objeto y fin del tratado, así como a la práctica subsiguiente y a otras normas de derecho internacional pertinentes.<sup>166</sup> En efecto, esto también surge de numerosos casos en los que la Corte IDH ha acudido a la interpretación evolutiva.<sup>167</sup>

159. Corte IDH, Baena –Competencia–, párr. 95.

160. Ver al respecto COMUNE y LUTERSTEIN, ob. cit., pp. 526-633; LIXINSKI, L., “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law”, en *European Journal of International Law* 21(3), pp. 585-604.

161. Ver SHAW, ob. cit., p. 937; REMIRO BROTONS, ob. cit., p. 604; DJEFFAL, ob. cit., pp. 301-305.

162. CIJ, *Legal Consequences of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, párr. 53.

163. TEDH, *Loizidou Vs. Turkey (Application no. 15318/89), Preliminary Objections*, 23 de marzo de 1995 (*Loizidou*), párr. 72; Corte IDH, Masacre de Mapiripán, párr. 187.

164. Ver, por ejemplo, TEDH, *Tyrer v. United Kingdom (Application no. 5856/72), Judgment*, 25 de abril de 1978, párr. 31; TEDH, *Loizidou*, párr. 72.

165. DJEFFAL, ob. cit., pp. 307-308.

166. *Ibid.*, pp. 323-324.

167. Ver, entre otros, Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana, párr. 37; Corte IDH, Masacre de Mapiripán, párr. 187; Corte IDH, “Caso de los ‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”, Fondo, 19 de noviembre de 1999, párr. 193.

Pizzolo ya ha señalado que el análisis textual propuesto por la CSJN en Fontevecchia prioriza una interpretación de la CADH de acuerdo con lo que se quiso decir al momento de redactarla, mas no conforme al presente en que debe aplicarse.<sup>168</sup> A la luz de las secciones anteriores, es posible agregar que lo que la CSJN verdaderamente prioriza es una visión sesgada de lo que se quiso decir al redactar la CADH. Notablemente, no se hace referencia al artículo 29 CADH, ni a criterio alguno que permita inferir que la CSJN tenga en cuenta que se trata de la interpretación de un tratado sobre derechos humanos. Desde luego, tampoco se intenta esgrimir una explicación que justifique esta ausencia.

## VI. LA INTERPRETACIÓN DE LA CSJN COMO UN PROCESO CREATIVO

Las secciones precedentes permiten advertir diversos problemas en el razonamiento empleado por la CSJN para concluir que la Corte IDH, al ordenar al Estado argentino que deje sin efecto la condena civil impuesta a Fontevecchia y D'Amico, ha excedido su competencia remedial.

En la sección 3 se ha evidenciado que la CSJN considera que la medida en cuestión no puede ser ordenada por no estar expresamente mencionada en el artículo 63.1 CADH, lo que constituye una interpretación excesivamente literal. Asimismo, el máximo tribunal de la nación prescindió de considerar el texto completo del tratado, su contexto, así como su objeto y fin, todos elementos incluidos en el artículo 31.1 CVDT. La CSJN, a pesar de referir a la CVDT para implementar un método textual de interpretación, omitió establecer el sentido corriente atribuido a los términos del artículo 63.1 CADH. Por tal motivo, también resulta cuestionable su recurso a los trabajos preparatorios del tratado, que constituyen medios complementarios para confirmar o esclarecer un sentido al que se haya arribado previamente. Más aún, la exclusión de la medida restitutiva por no haber sido mencionada en dichos trabajos también resulta dudosa si se examina la historia de la cláusula en cuestión. Por su parte, en la sección 4 se ha demostrado que en la sentencia bajo análisis se dejaron de lado

168. PIZZOLO, C., "¿Ser 'intérprete supremo' en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación 'creacionista' de los derechos humanos", en *La Ley*, n° 39, 23 de febrero de 2017, p. 12.

importantes elementos contemplados en el artículo 31.3 CVDT: la práctica seguida ulteriormente en la aplicación de la CADH, particularmente aquella desarrolladas por la propia CSJN con anterioridad, así como otras normas de derecho internacional aplicables al caso, esencialmente, el principio de competencia de la competencia y el principio *pacta sunt servanda*. Al omitir el examen del contexto del tratado, de su objeto y fin, así como de otros elementos de interpretación, la CSJN tampoco parece haber actuado de buena fe, en los términos de la CVDT. Finalmente, la sección 5 se refirió a ciertos principios que guían especialmente la interpretación de tratados de derechos humanos, que tampoco fueron considerados por la CSJN en su decisión.

A lo largo de este comentario, se ha explicado también que si la CSJN hubiera aplicado adecuadamente el método textual, si hubiera recurrido a los restantes elementos previstos en la CVDT, o si hubiera empleado los criterios de interpretación propios de los tratados de derechos humanos, difícilmente hubiera arribado a la conclusión esgrimida en Fontevecchia. ¿Cómo se explica, entonces, la decisión de la CSJN?

La respuesta a este interrogante está vinculada con la concepción que se adopte acerca de la tarea interpretativa. Mientras algunas visiones consideran a la interpretación como un proceso de descubrimiento o clarificación de un significado, otras la conciben como un proceso creativo de construcción de un significado.<sup>169</sup>

De acuerdo con la primera perspectiva, interpretar una regla de un tratado internacional es “asignarle un significado a las palabras allí contenidas”,<sup>170</sup> para establecer derechos y obligaciones.<sup>171</sup> Se busca desentrañar el significado correcto, entendido como la intención comunicativa de las partes en el Tratado, esto es, lo que las partes querían que el tratado expresara.<sup>172</sup>

169. PEAT y WINDSOR, ob. cit., p. 9.

170. VILLIGER, “The Rules...”, ob. cit., p. 106. Al respecto, debe notarse que el examen del proceso de interpretación suele restringirse a la metodología establecida en la CVDT con relación a los tratados internacionales, aun cuando la CVDT no es la única fuente de criterios interpretativos. Ver PEAT y WINDSOR, ob. cit., p. 3.

171. HERDEGEN, M., “Interpretation in International Law”, en WOLFRUM, R. (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

172. LINDERFALK, U., “Is Treaty Interpretation an Art or a Science? International Law and Rational Decision Making”, en *European Journal of International Law* 26(1), 2015, pp. 171-172; PEAT y WINDSOR, ob. cit., pp. 9-10.

Es evidente que los Estados parte en un tratado internacional tienen competencia para interpretarlo. Así, nos enfrentamos al riesgo de que los órganos adjudicadores en el plano doméstico actúen de acuerdo con una parcialidad natural por las normas jurídicas domésticas que les resultan familiares, lo que inevitablemente llevaría a una progresiva desintegración de la uniformidad internacional que se haya logrado mediante la celebración del tratado en cuestión.<sup>173</sup>

En este sentido, debe remarcar que la interpretación es una labor que necesariamente está sujeta a la operación de ciertas normas jurídicas.<sup>174</sup> En efecto, todo sistema jurídico tiene principios que guían y justifican el proceso de razonamiento del órgano adjudicador al interpretar y aplicar el derecho. El establecimiento de principios generales, a la vez que empodera a los tribunales domésticos a participar en el diseño de soluciones a nivel internacional, también previene ejercicios argumentativos anclados en la aplicación de normas jurídicas domésticas.<sup>175</sup>

En este esquema, los errores cometidos por la CSJN en su razonamiento pueden entenderse como una manifestación de una tendencia a priorizar el ordenamiento jurídico doméstico, lo que lleva a una conclusión contraria al derecho internacional. Tal como se ha demostrado en las secciones anteriores, es notable la cantidad de aspectos cuestionables que es posible encontrar en los considerandos dedicados a la interpretación del artículo 63.1 CADH. Asimismo, la interpretación en cuestión no solo es insostenible desde el punto de vista de la CVDT, sino también a la luz de la jurisprudencia previa de la propia CSJN, sin que se haya intentado justificar tal cambio de postura. Por ello, considerando que desde la visión –a nuestro entender equivocada– de la CSJN, es su propio carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino lo que se encuentra en juego en el caso, cabe preguntarse si la decisión ha sido deliberada.

En esta línea, la segunda perspectiva acerca de la naturaleza de la interpretación sostiene que se trata de un proceso creativo por parte del tribunal en cuestión.<sup>176</sup> En rigor, se concibe a la interpretación como una

173. VAN ALSTINE, M., “Dynamic Treaty Interpretation”, en *University of Pennsylvania Law Review* 146 (3), 1998, pp. 693-694.

174. CRAWFORD, ob. cit., p. 378.

175. VAN ALSTINE, ob. cit., p. 694.

176. CLAPHAM, ob. cit., pp. 349-350.

tarea política<sup>177</sup> inevitablemente influenciada por la identidad y perspectiva del intérprete,<sup>178</sup> que tiene una intención consciente de lograr un resultado deseado y emplea las técnicas puestas a disposición por la CVDT para cumplir con esa meta<sup>179</sup> mediante la construcción de un significado.<sup>180</sup> Incluso si se sostiene la primacía del método textual, en la práctica el órgano decisor deberá elegir entre posibles significados y, al hacerlo, incorporará consideraciones políticas en su razonamiento.<sup>181</sup> De tal modo, cobran sentido las frecuentemente citadas palabras de la CDI en sus comentarios al proyecto de artículos que dio origen a la CVDT, al señalar que la interpretación de instrumentos “es en cierta medida un arte, no una ciencia exacta”.<sup>182</sup>

Sin embargo, esto no significa que el proceso de interpretación sea arbitrario o caprichoso,<sup>183</sup> pues existe un delicado balance entre las limitaciones impuestas por las reglas aplicables al proceso y la libertad que supone la interpretación de esas mismas reglas.<sup>184</sup> En este sentido, las normas de la CVDT cumplen una función de guía, dejando discrecionalidad al intérprete, que debe valorar y sopesar las consideraciones que surjan al emplear cada elemento allí incluido,<sup>185</sup> sin que ello implique una obligación de decidir de un modo particular a la hora de priorizar uno sobre otro.<sup>186</sup> Por ello, es posible afirmar que las construcciones doctrinarias que identifican a los métodos de interpretación, con frecuencia, no reflejan las prácticas interpretativas de los tribunales, ya que no expresan la flexibilidad con la que cuentan estos órganos a la hora de determinar el

177. KLABBERS, J., *International Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013, p. 54.

178. GLASHAUSSER, A., “Difference and Deference in Treaty Interpretation”, en *Villanova Law Review* 50(1), 2005, p. 28. Ver también VILLIGER, “The Rules...”, ob. cit., p. 106.

