

LECCIONES  
Y  
ENSAYOS



FACULTAD DE DERECHO

Decana  
Dra. Mónica Pinto

Vicedecano  
Dr. Alberto J. Bueres

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora  
Mary Beloff

Subdirector  
Sebastián Picasso

Secretario  
Andrés Heim



CONSEJO DE REDACCIÓN - 2013

**Director**

Jonathan Matías Brodsky

**Subdirector**

Julián Kon Yung Park

**Secretario de Redacción**

Patricio Enrique Kenny

**Tutores**

Alejandro Ezequiel Coto

Ignacio Javier Lepro

Federico Eduardo Olivera

**Redactores**

Milton Fellay

Patricio Nahuel Giralt

**Colaboradores**

Sofía Aguilar

Magdalena Bulit Goñi

Víctor Lisandro Elías

Rebeca Irene Fuertes Shanahan

Juan Nascimbene

Federico Santiago Piroli

María de los Ángeles Ramallo

Antonio Ribichini

María Julieta Sarmiento

Todos/as los/as integrantes del Consejo de Redacción son estudiantes de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.



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

---

Todos los derechos reservados  
Copyright by Departamento de Publicaciones  
Facultad de Derecho - UBA  
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.

Ninguno de los artículos de esta obra puede ser reproducido o transmitido en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor.

Para la reproducción con fines académicos de los artículos de esta revista es necesario solicitar autorización al autor y al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA. Asimismo se debe hacer referencia a la fuente, volumen, número de página del artículo, año de publicación, lugar y editorial.

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

Yaritzta Pérez Pacheco. <i>Consentimiento estatal al arbitraje del CIADI</i> .....	19
Simón Cuminetti. <i>El Estado Federal y la preservación y manejo de áreas de singular importancia ambiental</i> .....	59

### ENSAYOS

Carlos A. Garaventa. <i>Ensayo sobre las mujeres y la autonomía de la voluntad: el sida y la Ley 25.543 desde una mirada bioética</i> .....	89
Noelia Matalone. <i>Repensando la libertad de expresión desde el abordaje al art. 213 del Código Penal argentino</i> .....	105

### X CONCURSO DE ENSAYOS “DR. IGNACIO WINIZKY” SOBRE DERECHO ADMINISTRATIVO

Leandro E. Ferreyra. <i>Acceso a la información: hacia la democratización de la administración pública</i> .....	117
María E. Páez. <i>Poder de policía: los efectos de la causa “Mendoza” sobre los principios que rigen la competencia regulatoria y judicial en materia ambiental, con particular referencia a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires</i> .....	135
Pablo S. Carducci. <i>Responsabilidad del Estado: nociones actuales e ideas futuras</i> .....	157

### I CONCURSO DE ENSAYOS BREVES

Federico J. Vassallo. <i>El Estoppel: dificultades para definir una regla en derecho internacional y el rol deslucido de la Corte Internacional de Justicia</i> .....	181
---	-----

Patricio D. Méndez Montenegro y Julián Rotenberg. *Las reformas al Consejo de la Magistratura: oportunidades perdidas para un Poder Judicial democrático y popular*.....193

Juan M. Galindo Roldán. *Tratados y la diplomacia en la antigüedad: el derecho internacional como sustento de la conquista romana*.....201

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

Sol Becerra, Adriana E. Camaño, Leandro A. Díaz, Antonella Donnes y Aldana .... Oliver. *La aplicación de prisión domiciliaria en casos de padres con niños menores de cinco años a su cargo*.....211

Jonathan M. Brodsky. *Actualidad y proyecciones de la maternidad subrogada en el derecho internacional privado argentino* .....239

#### COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO

Guido L. Croxatto. *Comentario bibliográfico de anti-hobbes. O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*.....265

#### COMENTARIO A FALLO

Malena K. Totino Soto. *Repercusiones del caso “Mosqueda”: el camino hacia la exclusión del plazo de caducidad de la acción de amparo* .....275

#### TRADUCCIONES Y AFINES

Randall Lesaffer. *Argumentos de derecho romano en el actual derecho internacional: ocupación y prescripción adquisitiva* .....291

#### ENTREVISTA

Dr. Martín D. Farrell .....343

¿Cómo Publicar y Participar en Lecciones y Ensayos? .....367

## EDITORIAL

En esta nueva edición de LECCIONES Y ENSAYOS hemos decidido volver a publicar trabajos de diversas ramas del Derecho. Los dos volúmenes anteriores estuvieron íntegramente dedicados a una temática específica: así, el número ochenta y nueve, “Dossier de la Igualdad”, se abocó al estudio de la igualdad en los distintos ámbitos del Derecho haciéndose cargo de esta cuestión tan relevante como plena de actualidad; y otro tanto cabe decir respecto del nonagésimo volumen, “Dossier de Derecho Civil”, que se concibió en conmemoración de los ciento cuarenta años de vigencia del Código Civil de la Nación y que más tarde, ya en curso de edición, adquirió una nueva e imprevista resignificación a propósito del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012.

Contamos, desde luego, con artículos en nuestras dos secciones tradicionales –y que le dan el nombre a la publicación–. Entre las “lecciones”, es decir, trabajos de autoría de profesores, investigadores, docentes y graduados, se examina el consentimiento estatal al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones o “CIADI” (PÉREZ PACHECO), y se sistematizan los principales aspectos administrativos y legales sobre la preservación y el manejo de áreas de singular importancia ambiental (CUMINETTI). Por su parte, los “ensayos” (esto es, artículos de estudiantes de grado) abordan la libertad de expresión en el art. 213 del Código Penal de la Nación (MATALONE) y la problemática del sida desde una perspectiva de género y en relación a la autonomía de la voluntad, la bioética y la Ley 25.543 (GARAVENTA).

A estos trabajos de alumnos se adicionan otros tres: los ganadores del “X Concurso de Ensayos ‘DR. IGNACIO WINIZKY’”. Se trató precisamente de la décima edición de este certamen, que a estas alturas se ha convertido también en una tradición de la revista, y que persigue incentivar la investigación jurídica de estudiantes de grado y nóveles graduados con el fin de contribuir a la excelencia académica. En esta oportunidad, el concurso versó sobre Derecho Administrativo, y contó con la intervención como jurados de tres prestigiosísimos juristas en la materia: los Profesores CARLOS F. BALBÍN, FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS y HÉCTOR A. MAIRAL. Los artículos que obtuvieron los tres primeros puestos se refieren al acceso a la información pública (FERREYRA), al poder de policía y la causa “Mendoza” (PÁEZ) y a la responsabilidad del Estado (CARDUCCI).

A su vez, este año dimos inicio a otra serie de certámenes destinada a alumnos y graduados recientes, a través del “I Concurso de Ensayos Breves”. Como su nombre lo indica, la iniciativa consiste en proponer la redacción de artículos de menor

longitud, donde en unos cuantos párrafos se analice de manera original y relevante cualquiera de las temáticas designadas en cada versión del certamen. En esta primera oportunidad, se publican los trabajos de los tres ganadores, atinentes al instituto del *estoppel* como regla del Derecho Internacional y en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (VASSALLO), a la reciente reforma del Consejo de la Magistratura a través de la Ley 26.855 y su declaración de inconstitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (MÉNDEZ MONTENEGRO y ROTENBERG) y al Derecho Internacional –los tratados y la diplomacia– como herramientas de legitimación de las conquistas romanas (GALINDO ROLDÁN).

Con este número, inauguramos también una nueva sección de la revista, que nos complace especialmente presentar: aquella conformada por artículos de estudiantes de cursos del Ciclo Profesional Orientado que han sido reconocidos por la Facultad como orientados a la investigación –en el marco del Programa aprobado por resolución N° 499/10 del Consejo Directivo–. Consideramos que, por la misma naturaleza de tales cursos, es corolario lógico de la labor de los alumnos que los aprueban la producción de material de calidad científica, cuya difusión es valiosa para la comunidad académica. Por ello, nada mejor que la posibilidad de publicarlo en LECCIONES Y ENSAYOS, revista de la propia Casa de Estudios que no sólo ha sido siempre un espacio editorial dirigido por estudiantes, sino también un foro de publicación para ellos. Así, en la inauguración de esta sección se publican: del curso “Problemas actuales de sociología del derecho”, a cargo de la Prof. LAURA LORA, un trabajo sobre la aplicación de la prisión domiciliaria en casos de padres con niños menores de cinco años a su cargo (BECERRA, CAMAÑO, DIAS, DONNES y OLIVER); y del curso “Protección internacional de la familia”, a cargo de la Prof. LUCIANA B. SCOTTI, un artículo que examina la maternidad subrogada en el Derecho Internacional Privado argentino vigente y proyectado (BRODSKY).

Completan el material publicado en este número: en la sección de comentarios bibliográficos, la reseña de *Anti-Hobbes. O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*, de ANSELM FEUERBACH (CROXATTO); entre los comentarios de jurisprudencia, las repercusiones del fallo “Mosqueda”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 7 de noviembre de 2006 (TOTINO SOTO); y en la sección de traducciones, la de “Argumentos de derecho romano en el actual Derecho Internacional: ocupación y prescripción adquisitiva”, de RANDALL LESAFFER (GREEN MARTÍNEZ).

Por último, en la habitual sección dedicada a entrevistas con personalidades eminentes del Derecho, hemos tenido el honor de contar para este volumen con la participación del Profesor Emérito de esta Casa, MARTÍN D. FARRELL, quien nos habló generosamente sobre su carrera académica, docente y profesional, la enseñanza en nuestra Facultad de Derecho, el rol y los desafíos actuales del Poder Judicial, la Ética, la Filosofía y la ciencia jurídica, la internacionalización del Derecho y el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, entre otros temas.

Por otra parte, nos enorgullece inmensamente presentar esta edición de LECCIONES Y ENSAYOS como la primera desde su indexación en el Catálogo (Grupo 1) de *Latindex* en septiembre de 2013. *Latindex* es un sistema de información sobre las revistas de investigación científica, técnico-profesionales y de divulgación científica y cultural que se editan en los países de América Latina, el Caribe, España y Portugal. Según lo detalla su sitio web, tiene como misión difundir, hacer accesible y elevar la calidad de las revistas académicas editadas en la región, a través del trabajo en común. A su vez, el Catálogo (Grupo 1) de *Latindex* incluye únicamente las revistas que cumplen determinados criterios de calidad editorial diseñados por la organización; en este sentido, LECCIONES Y ENSAYOS obtuvo una calificación muy satisfactoria respecto de las pautas editoriales exigidas (veintisiete sobre treinta y tres), y continuará trabajando para cumplimentar las pocas restantes (por ejemplo, tal como puede advertirse desde este número, hemos comenzado a consignar la fecha de recepción y aprobación de los trabajos publicados en el marco de un concurso).

En fin, así las cosas, confiamos en presentar a la comunidad académica una nueva edición de nuestra revista, rica, plural y multifacética: secciones nuevas y tradicionales; artículos de estudiantes y de graduados –de los temas más diversos–; trabajos evaluados por expertos y por un Consejo de Redacción que conformamos los mismos alumnos que integramos la publicación. Confiamos en la calidad científica del material que publicamos, y en seguir siendo una revista independiente, tribuna libre de opinión, que determina su contenido por el mérito académico de sus artículos y no por la afinidad ideológica con sus autores. Confiamos en continuar fomentando la investigación, la redacción jurídica, la producción y la difusión de conocimientos originales y relevantes, tanto en aquellas personas “formadas” como en quienes recién están comenzando ese camino.

Desde hace mucho ya, han creído en nosotros, en los que estuvieron antes y en los que vendrán después. El fundador de esta revista y por entonces director del Departamento de Publicaciones, Prof. IGNACIO WINIZKY, decía a modo de cierre del editorial de la primera edición –un editorial, como este mismo, pero cincuenta y siete años atrás–: “‘LECCIONES Y ENSAYOS’ en manos de los alumnos –entiéndase bien, de todos los alumnos–, dirigida y escrita en parte por ellos, es la prueba definitiva de nuestra profunda fe en la juventud universitaria argentina”.

Confiamos en haber estado a la altura de semejante compromiso.



# LECCIONES





## CONSENTIMIENTO ESTATAL AL ARBITRAJE DEL CIADI

YARITZA PÉREZ PACHECO\*

**Resumen:** El arbitraje en materia de inversión extranjera con especial atención a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, conocido como CIADI, es parte del Derecho Internacional de las Inversiones. El CIADI creado en el Convenio de Washington de 1965 se ha constituido en el foro natural para conocer de las controversias entre un Estado receptor y un inversor nacional de otro Estado. En este contexto se cuestionan varios aspectos vinculados a la formación del consentimiento para someterse al arbitraje internacional, en particular las modalidades (contrato, legislación y tratados) y efectos de la manifestación del consentimiento por parte del Estado receptor de la inversión. En este trabajo se ha empleado el método de análisis de casos para extraer parámetros generales en la materia. En la actualidad el arbitraje internacional es una garantía ofrecida por el Estado, lo cual ha generado un clima de mayor seguridad para los inversores extranjeros en el trato con los Estados receptores de inversión y ha incentivado el crecimiento del comercio internacional.

**Palabras clave:** arbitraje internacional – inversión extranjera – CIADI – tratados de inversión.

**Summary:** Arbitration in foreign investment with special attention to the jurisdiction of International Centre for the Settlement of Investment Disputes, known as ICSID, is part of the International Law of Investment. ICSID was established during the Washington Convention of 1965 and has become the natural forum to hear investment disputes between States and nationals of other States. In this context, there have been doubts over various aspects linked to the formation of consent to submit to international arbitration, including the modalities (contract, laws and treaties), in particular the methods and effects of the manifestation of consent by the host State. It has been used in this work the method of case analysis to extract general parameters in this area of knowledge. At present, international arbitration is a guarantee offered by the State, which has generated a climate of greater security for foreign investors in dealing with recipient and investment has encouraged the growth of international trade.

\* Doctora en Derecho (UNAM), Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogada (UCV), Directora de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (UCV), Investigador-Docente, Profesora categoría Agregada, pregrado y posgrado (UCV).

**Keywords:** international arbitration – foreign investment – ICSID – investment treaties.

## I. INTRODUCCIÓN

En el clásico arbitraje internacional entre partes privadas el consentimiento, por lo general, se manifiesta en una cláusula arbitral incluida en un contrato principal, pero también puede ser accesorio. En el arbitraje mixto, entre un Estado y un particular, no siempre el consentimiento se expresa de esta manera, ya que es muy frecuente encontrar una oferta de consentimiento del Estado receptor sometiendo determinadas controversias al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI o el Centro), para cuyo perfeccionamiento se requiere de la posterior “aceptación” del inversionista, con lo cual se produce una disociación en la emisión y recepción del consentimiento.<sup>1</sup> En estos casos nos encontramos en presencia de lo que el árbitro Jan Paulsson (1995) ha denominado *arbitration without privity*, para referirse a las cláusulas arbitrales sin el efecto relativo de los contratos. Esta práctica ha permitido multiplicar de manera exponencial el número de arbitrajes administrados por el CIADI.

Sin embargo, no hay duda, que al igual que en el arbitraje privado, en el arbitraje de inversión juega un papel de suma importancia la autonomía de la voluntad de las partes, tanto para establecer el método de solución de controversias, como el derecho aplicable. Pero, dicha autonomía tiene características especiales, las cuales hacen necesario un análisis particular dada la naturaleza mixta de las relaciones que se presentan en este ámbito y los intereses en juego: el interés del comercio internacional, los del Estado receptor de la inversión, los del inversor extranjero y los del Estado del cual es nacional dicho inversor. Esto es, el convenio arbitral es la base del arbitraje de inversión que como todo contrato se sustenta en el consentimiento, el cual en el caso de una oferta que ha sido otorgada por el Estado debe ser aceptada por el inversionista.

Aun cuando, aparentemente la determinación del consentimiento de las partes de someterse a la jurisdicción arbitral del Centro resulta un aspecto sencillo de abordar, en función del art. 25(1) del Convenio para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965 (en adelante, Convenio de Washington), las dificultades se

1. CHILLÓN MEDINA, J. M., *El arbitraje internacional de inversiones: su tratamiento singular reciente a partir del derecho convencional y de la jurisprudencia arbitral*, consultado en [<http://www.cmanicaragua.com.ni/media/docs/1248705412.pdf>] el 30/05/2011.

asoman dada la amplia libertad que se le otorga a las partes para elegir el momento y la modalidades de dicho consentimiento.