179. BIANCHI, A., “The Game of Interpretation in International Law. The Players, the Cards, and Why the Game is Worth the Candle”, en BIANCHI, A.; PEAT, D. y WINDSOR, M. (eds.), *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 53-54.

180. TOBIN, ob. cit., p. 5.

181. CRAWFORD, ob. cit., p. 384.

182. CDI, “Draft Articles...”, párr. 4.

183. CLAPHAM, ob. cit., pp. 349-350.

184. PEAT y WINDSOR, ob. cit., p. 25.

185. DJEFFAL, ob. cit., pp. 139; TOBIN, ob. cit., p. 3.

186. LINDERFALK, ob. cit., pp. 188-189.

peso de cada elemento empleado en su aplicación a un caso concreto.<sup>187</sup> No obstante, los elementos contenidos en la CVDT sí pueden impedir interpretaciones que los contradigan (incluso si estas resultan aceptables de acuerdo con el derecho interno), dirigiendo a los tribunales hacia la aplicación de principios interpretativos aceptados internacionalmente, que legitiman la función judicial, las argumentaciones esgrimidas y el efecto de sus decisiones.<sup>188</sup>

Desde este punto de vista, el rol de la CSJN cobra una nueva dimensión, ya que su decisión puede entenderse como un resultado previamente determinado, en función del cual ha procurado emplear los elementos de la CVDT. Al hacerlo, empero, ha presentado un razonamiento que adolece de graves falencias, incluso analizado bajo el prisma de las aproximaciones que postulan la primacía del método textual. Nominalmente, la CSJN ha pretendido legitimar su conclusión mediante la referencia a las reglas de interpretación de tratados internacionales, pero parece haber abusado de la esfera de discrecionalidad provista por la CVDT, omitiendo numerosas explicaciones acerca de la valoración realizada.

En este sentido, el desplazamiento de las normas de la CADH para priorizar la aplicación de una norma constitucional cuyo contenido no es otro que la supremacía del máximo tribunal es revelador. La CSJN “defiende para sí una autoridad interpretativa absoluta y dogmática”,<sup>189</sup> presentándose como paladín de la soberanía nacional y adoptando una supuesta responsabilidad de salvaguardar las normas jurídicas y las preferencias políticas domésticas, en lugar de reconocer su rol en el marco del sistema jurídico internacional y en desmedro del deber de interpretar los tratados de acuerdo con los estándares aceptados internacionalmente.<sup>190</sup> En palabras de Gargarella, el voto mayoritario refleja una “celosa ansiedad por reafirmar su poder frente a la Corte Interamericana”.<sup>191</sup>

187. VAN DAMME, I., *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 36-37.

188. Ver VAN DAMME, ob. cit.; DJEFFAL, ob. cit., pp. 181-182; CRIDDLE, E., “The Vienna Convention on the Law of Treaties in U.S. Treaty Interpretation”, *Virginia Journal of International Law* 44 (2), 2003-2004, p. 497.

189. PIZZOLO, ob. cit., p. 9.

190. Ver al respecto CRIDDLE, ob. cit., p. 449.

191. GARGARELLA, R., “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana”, en *La Ley*, n° 39, 23 de febrero de 2017 (“La autoridad democrática...”), p. 4.

Los principios y la estructura de la CVDT proveen una gramática jurídica universal que facilita la comunicación, cooperación y uniformidad en la toma de decisiones, situando a los tribunales domésticos en una comunidad interpretativa global, cuyas expectativas, valores e intereses están en juego en el proceso de interpretación.<sup>192</sup> La interpretación, entonces, es también un proceso que procura persuadir a la comunidad interpretativa acerca de un significado particular.<sup>193</sup> En esta línea, los tribunales domésticos pueden y deben educarse acerca de la jurisprudencia internacional, estableciendo un diálogo que facilite la influencia recíproca con los tribunales internacionales,<sup>194</sup> como lo ha hecho la propia CSJN en Espósito,<sup>195</sup> en vez de ignorarlos.

## VII. REFLEXIONES FINALES

Hasta hace poco tiempo, no resultaba concebible que la CSJN se negara a cumplir con una orden de la Corte IDH, máxime teniendo en cuenta que unos años antes había afirmado el carácter obligatorio de las medidas indicadas por la CIDH en sus informes, interpretando la CADH de un modo que no debilitara el régimen regional de protección de los derechos humanos.<sup>196</sup> Las reglas de interpretación de los tratados internacionales pueden concebirse como herramientas de legitimación de las argumentaciones em-

192. CRIDDLE, ob. cit., pp. 497-498. Acerca de la relevancia de la noción de comunidad interpretativa y del establecimiento de diálogo entre sus diversos integrantes, particularmente en casos que involucran intérpretes en el plano nacional y supranacional, como sucede en Fontevecchia, ver PIZZOLO, ob. cit., pp. 7-9.

193. TOBIN, ob. cit., p. 13.

194. GLASHAUSSER, ob. cit., pp. 82-83. Debe notarse que el voto del Dr. Rosatti en Fontevecchia se refiere al diálogo jurisprudencial al señalar que la reparación ordenada por la Corte IDH encuentra adecuada satisfacción mediante la concreción de las restantes medidas de reparación. Ver CSJN, Fontevecchia, voto del Dr. Rosatti, considerando 8. Al respecto, sin embargo, ver GARGARELLA, "La autoridad democrática...", ob. cit., p. 3, quien sostiene que dicho diálogo es valioso en la medida en que tenga que ver con un intento de razonar en conjunto con otros de manera extendida en el tiempo y en el espacio, mas no cuando tales alusiones sean un soliloquio judicial ocasionalmente acompañado por alusiones a otras autoridades incapaces o imposibilitadas, en los hechos, de responder o desafiar lo dicho por la CSJN.

195. ABRAMOVICH, ob. cit., p. 2.

196. CSJN, Carranza Latrubesse, voto del Dr. Zaffaroni y del Dr. Fayt, considerando 5.

pleadas por los órganos de adjudicación, pero cumplen esa función solo en la medida en que los intérpretes las apliquen sin exceder los confines de los espacios de discrecionalidad allí previstos. Si la interpretación es entendida como un proceso político y los operadores judiciales como actores centrales de ese proceso, es necesario tener en cuenta las reglas de juego establecidas por los propios Estados y advertir cuándo han sido violadas.

Las falencias de la argumentación empleada por la CSJN en *Fontevicchia* evidencian, precisamente, un quebrantamiento de esas reglas y se traducen en una decisión que resulta violatoria de la obligación asumida por la Argentina de cumplir con las sentencias de la Corte IDH. Como órgano (supremo del Poder Judicial) del Estado argentino, la CSJN ha actuado de un modo que compromete la responsabilidad internacional de nuestro país. Al respecto, resta esperar la respuesta de la Corte IDH en el marco del proceso de supervisión de cumplimiento de su sentencia.

Los efectos que la decisión de la CSJN puede tener en el ámbito internacional no deben tomarse a la ligera. En efecto, las sentencias de los tribunales domésticos constituyen una práctica estatal que puede influir en el desarrollo del derecho internacional.<sup>197</sup> En este sentido, la CSJN parece haberse alineado con aquellos Estados que, en mayor o menor medida, cuestionan la legitimidad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos,<sup>198</sup> en una actitud difícil de conciliar con la tradición argentina en la materia.<sup>199</sup>

Precisamente, en el ámbito doméstico la decisión de la CSJN implica un claro alejamiento de la jurisprudencia desarrollada durante las últimas dos décadas. Por un lado, no se ha procurado respetar el juicio constituyente en cuanto a la armonía o concordancia entre los tratados de derechos humanos y la Constitución, postura sostenida en el fallo *Monges*. En efecto, la identificación de la supremacía de la propia CSJN como un principio de

197. Esto resulta aún más relevante si se considera que los máximos órganos judiciales de Brasil, Costa Rica, México, República Dominicana y Uruguay también han adoptado decisiones que, de un modo similar a *Fontevicchia*, evidencian conflictos con lo ordenado por la Corte IDH. Ver SANTIAGO, ob. cit., pp. 18-19.

198. Puede recordarse, por ejemplo, que Venezuela formalizó su retiro de la CADH el 10 de septiembre de 2012 luego de una serie de decisiones desfavorables. De conformidad con el artículo 78.1 CADH, el retiro entró en vigor exactamente un año después. Consultado en [[https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm#Venezuela:](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Venezuela:)] en fecha 4/8/2017.

199. PIZZOLO, ob. cit., p. 10.

derecho público constitucional ha servido como dispositivo para ignorar la jerarquía constitucional de la CADH.<sup>200</sup> El razonamiento seguido en Fontev ecchia, además, modifica el entendimiento de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos “en las condiciones de su vigencia”, pues se ignora el rol de la Corte IDH como intérprete de la CADH. Desde luego, el resultado al que se arriba también altera la doctrina sentada en Espósito, en virtud de la cual debe cumplirse con las medidas ordenadas por el tribunal interamericano, incluso si no comparten sus criterios. Para Abramovich, este cambio de doctrina significa “nada menos que el retorno como posición hegemónica de una visión dualista de la relación entre derecho internacional y derecho interno, esto es, la afirmación de la existencia de dos sistemas normativos diferentes, dos planetas que giran cada uno en su órbita, y que requieren siempre una norma o acto de habilitación para que la norma internacional se integre al orden jurídico nacional sin alterar su núcleo identitario”.<sup>201</sup>

En este sentido, se abren numerosos interrogantes acerca del modo en el que la CSJN fallará en futuros casos que requieran la interpretación de tratados internacionales, particularmente aquellos sobre derechos humanos, teniendo en cuenta que la doctrina sentada en Fontev ecchia le permitiría continuar afirmando su supremacía frente a decisiones de los órganos de aplicación de aquellos tratados.<sup>202</sup> Esta sentencia podría incluso influir en la adopción de posturas reticentes al cumplimiento de decisiones judiciales internacionales por parte de los otros poderes del Estado, que podrían ampararse en una idea extendida acerca de la supremacía de las cláusulas constitucionales que establecen sus funciones, confiando en obtener el visto bueno de la CSJN si la ejecución de dichas decisiones fuera reclamada ante los tribunales domésticos.

Por lo pronto, es posible advertir que la decisión de la CSJN ya ha impactado en la resolución de un recurso de revisión por parte del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes.<sup>203</sup> En esta causa, una persona condena-

200. SANTIAGO, ob. cit., p. 14.

201. ABRAMOVICH, ob. cit., p. 5.

202. Una visión crítica pero menos pesimista es presentada por GARGARELLA, “La autoridad democrática...”, ob. cit., p. 4.

203. Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, Expediente N° STP 381/15, “Recurso de revisión interpuesto por el Sr. Defensor Oficial de Cámara Dr. José Nicolás Báez a favor de su defendido C. N. G. en autos: E., E. I.; B., Y. M.; B., C. C. A.; S., A. M.; G., C. N.; A., J.

da a la pena de prisión perpetua por delitos cometidos antes de cumplir la mayoría de edad solicitó el reenvío a un tribunal de juicio para la determinación de una sanción distinta. El pedido fue fundado en la decisión de la Corte IDH en el caso Mendoza, en cuanto ordenó al Estado argentino asegurar que no se vuelva a imponer ese tipo de penas a personas menores de edad al momento de la comisión del delito y garantizar una revisión a quienes se encuentren cumpliendo dichas penas.<sup>204</sup> Entre otros motivos esgrimidos por la mayoría del Superior Tribunal para considerar inadmisibles el pedido, es notable que se hace referencia a la sentencia de la CSJN en Fontevecchia, citando aquellos fragmentos que se refieren a la subsidiariedad del sistema interamericano y a la limitación establecida en cuanto a la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH.<sup>205</sup>

A pocos meses de la sentencia de la CSJN en Fontevecchia, la magnitud de sus repercusiones es aún incierta. Es difícil imaginar que esta composición del tribunal revierta la doctrina sentada en el futuro próximo y es inevitable el sentimiento de desazón frente a la certeza que las peores consecuencias serán sufridas por aquellas personas que, paradójicamente, buscan ante los tribunales domésticos e internacionales la efectiva protección de sus derechos humanos.

En este contexto, la comunidad académica puede cumplir un rol fundamental a la hora de fomentar la observancia de los compromisos internacionales,<sup>206</sup> asumiendo la responsabilidad de embarcarse en la reflexión acerca del modo en el que se puede contener el poder a través del derecho internacional.<sup>207</sup> Esto implica, como mínimo, seguir de cerca las

---

C.; A., O. O.; S., F. R. y L., P. M. p/ homicidio triplemente calificado por haberse cometido con ensañamiento, alevosía y con el concurso de dos o más personas en concurso real con el delito de abuso sexual con acceso carnal, y con el delito de privación ilegítima de la libertad –Mercedes– Expte. P11 14836/6", 4 de mayo de 2017 (Expediente N° STP 381/15).

204. Corte IDH, "Caso Mendoza y otros Vs. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 14 de mayo de 2013, párr. 326-327 y punto resolutivo 21.

205. Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, Expediente N° STP 381/15, voto del Dr. Panseri, Sección IV.

206. ABRAMOVICH, V., "From massive violations to structural patterns: new approaches and classic tensions in the Inter-American Human Rights System", *Sur International Journal on Human Rights*, 6 (11), 2009, p. 25.

207. NIJMAN, J., "Paul Ricoeur and International Law: Beyond 'The end of the Subject'. Towards a Reconceptualization of International Legal Personality", *Leiden Journal of International Law*, 20, 2007, p. 34.

decisiones de los tribunales nacionales y la implementación de políticas por otros órganos estatales, reclamar instancias de debate y robustecerlas y, desde luego, denunciar nuevos retrocesos en materia de derechos humanos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Bibliografía crítica

- ABRAMOVICH, Víctor, *Comentarios sobre el “caso Fontevecchia”*. *La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino*, consultado en [<http://ijdh.unla.edu.ar/advf/documentos/2017/02/58ab010a10d4c.pdf>] en fecha 4/8/2017.
- , “From massive violations to structural patterns: new approaches and classic tensions in the Inter-American Human Rights System”, en *Sur International Journal on Human Rights*, 6 (11), 2009, pp. 7-37.
- AMERASINGHE, Chittharanjan, *Jurisdiction of International Tribunals*, La Haya, Kluwer Law International, 2003.
- ARATO, Julian, “Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences”, en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 9, 2010, pp. 443-494.
- AUST, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- BIANCHI, Andrea, “The Game of Interpretation in International Law. The Players, the Cards, and Why the Game is Worth the Candle”, en BIANCHI, Andrea, PEAT, Daniel y WINDSOR, Matthew (eds.), *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 34-57.
- BJORGE, Eirik, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- BOVINO, Alberto, *Fontevecchia: La incompetencia de un tribunal*, consultado en [<http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/2017/02/caso-fontevecchia-la-incompetencia-de.html>] en fecha 4/8/2017.
- BUIS, Emiliano J., “El derecho internacional público: concepto, características y evolución histórica”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Errejus, pp. 1-22.

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), *Las consecuencias del fallo de la CSJN para la vigencia de los DD.HH. Sobre la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Fontevicchia y otros c/República Argentina”*, consultando en [<http://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/02/cels-sobre-fallo-fontevicchia-.pdf>] en fecha 4/8/2017.

CLAPHAM, Andrew, *Brierly's Law of Nations*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

COMUNE, Josefina y LUTERSTEIN, Natalia, “Artículo 29. Normas de Interpretación”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley/Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013, pp. 519-533.

CRAWFORD, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 8ª ed.

CRIDDLE, Evan, “The Vienna Convention on the Law of Treaties in U.S. Treaty Interpretation”, en *Virginia Journal of International Law*, 44 (2), 2003-2004, pp. 431-500.

CHARLESWORTH, Hillary y CHINKIN, Christine, *The boundaries of international law. A feminist analysis*, Manchester, Manchester University Press, 2000.

DJEFFAL, Christian, *Static and Evolutive Treaty Interpretation. A Functional Reconstruction*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

EVANS, Malcolm, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 2ª ed.

GARAY, Alberto, “En ocasiones necesitamos educarnos en lo obvio”, en *La Ley*, n° 39, 23 de febrero de 2017, pp. 2-3.

GARGARELLA, Roberto, “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana”, en *La Ley*, n° 39, 23 de febrero de 2017, pp. 3-5.

—, *La Corte Suprema y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana*, consultado en [<http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2017/02/la-corte-suprema-y-los-alcances-de-las.html>] en fecha 4/8/2017.

GELLI, María Angélica, “Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina”, en *La Ley*, n° 39, 23 de febrero de 2017, pp. 5-7.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *La Corte Suprema de Justicia y un inexplicable*

- retroceso en materia de derechos humanos*, consultado en [<http://under-constitucional.blogspot.com.ar/2017/02/la-corte-suprema-de-justicia-y-un.html?spref=tw>] en fecha 4/8/2017.
- GLASHAUSSER, Alex, "Difference and Deference in Treaty Interpretation", en *Villanova Law Review* 50(1), 2005, pp. 25-86.
- GLENDON, Mary Ann, *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Nueva York, Random House, 2001.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina, "Derecho de los tratados (primera parte). Concepto, clasificación, celebración, entrada en vigor, observancia, aplicación, modificación y enmienda de los tratados", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (coord.) *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Errejus, 2015, pp. 111-143.
- , "La solución pacífica de las controversias internacionales", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Errejus, 2015, pp. 777-824.
- HERDEGEN, Matthias, "Interpretation in International Law", en WOLFRUM, Rüdiger (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- KLABBERS, Jan, *International Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013.
- LEGG, Andrew, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- LINDERFALK, Ulf, "Is Treaty Interpretation an Art or a Science? International Law and Rational Decision Making", en *European Journal of International Law*, 26 (1), 2015, pp. 169-189.
- LIXINSKI, Lucas, "Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law", en *European Journal of International Law*, 21 (3), pp. 585-604.
- MONCAYO, Guillermo, VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavalía, 1990, t. 1.
- NASH ROJAS, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007)*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009.
- NIJMAN, Janne, "Paul Ricoeur and International Law: Beyond 'The end of the Subject'. Towards a Reconceptualization of International Legal Personality", en *Leiden Journal of International Law*, 20, 2007, pp. 25-64.

- PEAT, Daniel y WINDSOR, Matthew, "Playing the Game of Interpretation. On Meaning and Metaphor in International Law", en BIANCHI, Andrea, PEAT, Daniel y WINDSOR, Matthew (eds.), *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 3-33.
- PINTO, Mónica, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS/Editores del Puerto, pp. 163-172.
- PIZZOLO, Calogero, "¿Ser 'intérprete supremo' en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación 'creacionista' de los derechos humanos", en *La Ley*, n° 39, 23 de febrero de 2017, pp. 7-13.
- REISMAN, W. Michael, "Has the International Court Exceeded its Jurisdiction?", en *American Journal of International Law*, vol. 80, 1986, pp. 128-134.
- REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.
- ROUSSET SIRI, Andrés, "El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 1, pp. 59-79.
- SANTIAGO, Alfonso, "¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?", en *La Ley*, n° 39, 23 de febrero de 2017, pp. 13-20.
- SHAW, Malcolm, *International Law*, Cambridge/Nueva York, Cambridge University Press, 2008, 6ª ed.
- SINCLAIR, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Manchester University Press, 1984.
- TOBIN, John, "Seeking to Persuade: A Constructive Approach to Human Rights Treaty Interpretation", en *Harvard Human Rights Journal* 23, 2010, pp. 1-50.
- TRIANTAFILOU, Epaminontas, "Contemporaneity and Evolutive Interpretation under the Vienna Convention on the Law of Treaties", en *ICSID Review*, 32 (1), 2017, pp. 138-169.
- TURYN, Alejandro, "Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos", en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley/Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013, pp. 1-17.

VAN ALSTINE, Michael, "Dynamic Treaty Interpretation", en *University of Pennsylvania Law Review*, 146 (3), 1998, pp. 687-793.

VAN DAMME, Isabelle, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.

VILLIGER, Mark, "The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission", en CANNIZZARO, Enzo (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 105-122.

VILLIGER, Mark, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2009.

ZUPPI, Alberto y DELLUTRI, Rodrigo, "Comentario a un diálogo entre quienes no se escuchan. La decisión de la Corte Suprema en el caso 'Fontevuechia y D'Amico c. República Argentina'", en *La Ley*, n° 39, 23 de febrero de 2017, pp. 22-24.

## JURISPRUDENCIA

### Corte Interamericana de Derechos Humanos

"Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Opinión Consultiva OC-20/09, 29 de septiembre de 2009.

"Asunto de Viviana Gallardo y otras", Decisión del 13 de noviembre de 1981.

"Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam", Reparaciones y Costas, 10 de septiembre de 1993.

"Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá", Competencia, 28 de noviembre de 2003.

"Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá", Excepciones Preliminares, 18 de noviembre de 1999.

"Caso Blake Vs. Guatemala", Reparaciones y Costas, 22 de enero de 1999.