En efecto, la práctica arbitral ha evidenciado infinidad de problemas a la hora de verificar cuáles son los extremos comprendidos por el consentimiento otorgado por un Estado al someterse al arbitraje internacional administrado por el CIADI. Además, la jurisdicción del CIADI se rige también por las condiciones del instrumento mediante el cual las partes deciden someter determinadas controversias al arbitraje internacional. Esto es, el consentimiento expresado al ratificar el Convenio de Washington no es el consentimiento exigido por este último para llevar una controversia al CIADI, el que requiere de una expresión separada mediante uno o más actos a través de los cuales conste inequívocamente.<sup>2</sup> Como se afirma en el caso *Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. vs. República Bolivariana de Venezuela* (en adelante, caso *Cemex*), ese consentimiento entre el Estado receptor y el inversor extranjero debe darse a través de un acuerdo directo, el cual puede surgir de una oferta unilateral formulada por el Estado receptor en su legislación o en un tratado, subsiguientemente aceptada por el inversionista.<sup>3</sup>

El Informe Anual del CIADI correspondiente al ejercicio 2012 (julio 2011 - junio 2012), muestra como treinta y muchos de los casos registrados en ese año, se iniciaron en el marco del Convenio de Washington y dos casos en el marco de las Reglas del Mecanismo Complementario, el mayor número de casos registrados en un mismo ejercicio fiscal.<sup>4</sup> En muchos de los casos administrados por el Centro durante este último ejercicio, se interpusieron objeciones a la jurisdicción

2. En el caso *Goetz* el tribunal señaló que "(...) no es suficiente, sin embargo, que el Estado nacional del inversor y el Estado de recepción sean partes en el convenio CIADI, hace falta además que las partes en la diferencia, es decir el inversor y el Estado receptor, hayan consentido a la jurisdicción del Centro". *Antoine Goetz y otros vs. Burundi* (Caso CIADI nro. ARB/95/3), laudo final del 10/02/1999, párr. 80 [<http://www.worldbank.org/icsid>]. En el caso *Olguín*, el Tribunal destacó el contenido del Preámbulo de la Convención de Washington, al señalar: "(...) para estar sujeto a la jurisdicción del CIADI un Estado debe aceptar expresamente esa jurisdicción pues (...) la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado". *Eudoro A. Olguín vs. Paraguay* (Caso CIADI nro. ARB/98/5), decisión sobre jurisdicción del 08/08/2000, laudo del 26/07/2001, párr. 20, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

3. Caso *CEMEX* (Caso CIADI, nro. ARB/08/15), decisión sobre jurisdicción del 30/12/2010, párr. 58, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

4. Informe CIADI 2012, consultado en [<http://icsid.worldbank.org>]. El CIADI publica semestralmente sus estadísticas a través de un reporte denominado *Casos del CIADI-Estadísticas*. En la Edición 2013-I, se informa que para el año calendario 2012 se registraron cuarenta casos bajo el Convenio de Washington y ocho bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario.

del CIADI para conocer de las controversias, vinculadas con el consentimiento del Estado receptor.

Ante este panorama, hemos considerado importante partir de la distinción entre el consentimiento expresado por los Estados Contratantes vinculados por el Convenio de Washington y el consentimiento otorgado por el Estado receptor y el inversionista, para someter determinadas controversias en materia de inversión al arbitraje CIADI. Para ello, se analizan cada uno de los mecanismos a través de los cuales el Estado manifiesta su consentimiento, tomando en cuenta las particularidades presentes en cada uno de ellos. Así, se plantea realizar un análisis de las características y los efectos que derivan del perfeccionamiento del consentimiento estatal según su modalidad, para luego ahondar en ellas (contratos, legislación interna y tratados). En definitiva, se abordan aspectos ampliamente discutidos en la práctica arbitral vinculados con el consentimiento y la problemática en torno a la interpretación de las expresiones del consentimiento estatal que emanan de la práctica arbitral.

## II. CARACTERÍSTICAS DEL CONSENTIMIENTO ARBITRAL CIADI

En términos generales el arbitraje es el resultado del acuerdo de voluntades de las partes quienes deciden a través de un convenio cuál o cuáles serán los mecanismos a los que acudirán para resolver sus controversias. El arbitraje en materia de inversión no es la excepción al principio que acabamos de señalar, los tribunales arbitrales CIADI han admitido a través de sus laudos que es indiscutible que son las partes las que, a través de su consentimiento, deciden qué clase de controversias se someterán a arbitraje.<sup>5</sup> En todo caso, el análisis sobre la jurisdicción debe realizarse con meticuloso cuidado, sin partir de presunciones a favor o en contra de la jurisdicción del Centro. Sin embargo, le corresponde al tribunal ante el cual se somete la controversia determinar cuál es el alcance del consentimiento que han otorgado las partes.<sup>6</sup>

En definitiva, el consentimiento de las partes es de suma importancia en el arbitraje CIADI, de él depende la completa eficacia de esta institución.<sup>7</sup> Por ello, se

5. Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs. Chile (Caso CIADI nro. ARB/04/7), laudo del 21/08/2007, párr. 189, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

6. Ver casos Tokios Tokeles vs. Ucrania (Caso CIADI, nro. ARB/02/18), decisión sobre jurisdicción, 29/04/2004, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>]; SPP Middle East vs. Egipto (Caso CIADI nro. ARB/84/3), decisión sobre competencia del 14/04/1988, ver texto en *ICSID Reports*, v. 3, 1995, p. 156; y Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs. Chile (Caso CIADI nro. ARB/04/7), laudo del 21/08/2007, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

7. Antoine Goetz y otros vs. Burundi, *op. cit.*, párr. 16.

suele afirmar que “el consentimiento de las partes es la piedra angular de la jurisdicción del Centro”.<sup>8</sup> La razón de esta afirmación radica en el hecho de que el consentimiento de las partes contiene esencialmente el compromiso de éstas de recurrir a los procedimientos previstos por el Centro (Rodríguez, 2006:378).

En virtud del art. 25 del Convenio de Washington la jurisdicción del Centro descansa sobre una base consensual, con lo cual un procedimiento ante el CIADI sólo puede llevarse a cabo con el previo consentimiento voluntario de las partes. Sonia Rodríguez Jiménez (2006:382) de la anterior afirmación, resalta tres rasgos importantes del consentimiento: la necesidad, la reciprocidad y la voluntariedad de su otorgamiento. Además, no debe perderse de vista el requisito formal según el cual el consentimiento debe constar por escrito, dada la función probatoria de la existencia de dicho consentimiento.

## II.A. Necesidad

En primer lugar, el consentimiento es una condición necesaria, pero no suficiente para la iniciación de un procedimiento arbitral ante el CIADI. Esto es, aun cuando el consentimiento *per se* no es suficiente, sí es necesario para determinar incondicionalmente la jurisdicción del Centro. En consecuencia, su ausencia acarrea que el Secretario General del Centro no registre la demanda, actuando dentro de su *screening power* y, en consecuencia, la negación de la jurisdicción del CIADI (art. 36.3 Convenio de Washington).

Se afirma que el consentimiento no es suficiente, ya que una vez verificada la existencia del consentimiento deberán analizarse los demás extremos del art. 25 del Convenio de Washington, en el cual se establecen otros requisitos que deben cumplirse, los cuales son:

- 1) las partes en la diferencia deben ser un Estado Contratante y un nacional “inversor” de otro Estado Contratante. En el caso de un inversionista persona jurídica constituida de acuerdo con el derecho del Estado receptor, las partes deben convenir en que atribuirán a ésta, en razón del “control extranjero”, el carácter de “nacional” de otro Estado Contratante a los efectos del Convenio;
- 2) las diferencias entre las partes deben ser “diferencias de naturaleza jurídica”;
- 3) la diferencia debe surgir directamente de una “inversión”.

8. BANCO MUNDIAL, *Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados* [en línea] párr. 23, consultado en [<http://icsid.worldbank.org>], el 10/01/2011.

El Convenio de Washington no contiene ninguna definición de estos requisitos, los redactores se abstuvieron deliberadamente de definir las expresiones “inversor”, “diferencia de naturaleza jurídica”, “inversión”, “nacionalidad” y “control extranjero”. Ateniéndose a la naturaleza consensual de la Convención, prefirieron otorgar amplias facultades a las partes para que ellas proporcionaran una definición, siempre que los criterios convenidos entre ellas fuesen razonables y no inconsistentes con los fines del Convenio. En consecuencia, para establecer si esos requisitos se cumplen en un determinado caso, es necesario remitirse al entendimiento o la definición de las partes. En tanto, los criterios elegidos por las partes para definir esos requisitos sean razonables, es decir, en tanto no se prive a los requisitos de su importancia objetiva, no existen motivos para descartar la opción elegida por las partes.<sup>9</sup> Sin embargo, la falta de definición a la que aludimos constituye la principal fundamentación en los casos en los cuales se discute la jurisdicción arbitral CIADI.

## II.B. Reciprocidad

El consentimiento es un acto bilateral y recíproco; es decir, se requiere que ambas partes en la controversia hubieren expresado libremente su voluntad de someterse al procedimiento arbitral CIADI. Lo que no quiere decir que el consentimiento debe ser otorgado de manera simultánea, ya que al amparo del sistema CIADI se admite que el Estado pueda realizar una oferta al inversionista y sólo en el caso de que éste efectivamente decida someter una controversia jurídica en materia de inversión al CIADI, el consentimiento queda perfeccionado. Esta oferta unilateral del Estado receptor de la inversión puede encontrarse en su legislación interna o en un tratado.

Si el consentimiento no es otorgado por ambas partes en un mismo momento, resulta necesario determinar el concreto momento en que el consentimiento debe ser prestado por las partes, aspecto sobre el cual el Convenio de Washington guarda silencio. Esto es ¿cuál es la fecha a considerar para verificar si existe consentimiento de ambas partes para someterse al arbitraje CIADI? La fecha permitirá fijar el momento a partir del cual ha quedado perfeccionado el consentimiento y, en consecuencia, podrán las partes acceder al arbitraje CIADI.

Si del concreto momento en que el consentimiento debe ser otorgado se trata, la Regla 2.3 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje CIADI (en adelante, Reglas Procesales) contemplan una definición de “fecha del otorgamiento del consentimiento” al señalar que se entiende por tal “la fecha en que

9. *Auconven vs. Venezuela* (Caso CIADI nro. ARB/00/5), decisión sobre jurisdicción del 27/09/2001, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

las partes en la diferencia hayan consentido por escrito en someterla al Centro; y si ambas partes no lo hubieran hecho el mismo día, contará la fecha en que la última lo haya hecho”. Tal definición comprende tanto la posibilidad del consentimiento otorgado en un único documento, y el consentimiento otorgado en dos tiempos, mediante una oferta estatal, ya sea en su legislación interna o en un TBI, el cual sólo se entenderá perfeccionado una vez que el inversor acepte la oferta realizada por el Estado receptor. En este último caso, la fecha de otorgamiento del consentimiento será la fecha en que se haya producido la aceptación por parte del inversor.

## **II.C. Voluntariedad**

Se requiere el consentimiento por parte de los dos Estados contratantes, mediante el cual se atan a los términos del Convenio de Washington, y el consentimiento por escrito del inversionista y del Estado receptor para someter la disputa en materia de inversiones al arbitraje CIADI (Cremades, 2001:157). Esto es, dado que los procedimientos del CIADI tienen carácter voluntario, la ratificación o adhesión del Convenio no obliga a los Estados Parte a manifestar su consentimiento de someter sus diferencias en materia de inversiones a dichos procedimientos, por lo cual debe quedar claro que el consentimiento debe ser libremente otorgado por las partes y debe darse caso por caso, una vez llevado a cabo el sometimiento siempre será obligatorio para las partes continuar con las actuaciones correspondientes. El sistema CIADI cuenta con mecanismos eficaces para impedir que una de las partes pueda entorpecer el funcionamiento del proceso una vez iniciado.

En efecto, en el preámbulo del Convenio de Washington, se hace mención a esta distinción, ya que “la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”. El consentimiento del Estado receptor es una decisión libre y, en todo momento, será éste quien decida cuáles son las controversias que serán sometidas a la jurisdicción del CIADI y cuáles quedan excluidas.

Los Estados pueden informar al CIADI cuáles son estas controversias, sin que esto signifique una reserva al texto del tratado. Tal notificación no impide un posterior consentimiento del Estado sobre un tipo de diferencia excluida por aquella. Asimismo, esta notificación no tiene ninguna incidencia sobre el consentimiento otorgado con anterioridad por parte del Estado receptor de acudir a los procedimientos del CIADI, el cual seguirá manteniendo su efecto vinculante. Son pocos los Estados Parte que han realizado notificaciones al CIADI de acuerdo con el art. 25(4).<sup>10</sup>

10. China (someterá al CIADI únicamente las controversias en relación con las compensaciones

## II.D. Por escrito

El único requisito formal exigido para el consentimiento es que el mismo conste por escrito (formalidad *ad solemnitatem*, art. 25.1, Convenio de Washington). Este requisito se incluyó con el fin de dotar de seguridad jurídica a este criterio atributivo de jurisdicción. El consentimiento escrito de ambas partes al arbitraje debe existir al momento de presentar la solicitud de arbitraje al Centro (art. 36.2, Convenio de Washington). Sin embargo, el Convenio no precisa la fecha en la que tiene que otorgarse dicho consentimiento.

En efecto, el Informe de los Directores Ejecutivos indica que el consentimiento puede contenerse en un tratado de inversión, señalando que las diferencias a las que pueda dar lugar dicho tratado podrán someterse al Centro; o bien en un compromiso arbitral entre las partes relativo a una diferencia ya existente.<sup>11</sup> El Informe indica también que el consentimiento no debe necesariamente expresarse en el mismo acto jurídico. Así, un Estado puede ofrecer, en su legislación sobre promoción de inversiones la opción de recurrir al arbitraje CIADI para dirimir diferencias relativas a cierta clase de inversiones, y el inversionista puede consentir por escrito aceptando dicha oferta. No existe ninguna obligación de notificar al Centro que se ha producido el consentimiento por escrito, aunque en el momento de iniciación del procedimiento arbitral será necesario presentar prueba de su existencia (Regla 2.1.c de las Reglas Procesales).

Es aconsejable que la cláusula arbitral CIADI aclare de forma explícita cuál es el procedimiento al cual se someten las partes. La mera referencia general a la “jurisdicción del Centro” o al “arreglo de controversias del Centro” puede plantear graves problemas entre las partes, si las mismas no están de acuerdo respecto a cuál de los procedimientos contemplados en el Convenio de Washington se han sometido (Fernández Masiá, 2003:123). En los trabajos preparatorios del Convenio ya se había puesto de manifiesto que era posible que las partes pudiesen llegar a un acuerdo para someter, en primer lugar, su controversia al procedimiento de conciliación

---

resultantes de expropiaciones y nacionalizaciones); Jamaica (no someterá las diferencias con relación a inversiones en minerales y otros recursos naturales); Papua Nueva Guinea (únicamente aquellas diferencias que sean fundamentales para la propia inversión); Arabia Saudita (excluye todas las cuestiones vinculadas con inversiones petrolíferas y actos de soberanía); Turquía (notificó que acepta someter al CIADI las diferencias que surjan directamente de las actividades de una inversión que hayan obtenido el permiso necesario, de conformidad con la legislación turca sobre inversión extranjera, y que efectivamente se haya iniciado. Sin embargo, las controversias en relación con la propiedad y derechos reales sobre los bienes inmuebles serán de competencia exclusiva de la jurisdicción turca).

11. Amco vs. Indonesia, decisión sobre jurisdicción del 25/09/1983. Ver texto en *ICSID Report*, 1993, pp. 389 y ss.



y, con posterioridad, tras transcurrir el período de acuerdo o desacuerdo con la resolución del asunto por tal vía, sería posible acudir al procedimiento arbitral.

En el caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. Egipto* (en adelante, caso SPP Middle East) la competencia del CIADI se basó en el art. 8 de la Ley egipcia 43 de 1974, según la cual se establecía el arreglo de las diferencias “dentro del marco de la Convención”. Egipto alegó que los términos de la Ley eran insuficientes para sostener que existía un consentimiento expreso al arbitraje CIADI, ya que no se refería al arbitraje en forma explícita, por lo cual incluía tanto la conciliación como el arbitraje. El tribunal arbitral rechazó los alegatos de Egipto señalando que:

*(...) en ninguna parte de la Convención de Washington dice que el consentimiento a la jurisdicción del Centro deba especificar si el consentimiento es a los fines del arbitraje o de la conciliación. Una vez que el consentimiento ha sido dado a la “jurisdicción del Centro”, la Convención y los Reglamentos proporcionan los medios para hacer tal elección entre los métodos de solución de controversias. La Convención deja tal elección a la parte que inicia el procedimiento (destacado nuestro).<sup>12</sup>*

En el caso *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. vs. Congo*, ante un alegato similar, se señaló que los tribunales no aceptan el punto de vista según el cual su competencia está limitada por formalidades, sino que más bien fundamentan sus decisiones en una evaluación realista.<sup>13</sup> Sin embargo, los tribunales se orientan en esa dirección cuando el consentimiento ha sido otorgado en cumplimiento de los requisitos del Convenio y cuando la naturaleza y lógica del sistema CIADI no se ve afectada.

### III. EFECTOS DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO

El perfeccionamiento del consentimiento para someterse al procedimiento arbitral CIADI produce tres efectos básicos, los cuales se encuentran contemplados en el Convenio de Washington. En primer lugar, el consentimiento del Estado para someterse al arbitraje CIADI es una obligación jurídica internacional de carácter irrevocable. En segundo lugar, tal consentimiento supone el otorgamiento de una competencia exclusiva y, en consecuencia, excluyente de cualquier otra, para conocer del asunto por parte de los tribunales CIADI. Por último, se prohíbe a cualquier

12. SPP Middle East vs. Egipto, decisión sobre competencia, *op. cit.*

13. *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. vs. Congo* (Caso CIADI nro. ARB/98/7), laudo del 01/09/2000, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

Estado contratante conceder protección diplomática ni promover ninguna reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter a arbitraje conforme al Convenio de Washington, a no ser que este otro Estado “no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo” (Fernández Masiá, 2003:146-147).

### III.A. Carácter irrevocable

El principio de irrevocabilidad del consentimiento se encuentra consagrado en el art. 25(1) del Convenio de Washington al señalar que “el consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”. El carácter irrevocable del consentimiento se predica a partir de la fecha de otorgamiento del mismo. En consecuencia, hasta que no se produzca la aceptación por parte del inversor en aquellos supuestos en que se haya realizado una oferta de consentimiento estatal por medio de una legislación interna o un TBI, tal “oferta” puede ser retirada por parte del Estado receptor, ya que sobre ella no recaería este efecto de irrevocabilidad (Fernández Masiá, 2003:147).

Este carácter irrevocable del consentimiento únicamente surtirá sus efectos a partir del momento en que se cumplan los requisitos de jurisdicción subjetiva, si alguno de ellos faltare en el momento de la aceptación por parte del inversor, no se producirá dicho efecto.

En el caso *Holiday Inns vs. Marruecos* ninguno de los dos Estados eran Estados contratantes del Convenio de Washington al momento de realizarse el acuerdo de inversión contenido de la cláusula de sometimiento al procedimiento arbitral CIADI. El Tribunal, una vez conocidas las fechas de las posteriores ratificaciones del texto convencional por parte de ambos Estados, señaló que fue en la última de estas fechas cuando el consentimiento se otorgó y que desde ese momento ninguna de las partes podía retirar unilateralmente su consentimiento.

La irrevocabilidad del consentimiento se predica tanto para aquellos intentos unilaterales de retirada del mismo, realizados de forma directa por cualquiera de las partes, como de aquellos otros que buscan esa misma consecuencia mediante la eliminación o transformación de algunos de los requisitos exigidos para la jurisdicción tanto objetiva como subjetiva del Centro (Fernández Masiá, 2003:148). Esto es, dado el carácter irrevocable del consentimiento, los trámites iniciados ante el CIADI continuarán su curso aun ante la eventual falta de cooperación de una de las partes, una vez verificado el consentimiento de ambas. En efecto, en el Convenio de Washington varias disposiciones coadyuvan a alcanzar estos efectos (arts. 37 sobre la constitución del tribunal arbitral; 38 sobre nombramiento de árbitros; y 54 sobre reconocimiento obligatorio del laudo dictado por el tribunal arbitral).

Entre las formas de retirada indirecta del consentimiento se incluyen la denuncia del Convenio de Washington por un Estado contratante, la retirada de

la designación realizada por parte de un Estado de acuerdo con el art. 25(1) del Convenio o la retirada de la aprobación del consentimiento otorgado por una de las entidades públicas, la derogación de la legislación nacional que contiene la oferta de consentimiento estatal o la terminación del TBI con una cláusula de este tipo (Fernández Masiá, 2003:148-149).

Un caso reciente de retirada indirecta es el caso de Ecuador, cuyo gobierno envió una comunicación al CIADI mediante la cual informa que “no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro (...) las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros”.

Dadas las características del flujo de inversiones extranjeras en Ecuador esta declaración, en opinión de Sonia Rodríguez Jiménez, no es más que “una retirada encubierta”, ya que “retirarse de estas materias es retirarse del CIADI”.<sup>14</sup> Sin embargo, en virtud del principio bajo análisis, según el cual el consentimiento es irrevocable, la declaración de Ecuador no afecta los casos en los cuales el consentimiento se hubiere perfeccionado con anterioridad a la fecha de presentación de la notificación, la cual surte efectos de manera inmediata a partir de la fecha de emisión (4 de diciembre de 2007). Las primeras declaraciones de este tipo fueron presentadas por Egipto y Jamaica.

### III.B. Carácter exclusivo y excluyente

El consentimiento de las partes de someter sus diferencias al procedimiento arbitral del CIADI supone, por un lado, considerar al tribunal arbitral como el exclusivamente competente para conocer de la controversia y, por otra parte, conlleva a que la actividad del tribunal arbitral quede aislada por completo de cualquier actuación que pueda proceder de los tribunales internos. Las partes se obligan a no acudir a otro foro, ya sea nacional o internacional, para que resuelva su diferencia, teniendo además los tribunales nacionales un deber de abstenerse de conocer de la controversia sometida a arbitraje (Fernández Masiá, 2003:150-151).<sup>15</sup>

14. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., “El CIADI frente a Argentina, México, Ecuador y Bolivia. Una actualización”, en RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S. y WÖSS, H. (Coords.), *Arbitraje en materia de inversiones*, México, UNAM, 2010, p. 39, consultado en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2815/13.pdf>] el 20/03/2011.

15. Art. 26 del Convenio del Washington: Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio *se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso*. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio (resaltado nuestro).

La primera frase del art. 26 del Convenio de Washington establece una presunción a favor del carácter exclusivo del arbitraje como método de solución de controversias. Esta lectura se confirma con algunas decisiones CIADI. Así, por ejemplo, en el caso SPP Middle East se sostuvo que “[e]l Artículo 26 dice que la aceptación de la jurisdicción del CIADI, a menos que se señale de otra manera, debe ser considerada como excluyente de otros recursos. Por tanto, la ausencia de renuncia a otros recursos no menoscaba la aceptación de la jurisdicción del CIADI”.<sup>16</sup> Esta regla de interpretación se consagra en el Informe de los Directores, según el cual “se puede presumir que cuando un Estado y un inversionista acuerdan recurrir al arbitraje, y no se reservan el derecho de acudir a otras vías, o de elegir el agotamiento previos de los recursos internos, la intención de las partes es acudir al arbitraje con exclusión de cualquier otro procedimiento”.<sup>17</sup>

En todo caso, la estipulación en contrario sólo produciría la quiebra de la presunción de la exclusividad del arbitraje CIADI, dando lugar a la existencia de otro foro en el cual resolver la controversia. Esto es, el carácter exclusivo del procedimiento arbitral CIADI tiene una incidencia directa sobre la actuación de los tribunales nacionales. Así, los tribunales nacionales tienen el deber de abstenerse mientras que la diferencia está sometida al Centro por acuerdo de las partes. Este principio de abstención (*rule of judicial abstention*), se encuentra firmemente asentado en la práctica de los tribunales arbitrales.<sup>18</sup>

### III.C. Carácter internacionalmente vinculante

El consentimiento de las partes de someterse al arbitraje CIADI, con relación al Estado contratante del que es nacional el inversor, excluye la posibilidad de poder promover una reclamación internacional (art. 26 Convenio de Washington). Sin embargo, esta prohibición no cubre aquellos supuestos en los cuales existe un TBI entre el Estado receptor y el Estado del cuál es nacional el inversor, en el cual se incluye una cláusula de solución de controversias interestatales sobre la interpretación y aplicación de tal acuerdo.

16. SPP Middle East vs. Egipto, decisión sobre competencia, *op. cit.*

17. BANCO MUNDIAL, *Informe de los Directores Ejecutivos, op. cit.*, párr. 32.

18. Véanse, por ejemplo, los casos: Maritime International Nominees Establishment vs. República de Guinea (CIADI Caso nro. ARB/84/4, laudo del 06/01/1988. S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant vs. Congo (Caso CIADI nro. ARB/77/2), laudo del 08/08/1980, traducción inglesa del original en francés en *International Legal Materials*, núm. 21, 1982. Mobil Oil Corporation y Otros vs. Nueva Zelandia (CIADI Caso nro. ARB/87/2), interpretación sobre responsabilidad del 04/05/1989, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

Es posible que una misma reclamación fundada en la violación de algunas de las obligaciones estatales contempladas en el acuerdo, en relación con las inversiones extranjeras, pudiera dar lugar a la iniciación de dos procedimientos arbitrales diferentes: un arbitraje CIADI que resolvería la controversia mixta, surgida entre el inversor particular y el Estado receptor de la inversión, y por otra parte, un arbitraje interestatal, entre los Estados Parte del tratado (Fernández Masiá, 2003:171-172), controversias estas que se encuentran diferenciadas en virtud de las partes involucradas.

#### IV. MODALIDADES DE MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR PARTE DEL ESTADO

Si bien el Convenio de Washington exige que el consentimiento deba ser otorgado por escrito por las partes en disputa, no hay indicación sobre el mecanismo que debe ser utilizado para estos efectos. En la práctica, el Convenio se interpreta como la expresión de una extensa libertad sobre las modalidades y condiciones *sui generis* para su perfeccionamiento.

El consentimiento de las partes para someterse al procedimiento arbitral CIADI tradicionalmente se ha otorgado en un acuerdo único. Este acuerdo puede adoptar la forma de una cláusula compromisoria, si las partes lo adoptan en el contrato de inversión, con el objetivo de prever el método de solución de sus controversias futuras, o de un compromiso, si tal manifestación de voluntad no se realiza hasta que la diferencia se produce.<sup>19</sup> En efecto, en el Informe de los Directores Ejecutivos se declara que “[e]l consentimiento puede darse, por ejemplo, en las cláusulas de un contrato de inversión, que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese contrato, o en un procedimiento respecto a una diferencia que haya surgido”.<sup>20</sup>

19. Suele diferenciarse entre «cláusula arbitral» y «compromiso». Se afirma que la cláusula arbitral constituye una condición anexa al contrato, la cual se establece con el objeto de someter todas o algunas diferencias que se susciten con relación al contrato, mientras que el compromiso se celebra después de iniciado el proceso, pero siempre antes de haberse dictado la sentencia de primera instancia. Esto es, la cláusula arbitral se refiere a un conflicto que eventualmente puede surgir, mientras que el compromiso se refiere a una controversia actual. También se ha dicho que la cláusula arbitral es un pre-contrato que fija genéricamente el objeto del arbitraje, mientras que el compromiso constituye un contrato que determina el objeto del arbitraje específicamente. En el presente análisis utilizamos la expresión acuerdo o convenio arbitral para abarcar ambas expresiones indistintamente.

20. BANCO MUNDIAL, *Informe de los Directores Ejecutivos*, *op. cit.*, párr. 24.

El CIADI ofrece a los Estados y a los inversores modelos de cláusulas, las cuales se clasifican en generales y especiales.<sup>21</sup> Sin embargo, en la práctica, el arbitraje en materia de inversiones extranjeras no encuentra su fundamento en las tradicionales cláusulas arbitrales incorporadas en un contrato. El mayor número de casos se fundamentan en disposiciones sobre resolución de controversias contenidas en un tratado de inversión, en los cuales los Estados receptores han otorgado su “consentimiento de manera anticipada”, para someter las controversias que pudieren suscitarse en materia de inversión al arbitraje internacional (Fernández Masiá, 2003:22).

De esta manera, independientemente del instrumento a través del cual el Estado manifieste su consentimiento, si éste no es simultáneo, es decir, no es otorgado por el Estado y el inversor en un mismo instrumento, como suele suceder en los casos de contratos de inversión, estamos ante una oferta unilateral de consentimiento realizada por el Estado, para someterse a la jurisdicción arbitral CIADI, la cual requerirá de la posterior aceptación del inversor. En todo caso, es el demandante el llamado a probar la existencia del consentimiento como base de la jurisdicción.

A continuación se analizan cada uno de los instrumentos mediante los cuales los Estados manifiestan su consentimiento al arbitraje CIADI, ya sea a través de un contrato de inversión o de una oferta realizada por el Estado, en la legislación interna o en un tratado de inversión.

#### **IV.A. Consentimiento otorgado por el Estado receptor en un contrato de inversión**

Los contratos de inversión por lo general son acuerdos de Estado, esto es, una convención celebrada entre el Estado o una entidad estatal y un nacional extranjero (persona física o jurídica), mediante el cual se crea una organización de conformidad con el derecho del Estado receptor, en la cual se le confiere el control de una actividad económica. Estos contratos tienen especial importancia en los países en desarrollo con altos flujos de inversión extranjera directa. Una de las formas más habituales de contratos de Estados son los denominados “contratos de concesión”,<sup>22</sup> en los cuales pueden incluirse una cláusula mediante la cual las partes manifiestan su consentimiento de someter sus controversias, presentes o futuras, a un arbitraje internacional administrado por el CIADI, ya sea que la cláusula se incluya en

21. Consultado en [<http://icsid.worldbank.org>].

22. UNCTAD, “Contratos de estado”, en *Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2004, p. 3, consultado en [[http://www.unctad.org/sp/docs/iteit200411\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sp/docs/iteit200411_sp.pdf)] el 30/03/2011.

el mismo documento, en documentos separados o a través de un intercambio de comunicaciones.

Varios problemas suscitan la coexistencia de contratos de Estados y tratados de inversión, ya sea que se trate de determinar cómo están contemplados los primeros en los tratados de inversión y en qué medida estos últimos pueden regular la actuación de los Estados en la negociación, conclusión y funcionamiento de estos contratos.<sup>23</sup> No es habitual que un tratado de inversión haga referencia directa a los contratos de Estado. Sin embargo, ciertos aspectos vinculados con éstos figuran en los tratados de inversión: la extensión de la protección de los tratados de inversión a los contratos de Estado; la preservación de las facultades discrecionales del Estado receptor en la negociación, la conclusión y el funcionamiento de los contratos de Estado; obligaciones del Estado respecto de los inversores privados; elaboración de regímenes sustantivos para estos contratos en los tratados de inversión,<sup>24</sup> entre otros.

En general, los sistemas jurídicos nacionales consideran que los contratos de Estado constituyen una categoría especial de contratos, por lo cual establecen una reglamentación especializada para aquellos concluidos con el Estado o con entidades estatales.<sup>25</sup> Cuando el convenio arbitral es suscrito por una “subdivisión política u organismo público” del Estado, el Convenio de Washington exige la aprobación expresa del Estado receptor de la inversión, salvo que éste notifique al CIADI que tal aprobación no es necesaria (art. 25.3).

En varios casos se ha discutido si el consentimiento otorgado a través de un contrato de inversión es capaz de atribuir jurisdicción a un tribunal CIADI. En el caso *Československa obchodní banka, a.s. vs. República Eslovaca* (en adelante, caso *ČSOB*), el Acuerdo de Consolidación firmado entre las partes, preveía en su art. 7 que el mismo “deberá estar regido por el Derecho de la República Checa y el Tratado sobre Promoción y Mutua Protección de Inversiones entre la República Checa y la República Eslovaca del 23 de noviembre de 1992”. El TBI en referencia nunca entró en vigor, por lo cual el tribunal arbitral tuvo que pasar a considerar si la referencia a un TBI, realizada en un contrato, que no está en vigor en el plano internacional, constituye y equivale a la prestación del consentimiento requerido por el Convenio de Washington. El Tribunal al efecto consideró:

(...) la eliminación de la frase (después de su ratificación) puede juzgarse como indicativo bien de que las partes estaban convencidas de que el TBI ya estaba en vigor (...) o, lo que es más probable, de que *ellos deseaban que la referencia al TBI fuera una expresión válida del consentimiento para los fines de su contrato, incluyendo la*

23. *Ibid.*

24. *Ibid.*, pp. 13-29.

25. *Ibid.*, p. 4.

*provisión para el arreglo de disputas, independientemente de que el TBI entrara en vigor en el plano internacional (destacado nuestro).*<sup>26</sup>

Así, el Tribunal llegó a la conclusión que el consentimiento puede ser otorgado en un contrato mediante la incorporación de las disposiciones de un TBI por referencia, aunque el tratado no esté vigente en el plano internacional y, en todo caso, la voluntad de las partes debe ser honrada. En consecuencia, al referirse al TBI las partes tuvieron la intención de incorporar sus disposiciones al contrato, con la finalidad de hacer del arbitraje internacional el método elegido para el arreglo de disputas.<sup>27</sup> En la segunda decisión sobre objeciones a la jurisdicción en el caso ČSOB,<sup>28</sup> el Tribunal confirmó su jurisdicción en relación con la disputa sometida a su consideración por el demandante, en la medida en que la misma hubiese surgido de un contrato relativo a una obligación de segundo grado. En consecuencia, la jurisdicción del Centro no se podía extender más allá del límite fijado por el consentimiento de las partes y no podía alcanzar al contrato principal. El Tribunal fundamentó el laudo en el principio del efecto relativo de los contratos,<sup>29</sup> en virtud de la ausencia de disposiciones sobre arbitraje en el contrato principal y en el principio de la efectividad y finalidad de la jurisdicción.