"Caso Bueno Alves Vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de mayo de 2007.

"Caso Bulacio Vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de septiembre de 2003.

"Caso Constantine y otros Vs. Trinidad y Tobago", Excepciones Preliminares, 1 de septiembre de 2001.

"Caso de la 'Masacre de Mapiripán' Vs. Colombia", Fondo, Reparaciones y Costas, 15 de septiembre de 2005.

- "Caso de los 'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala", Fondo, 19 de noviembre de 1999.
- "Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú", Competencia, 24 de septiembre de 1999.
- "Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2011.
- "Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de julio de 2004.
- "Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica", Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 12 de Septiembre de 2005
- "Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica", Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 22 de noviembre de 2010.
- "Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú", Competencia, 24 de septiembre de 1999.
- "Caso Kimel Vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008.
- "Caso Kimel Vs. Argentina", Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 5 de febrero de 2013.
- "Caso Mévoli Vs. Argentina", Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de agosto de 2013.
- "Caso Mévoli Vs. Argentina", Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 10 de febrero de 2017.
- "Caso Mendoza y otros Vs. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 14 de mayo de 2013.
- "Caso Mohamed Vs. Argentina", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2012.
- "Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2004
- "Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras", Excepciones Preliminares, 26 de junio de 1987.
- "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)", Opinión Consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982.
- "Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Opinión Consultiva OC-10/89, 14 de julio de 1989.
- "La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985.

## Corte Internacional de Justicia

*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports, 2007, p. 43.

*Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports, 2003, p. 161.

*Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2 of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962, ICJ Reports, 1962, p. 151.

*CIJ, Arbitral Awards of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Judgment, ICJ Reports, 1991, p. 53.

*Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1950, p. 4.

*Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, Advisory Opinion of 8 June 1960, ICJ Reports, 1960, p. 150.

*Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, ICJ Reports, 2009, p. 213.

*Interpretation of Peace Treaties (second phase)*, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1950, p. 221.

*Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, ICJ Reports 1999, p. 1045.

*LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2001, p. 466.

*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, p. 16.

*Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 66.

*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2004, p. 279.

*Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, p. 174.

*Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, p. 15.

*South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962, ICJ Reports 1962, p. 319.

*Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment, ICJ Reports 2002*, p. 625.

*Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, ICJ Reports, 1994*, p. 6.

## **Corte Suprema de Justicia de la Nación**

“Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales”, 11 de noviembre de 2008.

“Carranza Latrubesse Gustavo c/ Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia del Chubut”, 6 de agosto de 2013.

“Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal –causa 24.079–”, 29 de noviembre de 2011.

“Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros s/ recurso de hecho”, 7 de julio de 1992.

“Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, 23 de diciembre de 2004.

“Fibrica Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande s/ recurso de hecho”, 7 de julio de 1993.

“Girolodi, Horacio David y otro s/recurso de casación –causa 32/93”, 7 de abril de 1995.

“Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad –Riveros–”, 13 de julio de 2007.

“Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, 25 de septiembre de 2001.

“Monges, Analía M. c. Universidad de Buenos Aires”, 26 de diciembre de 1996.

“Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, 5 de marzo de 2002.

“Priebke, Erich s/solicitud de extradición –causa 16.063/94–”, 2 de noviembre de 1995.

“Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. –causa 17.768–”, 14 de junio de 2005.

Expediente 4499/13, Resolución 477/15, 25 de marzo de 2015.

## **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

*Case of Ireland v. The United Kingdom (Application no. 5310/71), Judgment*, 18 de enero de 1978.

*Case of Soering v. The United Kingdom (Application no. 14038/88), Judgment*, 7 de julio de 1989.

*Loizidou Vs. Turkey (Application no. 15318/89), Preliminary Objections*, 23 de marzo de 1995.

*Tyrer v. United Kingdom (Application no. 5856/72), Judgment*, 25 de abril de 1978.

## Otras jurisdicciones

Corte Permanente de Justicia Internacional, *The Diversion of Water from the Meuse*, Sentencia del 28 de junio de 1937, Series A/B, Fascículo 70.

Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, Expediente N° STP 381/15, “Recurso de revisión interpuesto por el Sr. Defensor Oficial de Cámara Dr. José Nicolás Báez a favor de su defendido C. N. G. en autos: E., E. I.; B., Y. M.; B., C. C. A.; S., A. M.; G., C. N.; A., J. C.; A., O. O.; S., F. R. y L., P. M. p/ homicidio triplemente calificado por haberse cometido con ensañamiento, alevosía y con el concurso de dos o más personas en concurso real con el delito de abuso sexual con acceso carnal, y con el delito de privación ilegítima de la libertad – Mercedes – Expte. P11 14836/6”, 4 de mayo de 2017.

## Documentos de organizaciones internacionales

Asamblea General de la ONU, Resolución 95(I) de 11 de diciembre de 1946.

Comisión de Derecho Internacional, “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, Elaborado por Martti Koskeniemi, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.

Comisión de Derecho Internacional, “Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries”, en *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II.

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2.

*Lecciones y Ensayos*, Nro. 98, 2017

WIERZBA, Sandra M., "Noticias sobre la educación universitaria y el Derecho Privado en China", pp. 359-379

## NOTICIAS SOBRE LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA Y EL DERECHO PRIVADO EN CHINA\*

SANDRA M. WIERZBA\*\*

**Resumen:** Al estilo de una crónica de viaje, este trabajo compendia una serie de observaciones realizadas por una profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires durante su estancia académica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pekín, de la República Popular China. Pero asimismo deviene un breve ensayo académico en el que se exponen referencias a la historia y la cultura chinas, deteniéndose en conceptos referidos a la educación y al derecho de ese país, con una lectura especial sobre la evolución de su derecho privado, la proyectada codificación del derecho civil y comercial, los nuevos enfoques sobre la persona, la responsabilidad civil y las prácticas judiciales.

\* Recepción del original: 29/3/2017. Aceptación: 10/4/2017.

\*\* Abogada. Doctora de la Universidad de Buenos Aires – Área Derecho Privado. Profesora Titular de "Obligaciones Civiles y Comerciales", FDer.-UBA. Integrante de la Comisión de Bioética, Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Directora del Proyecto UBACYT "Lectores para la Justicia". *Agradecimientos: Al profesor Zhang Shuanggen (Bachelor of Laws & Master of Laws, China University of Political Science and Law; Doctor of Laws, Humboldt University, Berlin, Germany), Associate Professor, Commercial Law, Peking University, por su calidad humana y académica, además de su compromiso docente, quien se ocupara de la organización y me acompañara en las actividades durante mi estadía en Pekin. A los profesores Lou Jianbo (Master Degree, Peking University Law School; Doctor of Philosophy, London University), Associate Professor, Commercial Law, Peking University y Xue Jun (Bachelor of Laws y Master of Laws, Zhongnan University of Economics and Law, visiting scholar, Pisa University Faculty of Law, Italy y Doctor of Laws, Tor Vergata University of Italy), junto con el resto del cuerpo docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pekín, que me recibieran en sus clases y paneles académicos. A Yang Qiuyu (LLB, Southwest University of Political Science & Law, LLM (Business Law), Law School of Peking University), por su valiosa colaboración en la investigación en Biblioteca y a los alumnos Taojun Wu; Hui Ai; Yaoming Sun; Jiahui Liu, por su asistencia cotidiana durante mi visita.*

**Palabras clave:** china – educación – derecho – derecho privado – persona – responsabilidad civil – prácticas judiciales – codificación del derecho privado

**Abstract:** As a travel chronicle, this paper compiles a series of observations made by a professor of the Law School of the University of Buenos Aires during her academic stay in the Law School of the Peking University, People's Republic of China. But then it becomes a brief academic essay, with references to Chinese history and culture, focusing on concepts related to Education and Law of that country, mainly on the evolution of Private Law, Codification of Civil Law, new approaches to the concept of Human Person, Civil Liability, and Judicial Practices.

**Keywords:** China – education – law – private law – person – civil liability – judicial practices – codification of private law

## I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo compendia una serie de observaciones efectuadas en el contexto del programa "Promai-China",<sup>1</sup> del que tuve la oportunidad de participar durante el mes de diciembre de 2016, en la Universidad de Pekín ("*Peking University*"), de la República Popular China. Asimismo, incluye referencias a información de público conocimiento y a trabajos académicos de especialistas, publicados en prestigiosas revistas de Ciencias Sociales y de Derecho de ese país.

Y según surge del título, mi objetivo es dar noticias sobre la experiencia habida y sobre el contenido de varias de las lecturas efectuadas, con conciencia de los límites de esta aproximación, pero asimismo con el entusiasmo de poder acercar a nuestra comunidad académica algunos conocimientos sobre una cultura milenaria y lejana en lo geográfico, cuyo Derecho, sorprendentemente, guarda no pocas similitudes con el nuestro.

1. Los Programas de Movilidad Académica Internacional (PROMAI) son impulsados por la Secretaría de Relaciones Internacionales de la Universidad de Buenos Aires y tienen como objeto favorecer y estimular la movilidad internacional de docentes e investigadores de la UBA con instituciones del exterior y viceversa, propiciando el intercambio y el enriquecimiento académico y científico mutuos, ver [[http://www.derecho.uba.ar/internacionales/2016\\_convocatoria-del-programa-de-movilidad-academica-internacional-promai-2017.php](http://www.derecho.uba.ar/internacionales/2016_convocatoria-del-programa-de-movilidad-academica-internacional-promai-2017.php)].

## II. RASGOS DE UNA CONSTRUCCIÓN NOTABLEMENTE SINGULAR

China representa una de las civilizaciones más antiguas del mundo, de la que dan cuenta documentos escritos de hace más de tres mil años. Portadora de una cultura especialmente compleja que se desarrollara en una amplia extensión geográfica, aloja una pluralidad de etnias, lenguas y sistemas de pensamiento, donde se destacan el confucionismo y el taoísmo. Cuenta además con una historia imperial de más de mil años y tras una limitada experiencia republicana, se convirtió en una República Popular socialista en 1949.