También es posible que las partes otorguen su consentimiento a través de un intercambio de comunicaciones, como sucediera en el caso AMCO, en el cual el convenio arbitral se había generado a partir de una comunicación del inversionista, mediante la cual le solicitaba a la autoridad estatal responsable de la inversión extranjera someterse a la jurisdicción del CIADI.<sup>30</sup>

Las partes además pueden manifestar su consentimiento en un contrato de manera condicionada. Esta posibilidad se presentó en el caso AUCOVEN, en donde la jurisdicción del CIADI se encontraba en una cláusula del contrato de concesión celebrado entre las partes, en la cual se establecía que el CIADI no tenía jurisdicción hasta tanto no se cumpliera una condición posterior. Las partes, a través de un contrato habían establecido la condición y los criterios para determinar su

26. *Československa obchodní banka, a.s. vs. República Eslovaca* (Caso CIADI nro. ARB/97/4), decisión sobre jurisdicción del 24/05/1999. Véase texto en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, n° 14, 1999.

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*, decisión adicional sobre jurisdicción del 01/12/2000.

29. El contrato sólo surte efecto entre las partes que lo han otorgado. No afecta, por consiguiente, a terceras personas ajenas a la relación contractual y que no han concurrido con su voluntad a su otorgamiento. El fundamento de esta relatividad está en la misma esencia del principio de la autonomía de la voluntad. Por regla general, se necesita siempre la voluntad expresa o tácita de una persona para que le alcancen los efectos de un acto jurídico.

30. Caso Amco, laudo del 25/09/1983, párr. 14. Véase texto en *ICSID Reports*, n° 1, p. 389.



cumplimiento: que el inversionista estuviera sujeto a control extranjero. El Tribunal decidió a favor de esta posibilidad según la cual las partes habían definido el control extranjero como la propiedad de la mayoría de las acciones de la compañía local del inversionista por parte de nacionales de un Estado contratante del Convenio.<sup>31</sup>

En el caso *World Duty Free Company Limited vs. Kenya* (en adelante, caso *Duty Free*), el Tribunal arbitral se atribuyó jurisdicción sobre la base del consentimiento expresado por las partes en disputa en un contrato de manera clara e inequívoca,<sup>32</sup> cuya cláusula era del siguiente tenor:

*9 Arbitraje: (1) Las partes por la presente consienten en someterse a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“El Centro”) todas las disputas que provienen de este Acuerdo o relacionando con cualquier inversión hecha bajo el mismo para el establecimiento del arbitraje de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (“El Convenio”) (2) Por la presente se estipula (a) que la compañía es nacional de Emiratos Árabes Unidos (b) que la transacción con la cual este Acuerdo se relaciona es “una inversión” dentro del significado de El Convenio; (c) que cualquier tribunal arbitral constituido de conformidad con este Acuerdo aplicará la ley inglesa; (d) que cualquier procedimiento del arbitraje de conformidad con este Acuerdo será conducido conforme a las Reglas de Procedimiento para los Procedimientos del arbitraje del Centro en vigor para el momento en que el procedimiento se inicie (...) (destacado nuestro).*

En otro caso, *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. vs. Ecuador*,<sup>33</sup> el demandante fundamentó la jurisdicción del CIADI tanto en el convenio arbitral contenido en un contrato celebrado con el Estado como en el TBI Ecuador-EE.UU., de manera subsidiaria. Lo cual llevó al Tribunal a establecer una revisión de la metodología para el análisis de la jurisdicción. Al efecto estableció:

*Habida cuenta que la principal base de jurisdicción invocada por las Demandantes es el Convenio Arbitral, el Tribunal analizará su competencia en virtud del Convenio y determinará cuáles de las reclamaciones están comprendidas en él (2.1.1).*

31. *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. vs. Venezuela*, (Caso CIADI nro. ARB/00/5), laudo del 23/09/2003, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

32. *World Duty Free Company Limited vs. Kenya* (Caso CIADI nro. ARB/00/7), laudo del 04/10/2006, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

33. *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. vs. Ecuador* (Caso CIADI nro. ARB/04/19). La temática de este caso es la generación de energía. La fecha de registro es de 07/10/2004; la fecha de constitución del Tribunal arbitral el 18/05/2005, el laudo del 18/08/2008, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

vez hecho esto, procederá a verificar si se cumplen las condiciones impuestas por el Convenio CIADI respecto de estas reclamaciones (2.1.2). *El Tribunal examinará seguidamente si las Demandantes pueden invocar al TBI como base adicional para determinar la competencia* respecto de las reclamaciones no comprendidas en el Convenio Arbitral (si existiese alguna) y, en caso afirmativo, si se cumple con los requisitos relativos a la competencia establecidos en el Convenio CIADI y el TBI (destacado nuestro).<sup>34</sup>

Por último, es importante destacar los modelos de cláusulas propuestas por el CIADI para los supuestos de manifestación de consentimiento con respecto a diferencias futuras o existentes, ya que de acuerdo con el Convenio de Washington el consentimiento puede darse por anticipado respecto de un tipo determinado de diferencias. Estas cláusulas son características de los acuerdos de inversión celebrados entre Estados Contratantes e inversionistas nacionales de otros Estados Contratantes. Las partes (Inversor-Estado) pueden incorporar a sus contratos estos modelos de cláusulas y adaptarlos a sus necesidades. Es recomendable delimitar los términos bajo los cuales las partes desean someter sus controversias al arbitraje CIADI, con el objeto de cerrar, en lo posible, la interpretación del ámbito de aplicación de dicha cláusula, sobre todo en cuanto a la materia que desean someter a arbitraje. Todo ello, a fin de evitar extensiones no deseadas con respecto a extremos no queridos, pero no especificados, en los acuerdos de las partes.

#### **IV.B. Consentimiento otorgado por el Estado receptor en su legislación interna**

La incorporación del arbitraje CIADI en la legislación sobre promoción y protección de inversiones de los Estados, se ha constituido en una práctica habitual admitida por el Centro.<sup>35</sup> Esta modalidad, en la mayoría de los casos, constituye una

34. *Ibíd.*, párr. 119.

35. Sin embargo, la promoción de inversiones no siempre tiene el mismo perfil, ya que esto depende de la economía política o de la política de Estado que se adopte y, en consecuencia, se manifiestan diferentes modos de promover o desincentivar la inversión extranjera. Así, el liberalismo económico ha sido normalmente separado del nacionalismo proteccionista y del marxismo, y aun cuando estas no son las únicas corrientes de pensamiento que permitirían distinguir entre las diferentes políticas de Estado frente a la economía internacional, estas tres perspectivas sí muestran diferentes parámetros a partir de los cuales es posible decir a qué perfil político-económico tiende una política de promoción de inversiones.

En primer lugar, el nacionalismo proteccionista supone que la política económica de un Estado debe estar alienada con la política pública del mismo. Es decir, el Estado preserva y controla su posición en la comunidad internacional mediante la protección de los recursos disponibles para el Estado. En materia de inversión, entonces, el nacionalismo interviene en la movilidad de los flujos de capital e inversión

oferta de consentimiento por parte del Estado para someter sus diferencias en materia de inversión a la jurisdicción del Centro. Esta oferta no produce ningún efecto hasta que la misma no es aceptada por escrito por el inversor, de acuerdo con las particularidades que disponga cada legislación o simplemente se cumplirá con este requisito iniciando un procedimiento arbitral ante el CIADI, mientras la legislación se encuentre vigente. Esto último resulta de suma importancia, ya que encontrándonos ante una oferta unilateral del Estado receptor, ésta podrá ser modificada en cualquier momento mediante un cambio legislativo. A menos que, el inversionista hubiere aceptado la oferta de consentimiento antes del cambio legislativo, en cuyo caso el Estado estará obligado a arbitrar la controversia.<sup>36</sup>

El primer caso en el cual se planteó este problema fue en el caso SPP Middle East. En efecto, el art. 8 de la Ley egipcia N° 43 de 1974 establece:

---

sectorial en orden a controlar la entrada y salida de capital conforme con los intereses nacionales.

Por otro lado, las teorías económicas marxistas y neo-marxistas se fundamentan en la crítica al liberalismo, y su punto de partida es la imposibilidad de igualdad en el desarrollo de las relaciones económicas internacionales. Además, consideran que la inversión extranjera genera una dependencia injustificada y unos lazos de relación que llevan al llamado neo-colonialismo. Así, en materia de flujos de capital, la única posibilidad para que se permita la inversión directa es mediante la aprobación *ex ante* de inversiones en sectores donde la rentabilidad y estructura del proceso de inversión no creará ni repartición inequitativa de recursos ni lazos irrompibles de interdependencia (para ello, los Estados con dichos perfiles político-económicos estilaban mantener la expropiación sin indemnización o compensación).

Por último, los aportes del liberalismo clásico se fundamentan en la especialización, desde el punto de vista del comercio internacional, de manera que un Estado ha de enfocarse en aquellos bienes que pueda producir con mayor eficiencia debido a la existencia de ventajas comparativas. Desde el punto de vista de la inversión extranjera, la política económica del liberalismo rehúye la intervención injustificada en los equilibrios del mercado: el Estado debe permitir el libre flujo del capital eliminando las barreras de entrada al mercado de capitales pues ello lleva a (1) eliminar las barreras al comercio internacional, (2) permite el acceso a factores de producción escasos en el país de origen –en este caso capital–, y (3) disminuye los costos de transacción en orden a adquirir factores en el extranjero. *Cf*: MÁRQUEZ ESCOBAR, C. P., “Expropiación mediante regulación: inversión extranjera, tratados de promoción de inversiones y el poder de policía de la administración”, en *International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Colombia, nro. 11, mayo de 2008, pp. 13-68, especialmente, pp. 20-23.

36. Este último supuesto se planteó en el caso SPP Middle East vs. Egipto (Caso CIADI nro. ARB/84/3), laudo del 12/04/2002. En efecto, el art. 8 de la Ley egipcia sobre Inversión Extranjera 43 de 1974 disponía que las controversias referidas a su implementación debían resolverse de conformidad con el Convenio de Washington mediante un arbitraje CIADI. Esta redacción fue considerada por el tribunal arbitral como una oferta de consentimiento por parte del Estado egipcio la cual había sido aceptada por el inversionista cuando un año antes del conflicto le informo al Ministerio de Turismo egipcio que aceptaba la jurisdicción del CIADI. También, en el asunto *Manufacturers Hanover Trust Company vs. Egipto* (Caso CIADI nro. ARB/89/1; procedimiento discontinuado de conformidad con la Regla de Arbitraje 44). El demandante amparó su solicitud en la misma disposición, pero finalmente el conflicto fue resuelto mediante transacción. Luego de estas experiencias Egipto modificó su legislación exigiendo que se requería suscribir un convenio arbitral expreso Inversor-Estado para someterse a la jurisdicción CIADI.

*Las diferencias sobre inversiones al respecto de la ejecución de las disposiciones de esta Ley serán resueltas de la manera en que sea acordado con el inversor, o dentro del marco de los tratados en vigor entre la República Árabe de Egipto y el Estado del que es nacional el inversor, o dentro del marco de la Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversores entre Estados y nacionales de otros Estados a la que Egipto se adhirió en virtud de la Ley número 90 de 1971, cuando tal Convención se aplique (...)(destacado nuestro).*

El Tribunal arbitral partiendo de un análisis gramatical de la Ley egipcia llegó a la conclusión que establecía una secuencia obligatoria y jerárquica de procedimientos de solución de controversias ya que las partes no habían pactado ningún método específico, no existía ningún tratado bilateral aplicable, los términos del mismo conducían a que no existiesen dudas sobre la competencia del tribunal arbitral CIADI para resolver la diferencia surgida entre las partes.<sup>37</sup> Esto es, en presencia de una expresión como la de la Ley egipcia, la manifestación de voluntad del inversor aceptando la oferta perfecciona el consentimiento para someter las diferencias a los procedimientos del Centro (Fernández Masiá, 2003:136).

Varios ejemplos de “oferta unilateral” por parte del Estado los encontramos en las legislaciones sobre inversión extranjera, invocados algunos de ellos en la práctica arbitral. En estas legislaciones es posible diferenciar dos grandes grupos de ofertas por parte del Estado: un primer grupo en el cual las expresiones de voluntad del Estado constituyen un consentimiento “avanzado” por parte del Estado receptor y, un segundo grupo, en el cual los términos de dicha legislación no permiten considerarla como una oferta de consentimiento.

#### *IV.B.1. Aquellas expresiones de voluntad de las cuales se deriva una “oferta” de consentimiento del Estado receptor*

En este grupo se ubican aquellas legislaciones que, de manera inequívoca, contemplan el sometimiento a los procedimientos del Centro, ya sea de manera exclusiva o conjuntamente con otros métodos de solución de controversias. Así como, aquellas legislaciones que, a pesar de ser menos claras en su redacción, permiten interpretar la existencia de dicha oferta de consentimiento por parte del Estado y, en consecuencia, derivar los respectivos efectos de sometimiento al arbitraje CIADI.

Un ejemplo de cómo el Estado de manera expresa e inequívoca manifiesta su consentimiento de someterse al arbitraje CIADI lo encontramos en la Ley de Inversión Extranjera de Albania (1993), según la cual “[e] inversionista extranjero

37. Caso SPP Middle East, laudo, *op. cit.*

puede someter la disputa para su resolución y la República de Albania da su consentimiento expreso a tal sometimiento, ante el Centro (...)” (art. 8.2).<sup>38</sup> Así, lo reconoció el Tribunal CIADI en el caso *ČSOB Tradex Hellas, S.A. vs. Albania* (en adelante, caso Tradex).<sup>39</sup>

Por lo que el Tribunal arbitral considera que si se incluyen disputas originadas en inversiones contrarias a las leyes salvadoreñas en la oferta unilateral de jurisdicción CIADI formulada por El Salvador en la Ley, equivaldría a contradecir el texto de la Constitución y demás leyes de esta nación; se trataría de una violación al orden público, por aceptar la jurisdicción para actos ilegales, lo cual crearía inseguridad jurídica y el enriquecimiento ilícito por parte del inversor. El Tribunal comparte el argumento de El Salvador aclarando que, en todo caso, el CIADI tendría jurisdicción si el reclamo está fundado sustantivamente en dicha Ley, sobre las diferencias derivadas de la aplicación de la propia Ley, por lo que no puede conocer de las controversias derivadas del contrato.

También es importante destacar la claridad en la manifestación de consentimiento contenida en la Ley de Inversiones Extranjeras de Kazajstán, la cual fue invocada en el caso *Rumeli Telekom vs. Kazajstán*.<sup>40</sup> El Tribunal amparado en una interpretación literal del art. 27 de la Ley de Inversión Extranjera, mediante la cual se permitía la resolución de controversias entre la República de Kazajstán e inversores extranjeros a través del arbitraje CIADI, pero condicionada a la elección por parte del inversor, ya que el consentimiento por parte del Estado ya se había manifestado a través de la Ley. Si bien el Tribunal arbitral se atribuye jurisdicción en atención a la legislación interna, se observa que la Ley de Inversiones es invocada por los demandantes como una base alternativa de jurisdicción. En este sentido, el Tribunal llega a la conclusión de que, dado que la protección concedida a los inversores extranjeros por la Ley comprende las disposiciones previstas en los TBIs, no es necesario referirse a este último para decidir las reclamaciones presentadas por las partes en este caso.<sup>41</sup>

Finalmente, vale la pena destacar las consideraciones realizadas por el Tribunal arbitral que conoció del caso *Zhinvali vs. Georgia*, en el cual se analiza

38. Sobre la base de este art. el Tribunal CIADI se atribuyó jurisdicción en el caso *Tradex Hellas S.A. vs. Albania* (Caso CIADI nro. ARB/94/2), decisión sobre jurisdicción 24/12/1996, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>]. Disposiciones similares se encuentran en las legislaciones de África Central (1988); Costa de Marfil (1984); Mauritania (1989); entre otras.

39. *Tradex Hellas S.A. vs. Albania* (Caso CIADI nro. ARB/94/2), decisión sobre jurisdicción 24/12/1996, párr. 79, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

40. *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. vs. República de Kazajstán* (Caso CIADI nro. ARB/05/16), Laudo del 29/07/2008, párr. 333-335, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

41. *Caso Rumelli*, *op. cit.*, párr. 336.

la Ley de Inversiones de Georgia, respecto a la cual se afirma que la misma está “en consonancia con los principios de derecho internacional aplicables” y, en consecuencia, Georgia había dado su consentimiento para someter las diferencias en materia de inversión a la jurisdicción del CIADI.<sup>42</sup>

En todo caso, la aceptación del inversor debe hacerse por escrito, ya sea antes de la iniciación del procedimiento arbitral CIADI o con la interposición de la solicitud de iniciación del procedimiento. A menos que la ley nacional estableciera alguna forma específica o condición especial para el otorgamiento de tal aceptación por parte del inversor, supuesto en el cual tal forma o condición deberá cumplirse para que sea considerado como vinculante el consentimiento para ambas partes.

Otra forma mediante la cual puede expresar el inversor su aceptación de someterse al procedimiento arbitral del Centro, podría ser a través de una notificación al gobierno del Estado receptor o de una solicitud de autorización de una inversión.<sup>43</sup> En fin, lo que se trata es de verificar la expresión del consentimiento de ambas partes.

#### *IV.B.2. Aquellas legislaciones nacionales que no constituyen una oferta de consentimiento del Estado*

No hay duda que, en algunos casos, puede resultar muy difícil identificar la verdadera naturaleza de una oferta de consentimiento realizada por el Estado para someterse al arbitraje CIADI, a través de su legislación interna.

En este apartado realizaremos un análisis de aquellas legislaciones donde es necesario, para que pueda existir consentimiento, un acuerdo posterior específico entre el Estado receptor y el inversor extranjero, o aquellas en las que se prevé que únicamente será mediante la autorización de la inversión por parte del Estado receptor cuando se produzca el consentimiento del mismo, o cuyas formulaciones son tan oscuras o ambiguas que requiera de un análisis más cuidadoso por parte del tribunal arbitral ante el cual se invocan como fuente de jurisdicción CIADI. Ejemplo de estas formulaciones las encontramos en las legislaciones de Egipto (1989), Madagascar (1989), Malawi (1991), Paraguay (1991), Mozambique (1993), Ecuador (1997), Guatemala (1998), Venezuela (1999), Nicaragua (2000), entre otras.

En el ámbito latinoamericano, encontramos algunos ejemplos de legislación interna, como la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones de Ecuador, en la cual se establece la posibilidad para el Estado y los inversionistas extranjeros de someter las controversias que se suscitaren, por la aplicación de dicha Ley, a un

42. Zhinvali Development Ltd. vs. República de Georgia (Caso CIADI nro. ARB/00/1), Laudo del 24/01/2003, párr. 339, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

43. Caso Mobil Venezuela, *op. cit.*, párr. 139-140, *cit.* nota 349; y Caso CEMEX, *op. cit.*, párr. 136-137.

tribunal arbitral constituido en virtud de tratados de inversión de los cuales sea parte Ecuador (art. 32).<sup>44</sup> Por su parte, la Ley de Inversión Extranjera de Guatemala, también admite la posibilidad de someter a arbitraje internacional “las diferencias que pudieren surgir en materia de inversiones entre un inversionista extranjero y el Estado de Guatemala, sus dependencias y otras entidades estatales”, si un tratado en vigor para Guatemala así lo permite (art. 11).<sup>45</sup>

Otro ejemplo, lo encontramos en la Ley de Inversiones de Paraguay, según la cual todos los “inversionistas nacionales y extranjeros, así como las entidades del Estado, incluyendo los entes autárquicos y las demás entidades de derecho público, que contrataren con el inversor extranjero”, podrán consentir en someter sus diferencias a “tribunales arbitrales nacionales o internacionales, de conformidad con las normas legales nacionales e internacionales pertinentes” (art. 9).<sup>46</sup> Por su parte, en la Ley de Inversiones de Nicaragua (2000),<sup>47</sup> en concordancia con su Reglamento, se admite el “arbitraje internacional de conformidad con lo dispuesto en los convenios internacionales aprobados y ratificados por la República de Nicaragua” (art. 8).

En la práctica arbitral destaca el caso *Biwater Gauff vs. República Unida de Tanzania* (en adelante, caso *Biwater*),<sup>48</sup> en el cual se analizó la Ley de Inversiones de la República Unida de Tanzania, llegándose a la conclusión que el art. 23 no podía ser considerado como una oferta unilateral del Estado para someterse a un procedimiento de arbitraje CIADI, ya que en dicho art. se hace evidente la necesidad del acuerdo entre las partes para llegar a tal determinación. Esto es, no existe expresión alguna de la voluntad del Estado, sino una enumeración de las vías a través de las cuales pueden llegar a resolverse las controversias Inversor-Estado, al condicionar la selección del método de resolución de conflictos a la coincidencia de voluntades de ambas partes, por lo que no es posible hablar de oferta unilateral.

Para el Tribunal la enumeración del art. 23 de la Ley de Inversiones es poco funcional, ya que el elemento crítico o fundamental en la disposición es el acuerdo de voluntades de las partes, por lo que bien podrían acordar un método de resolución distinto a los allí señalados. En esta disposición no existe una expresión del consentimiento de la República de Tanzania, sino la eventual obligación por parte del Estado de expresar su consentimiento respecto al medio de resolución de conflicto a utilizar.

44. Ley 46. RO/219 del 19/12/1997.

45. Decreto 9-98, del 20/02/1998.

46. Ley 117/91 del 06/12/1991.

47. Ley 344 del 22/05/2000 y su Reglamento del 22/8/2000. En el mismo sentido, las legislaciones de Camerún (1990); Kazakstán (1995), Somalia (1991) y Zambia (1991).

48. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd vs. República Unida de Tanzania* (Caso CIADI nro. ARB/05/22), laudo del 24/07/2008, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

Para este análisis el Tribunal se encuentra con la dificultad de que las opciones de resolución de conflictos prevista en los literales (a), (b) y (c) del art. 23 están condicionados por las palabras “que puedan ser de mutuo acuerdo por las partes”. En este contexto, se debe interpretar que una controversia podrá ser sometida a cualquiera de las tres opciones, pero sólo en función del acuerdo de las partes. En otras palabras, es necesario un acuerdo posterior entre las partes, lo cual es muy diferente a una oferta unilateral la cual sólo requiere de la aceptación por parte de un inversionista.<sup>49</sup>

Por otro lado, el compromiso de un Estado a proporcionar condiciones más favorables a los inversores extranjeros, en el contexto de un TBI tampoco pueden considerarse como una oferta unilateral del arbitraje, ya que para ello se requiere de la expresión clara por parte del Estado en cuanto a su consentimiento a someterse a la jurisdicción arbitral. Mal podría llegarse a concluir la expresión de la voluntad del Estado en esta materia a través de la interpretación libre del contenido del TBI. En este caso, el Tribunal termina admitiendo su jurisdicción sobre la base del TBI vigente para el momento de la controversia, en el cual sí existe una oferta unilateral de arbitraje por parte de los Estados firmantes respecto a los inversores extranjeros, en su art. 8, cuya comparación con el art. 23 de la Ley de Inversiones de Tanzania fue recomendada por el tribunal.

Finalmente, otro asunto considerado recientemente por tribunales arbitrales CIADI es la Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana (1999),<sup>50</sup> cuyo art. 22, dispone lo siguiente:

Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado, o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente (resaltado nuestro).

La interpretación tanto en el caso *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V. y otros vs. Venezuela* (en adelante, caso *Mobil Venezuela*), como en el caso *CEMEX* consistió en considerar que el texto del art. 22 es “oscuro” y “ambiguo” y, en consecuencia, no puede concluirse que Venezuela otorgó unilateralmente

49. Caso *Bewater*, *op. cit.*, párr. 329.

50. Decreto 356, de fecha 03/10/1999.



consentimiento al arbitraje del CIADI de manera general. Por lo cual, “ese artículo no sirve de base para determinar la competencia del Tribunal”, en los casos antes mencionados.<sup>51</sup> En efecto, en ambos casos se cuestiona el análisis según el cual “no puede llegarse a la conclusión de que debe interpretarse que lo dispuesto en el artículo 22 entraña el consentimiento de Venezuela a someter a arbitraje todas las posibles controversias que encuadren en el ámbito del Convenio del CIADI”.<sup>52</sup>

En fin, estas disposiciones permiten presumir un clima favorable al arbitraje internacional pero en ningún caso constituyen una “oferta unilateral” del Estado para someter determinadas controversias al arbitraje CIADI, ya que, exigen que dicho arbitraje se constituirá de acuerdo con los tratados de inversión en vigor en dicho Estado receptor.

#### **IV.C. Consentimiento otorgado por el Estado receptor a través de un tratado**

El Estado puede manifestar su voluntad de someter las diferencias en materia de inversión a los procedimientos del CIADI a través de un tratado ya sea bilateral o multilateral.<sup>53</sup> En la actualidad, la mayoría de estos tratados son TBIs con cláusulas de resolución de controversias Inversor-Estado en las cuales el Estado receptor de la inversión realiza una “oferta” de consentimiento o un consentimiento “avanzado”. Dicha oferta deberá ser aceptada por parte del inversor extranjero para que pueda existir un consentimiento bilateral (Fernández Masiá, 2008:551-552). Esta manera de otorgar el consentimiento por parte del Estado receptor ha sido considerada como parte del conjunto de garantías que los TBIs ofrecen a los inversores (Fernández Masiá, 2008:25).

El consentimiento que un Estado otorga en un tratado, para resolver las diferencias futuras que pudieren surgir con el inversor nacional de otro Estado Contratante,

51. Caso Mobil Venezuela, párr. 139-140; y Caso CEMEX, párr. 137-138.

52. Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V. y otros vs. Venezuela (Caso CIADI nro. ARB/07/27), decisión sobre jurisdicción del 10/06/2010, párr. 123, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>]; y Caso CEMEX, párr. 120.

53. En el Derecho Internacional se reconoce la libertad de elección y la igualdad entre todas las formas de expresión del consentimiento. Esta norma ha sido codificada por la Convención de Viena, cuyo art. 11 consagra: “El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido”. Por su parte, el tratado se entiende perfeccionado cuando se deja constancia en el plano internacional del consentimiento del sujeto de obligarse, ya sea mediante el canje de instrumentos donde consta la manifestación del consentimiento entre los contratantes (tratados bilaterales) o el depósito de los mismos que consiste en la entrega del instrumento que contiene la manifestación del consentimiento a una persona que recibe el nombre de depositario (tratados multilaterales). *Cfr.*, REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público, II. Derecho de los Tratados*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 97-145.

mediante el arbitraje CIADI, cubre perfectamente el requisito del inciso final del art. 25(1) del Convenio de Washington: manifestación de su consentimiento por escrito. Sólo habrá que analizar el alcance de dicho consentimiento, para determinar si la oferta realizada por el Estado, le otorga al inversor el derecho a acceder a arbitraje, con la sola aceptación de la oferta, o por el contrario se exige que las partes deban celebrar un pacto arbitral de manera expresa, una vez nacida la controversia.

El primer caso, en el que un tribunal CIADI asumió jurisdicción conforme a un TBI, es *Asian Agricultural Products Limited vs. Sri Lanka* (TBI Reino Unido-Sri Lanka), registrado en 1987, el cual culminó con un laudo final en 1990.<sup>54</sup> A partir de este momento, el tratado es fuente de la jurisdicción arbitral para la resolución de los conflictos en materia de inversión entre un Estado receptor y un inversor extranjero y se produce una “revolución sobrevenida” en el régimen del arbitraje de inversiones al incorporar el tratado al método tradicional de generación de consentimiento a través del convenio arbitral, esto es a través de un compromiso o cláusula compromisoria vinculada a un contrato de inversión.<sup>55</sup>

También, debemos hacer referencia a las cláusulas sobre solución de controversias incluidas en los capítulos de inversiones de los Tratados de Libre Comercio (en adelante, TLCs). La más utilizada hasta los momentos es la contenida en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en TLCAN o NAFTA en sus siglas en inglés), y el CIADI se ha atribuido jurisdicción en el marco del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (en adelante, DR-CAFTA).<sup>56</sup>

Este tipo de consentimiento “avanzado”, “anticipado” u “oferta” mediante el cual, de manera general y prospectiva se obligan los Estados receptores en los tratados de inversiones, se ha comparado con un cheque en blanco (Redfern, 2004:60-62), ya que representa promesas o compromisos de duración indefinida que pueden

54. En este caso la parte demandante inició el procedimiento basándose en el consentimiento otorgado por Sri Lanka en el art. 8 del TBI según el cual “cada Estado contratante desde aquí consiente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativa a Inversiones para el arreglo mediante conciliación o arbitraje de acuerdo a la Convención (...) las diferencias que surjan entre ese Estado contratante y un nacional o empresa de otro Estado contratante en relación con una inversión de este último en el territorio del primero”. *Asian Agricultural Products Limited vs. Sri Lanka*. (Caso CIADI nro. ARB/87/3), laudo final del 27/06/1990, ver texto en *ICSID Reports*, v. 4, 1997, pp. 245 y ss.

55. CHILLÓN MEDINA, J. M., *El arbitraje internacional*, op. cit., p. 8.

56. *Railroad Development Corporation vs. Guatemala* (Caso CIADI nro. ARB/07/23), decisión sobre medidas preventivas del 15/10/ 2008, decisión sobre jurisdicción del 17/1/2008, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>]; *TCW vs. República Dominicana* (Caso UNCITRAL, administrado por Corte Permanente de Arbitraje), terminado por acuerdo de las partes 16/07/2009; *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. El Salvador* (Caso CIADI nro. ARB/09/17), consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>]; *Pac Rim Cayman LLC vs. El Salvador* (Caso CIADI nro. ARB/09/12), registrado el 15/06/2009, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

inhibir la acción del gobierno y paralizan las políticas regulatorias del Estado receptor. Esto es, los gobiernos se muestran cautelosos en la toma de decisiones sobre reformas e implementación de nuevas normas regulatorias por temor a los procesos judiciales que puedan iniciar los inversionistas extranjeros. En todo caso, el Estado receptor deberá evaluar los riesgos que implica asumir el compromiso de someterse al arbitraje internacional Inversor-Estado.<sup>57</sup>

Pero ¿qué forma debe revestir el consentimiento para someterse a un arbitraje CIADI con arreglo a un tratado? La respuesta dependerá de la redacción de la cláusula de resolución de controversias del propio tratado, lo cual varía considerablemente, tanto en función del mecanismo de perfeccionamiento de la oferta de consentimiento realizada por el Estado como de las condiciones o requisitos que deben cumplirse antes de acceder al arbitraje.

#### *IV.C.1. Modelos de tratados en función del mecanismo de perfeccionamiento del consentimiento*

Dada la naturaleza mixta del sistema CIADI, en virtud de los sujetos intervinientes, el perfeccionamiento del consentimiento tiene características especiales. Así, generalmente, el consentimiento debe otorgarse *a posteriori*, cuando el inversor notifica al Estado su decisión de someter la controversia a arbitraje. Desde esta perspectiva cuando el Estado manifiesta su consentimiento de someterse al arbitraje CIADI a través de un tratado, es posible a su vez distinguir tres modelos de tratados en función del mecanismo exigido por el Estado en su oferta de consentimiento: aquellos tratados que contienen oferta de consentimiento al CIADI en forma clara e inequívoca, obligatoria y vinculante para los Estados Parte; aquellos donde se realiza una promesa por parte del Estado receptor de que a solicitud del inversor extranjero ha de otorgarse el consentimiento de someterse al arbitraje CIADI; y, por último, aquellos donde la referencia al arbitraje CIADI, como un método de solución de controversias, constituye una mera declaración de que los Estados Parte, de forma general, tendrán una consideración favorable hacia el arbitraje. A continuación se abordarán cada uno de estos modelos.

57. MORTIMORE, M., *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe* [en línea] Santiago de Chile, CEPAL, 2009, pp. 43-44, consultado en [<http://www.eclac.org/ddpe/publicaciones/xml/2/38272/LCL3049e.pdf>].