Hacia fines de la década del setenta, se introdujo en ese país una reforma económica y una política de puertas abiertas, que significó un cambio trascendental. Desde entonces, se convirtió en la segunda mayor economía del mundo, con expectativas de ascender al primer lugar y con profundo impacto a nivel global en este siglo. Hoy se considera además que China ha ingresado a la categoría de sociedad de clase media.<sup>2</sup>

Este fenómeno habría generado un sensible debilitamiento del régimen político socialista, limitándose el control por parte del partido gobernante, con la consagración de un sistema de economía de mercado, al cual incluso se diera rango constitucional.<sup>3</sup> En ese contexto, cada vez más derechos privados y civiles se habrían visto reconocidos en la legislación y por el poder judicial, en una rápida evolución social y económica, siendo que en el año 2011, el gobierno declaró que un nuevo sistema legal con características chinas había quedado establecido, con un derecho civil y comercial como parte de sus mayores componentes.<sup>4</sup> Pero tal sistema coexiste con una ley fundamental que establece que “la República Popular China es un Estado socialista bajo la dictadura democrática popular dirigida por la clase obrera y basada en la alianza de trabajadores y campesinos”.<sup>5</sup>

2. XIANCHU, Z., “The New Round of Civil Law Codification in China”, en *University of Bologna Law Review*, vol. 1, 2016, p. 107. *Cf*: [<http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD>], al haber alcanzado hacia 2015 un producto bruto interno per cápita de US\$ 8027,70, consultado el 03/03/2017.

3. Mediante las reformas constitucionales de 1993, al art. 7 y de 1999, al art. 16.

4. “The Socialist Legal System with Chinese Characteristics”, *Information Office of the State Council of the People's Republic of China*, October 27, 2011, consultado en [[http://www.china.org.cn/government/whitepaper/node\\_7137666.htm](http://www.china.org.cn/government/whitepaper/node_7137666.htm)], el 03/03/2017.

5. Art. 1 de la Constitución de la República Popular China, texto completo luego de la modificación del 14/03/2004, consultado en [[http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/node\\_2825.htm](http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/node_2825.htm)], el 03/03/2017.

La evolución descripta y la coexistencia de normativa propia de un sistema socialista, con disposiciones asociadas a un “estado de derecho”, donde interesan y se protegen intereses muy similares a los característicos de las naciones occidentales, viene dando lugar a una experiencia única, compleja y con final abierto en cuanto a sus posibles derivaciones, cuyo estudio fascina a la doctrina jurídica a nivel comparado. En nuestro país, se han publicado algunos trabajos sobre derecho chino, referidos fundamentalmente a cuestiones de derecho público y empresarial.<sup>6</sup>

### III. PINCELADAS SOBRE LA EDUCACIÓN EN CHINA Y DE UNA EXPERIENCIA DE ENSEÑANZA EN LA UNIVERSIDAD

Si se piensa en dos modelos educativos, uno en el cual se intenta aumentar las oportunidades educacionales para la población, centrado en la formación básica pero que intenta mejorar paso a paso la formación superior; y otro esencialmente competitivo y elitista, en el que se propicia elevar el nivel de la educación superior, adaptando a ella las instancias de formación básica, China habría tenido una conducta alternante a lo largo de su historia.

En este sentido, luego de la “revolución cultural” de 1949, se habría promovido un tipo de educación universal, que mediante políticas compensatorias tendientes a morigerar la desigualdad social, habría privilegiado la formación de técnicos de nivel básico y medio, maestros y “médicos descalzos”,<sup>7</sup> en un sistema al que se le etiquetó de “antiintelectualista” y promotor del “igualitarismo cultural”. Pero desde principios de la década del 60, la educación se habría centrado en la “calidad”, reduciéndose significativamente el número de instituciones y de alumnos, contrariamente a la opción elegida por países como Corea del Sur, donde la educación obligatoria se habría universalizado mediante la gratuidad, implementándose los

6. La Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuenta con más de cien trabajos sobre China, gran parte de ellos escritos por autores extranjeros, que fundamentalmente tratan sobre cuestiones de derecho penal, comercial y política, consultado en [<http://www.csjn.gov.ar/biblio/jsp/index.jsp?nivel=WU>].

7. Se llama así a campesinos que habrían recibido una formación médica y paramédica básica, llevando cuidados sanitarios mínimos a las áreas rurales donde no llegaban los profesionales de la salud.

cambios en primer término en las zonas más aisladas y pobres, luego en el campo, para finalmente llegar a las zonas urbanas, como alternativa a las tradicionales políticas de compensaciones, que suelen asignar cupos y servicios gratuitos a las personas desfavorecidas en tales contextos urbanos.<sup>8</sup>

Es así que desde sectores críticos del sistema educativo actual, se afirma que la nueva China, caracterizada por su gran extensión, con enormes disparidades en materia de recursos, ambientes, historia y cultura, cuya desigualdad es mucho mayor a la de otros países, se habría acercado a un modelo piramidal, en miras a una estrategia de rápida industrialización y modernización de la ciencia y la tecnología, para estar al día con el resto de las naciones desarrolladas, mejorando la educación en las zonas urbanas y en los grupos sociales más influyentes, pero provocando una polarización entre ciudad y campo, desarrollo y subdesarrollo.<sup>9</sup>

En tal contexto se inscribe el desarrollo moderno de la Universidad de Pekín, considerada como clave a nivel nacional. Se trata de una Universidad pública en la que coexisten muy diversas carreras vinculadas a las Ciencias Exactas y Sociales, a la Tecnología, el Arte, la Historia, las Lenguas y el Derecho. En su vasto listado de Institutos y Departamentos,<sup>10</sup> se destacan por su particularidad, entidades como el Instituto de Investigación sobre la Población –al ser China el país con mayor población a nivel mundial–<sup>11</sup> y la Escuela de Marxismo –consistente con el sistema político de asambleas populares y con la Constitución de la República Popular China, que estipula que todo el poder del país pertenece al pueblo–.<sup>12</sup> Esta Universidad se encuentra ubicada en el distrito de Haidian, en el oeste de la ciudad capital y cuenta con un predio de casi trescientas hectáreas, que incluye un extenso campus de viviendas bajas y edificios con hoteles donde es constante la visita de alumnos y profesores extranjeros.

8. YANG, D., "From equal rights to equal opportunities. The trajectory of equity in education in new China", Beijing Daxuejiaoyupinglun, Institute of Education Beijing Institute of Technology, n° 2, 2006, en *Social Sciences China*, Pekín, Law School - Peking University, 2007, p. 175. Traducido por Chen Si y revisado por Sally Borthwick.

9. *Ibid.*, pp. 175-177.

10. En [<http://english.pku.edu.cn/schoolsdepartments/index1.htm>].

11. *Cfr.* [<http://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.TOTL?view=map>], contaría actualmente con 1.371.220,00 de habitantes, consultado el 16/01/2017.

12. *Cfr.* Constitución de la República Popular China, texto completo en idioma inglés, posterior a la reforma del 14/3/2004, consultado en [[http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/2007-11/15/content\\_1372963.htm](http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/2007-11/15/content_1372963.htm)], el 16/01/2017.

Según surge del discurso de sus máximas autoridades,<sup>13</sup> desde sus inicios en el año 1898, la Universidad de Pekín fue vista como un símbolo de la educación china moderna, poniendo gran énfasis en la libertad académica y la investigación científica. Se afirma que tal casa de estudios ha producido un gran número de académicos en diversas áreas e importantes logros tanto en las artes como en las ciencias y que anclada en sus fortalezas tradicionales en materia de ciencias naturales, ciencias sociales y humanidades, proyecta sus avances en materia de ingeniería.

Ya con base en la experiencia habida, comentaré una serie de impresiones que claramente no representan una descripción generalizada de la vida universitaria de ese país, pero que develan rasgos y prácticas en muchos casos alejados de las propias y que vale la pena conocer.

La invitación recibida en el contexto del Programa PROMAI, lució encaminada a objetivos muy precisos de parte de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pekín: el dictado de contenidos básicos sobre derecho argentino corporativo e inmobiliario, para alumnos de grado avanzados, que se especializan en tales orientaciones; y la exposición y discusión con pares sobre las prácticas judiciales y desarrollo normativo en el área de mi especialización.

La recepción fue cuidadosa y muy atenta. Un grupo de estudiantes se ocupó de los más mínimos detalles, vinculados a traslados, apoyo administrativo y de comunicación. Es que contrariamente a lo que cabe imaginar, la comunicación en idiomas occidentales es muy limitada en la mayor parte de las ciudades de la República Popular China y ello se evidencia en el transporte público, en las entidades bancarias y hasta en la relación con los responsables del turismo (funcionarios de oficinas públicas turísticas, conserjes de hoteles, etc.). Resultó fundamental su colaboración en la investigación en Biblioteca, ya que si bien existen variadas publicaciones de expertos en Derecho en idioma inglés, los trabajos se encuentran indizados en idioma chino. Los alumnos se ofrecen voluntariamente para estas gestiones ante la visita de profesores extranjeros y coordinan entre sí sus funciones de acuerdo a su disponibilidad. Proviene de diversas regiones del país y se consideran privilegiados por estudiar en una de las Facultades más prestigiosas, especialmente en el ámbito del derecho privado y cor-

13. En palabras de su Presidente en [[http://english.pku.edu.cn/aboutpku/message\\_from\\_the\\_president/index.htm](http://english.pku.edu.cn/aboutpku/message_from_the_president/index.htm)], consultado el 10/3/17.

porativo, a la cual acceden mediante exámenes eliminatorios que superan solo veinte estudiantes por provincia. Muchos jóvenes aspiran a ingresar como abogados de empresas una vez recibidos, aunque se quejan por las limitaciones de acceso al empleo en un sistema muy competitivo, donde el número de egresados superaría ampliamente las necesidades del mercado laboral y a su vez de la gran contaminación ambiental existente en la gran capital, que condiciona los proyectos profesionales y laborales de los graduados.

El espacio físico para el dictado de clases de grado se comparte, alternándose el uso de las aulas entre muy variadas disciplinas universitarias en base a un cronograma bien organizado, en edificios modernos, con detalles de confort que evidentemente consideran las largas jornadas que los jóvenes allí dedican al estudio. La puntualidad es estricta, con avisos musicales anticipados a las clases.

Según pude saber, la visita de una profesora argentina –en realidad, latinoamericana–, fue toda una novedad, para una comunidad académica acostumbrada a recibir docentes norteamericanos y europeos. En todos los casos la recepción fue ceremoniosa y a la vez muy amable. Hubo gran interés en los contenidos dictados, tanto en los específicamente jurídicos, como en las referencias culturales de fuente directa. En las clases y encuentros presenciales –en idioma inglés– fue de gran provecho la presentación oral, combinada con síntesis escritas en Powerpoint, en función de las dificultades comunicativas que con menor intensidad, también existen en la Universidad.

Resultó sorprendente la comunidad de preocupaciones y acercamientos a los fenómenos de la realidad, desde la lectura propia del Derecho privado. Aunque la Constitución china resulte marcadamente diferente a la Argentina, no parece ocurrir lo mismo en la concepción de institutos como la responsabilidad civil, la teoría general de los contratos o el derecho empresarial. No afirmo la inexistencia de aspectos claramente diferenciados, pero ciertas preguntas recibidas, como por ejemplo, cómo superábamos los conflictos derivados de las diversas formas de indemnizar en materia contractual y extracontractual, en el contexto de la unificación de ambas órbitas; cómo fundábamos el tratamiento del Derecho a la salud, más allá del ámbito público y cómo se adaptaba la legislación corporativa a los conflictos derivados de la actividad de empresas que funcionan con financiamiento colectivo ("*crowdfunding*"), sugieren que los intereses jurídicos de personas pertenecientes a culturas que se encuentran en las antípodas,

en esencia resultan comunes. Veremos más adelante que ello resulta lógico en el ámbito de un sistema legal que en gran parte se ha apoyado en el Derecho occidental europeo, especialmente alemán e italiano y que ha tenido mucha dificultad en incorporar la extensa y fragmentada tradición jurídica local.

En materias como el Derecho inmobiliario, cuestiones de práctica habitual en nuestro medio, como la realización de reservas de compra de inmuebles, seguidas del otorgamiento de boletos de compraventa y posterior escrituración notarial; como asimismo el hecho que la tradición de la cosa sea aún hoy un requisito para la adquisición del dominio inmobiliario, suscitaron gran interés en un sistema que sigue evolucionando hacia formas particulares de propiedad privada.

Se observa gran valoración de la función docente, que incluso en materia de Derecho, por lo general se ejerce a tiempo completo. He tenido la oportunidad de asistir a más de una discusión entre docentes y alumnos, donde resultó evidente que estos últimos contaban con mayores conocimientos prácticos, por desempeñar funciones en estudios jurídicos o empresas, paralelamente a sus estudios. Ello no parece obstar el aprecio y valoración de la función de los profesores, que luce dedicada y profunda en la enseñanza de contenidos teóricos locales y de derecho extranjero.<sup>14</sup> Y en realidad, el respeto por los profesores universitarios luce inscripto en una cultura más extensa, que alcanza a los docentes de los diversos niveles educativos y en la que por ejemplo, resulta habitual encontrarse con alumnos secundarios los días domingos en los Museos, en respuesta a la invitación de un profesor.

Por lo demás, pude recabar en distintos medios académicos, una impresión en el sentido que la función judicial no sería muy valorada todavía, aunque tal fenómeno esté en proceso de cambio. Se afirma que se trata de un trabajo esclavizante por la alta litigiosidad, aún insuficientemente remunerado y de no muy alto prestigio social, luego de una larga etapa donde la función fuera ejercida por jueces legos.

14. Es habitual la especialización de cada profesor en un tipo de Derecho extranjero en particular, según estadías regulares que realizan por ejemplo, en Alemania, Italia o Estados Unidos.

#### IV. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PRIVADO. HACIA LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Durante la extensa historia feudal de China, la mayor parte de las leyes eran de naturaleza pública y consistían en el castigo de actividades comerciales que resultaran entorpecedoras. Consecuentemente, el concepto de derecho “civil” o “privado”, no existía.

Sin embargo, se afirma que la tradición legal china históricamente corresponde a la familia del derecho civil codificado. Es que durante el período de la Dinastía Qing, considerada la última dinastía imperial de ese país (1644–1912), algunas leyes fueron introducidas desde Occidente, resultando el primer intento de la legislación moderna e incluyendo borradores de los Códigos Civil y Comercial, con base en los Códigos alemán y japonés.<sup>15</sup>

En ese sentido, el gobierno nacionalista promulgó el primer Código Civil chino en la historia en el año 1930. Tal cuerpo de leyes recibió variadas críticas de los juristas. Se dijo por ejemplo, que si bien la idea central en su redacción había sido integrar las normas extranjeras con las tradiciones chinas, tal finalidad no fue alcanzada y en su mayor parte el Código consistió en la importación del derecho civil occidental –fundamentalmente, del BGB alemán y del Código suizo–, desconectada de la filosofía y la base socio científica local.<sup>16</sup> La complejidad y vaguedad de las disposiciones locales y su diseño para una sociedad agrícola, cuando ya entonces existía la convicción de que la futura sociedad china sería eminentemente industrial y comercial, habrían influido en tal resultado, habiendo sido muy difícil visualizar en la etapa de aquella codificación, cómo sería esa futura cultura.<sup>17</sup>

Con el establecimiento del gobierno socialista en 1949, no solo se abolió el sistema legal previo, sino que se instaló una economía planificada al estilo soviético, por más de tres décadas. Desde entonces, hubo un largo

15. XIANCHU, Z., “The New Round...”, ob. cit., p. 111.

16. ZHANG, S., “An Integration of Western and Chinese Legal Norms to Comparative Legislation: Codification of the Civil Law of the Republic of China”, en *The Civil Law of the Republic of China*, vol. 1, 2013, pp. 128-138. Revisado por Jacquelynn M. Jordan, pp. 136-137. Asimismo, que tal cuerpo de leyes se encomendó en realidad a una comisión de personas más revolucionarias que expertas en derecho civil extranjero, capaces de dar más inspiración a la Nación china, que sustancia legal (Cfr. ZHANG, S., “An integration...”, ob. cit., p. 133).

17. ZHANG, S., “An Integration...”, ob. cit., pp. 137-138.

deseo de los máximos líderes y juristas chinos de contar con un Código Civil exhaustivo, habiéndose redactado borradores que no progresaron, en sucesivas oportunidades (en 1956, 1964, 1970). Incluso en tiempos de hostilidad política, hubo gran influencia del derecho romano y de los pandectistas en ámbitos académicos.<sup>18</sup>

Ante el fracaso de los intentos de codificación, en 1986 se alcanzó una solución interina para atender las necesidades del desarrollo social y de mercado: la entrada en vigencia de los Principios Generales del Derecho Civil,<sup>19</sup> que constituyeron la base para el desarrollo del derecho privado. Tales principios dispusieron, por primera vez en la historia de la República Popular China, que la ley gobernara las relaciones de propiedad entre los sujetos con igual status legal. A partir de tales principios, muchas leyes fueron dictadas, comprendiendo la Ley sobre Contratos (1999), la Ley de Matrimonio (2001), la Ley sobre Derechos Reales (2007), la Ley sobre responsabilidad civil extracontractual (2009) y la Ley de Sociedades (reformada en 2013), entre muchas otras.

En 1998, un nuevo intento de codificación habría tenido lugar, luego de las modificaciones constitucionales de 1993, que consagraron la idea de la "economía de mercado socialista". Desde entonces, la concreción de la codificación del Derecho Privado se fue aplazando, y hubo variados nuevos planes y proyectos a su respecto, que siguen vigentes.<sup>20</sup>

En ese camino, tuvieron gran relevancia las cinco conferencias internacionales sobre Derecho Romano, Derecho Chino y Codificación del Derecho Civil, que se celebraron entre 1994 y 2014 en la ciudad de Pekín. Estas Conferencias, habrían actuado como un puente entre la Academia y la práctica, a su vez entre los juristas chinos y los provenientes de otras naciones con tradición romana. En ellas, se propició la discusión de ideas que pudieran luego ser extrapoladas a la redacción del futuro Código Civil de la República Popular China. Sus temarios incluyeron temas como la responsabilidad civil, teoría y legislación; la perspectiva del derecho romano y chino con relación al derecho a la tierra; obligaciones en general y garantías en particular, derecho de familia, derecho sucesorio; influencia del derecho romano en la codificación del Derecho chino y el rol de los juristas.

18. XIANCHU, Z., "The New Round...", ob. cit., p. 111.

19. Consultado en [[http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content\\_1383941.htm](http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383941.htm)], el 03/03/2017.

20. XIANCHU, Z., "The New Round...", ob. cit., p. 111.

Y en base a las reflexiones presentes en todo ese ciclo de conferencias, en la celebrada en el año 2005 se concluyó explícitamente en que el Derecho Romano hace a la herencia de la humanidad y resulta aplicable a las nuevas circunstancias, a pesar de los miles de años transcurridos, criterio aplicable a Europa continental, a América Latina y también a China.<sup>21</sup>

## V. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA COMO VALOR CENTRAL DE LA FUTURA CODIFICACIÓN

También en China se alzan voces que observan el contraste entre los enfoques propios de los inicios del derecho civil moderno, centrado en el derecho de propiedad y en los bienes –de un lado–, y el Derecho civil actual, cuyo interés se centra en la persona. Ello se refleja en la creciente importancia de los derechos humanos, en el desarrollo de institutos que pueden identificarse con los derechos personalísimos, también en la evolución del sistema contractual, de los derechos reales, de la responsabilidad civil y asimismo en la concepción del matrimonio y el derecho de familia.<sup>22</sup> A su vez, el nuevo derecho civil chino pone énfasis en la protección de los vulnerables y refuerza las restricciones a la tradicional autonomía de la voluntad, reavivando el concepto de solidaridad social.<sup>23</sup>

Sin embargo, como fenómeno social característico de las últimas décadas, se observa la desintegración de la sociedad originaria, con una extensa migración a las ciudades de los empleados rurales, quienes no son vistos como verdaderos ciudadanos. Ello genera tensiones sociales, e impacta en el concepto de “persona” y de “igualdad”, considerándose que el derecho civil debe tomar nota de tales tensiones y dar efectiva protección a los más vulnerables.<sup>24</sup>

21. “Tradition and Innovation: an Overview of the Five Editions of the International Conference on Roman Law – Legal Information”, síntesis sin identificación de su autor, revisada por Samuel K. Choi, en *China Legal Science*, vol. 2, 2014, pp. 157-159.

22. WANG, L., “Civil Law: It’s Humanistic Concerns”, en *Social Sciences in China*, vol. 33, n° 3, 2012, p. 46.

23. ZHU, Y., “Changes in the Social Foundation and Construction of a Dual System of Civil Law”, en *Social Sciences in China*, Pekín, Law School - Peking University, vol. 32, n° 2, 2011, p. 73.

24. *Ibid.*, p. 75.