### **a. Aquellos tratados que contienen “oferta” de consentimiento al CIADI en forma clara e inequívocamente para los Estados Parte**

En estos casos la sola aceptación del inversor nacional del otro Estado contratante, será suficiente para perfeccionar el consentimiento de someter las diferencias a los procedimientos del Centro. En estos supuestos se suele dejar al inversor la opción de elegir el método de solución de controversias. Un gran número de Estados han decidido incorporar este tipo de oferta de arbitraje CIADI en TBIs o en tratados multilaterales. Por ejemplo, la cláusula de solución de controversias prevista en el art. 8 del TBI República Checa-Venezuela (1995), según el cual:

(...) 2. Si una controversia entre un inversor y la otra Parte contratante no puede ser resuelta en un período de seis meses, y a menos que las partes en disputa acuerden otro procedimiento, *el inversor podrá* someter el caso al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) de conformidad con las disposiciones de la Convención sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (...) (destacado nuestro).<sup>58</sup>

En el mismo sentido, los arts. 11 y 8 de los TBIs celebrados por Venezuela con Costa Rica (1997) y Francia (2001), respectivamente, en los cuales se contempla que el “inversionista *podrá* someter la controversia a los Tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, o a un procedimiento arbitral de acuerdo con las siguientes disposiciones” (destacado nuestro).<sup>59</sup> Otra expresión de consentimiento se refiere a que “la controversia, *a solicitud de cualquiera de las dos partes y siempre que el inversor consienta*, será sometida al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)” (resaltado nuestro), como es el caso del art. 7(2) del TBI Lituania-Venezuela (1995).

Este tipo de arbitraje es denominado *arbitration without privity* (Paulsson, 1995:232-257; Alexandrov, 2005:390), lo que equivaldría a una oferta pública de arbitraje por parte del Estado, ya sea que se encuentre en un TBI o en la legislación interna, ya que en ambos casos esta oferta debe ser aceptada con posterioridad por el inversor (Fernández Masiá, 2003:128). En este sentido, la práctica arbitral CIADI ha dejado ver que el TBI se basta a sí mismo para que el inversionista pueda recurrir

58. En el mismo sentido, con redacciones muy similares. Ver, TBIs firmados por Venezuela con Alemania (1996); Barbados (1994); Dinamarca (1994); Reino Unido (1995); Reino de los Países Bajos (1991); República Checa (1995); Suecia (1996); Suiza (1993).

59. En el mismo sentido, con redacciones iguales o similares. Ver, TBIs firmados por Venezuela con Argentina (1993); Chile (1993); Ecuador (1993); España (1995); Paraguay (1996); Perú (1996); Portugal (1994); Uruguay (1997).

al mecanismo de solución de disputas previsto en el mismo, en virtud de que el Estado ha manifestado de manera anticipada su consentimiento y sólo “basta con que el inversionista manifieste su voluntad en ese sentido”.<sup>60</sup>

Con una formulación más detallada encontramos el TBI Canadá-Venezuela (1996), según el cual:

- (3) *Un inversor puede someter una de las controversias* de las señaladas en el párrafo (1) *a arbitraje* de acuerdo con el párrafo (4) *sólo si:*
  - (a) *el inversor ha consentido por escrito en ello; (...)*
- (4) La controversia podrá ser sometida a arbitraje, por el inversor de que se trate, ante:
  - (a) El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI) (...)
- (5) Cada Estado contratante da en virtud del presente Acuerdo su consentimiento incondicional para el sometimiento de las controversias a arbitraje internacional de conformidad con las disposiciones de este artículo.
- (6) (a) Tanto el consentimiento otorgado en el párrafo (5), como el consentimiento otorgado conforme al párrafo (3), o los consentimientos otorgados al párrafo (12), satisfarán los requisitos de:
  - (i) el consentimiento escrito de las partes en la controversia a los fines del Capítulo II (Jurisdicción del Centro) de CIADI y a los fines del Mecanismo Complementario; y (...)
  - (12) (a) Cuando un inversor someta una reclamación conforme a este Artículo en relación con el daño o la pérdida sufrida por una empresa de su propiedad o que controle directa o indirectamente, se aplicaran las siguientes disposiciones:
    - (i) tanto el inversor como la empresa deberán dar el consentimiento referido en el subpárrafo (3) (a) (...) (destacado nuestro).

Esta práctica también ha hecho que el número de procedimientos de arbitraje ante el Centro se multiplique de manera exponencial. Por ejemplo, en los casos Eudoro Armando Olguín vs. Paraguay (en adelante, caso Olguín),<sup>61</sup> y Tradex,<sup>62</sup> los tribunales se refirieron a la posibilidad de otorgar el consentimiento estatal en un TBI. Sin embargo, esto, *per se*, no se traduciría en jurisdicción del CIADI, por cuanto faltaba el consentimiento del inversionista. Pero, una vez que el inversionista registrara su demanda en el Centro, se consideraría que las dos partes han consentido en someter la disputa al arbitraje CIADI. En efecto, en el caso Sempra Energy

60. Camuzzi vs. Argentina (Caso CIADI nro. ARB/03/7), decisión sobre jurisdicción del 11/05/2005, párr. 130 y ss., consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

61. Caso Olguín, *op. cit.*

62. Caso Tradex, *op. cit.*

International vs. Argentina se analizó la naturaleza de la oferta de consentimiento realizada por el Estado receptor a través de un TBI, en concreto se consideró que:

El Tribunal no puede desconocer, sin embargo, el hecho de que la República Argentina suscribió el Tratado con los Estados Unidos. Este instrumento es el que contiene la expresión del consentimiento para recurrir al arbitraje en caso de que se suscite una controversia entre el inversionista y el Estado en función de las garantías que allí se establecen. *El Tratado es auto-suficiente para este efecto y la opción de recurrir a la solución de controversias la ejerce el inversionista con el sólo hecho de manifestar su propio consentimiento*. El concepto de un compromiso arbitral adicional al acuerdo arbitral, que en algún momento se discutió en el arbitraje privado, no se contiene en la mecánica del Tratado ni tiene mayor vigencia hoy día (destacado nuestro).<sup>63</sup>

En la práctica, la aceptación por parte del inversor se plantea de forma flexible. En la mayoría de los casos se exige que deba realizarse con anterioridad a la iniciación del procedimiento arbitral. Sin embargo, en algunos TBIs se establece la posibilidad para que cualquiera de las partes en la diferencia pueda acudir directamente al Centro sobre la única base de la oferta estatal realizada en el propio tratado. Así, el inversor mediante la solicitud de iniciación de un procedimiento arbitral manifestaría su aceptación.<sup>64</sup> Esto es, la forma de dar cumplimiento al requisito de la existencia de un consentimiento por escrito exigido en el Convenio de Washington, al igual que en el caso de la oferta incluida en una ley de inversiones, es a través de la notificación que el inversionista deberá dirigir al Estado, en señal de aceptación de la oferta realizada, o iniciar un procedimiento arbitral ante el CIADI, a menos que de la cláusula en cuestión se desprenda algún otro requisito.

### **b. Aquellos tratados donde se realiza una promesa por parte del Estado receptor**

Esta modalidad no constituye una oferta de consentimiento, por lo que a diferencia del supuesto anterior se requiere de una acción posterior del Estado receptor mediante la cual, en última instancia, se constituiría ese consentimiento. Estos

63. *Sempra Energy International vs. Argentina* (Caso CIADI nro. ARB/02/16), decisión sobre jurisdicción del 11/05/2005, párr. 140, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

64. Un ejemplo, lo encontramos en el caso *American Manufacturing & Trading, Inc. vs. Congo* (Caso CIADI nro. ARB/93/1), laudo del 21/02/1997, en donde el tribunal arbitral señaló que la solicitud de iniciación del procedimiento ante el CIADI por parte del inversor debía considerarse como la aceptación a la oferta previa realizada por Zaire en el TBI EE.UU.-Congo (1984), con lo cual se considera existente el consentimiento de ambas partes al procedimiento arbitral del Centro. En el mismo sentido, *Caso Generation Ukraine*, párr. 12.2 y 12.3.

tratados si bien tienen cláusulas que se refieren al arbitraje CIADI y se realiza una promesa por parte de los Estados Contratantes, es necesaria una concreta solicitud del inversor para acceder a este mecanismo alternativo de resolución de controversias. Esto es, se trata únicamente de una mera promesa por parte del Estado de concederle al inversor la posibilidad de acudir al arbitraje si, llegado el momento en que éste lo solicite, se celebre un acuerdo entre las partes. En consecuencia, si ante la solicitud del inversor, el Estado receptor se niega a dar su consentimiento, el inversor no podrá obligar a ese Estado a que lo otorgue. Sin embargo, el otro Estado contratante del tratado de inversión, Estado del cual es nacional el inversor, podría reclamar el incumplimiento del Estado receptor de las obligaciones derivadas del tratado y, en consecuencia, generarse una controversia interestatal (Fernández Masía, 2008:27).

### **c. Aquellos tratados donde la referencia al arbitraje CIADI, como un método de solución de controversias, constituye una mera declaración de principio del Estado parte**

Estos tratados constituyen simplemente una declaración de principio, mediante la cual el Estado se presenta como favorable al arbitraje CIADI, pero deberá concretarse un acuerdo posterior entre las partes para en definitiva atribuir o no jurisdicción al CIADI. En consecuencia, se descarta que estas cláusulas puedan de alguna manera considerarse una “oferta” de consentimiento. En todo caso, ante una solicitud del inversor extranjero se espera que el Estado receptor preste su consentimiento y no actúe de manera arbitraria. Un ejemplo de este tipo de cláusulas la encontramos en el TBI Holanda-Kenia (1970), cuyo art. 11 dispone:

(...) *una Parte Contratante en el territorio del cual un nacional de la otra Parte Contratante realice o intente realizar una inversión podrá considerar la solicitud de una parte para someter a conciliación o arbitraje del Centro creado por la Convención de Washington del 18 de marzo de 1965, cualquier disputa que esté relacionada con la inversión (...)* (destacado nuestro).

Otro ejemplo interesante lo encontramos en el art. 8 del TBI Perú-China (1994), según el cual:

3. *Si una controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación no puede ser resuelta dentro de un plazo de seis meses después de recurrir a negociaciones según se especifica en el párrafo 1 de este artículo, ésta puede ser sometida, a solicitud de cualquiera de las partes, al arbitraje internacional del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), establecido por la Convención sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre*

Estados y Nacionales de Otros Estados, suscrita en Washington D.C. el 18 de marzo de 1965. *Cualquier controversia relativa a otros asuntos entre un inversionista de cualquier Parte Contratante y la otra Parte Contratante puede ser sometida al Centro si las partes en la controversia así lo acuerdan*. Las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán si el inversionista implicado ha recurrido al procedimiento especificado en el párrafo 2 de este artículo (...) (destacado nuestro).

Así, como se observa en los ejemplos anteriores, debe mediar una previa solicitud para luego considerar si se presta o no el consentimiento para someter la disputa en materia de inversión al arbitraje CIADI. En consecuencia, no existe un consentimiento estatal anticipado. Sin embargo, se duda sobre cuál es la actitud esperada del Estado Parte.

En conclusión, la única cláusula que constituye una verdadera “oferta” de consentimiento del Estado receptor al arbitraje CIADI es la señalada en el inciso “a”. Así, lo han dejado claro las decisiones CIADI, entre las cuales destacamos las publicadas en el siglo XXI. Por ejemplo, en el caso Olguín, el Tribunal arbitral llegó a la convicción que el consentimiento de Paraguay otorgado en el TBI fue claro, ya que el mismo dispone que el inversor “puede someter la disputa, entre otros, al arbitraje” CIADI.<sup>65</sup> En el año 2004, en el caso SGS Sociéte Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas, el Tribunal arbitral señaló que el demandante había aceptado la oferta de consentimiento realizada por Filipinas en el TBI con el registro de su solicitud de arbitraje, por lo cual consideró cumplido el requisito de “consentimiento escrito” previsto en el Convenio de Washington.<sup>66</sup>

#### *IV.C.2. Condiciones para acceder al arbitraje como mecanismo de solución de diferencias en materia de inversión*

Los tratados de inversión en general y, en especial, los TBIs tienen entre sus objetivos principales el permitir el recurso al arbitraje internacional frente a la competencia de los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión, para resolver las controversias entre las partes. Sin embargo, esta oferta de consentimiento realizada por el Estado en un tratado de inversión generalmente va acompañada de una serie de condiciones que hay que cumplir previamente al inicio del arbitraje. Por lo general, los tratados establecen tres condiciones, o escalones en relación jerárquica, para acceder al arbitraje: un período de negociaciones para la solución

65. Caso Olguín, *op. cit.*

66. SGS Sociéte Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas (Caso CIADI nro. ARB/02/6), decisión sobre jurisdicción del 29/01/2004, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].



amistosa, agotamiento de los recursos jurisdiccionales ante los tribunales nacionales del Estado receptor y, finalmente, arbitraje.

La mayoría de los tratados de inversión establecen que antes de someter la resolución de la controversia a un procedimiento contencioso, las partes deben intentar un arreglo amigable para lo cual deberán transitar por un período de negociación o consulta. Este período varía de un tratado a otro, en ocasiones es de tres meses, en otras de seis meses e inclusive hasta de un año.

Sin embargo, los tribunales CIADI normalmente han considerado que este período de negociación o consulta no afecta su jurisdicción. Así, en el caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Pakistán*,<sup>67</sup> el Estado pakistaní alegó que el demandante no había cumplido con el plazo de doce meses de negociaciones amigables que exigía el TBI en cuestión, frente a lo cual el tribunal consideró que este era un requisito meramente procesal. Además, dado que el Estado había llevado un caso ante los tribunales locales contra el demandante, y se había dictado una orden judicial prohibiéndole a las partes recurrir al CIADI, no resultaba lógico prolongar el inicio del arbitraje por el agotamiento de una etapa que a todas luces resultaba manifiestamente innecesaria.

En el caso *Bayindir Insaat Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Pakistán*,<sup>68</sup> el Estado pakistaní amparado en el texto del TBI Turquía-Pakistán alegó que el demandante no había cumplido con la espera de seis meses de la etapa de negociación. El Tribunal arbitral estimó que este período no podía ser considerado un requisito para asumir jurisdicción, sino que debía ser interpretado a la luz del objeto y propósito del tratado según el cual se trata de posibilitar un arreglo entre las partes. En este caso, a pesar de la notificación que hiciera el demandante a Pakistán de su interés de iniciar un arbitraje ante el CIADI, el Estado nunca respondió, por lo cual el Tribunal consideró que era innecesario esperar la terminación del período de negociación. En el mismo sentido, en el caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. Chile* (en adelante, caso *Pey Casado*) se ha reconocido que el agotamiento del período de consultas tiene “el carácter de una simple recomendación procesal”.<sup>69</sup>

Una interpretación, en función del principio *favor inversionis* de las decisiones antes sealadas, nos permiten concluir que la fase de negociación previa al arbitraje, en ningún caso, debe institucionalizarse como una rígida política convencional, ya

67. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Pakistán* (Caso CIADI nro. ARB/01/13), decisión sobre jurisdicción 16/08/2003, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

68. *Bayindir Insaat Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Pakistán* (Caso CIADI nro. ARB/03/29), decisión sobre jurisdicción 14/11/2005, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

69. *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. Chile* (Caso CIADI nro. ARB/98/2), laudo del 08/05/2008, párr. 573, consultado en [<http://www.worldbank.org/icsid>].

que semejante posición podría poner en peligro su finalidad última: permitir que las partes alcancen un acuerdo extrajudicial.<sup>70</sup>

Los TBIs tradicionales, en contraposición con los modelos que comenzaron a negociarse a partir de 2004, exigen el agotamiento de los recursos internos antes de acudir al arbitraje. Esta condición no siempre tiene el mismo significado por lo cual es necesario distinguir las diversas fórmulas que adoptan los tratados de inversión.

En algunos casos, encontramos tratados donde se concede la opción al inversor de poder acudir o bien a los tribunales nacionales o bien al procedimiento arbitral CIADI y cuya elección, de uno de los dos métodos de solución de controversias, cierra la posibilidad de acudir al otro (*fork in the road*), lo cual no refleja el ejercicio de una opción a favor de la jurisdicción local; por el contrario, refleja la opción por la jurisdicción arbitral. En tales casos, el acudir a los tribunales internos no es un presupuesto para poder acceder con posterioridad al arbitraje CIADI sino que constituye su renuncia. Por ejemplo, obsérvese, la fórmula utilizada en el art. 10.3 del TBI Venezuela-Perú (1996), en el cual se establece que “una vez que se haya sometido la controversia el tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o a arbitraje internacional, la elección de uno u otro procedimiento será definitiva”. En el mismo sentido, el art. 8 del TBI Perú-Rumania (1994), según el cual:

(2) Si esta controversia no puede ser solucionada mediante un acuerdo amistoso en un término de seis meses contados a partir de la fecha de la petición de diferencia, *el inversionista la remitirá a su elección; o*

- *Bien a los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o,*

- *Bien al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) creado por el “convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965; o,*

- *Bien a un tribunal de arbitraje “ad-hoc” establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (C.N.U.D.M.I.).*

(3) *La elección de uno u otro procedimiento será definitiva (...)* (destacado nuestro).