De otro lado, se hace referencia dos tipos de persona: la "ética" y la "económica", fundante de la distinción entre derechos personales y reales. Es así que por ejemplo, con base en la tradición confuciana y atendiendo a la persona "ética", la Ley de Familia tiene en cuenta la infidelidad a los fines de la indemnización en el divorcio culpable (art. 46) y en materia de sucesiones, se prevé un derecho a obtener una mayor porción de la herencia, de parte de quien convivió o bien mantuvo económicamente al difunto.<sup>25</sup>

A su vez, se afirma que la legislación común fragmentada hoy vigente en China, resulta insuficiente para apoyar de manera cabal el sistema de economía de mercado que actualmente desarrolla esa milenaria nación. También por ello se propone como objetivo urgente, la renovación de las ideas y su mejor adaptación al nuevo sistema y a los cambios sociales consecuentes, sosteniéndose que el futuro Código Civil chino debería propiciar la construcción de valores legales fundados en cuestiones humanísticas y destacar la plena protección de la libertad y la dignidad de las personas, brindando un cuidado especial para los grupos vulnerables e incluyendo normas sobre derechos personalísimos y derecho de daños.<sup>26</sup>

Ahora bien, la idea de protección de la persona como valor central del Derecho privado es un concepto que hace al derecho occidental moderno y que nos resulta conocida. Coinciden los expertos chinos con los occidentales, al fundar el valor de tal idea en la experiencia habida con la codificación europea del siglo XIX, de neto corte individualista, que concluyó con la necesidad de migrar hacia un modelo protectorio de la persona y asimismo en la consideración de los fenómenos propios del siglo XXI, caracterizado por un mercado y una tecnología extraordinariamente poderosos, que pueden manipular al ser humano.<sup>27</sup>

Sin embargo, suman fundamentos muy propios para justificar la idea

25. ZHU, Y., "Changes in the Social Foundation...", ob. cit., p. 76.

26. WANG, L., "Civil Law...", ob. cit., pp. 52 y 61.

27. XUE, J., "Protection of the Person: Value cornerstone of the Chinese Civil Code under Compilation", en *Social Sciences in China*, 2007, pp. 27-36, que refiere aquí a FERRI, G. B., "Persona umana e formazioni sociali", en *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1994. Será central en los párrafos siguientes, el trabajo de este prestigioso jurista. Conferencista y actual Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pekín, Por su interés para esta descripción, haremos algunas referencias indirectas, citando las fuentes consideradas por este autor en su argumentación.

de que el derecho privado futuro gire en torno a la protección de la persona. Desde el punto de vista ideológico, encuentran en la tradición china razones suficientes para sostener tal valor. Expresan que la protección de la persona y de su completo desarrollo, libre de todo poder extranjero estaría en la base del pensamiento marxista. Asimismo, la doctrina confucionista, central en la cultura china por miles de años, habría defendido una concepción basada en la protección de la persona y de su existencia misma, rechazando la posibilidad de considerarla una mera herramienta a otros fines.<sup>28</sup>

Al contrastar la teoría clásica del derecho civil con su propia experiencia, afirman que aquella tuvo en consideración a la persona desde un punto de vista exclusivamente individual y a la comunidad, como una simple sumatoria de individuos, cuyo valor y sentido era obrar como herramienta para que cada uno lograra sus propios fines. En ese marco nacieron los derechos individuales subjetivos, la autonomía de la voluntad, la propiedad privada irrestricta y la responsabilidad civil basada en la culpa. Y para superar los inconvenientes que tal teoría generó, al desconsiderar el sentido comunitario, surgieron ideas que asociaron el sentido y el valor de la persona a sus vínculos sociales, llegándose al punto de proponer que solo la comunidad podía definir el contenido de la naturaleza humana y el sentido de la vida de la persona. Estas teorías proponían la abolición de todas las leyes de carácter privado y el pasaje a un Derecho enteramente público. En materia de derecho civil, ello implicaba la desaparición de la propiedad y de la herencia, con sentido privado. Y a lo largo de la historia, la traducción política y legal de estas teorías, habría terminado por afectar masivamente la dignidad e intereses de las personas. Es así que proponen dejar de lado la dicotomía individualismo–comunitarismo en la redacción del futuro Código Civil, para lo cual sería necesario considerar a la “persona” (y no al mero individuo), volver a la idea aristotélica de que el hombre es un animal político y considerar la doble naturaleza humana, individual y social.<sup>29</sup>

Ahora bien, ¿cómo se traduciría concretamente y en términos del derecho civil, el concepto ético de respetar a cada persona como ser humano? Se afirma que la expresión legal de tal valor se encontraría en la exigencia de actuar con honestidad y buena fe, de acuerdo a los principios comu-

28. XUE, J., “Protection of the Person...”, ob. cit., con referencia a LIU, X., *Hermeneutics of Chinese Traditional Values*, Shanghai, Shanghai Joint Publishing Co., 1996, especialmente el cap. 2.

29. XUE, Jun, “Protection of the Person...”, ob. cit., pp. 27-36.

nitarios de solidaridad y cooperación. En términos prácticos, se propone que en conflictos entre personas "físicas"<sup>30</sup> y personas jurídicas, el nuevo Código civil asigne prioridad a las primeras. Sobre el modelo propio de los Códigos decimonónicos, cuya vigencia no ha desaparecido totalmente en la medida que todos los remedios propios del derecho civil tienen una connotación económica, se propicia una modificación, que suponga que en aquellos supuestos donde la sobreprotección de la propiedad de algunos pueda resultar en perjuicio de la persona de otros, se priorice a estos últimos, en un modelo que reconozca la propiedad privada con límites y con un sentido "civilizacional" y ya no economicista e individualista, con el fin de intentar que la vida resulte moralmente posible para todas las personas.<sup>31</sup>

Finalmente, se observa un esfuerzo por compatibilizar la protección de la persona como valor central, con el sistema de economía de mercado hoy vigente en la República Popular China. Al respecto, se afirma que tal compatibilización en principio sería posible, ya que en definitiva las personas procuran bienes para su subsistencia y desarrollo, y en definitiva cooperan con las demás al proceder al intercambio de bienes. Pero en la práctica, el principio de economía de mercado podría ir en contra de la protección de la persona, cuando esta no pueda ofrecer algo apreciable para los demás y consecuentemente nada reciba a cambio, situación en la que sería expulsada del sistema, perdiendo su protección como ser humano. Por ello, se afirma que el nuevo Código debiera rechazar la idea de que el mercado lo es todo, valorando el carácter multifacético de las relaciones humanas, que exceden las relaciones de intercambio con connotación económica. En este sentido, las cuestiones que hagan subsistencia de las personas, y ciertos intereses que podríamos asociar a nuestros derechos personalísimos, no debieran regularse en base a la aplicación de la lógica de los mecanismos de mercado. Así por ejemplo, debieran ser directa y preferentemente protegidos el derecho a la vida, a la salud, a la vivienda, a la seguridad, a la privacidad y a la vida familia. Y también se afirma que debiera quedar fuera de tal lógica de mercado, el tratamiento de conductas dañosas cuyo agente pueda preferir desplegar pagando una indemnización posterior, que en nuestro medio bien podrían dar lugar hoy en día a ac-

30. "Personas humanas", en la terminología de nuestro Código unificado.

31. XUE, J., "Protection of the Person...", ob. cit., pp. 28-33.

ciones preventivas<sup>32</sup> o en el ámbito de consumo, a sanciones pecuniarias disuasivas (“daño punitivo”).<sup>33</sup>

Finalmente, se sugiere la distinción entre la situación de personas que aprovechan efectivamente las ventajas de la economía de mercado, de aquellas que ingresan ocasionalmente en su lógica para cubrir sus necesidades; también la de aquellos que persiguen un fin de lucro, de aquellos que no lo hacen; concluyéndose que la protección del consumidor es una importante herramienta de resguardo de la persona en un escenario de una poderosa fuerza de mercado.<sup>34</sup>

En síntesis y según mencionáramos, se observa coincidencia con nuestro sistema jurídico común en la valoración de los bienes esenciales, aunque el eje de la fundamentación al respecto resulte totalmente diferente.

## VI. NOTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La doctrina china estudia de manera diferenciada la responsabilidad civil contractual y la extracontractual. Acerca de esta última, el discurso jurídico no solo se centra en las víctimas y en la necesidad de compensar el daño por ellas sufrido, sino que aparece una contraposición con la libertad de actuación que tiene el agente del daño –acaso como corolario lógico de la autonomía que va de la mano de un sistema más individualista–.

En otros términos, en una sociedad que destaca su ingreso a un sistema al que califica como “estado de derecho”, hay en el estudio de la responsabilidad civil un especial acento en el balance de variados intereses cuando de daños se trata: de un lado, la protección de las víctimas o potenciales víctimas; de otro, la conservación de la libertad de acción de los responsables o potenciales responsables del daño, propiciándose un mecanismo de balance con equidad entre ambos y reconociéndose el valor de las normas sobre responsabilidad civil a los fines de mantener ese balance. Se afirma además que la aplicación de límites máximos indemnizatorios, el reparto de costos y el seguro de la responsabilidad civil aportan racionalidad al

32. En nuestro Derecho, arts. 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación.

33. *Cfr.*: art. 52bis, Ley de Defensa del Consumidor, y art. 1714 del Código Civil y Comercial de la Nación, aunque una versión más clara de esta figura aparecía en el Anteproyecto de Código Unificado y fue eliminada de su versión final hoy vigente.

34. XUE, J., “Protection of the Person...”, *ob. cit.*, p. 35.

sistema y permiten acercarse al objetivo de justicia,<sup>35</sup> en una concepción que parece alejada de nuestro pensamiento jurídico dominante en materia de Daños, que se autodefine como solidario por procurar la reparación integral de perjuicios a las víctimas que reclaman judicialmente, pero que se abstrae de la situación de quienes no tienen acceso a la justicia e incluso a servicios básicos.

En lo concerniente a la responsabilidad civil por daños causados por productos,<sup>36</sup> devenida compleja a la par de los mayores peligros propios de los daños asociados a tales productos, cabe destacar su impacto en el desarrollo de los derechos del consumidor y de la responsabilidad de los fabricantes durante las últimas décadas, siendo que el logro principal en la Unión Europea consistió en la Directiva 85/374 de la CEE, que intentó armonizar la responsabilidad entre los estados miembro, en esencia imponiendo un régimen de responsabilidad objetiva. Desde entonces, en Europa, hubo una gran experiencia jurisprudencial y doctrinaria sobre la materia.

En cambio, en China esta cuestión se regula mediante muy diferentes disposiciones que deben ser leídas conjuntamente, algunas inspiradas en la solución europea y otras en la norteamericana, en un sistema nuevo que aún plantea dudas y para cuya clarificación resultará importante la labor jurisprudencial. Es que se según afirma, la mayor parte de los términos relevantes resultan ambiguos y cuestiones centrales como la determinación del daño moral y el daño punitivo no han quedado resueltas.