En otros tratados se incluyen cláusulas mediante las cuales se declara lo innecesario del previo agotamiento de los recursos internos, con lo cual sólo repiten lo establecido en el art. 26 del Convenio de Washington. Otros tratados, por

70. PASCUAL VIVES, F. J., “El arbitraje de inversiones en los recientes APPRI españoles”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 18, 2009, p. 16, consultado en [www.reei.org].

su parte, contienen cláusulas en las cuales se consagra la obligatoriedad de agotar los recursos internos, pero únicamente durante un plazo de tiempo determinado. Si transcurrido ese plazo no se hubiere dado solución a la diferencia, la vía del arbitraje CIADI queda abierta al inversor extranjero. Por ejemplo, en el art. 8 del TBI Perú-Corea (1993).

Por último, nos encontramos con aquellos tratados cuyas cláusulas de resolución de controversias Inversor-Estado inequívocamente establecen la obligación del agotamiento de los recursos internos, aunque para un sólo tipo de controversias: aquellas que involucran un monto de compensación por expropiación.

Sin embargo, la mayoría de los TBIs dejan al inversor elegir entre someter la disputa a los tribunales del Estado receptor de la inversión y/o el arbitraje *ad hoc* o institucional con preferencia al arbitraje CIADI. La tendencia actual es que dicho agotamiento no es obligatorio y sólo debe el inversor elegir una de las dos vías, y una vez realizada dicha elección se considera como definitiva cerrándose la otra vía.

A través de las distintas fórmulas que se utilizan en los tratados de inversión para referirse al arbitraje se abren nuevas posibilidades. Lo habitual es que los Estados que no son parte del Convenio de Washington dispongan el arbitraje *ad hoc*, con aplicación de las reglas de la CNUDMI (como por ejemplo los TBIs firmados por Venezuela con Cuba, Irán, Rusia y Vietnam), el arbitraje CIADI conforme al Mecanismo Complementario, como por ejemplo México (Rodríguez Jiménez, 2010:423-483; González de Cossío, 2006:651-677) y, en algunos casos, el arbitraje CCI o la Cámara de Arbitraje de Estocolmo. En otros tratados se le da entrada a un arbitraje de conformidad con las reglas del TLCAN.

Así, una vez aceptado el arbitraje como el mecanismo idóneo de resolución de conflictos entre las partes debe elegirse entre el arbitraje *ad hoc* o el arbitraje institucional. La diferencia entre ellos se encuentra en el grado de control que las partes tienen sobre el procedimiento arbitral. En el primero, las partes eligen los árbitros, el lugar donde tendrá lugar el arbitraje, qué derechos se aplicará por los árbitros y qué normas procesales serán utilizadas, en fin, deben establecerse todas las reglas que regirán el arbitraje. En cambio, en el arbitraje institucional se dispone de una regulación propia y de una infraestructura que facilita la celebración del arbitraje, incluso auxiliando a las partes con la aportación de documentos, designación de sustitutos de los árbitros y supervisión para que estos actúen correctamente sin que esto signifique que las partes, en uso de su autonomía, no pueden establecer las reglas que mejor consideren para la ejecución del procedimiento arbitral.<sup>71</sup>

Los tratados de inversión en sus disposiciones sobre solución de controversias no suelen incluir reglas procesales detalladas para el arbitraje. Más bien, tienden a referirse a reglas de arbitraje preexistentes o a la posibilidad de recurrir al

71. *Ibid*, pp. 254-255.

denominado arbitraje especial clásico amparado por reglas acordadas por ambas partes litigantes. La dinámica de las relaciones comerciales revela que algunas reglas arbitrales preexistentes son preferidas con frecuencia en los tratados y contratos de inversión. Pueden dividirse en reglas institucionales (conforme a las cuales una institución supervisora administra el arbitraje), y reglas de arbitraje especial (que comprenden un conjunto de reglas aplicables pero no una institución supervisora). Aun cuando, la dinámica de las controversias decididas en los últimos años ha llevado a reformular esta tendencia al incluirse reglas procesales específicas llamadas a resolver algunos problemas puntuales, que al no encontrarse amparados por el Convenio de Washington, ni el tratado de inversión, llevaron a los tribunales arbitrales a su interpretación.

La mayoría de los tratados de inversión hacen referencia a las Reglas de Arbitraje CIADI, las cuales son aplicables si ambas partes son Estados Contratantes del Convenio de Washington (o, en el caso del inversionista, si éste es nacional de un Estado Contratante), mientras que las Reglas del Mecanismo Complementario son aplicables si una parte no reúne los requisitos para acceder al arbitraje bajo el amparo de las reglas regulares del CIADI. Otras reglas son las del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (Shaughnessy, 2010:337-360), las cuales tienden a incluirse en los tratados entre países occidentales y de Europa oriental o Asia, las reglas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que aparecen en algunos tratados concluidos por países como el Reino Unido y Cuba, y se propuso su inclusión en las fallidas negociaciones del Organismo de Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) para establecer un Acuerdo Multilateral de Inversiones (en adelante, AMI). Por su parte, la referencia a estas reglas es mucho menos frecuente. Por otra parte, las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI) son las más utilizadas para los procedimientos de arbitraje *ad hoc*.

En el caso de los TBIs celebrados por Venezuela se establece que el inversor y la Parte Contratante puedan convenir en someter la controversia al arbitraje CIADI o a un tribunal de arbitraje *ad hoc* de conformidad con las reglas de la CNUDMI. Ver por ejemplo, los TBIs firmados con Argentina (art. 11.3); Canadá (art. XII.4); Costa Rica (art. 11.2); Bolivia (art. 9.3); Paraguay (art. 9.3); Perú (art. 10.2). En otros casos, sólo se prevé el arbitraje CIADI como mecanismo alternativo de resolución de controversias en materia de inversión. Así, por ejemplo, obsérvense los TBIs concluidos con Barbados (art. 8.1); Brasil (art. 8.3); y Chile (art. 8.2); entre otros. En los últimos tiempos, se excluye el arbitraje CIADI y se prefiere el arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (Rusia, 2009), o sólo el arbitraje *ad-hoc* bajo las Reglas UNCITRAL (Belarús, 2008; Vietnam, 2009).

## V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El arbitraje administrado por el CIADI se ha convertido en el mecanismo más solicitado para resolver las controversias planteadas entre los Estados receptores de inversión e inversores extranjeros, por lo cual podría considerarse el “juez natural” de las inversiones extranjeras. El arbitraje Inversor-Estado le proporciona a un inversor negativamente afectado por los actos del Estado receptor de la inversión, un medio razonable de resolución de este tipo de controversias, en el cual se le garantiza a los litigantes el respeto de los elementos más importantes de derecho sustantivo y de procedimiento acordado por ellos y subsidiariamente protegido por las reglas del cual se sustenta el Centro.

El sistema CIADI se sustenta en el consentimiento de las partes como piedra angular. Esto es, se requiere del común acuerdo del Estado receptor y del inversor extranjero para someter una diferencia a su resolución. El Convenio de Washington no consideró a los tratados como instrumentos capaces de habilitar la instancia arbitral al inversor extranjero. Por el contrario, sus disposiciones reflejan que la jurisdicción del Centro presupone un compromiso arbitral de naturaleza contractual, concluido entre el Estado y el inversor extranjero, para someter una diferencia a su resolución. Sin embargo, la dinámica del sistema de solución de controversias Inversor-Estado demuestra que estas cláusulas, a través de las cuales es posible acceder al arbitraje CIADI, pueden estar incluidas en un tratado de inversión, como lo son los TBIs, e incluso en la legislación interna del Estado receptor, pudiendo incluso configurarse en un oferta de consentimiento por parte del Estado receptor, la cual sólo requiere de la aceptación posterior del inversor para su perfeccionamiento. Sin lugar a dudas, hoy el arbitraje al que remiten las legislaciones internas y los tratados de inversión de manera unilateral es un mecanismo más de garantía y protección de las inversiones.<sup>72</sup>

La admisión de un consentimiento avanzado o una oferta unilateral del Estado acogiendo el arbitraje internacional en materia de inversión, ha dado lugar al llamado “arbitraje unilateral”, término acuñado por Ben Hamida (2004), con el cual pretende aludir a: (i) la forma de emitir *prima facie* el consentimiento de una de las partes en el arbitraje, ya que el Estado receptor a través de una oferta unilateral, general y abstracta (*erga omnes*) acepta someter determinadas controversias al arbitraje internacional; (ii) la forma en que se desarrolla el arbitraje, siempre a iniciativa de una de las partes, el inversor, y frente al Estado receptor que asume la posición de demandado.

Desde esta perspectiva, el arbitraje internacional como garantía general del Estado a los inversionistas extranjeros coloca a estos últimos en una situación

72. CHILLÓN MEDINA, J. M., “El Arbitraje internacional...”, *op. cit.*, p. 7.

general y abstracta propias de los efectos de una norma y no en una posición subjetiva e individualizada, propia de un contrato.<sup>73</sup>

El sistema no se encuentra exento de críticas, más debemos tener en consideración que el mismo está en plena formación y, como todo sistema, no es perfecto. Sin embargo, los esfuerzos por equilibrar los valores en juego en el Derecho Internacional de las Inversiones deben constituirse en el norte de los árbitros a quienes se les encomienda la resolución de controversias en materia de inversión.

El sistema CIADI, en algunos casos, ha desbordado las legítimas expectativas de las partes, las cuales de mutuo acuerdo se someten al arbitraje internacional administrado por dicho Centro. En efecto, en algunos casos se ha considerado aplicable la cláusula de la nación más favorecida a los aspectos jurisdiccionales, con lo cual cualquier inversor nacional de un tercer Estado con el Estado receptor hubiere firmado un TBI con condiciones menos favorable, amparado en el estándar internacional de la nación más favorecida, podría pretender la aplicación de dicha cláusula y considerarse legitimado para iniciar un arbitraje ante el CIADI. Así como la interpretación amplia de las nociones de inversor e inversión contenidas en los TBIs, ha degenerado en la ampliación de los derechos y garantías otorgadas a los inversores extranjeros, en desmedro de los Estados receptores de inversión.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDROV, Stanimir A., “The Baby Boom of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals. Shareholders as Investors under Investment Treaties”, en *The Journal of World Investment & Trade*, v. 6, n° 3, June 2005.
- BANCO MUNDIAL, *Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, consultado en [<http://icsid.worldbank.org>].
- BEN HAMIDA, Walid, *L'arbitrage transnacional unilateral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privéé contre une personne publique*, Bruylant, 2004.
- CREMADES, Bernardo M., “Arbitration between States and investors: some jurisdiction issues”, en *Business Law International*, mayo 2001.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2003.
- *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

73. *Ibid.*, p. 13.

- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Aportación de México al arbitraje de inversión”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. VI, 2006.
- KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz y LOREDO ROMERO, Álvaro, “Las sorpresas de la Decisión sobre competencia en el procedimiento de arbitraje entre Duke Energy Internacional Peru Investments n° 1 LTD (demandante) y la República del Perú (demandado)”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 5, 2007.
- MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo, “Expropiación mediante regulación: inversión extranjera, tratados de promoción de inversiones y el poder de policía de la administración”, en *International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Colombia, n° 11, mayo de 2008.
- MORTIMORE, Michael, *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe* [en línea] Santiago de Chile, CEPAL, 2009, consultado en [<http://www.eclac.org/ddpe/publicaciones/xml/2/38272/LCL3049e.pdf>].
- PASCUAL VIVES, Francisco José, “El arbitraje de inversiones en los recientes APPRI españoles”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 18, 2009, p. 16, consultado en [[www.reei.org](http://www.reei.org)].
- PAULSSON, Jan, “Arbitration without Privity”, en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, v. 10, n° 2, Washington, 1995.
- REDFERN, Allan y HUNTER, Martin, *Law and practice of international commercial arbitration*, Thomson, 4ta edición, 2004.
- REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional Público, II. Derecho de los Tratados*, Madrid, Tecnos, 1997.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *El Sistema Arbitral del CIADI*, México, UNAM-Porrúa, 2006.
- “El Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en Latinoamérica. Nuevas tendencias: México, Argentina, Ecuador y Bolivia”, en Méndez-Silva, Ricardo (coord.), *Contratación y Arbitraje Internacionales*, México, IIJ-UNAM, 2010.
- SHAUGHNESSY, Patricia, “Pre-arbitral urgent relief: the new SCC emergency arbitrator rules”, en *Journal of International Arbitration*, v. 27, n° 4, August 2010.





## EL ESTADO FEDERAL Y LA PRESERVACIÓN Y MANEJO DE ÁREAS DE SINGULAR IMPORTANCIA AMBIENTAL

SIMÓN CUMINETTI\*

**Resumen:** En materia ambiental, el art. 41 de la Constitución Nacional establece que “las autoridades proveerán (...), a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”. La creación, administración, protección y gradual ampliación del Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas, es una respuesta concreta de las autoridades federales, al mandato constitucional aludido.

Las categorías de manejo ambiental que integran en Argentina, el Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas son el Parque Nacional, el Monumento Natural, la Reserva Nacional y la Red de Reservas Naturales (Reserva Natural Estricta, Reserva Natural Silvestre y Reserva Natural Educativa).

Recientemente el Sistema aludido se ha visto complementado, con la creación de dos nuevas categorías de manejo ambiental: la Reserva Natural Militar y el Parque Interjurisdiccional Marino-Costero.

En el presente trabajo se analizan los principales aspectos administrativo-legales, que tipifican a cada una de las categorías de manejo ambiental, que conforman o complementan el Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas.

**Palabras clave:** áreas protegidas – federal – parque nacional – monumento – reserva – interjurisdiccional.

**Summary:** As regards to environmental matters, section 14 of the National Constitution states that “the authorities will provide (...), to the rational use of natural resources, the preservation of the natural and cultural heritage, and biological diversity, and to environmental education and information”. The creation, management, protection and gradual expansion of the Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas” (Natural Protected Areas Federal System) represents a concrete answer, from federal authorities to the constitutional order in question.

The environmental management categories that make up the *Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas* are: *Parque Nacional* (National Park), *Monumento Natural* (Natural Monument), *Reserva Nacional* (National Reserve) and *Red de Reservas Naturales* (the Network of Nature Reserves) –*Reserva Natural Estricta* (Strict Nature

\* Abogado (UBA), desde 1996 se desempeña en la Administración de Parques Nacionales.

Reserve), *Reserva Natural Silvestre* (Wild Nature Reserve) and *Reserva Natural Educativa* (Educational Nature Reserve)–.

Two new environmental management categories have recently been added to the system: *Reserva Natural Militar* (Military Nature Reserve) and *Parque Interjurisdiccional Marino-Costero* (Inter-jurisdictional Coastal Marine Park).

The main administrative-legal aspects that characterize each of the environmental management categories, that make up the *Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas*, are analyzed in the present study.

**Keywords:** protected areas – federal – national park – monumento – reserve – interjurisdiccional.

## I. INTRODUCCIÓN

Según el Convenio sobre la Diversidad Biológica, aprobado por la Ley 24.375,<sup>1</sup> se entiende como “área protegida”, “un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación”.<sup>2</sup>

El Convenio Internacional mencionado, recomienda a la Partes Contratantes, entre otros aspectos, establecer un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica.<sup>3</sup>

El en el ámbito federal, el Estado Argentino, ya en 1904, manifestó formalmente su interés en la conservación de la biodiversidad. Ese año fue dictado el Decreto del 1/2/1904, por el que se aceptó la renuncia efectuada por el Dr. Francisco P. Moreno, a tres leguas que le habían sido concedidas por el Gobierno Nacional, en la zona de Puerto Blest –hoy parte del Parque Nacional Nahuel Huapi, Provincias de Río Negro y del Neuquén–, en virtud de sus servicios en la exploración de la región y en la demarcación de límites internacionales. Este mismo Decreto reservó la zona donada, “... como Parque Nacional, sin que en ella pueda hacerse concesión alguna a particulares...”<sup>4</sup>

Posteriormente, en 1909, se sancionó la Ley 6.708,<sup>5</sup> cuyo art. 5º autorizó al Poder Ejecutivo, a adquirir por compra o permuta, una zona de tierras en el ángulo formado por los ríos Iguazú y Paraná y simultáneamente autorizó la expropiación

1. Boletín Oficial del 6/10/1994.

2. Art. 2º. Términos utilizados.

3. Art. 8º. Conservación in situ-inciso a).

4. Art. 1º del Decreto del 1/2/1904.

5. Boletín Oficial del 14/10/1909.

del área y la declaró de utilidad pública, para el caso de que la adquisición pretendida, no fuera posible. El art. 6° de esta Ley estableció, en forma expresa, que las tierras a ser adquiridas, serían reservadas para “un gran parque nacional” y para “obras de embellecimiento en las inmediaciones del gran salto...” (hoy Parque Nacional Iguazú, Provincia de Misiones).