## VII. ALGUNAS REFERENCIAS A LAS POLÍTICAS JUDICIALES

En las últimas décadas, la Corte Suprema Popular de la China (CSP), habría diseñado distintos instrumentos con el fin de propiciar su legitimidad democrática. La razón de ello estaría en una verdadera necesidad de intervención estatal para la solución de problemas sociales como la pobreza, la inequidad y la contaminación ambiental. Pues la frecuencia y velocidad de los cambios sociales bajo la moderna industrialización, impediría

35. ZHANG, X., "Balancing the interest of enacting the tort liability law" en *China Legal Science*, vol. 2:3, 2014, p. 32. Traducido por Wang Hao y revisado por Peter D. Fazio,

36. RAPOSO VERA, L. y WEI WANG, M., "Product Liability in Europe and China", en *China Legal Science*, vol. 3:3, 2015, pp. 61-62 y 83. Revisado por Andrew G. R. Whyte.

a cualquier legislatura tomar a su cargo la totalidad de las nuevas reglas de gobernanza de la sociedad, dictando leyes que sean lo suficientemente abarcativas, detalladas y actualizadas. De allí el carácter fundamental del rol judicial.<sup>37</sup>

En este sentido y con el fin de cumplir con su función política de desarrollar el derecho mediante la interpretación judicial y asimismo, obtener amplia información que habilite un tipo de interpretación judicial propia, en el año 2007 se emitieron las llamadas "Disposiciones de la CSP sobre interpretación judicial", que sin precedentes y en términos explícitos, supusieron la creación de mecanismos para que cualquier ciudadano u organización pudiera plantear una moción para un proyecto de interpretación judicial, y asimismo para la interpretación por el Tribunal de problemas que conciernen intereses vitales de las personas o que resultan especialmente conflictivos y difíciles.

Al efecto, se crearon dos instituciones procesales conocidas como "Moción ciudadana para la iniciación de proyectos de interpretación" y "Búsqueda de comentarios públicos". La doctrina especializada opinó que estas figuras colocaban a la CSP tan cerca de la opinión pública, que podría dificultarse su emisión de juicios suficientemente prudentes e independientes, proponiendo que el Máximo Tribunal mantuviera un equilibrio en el acercamiento a la opinión pública y en la interpretación abstracta, limitando esta última, mientras se trabajaba en las reformas al sistema de general de interpretación.<sup>38</sup>

De otro lado, en cuanto a la interpretación del derecho en concreto, si bien China es un país de Derecho Civil, en el sentido que la fuente principal del derecho es la ley, se afirma que existe una objetiva influencia de los precedentes en las sentencias judiciales. En este sentido, la CSP ha venido enfatizando la función orientadora de los precedentes a lo largo del tiempo, hasta que en el año 2011, tal criterio pasó a formar parte del sistema judicial formal.

Un año más tarde, dicho Tribunal habría comunicado cuáles serían los primeros cuatro precedentes orientadores bajo el título "Disposiciones de

37. SHEN, K., "'Democratization' of judicial interpretation and the Supreme Court's political function", en *Social Sciences in China*, Pekín, Law School - Peking University, vol. 29, n° 4, 2008, pp. 33-47.

38. *Ibid.*

la Suprema Corte del Pueblo sobre orientación de precedentes",<sup>39</sup> elegidos entre cientos de casos comunicados por las Cortes locales e incluyendo dos sentencias civiles y dos sentencias criminales. El Supremo Tribunal dispuso además que las Cortes inferiores deberían remitirse a tales precedentes orientadores al tratar casos similares,<sup>40</sup> con el fin de evitar que el mismo tipo de cuestión fuera juzgada según criterios diversos. Sin embargo, dicho Tribunal no precisó claramente cómo aplicar los precedentes guía, pudiendo entonces los jueces considerar solo su espíritu o bien citar aspectos puntuales de los decisorios seleccionados en sus sentencias.

Los juristas y profesores que participaron de la elaboración de las Disposiciones sobre casos Guía de la SCP (2011), interpretaron explícitamente que dicho sistema es un mecanismo único de práctica judicial con características chinas. Al ser ello así, resulta significativo determinar si tales casos tienen fuerza vinculante. Y en la actualidad habría dos lecturas al respecto: en un sentido, se afirma que la fuerza vinculante del precedente carece de soporte en el sistema constitucional chino; pero de otro, se sostiene que los casos guía publicados por la CSP, han cobrado de hecho fuerza obligatoria dentro de las prácticas de los tribunales populares a todos los niveles.

En cualquier caso, se considera evidente la falta de sistematización y el carácter aleatorio en la aplicación práctica de los casos guía, afirmándose que el sistema chino resulta diferente al del *Common Law* y que todavía debe ser explorado y mejorado.<sup>41</sup> Pero en el camino hacia una administración de justicia más adecuada, se ha propuesto que una estrategia aceptable consistirá en que se conserve la interpretación abstracta limitada a un pequeño ámbito, mientras se trabaja en la reforma del sistema de interpretación concreta de casos, permitiendo que los dos modelos de interpretación judicial coexistan.<sup>42</sup>

39. Conocidas como "The Case Guidance Provisions of the SPC 2011". Puede también verse al respecto, GUO, F., "Case Guidance in China" Honorary Adviser, "Compilation and Application of China's Guiding Cases", China Guiding Cases Project, Enero 27, 2017 (Final Edition), consultado en [<https://cgc.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/2/2017/01/Commentary-18-English.pdf>], el 27/3/17.

40. WANG, W., "Shanghai Zhongyuan Property Consultancy Ltd. V. Tao Dehua", en *China Legal Science*, vol. 1, 2013, pp. 148-157. Traducido por Wang Hao y revisado por Jacqueline M. Jordan.

41. *Ibid.*, pp. 155-157. Asimismo, GUO, F., "Case Guidance...", ob. cit.

42. SHEN, K., "'Democratization'...", ob. cit., p. 37.

## VIII. PALABRAS FINALES

El transcurso de los tiempos y la condición humana evidentemente colocan a las sociedades modernas ante iguales conflictos y dilemas. Sorprendentemente, esta breve aproximación a la cultura de la República Popular China, nos exhibe a los estudiosos del Derecho de naciones tan lejanas y extrañas entre sí, abrevando en antiquísimas fuentes comunes y resolviendo variados problemas de manera similar, siempre con caracteres provisorios y atentos a la propia experiencia.

Y el acercamiento a una cultura tan diferente tiene todo un sentido en términos de plantear una mirada enriquecida sobre nuestra realidad, formularnos nuevas preguntas y acaso diseñar construcciones originales para las dificultades que la existencia nunca deja de ofrecernos.

## BIBLIOGRAFÍA

CONFERENCE ON ROMAN LAW – LEGAL INFORMATION, síntesis sin identificación de su autor. Revisada por Samuel K. Choi, en *China Legal Science*, vol. 2, 2014, pp. 157-159.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA, texto completo luego de la modificación del 14/3/04, consultado en [[http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/node\\_2825.htm](http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/node_2825.htm)], el 03/03/2017.

DISCURSO DEL PRESIDENTE DE LA UNIVERSIDAD DE PEKÍN, consultado en [[http://english.pku.edu.cn/aboutpku/message\\_from\\_the\\_president/index.htm](http://english.pku.edu.cn/aboutpku/message_from_the_president/index.htm)], el 10/3/17.

GUO, Feng, “Case Guidance in China” Honorary Adviser, “Compilation and Application of China’s Guiding Cases”, China Guiding Cases Project, 27 de enero, 2017 (Final Edition), consultado en [<https://cgc.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/2/2017/01/Commentary-18-English.pdf>], el 27/3/2017.

INFORMATION OFFICE OF THE STATE COUNCIL OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, 2011, “The Socialist Legal System with Chinese Characteristics”, consultado en [[http://www.china.org.cn/government/whitepaper/node\\_7137666.htm](http://www.china.org.cn/government/whitepaper/node_7137666.htm)], el 03/03/2017.

RAPOSO VERA, Lucía y WEI WANG, Morbey, “Product Liability in Europe and China”, en *China Legal Science*, vol. 3:3, 2015, pp. 61-83. Revisado por Andrew G. R. Whyte.

- SHEN, Kui, "'Democratization' of judicial interpretation and the Supreme Court's political function", en *Social Sciences in China*, Law School - Peking University, vol. 29, n° 4, 2008, pp. 33-47.
- WANG, Liming, "Civil Law: Its Humanistic Concerns", en *Social Sciences in China*, vol. 33, n° 33, 2012, pp. 46-66.
- WANG, Weiguo, "Shanghai Zhongyuan Property Consultancy Ltd. V. Tao Dehua", en *China Legal Science*, vol. 1, 2013, pp. 148-157. Traducido por Wang Hao y revisado por Jacqueline M. Jordan.
- XIANCHU, Zhang, "The New Round of Civil Law Codification in China", en *University of Bologna Law Review*, Bologna, vol. 1:1, 2016, pp. 106-137.
- XUE, Jun, "Protection of the Person: Value cornerstone of the Chinese Civil Code under Compilation", en *Social Sciences in China*, 2007, pp. 27-36.
- YANG, Dongping, "From equal rights to equal opportunities. The trajectory of equity in education in new China", Beijing Daxuejiaoyupinglun, Institute of Education. Beijing Institute of Technology, n° 2, 2006, en *Social Sciences China*, primavera 2007, pp. 175-177. Traducido por Chen Si, revisado por Sally Borthwick.
- ZHANG, Sheng, "An Integration of Western and Chinese Legal Norms to Comparative Legislation: Codification of the Civil Law of the Republic of China", en *The Civil Law of the Republic of China*, vol. 1, 2013, pp. 128-138. Revisado por Jacquelyn M. Jordan.
- ZHANG, Xinbao, "Balancing the interest of enacting the tort liability law", en *China Legal Science*, vol. 2:3, 2014, pp. 4-32. Traducido por Wang Hao y revisado por Peter D. Fazio.
- ZHU, Yan, "Changes in the Social Foundation and Construction of a Dual System of Civil Law", en *Social Sciences in China*, vol. 32, n°2, 2011, pp. 68-83.

## 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. *Keywords* 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](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 consignen 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](mailto:lye@derecho.uba.ar). Dentro de las 24 horas 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.

El Consejo 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 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 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/as los/as 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/la autor/a recibe los votos fundamentados de los/as 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/a la autor/a 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 prese-

leccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor/a 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 20.00.

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) 5287-6737 o enviándonos un e-mail a [lye@derecho.uba.ar](mailto:lye@derecho.uba.ar) o [direccionlye@derecho.uba.ar](mailto:direccionlye@derecho.uba.ar).

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno/a regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.