Ambas normas serían los primeros antecedentes legales del actual Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas<sup>6</sup>, cuya creación formal se produjo en 1934, con la sanción de la Ley 12.103.<sup>7</sup>

La Ley 12.103 creó, bajo dependencia del entonces Ministerio de Agricultura, la Dirección de Parques Nacionales –art. 1°– y asimismo creó los Parques Nacionales Nahuel Huapi (Provincia del Neuquén y Provincia de Río Negro) e Iguazú (Provincia de Misiones) –art. 20 de la Ley mencionada–.

La Ley precitada ha sido fuente esencial para la elaboración de la Ley 22.351 –Régimen Legal de los Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas

6. En 2003 la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, la Administración de Parques Nacionales y el Consejo Federal de Medio Ambiente, firmaron un Convenio de Cooperación, cuya Cláusula Primera, establece: “El presente Acuerdo tiene por objeto crear el Sistema Federal de Áreas Protegidas - SIFAP, tendiente a integrar a las zonas de ecosistemas continentales (terrestres o acuáticos) o costeros/marinos, con límites definidos y bajo algún tipo de protección legal, nacional o provincial, respecto de la conservación del ecosistema, que las autoridades competentes de las diferentes jurisdicciones inscriban voluntariamente en el mismo, sin que ello, de modo alguno, signifique una afectación al poder jurisdiccional”, consultado en [<http://www.ambiente.gov.ar/default.asp?IdArticulo=2895>] el 04/08/2011. En el presente trabajo se considera que la designación “Sistema Federal”, debería ser utilizada exclusivamente para referirse al conjunto de áreas naturales protegidas, que se halla regulado y estructurado por la Ley 22.351. Los motivos que sustentan esta opinión, son los siguientes:

1° La Real Academia Española define “sistema” de la siguiente forma (definición N° 2): “2. m. Conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto”, consultado en [<http://buscon.rae.es>] el 04/08/2011.

De acuerdo con esta definición, parecería más adecuado utilizar el término “sistema”, para referirse a un conjunto de áreas protegidas federales, que conforman una estructura organizada funcionalmente: los parques nacionales, monumentos naturales, reservas nacionales y las áreas que integran la Red de Reservas Naturales, son administradas por la Administración de Parques Nacionales, en el marco de lo establecido por la Ley 22.351. La heterogeneidad de áreas protegidas que abarca la Cláusula Primera del Convenio precitado –en cuanto a jurisdicción, naturaleza de la norma de regulación y autoridad de aplicación–, justificaría evaluar si no resultaría más conveniente, agruparlas bajo el concepto de “red”.

2° El atributo “federal” parecería inobjetable para el conjunto de áreas naturales protegidas, administradas por el Estado Federal: el sistema que conforman, se halla regulado y estructurado por una ley federal (Ley 22.351), cuya Autoridad de Aplicación es una entidad autárquica federal (Administración de Parques Nacionales). Asimismo, la aplicación e interpretación de la Ley 22.351, en sede judicial, suscita la competencia exclusiva de la Justicia Federal.

7. Boletín Oficial del 29/10/1934.

Nacionales–, circunstancia expresamente reconocida en el Mensaje de esta Ley, que hoy estructura y regula el Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas.<sup>8</sup>

A los fines del presente trabajo, se entiende por “Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas”, *(al conjunto de áreas protegidas, administradas exclusivamente por el Estado Federal, donde éste, a través de la Administración de Parques Nacionales, ejerce la titularidad de la jurisdicción federal que permite garantizar, entre otros aspectos, la estricta y perpetua preservación ambiental (a), o bien donde aquel (el Estado Nacional) , aún sin ser titular la jurisdicción federal aludida, es responsable exclusivo y excluyente de ejercer, a través de la Administración de Parques Nacionales, una custodia que garantice, entre otros aspectos, la estricta y perpetua preservación ambiental (b)).*<sup>9</sup>

El Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas, de acuerdo con la definición propuesta, comprende actualmente las siguientes categorías de manejo ambiental: Parque Nacional, Monumento Natural, Reserva Nacional, Reserva Natural Estricta, Reserva Natural Silvestre y Reserva Natural Educativa.<sup>10</sup> Estas tres últimas categorías conforman la Red de Reservas Naturales.

Entre las 37 áreas protegidas federales que integran el Sistema, se halla la Reserva Natural Formosa, creada en 1968. La categoría “*reserva natural*” no es considerada en el presente trabajo como una categoría de manejo ambiental que se diferencie del “parque nacional”, pues el texto de la Ley 17.916, de creación del área protegida aludida, no establece, ni permite inferir, pautas generales o especiales de manejo ambiental diferenciado. Esta hipótesis se refuerza con la nota al Poder Ejecutivo, acompañando el Proyecto de Ley 17.916 que, entre otros aspectos señala: “Será una reserva integral, enteramente cercada, libre de pobladores, de haciendas y de cualquier otro tipo de explotación, donde podrán realizarse investigaciones ecológicas y arribarse a interesantes conclusiones”. Resta señalar que, a la fecha de sanción de la Ley 17.916, el Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas se

8. Tercer párrafo del Mensaje (“...Ha sido fuente esencial de iniciativa, la primera Ley de Parques Nacionales 12.103, sancionada en 1934, genuino modelo de correcta técnica legislativa en cuyas disposiciones se vertebró la etapa fundacional de la institución...”).

9. (a) parques nacionales, monumentos naturales, reservas nacionales y Red de Reservas Naturales, con excepción de las Reservas Naturales Estrictas San Antonio –Provincia de Misiones– y Otamendi –Provincia de Buenos Aires– de la Reserva Natural Silvestre Otamendi –Provincia de Buenos Aires– y de las Reservas Naturales Educativas Colonia Benítez –Provincia del Chaco– y Otamendi –Provincia de Buenos Aires–. (b) Reservas Naturales Estrictas San Antonio –Provincia de Misiones– y Otamendi –Provincia de Buenos Aires–, Reserva Natural Silvestre Otamendi –Provincia de Buenos Aires– y Reservas Naturales Educativas Colonia Benítez –Provincia del Chaco– y Otamendi –Provincia de Buenos Aires–.

10. N. del A.: la definición propuesta responde a un criterio didáctico propuesto por el autor y no necesariamente coincide con otras definiciones posibles y/o existentes, sean éstas institucionales, doctrinarias o de otro tipo.

hallaba regulado por la Ley 12.103, que contemplaba exclusivamente las categorías de “reserva nacional” y de “parque nacional”.<sup>11</sup>

El Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas ha sido recientemente complementado, con la creación de dos nuevas categorías de manejo ambiental: la Reserva Natural Militar –creada en 2007– y el Parque Interjurisdiccional Marino-Costero –creado en 2009–.

En el presente análisis, se asume que ambas categorías de manejo ambiental, son complementarias del Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas, pero no integrantes de éste, por cuanto la intervención del Estado Nacional en la preservación ambiental de las áreas así categorizadas, no conlleva la asignación de jurisdicción federal y/o la responsabilidad exclusiva y excluyente del Estado Nacional, de garantizar, mediante su custodia, la preservación ambiental de las áreas involucradas (al menos uno de estos aspectos debería hallarse presente para que, según el criterio adoptado en este trabajo, un área protegida, sea considerada parte del Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas).

En 2001, la Administración de Parques Nacionales, a través de la aprobación de su Plan de Gestión Institucional,<sup>12</sup> adoptó como objetivo, lograr que el Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas, alcance durante la primer década de este siglo, no menos del 5% del territorio nacional, con expresa representación de todas las eco-regiones presentes en territorio argentino, ello “en concordancia con las estrategias de conservación definidas a nivel mundial”.<sup>13</sup>

Por su parte en la Décima Reunión de la Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica (Nagoya, Japón, 18-29/10/2010), la Conferencia de las Partes decidió fijar como meta, que en el 2020, por lo menos 17% de las áreas terrestres y aguas continentales, y 10% de las áreas marinas y costeras, especialmente en las zonas de especial importancia para los ecosistemas y los servicios de la biodiversidad, se hallen bajo efectiva conservación.<sup>14</sup>

11. N. del A.: La Ley 12.103 menciona además del “parque nacional”, la “reserva nacional”. Esta última “reserva nacional”, no tiene relación con la “reserva nacional”, prevista por la Ley 22.351. La reserva nacional mencionada en primer término, habría consistido en la afectación administrativa de un área, a la futura creación de un parque nacional (por ejemplo la Reserva Nacional Copahue, creada por Decreto 105.433 del 11/5/1937). La “reserva nacional” prevista en la Ley 22.351 es una categoría de manejo ambiental, expresamente tipificada, que prevé un manejo específico.

12. Resolución APN/HD N° 142/2001.

13. Administración de Parques Nacionales, Plan de Gestión Institucional para los Parques Nacionales, Primera Edición, 2010, p. 18.

14. COP 10, Decisión x/2, Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020, Annex, Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 and the Aichi Biodiversity Targets, IV. Strategic Goals and the Aichi Biodiversity Targets, consultado en [<http://www.cbd.int/decisions/cop/>] el 20/07/2011.

El territorio argentino tiene una superficie total de 3.761.274 km<sup>2</sup>, de los que 2.791.810 km<sup>2</sup> corresponden al Continente Americano y 969.464 km<sup>2</sup> al Continente Antártico (incluyendo las islas Orcadas del Sur) y a las islas australes (Georgias del Sur y Sandwich del Sur).<sup>15</sup>

Actualmente el Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas, comprende una superficie aproximada de 3.697.159,9 has. (aproximadamente 36.971 km<sup>2</sup>),<sup>16</sup> distribuidas en 37 áreas protegidas federales.<sup>17</sup>

En términos porcentuales, la superficie de 36.971 km<sup>2</sup>, equivale al 0,98% del territorio argentino y al 1,32% del territorio argentino, situado en el Continente Americano.

En Argentina, junto al Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas y a sus categorías complementarias (Reserva Natural Militar y Parque Interjurisdiccional Marino-Costero), se hallan los Sistemas de Áreas Protegidas de cada Provincia y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Complementan los “sistemas públicos” de áreas protegidas mencionadas en el párrafo precedente, la Red Nacional de Reservas de la Biosfera (trece Reservas de la Biósfera,<sup>18</sup> que comprenden una superficie aproximada de 6.493.645 has.), coordinada por la Unidad de Coordinación del Programa Mab-UNESCO, la red de 20 humedales designados como “Humedales de Importancia Internacional”, en el marco de la Convención sobre los Humedales<sup>19</sup> (Ramsar, 1971), que comprenden una superficie

15. *Instituto Geográfico Nacional*, consultado en [<http://www.ign.gov.ar>] el 20/07/2011.

16. N. del A.: La superficie del Parque Nacional Quebrada del Condorito es la indicada en la Ley 24.749. La superficie del Parque Nacional Campos del Tuyú es la indicada en la Ley 26.499. Las superficies de las restantes áreas protegidas, fueron obtenidas en el sitio oficial, consultado en [<http://www.parquesnacionales.gov.ar>] el 20/07/2011. No se incluye la superficie de la Reserva Nacional El Nogalar de los Toldos por no hallarse mencionada en el texto de la Ley de creación y/o en el sitio oficial antes señalado.

17. Parque Nacional Baritú, Monumento Natural Bosques Petrificados, Parque Nacional Calilegua, Parque Nacional Campo de los Alisos, Parque Nacional Campo del Tuyú, Parque Nacional Los Cardones, Parque Nacional Chaco, Reserva Natural Educativa Colonia Benítez, Parque Nacional Copo, Parque Nacional El Leoncito, Reserva Nacional El Nogalar de los Toldos, Parque Nacional El Palmar, Parque Nacional El Rey, Reserva Natural Formosa, Parque Nacional Iguazú, Parque Nacional Islas de Santa Fe, Parque Nacional Lago Puelo, Parque Nacional Laguna Blanca, Monumento Natural Laguna de los Pozuelos, Parque Nacional Lanín, Parque Nacional Lihué Calel, Parque Nacional Los Alerces, Parque Nacional Los Arrayanes, Parque Nacional Los Glaciares, Parque Nacional Mburucuyá, Parque Nacional Monte León, Parque Nacional Nahuel Huapi, Reserva Natural Estricta Otamendi, Parque Nacional Predelta, Parque Nacional Perito Moreno, Parque Nacional Quebrada del Condorito, Parque Nacional Río Pilcomayo, Reserva Natural Estricta San Antonio, Parque Nacional San Guillermo, Parque Nacional Sierra de las Quijadas, Parque Nacional Talampaya y Parque Nacional Tierra del Fuego.

18. Consultado en [<http://www.unesco.org/mab/doc/brs/BRLlist2010.pdf>] el 12/08/2011], consultado en [<http://www.ambiente.gov.ar/default.asp?IdArticulo=1492>] el 12/08/2011.

19. Convención sobre los Humedales ratificada por la República Argentina, en 1991, mediante la sanción de la Ley 23.919.

aproximada de 5.339.826 has<sup>20</sup> y las propiedades privadas cuyos propietarios deciden voluntariamente, sin ningún tipo de participación estatal, proteger los recursos naturales existentes en sus tierras, a través de un manejo sustentable (tal sería el caso de la Red de Refugios de Vida Silvestre, coordinados por la Fundación Vida Silvestre Argentina, que actualmente involucra catorce refugios (169.969 has).<sup>21</sup>

La Reserva de la Biosfera, el Humedal de Importancia Internacional (conocido habitualmente como “sitio Ramsar”) y el Refugio de Vida Silvestre, presentan –entre otros aspectos–, una diferencia sustancial con el Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas y sus categorías complementarias (Reserva Natural Militar y Parque Interjurisdiccional Marino-Costero) y con los Sistemas de Áreas Protegidas de cada Provincia y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta diferencia radica en su causa fuente.

Las áreas protegidas que conforman el Sistema Federal y sus dos categorías complementarias y los Sistemas Provinciales y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, son formalmente creadas por un órgano estatal,<sup>22</sup> no así la Reserva de la Biósfera, el sitio Ramsar y el Refugio de Vida Silvestre (ésta última figura, citada a título de ejemplo).

La Reserva de la Biósfera es incluida en la Red Mundial, mediante designación efectuada por el Consejo Internacional de Coordinación (CIC) del Programa MAB, que es comunicada por el Director General de la UNESCO al Estado interesado, un humedal es incorporado a la Lista Ramsar de Humedales de Importancia Internacional, en virtud de la solicitud que efectúa a la Oficina permanente de la Convención, la autoridad provincial o nacional interesada, y el Refugio de Vida Silvestre nace de un acuerdo celebrado entre actores privados.<sup>23</sup>

En este trabajo se analizarán en primer término, los aspectos administrativo-legales más relevantes de las categorías de manejo ambiental, que conforman

20. Consultado en [<http://www.ramsar.org/doc/sitelist.doc>] el 4/08/2011.

21. Las Reservas de la Biósfera son el eje del Programa Intergubernamental e Internacional “El Hombre y la Biosfera” (MaB) de la UNESCO, consultado en [<http://www.ambiente.gov.ar>] el 25/07/2011.

La Red de Refugios de Vida Silvestre fue creada en 1987. Es una red que trabaja para asesorar a los propietarios de campos sobre cómo manejar los recursos naturales en forma sustentable. “Las Reservas privadas nacen del interés de los propietarios por proteger los recursos naturales de sus tierras y suelen funcionar como complemento de las áreas protegidas”, consultado en [<http://www.vidasilvestre.org.ar>] el 30/07/2011.

22. N. del A.: Las “áreas privadas de conservación”, resultantes de un convenio celebrado entre un particular y una instancia pública provincial o municipal, son consideradas en el presente trabajo, como áreas pertenecientes a los respectivos Sistemas Provinciales. Tal el caso de la Ley 2932 de la Provincia de Misiones –Sistema de Áreas Naturales Protegidas, que en su art. 24 faculta a la Autoridad de Aplicación de la ley precitada, a crear Reservas Privadas mediante convenios con terceros, previa evaluación en el terreno, de los valores naturales del área propuesta o seleccionada.

23. Consultado en [<http://www.ambiente.gov.ar/default.asp?IdArticulo=377>] el 20/07/2011.

el Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas (Parque Nacional, Monumento Natural, Reserva Nacional, Reserva Natural Estricta, Reserva Natural Silvestre y Reserva Natural Educativa). En segundo término, se analizarán las particularidades relevantes, de las categorías de manejo ambiental complementarias del Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas (Reserva Natural Militar y Parque Interjurisdiccional Marino-Costero.

## II. SISTEMA FEDERAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

### II.A. Parque nacional, monumento nacional y reserva nacional

la Ley 22.351 –Régimen Legal de los Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales–, comprende las categorías de “*parque nacional*”, “*reserva nacional*” y “*monumento natural*”.<sup>24</sup>

La creación de parques nacionales, reservas nacionales y monumentos naturales en territorio de una provincia, solo puede concretarse previa sanción de la correspondiente ley provincial que comprenda la cesión, a favor del Estado Nacional, de la jurisdicción sobre la totalidad del área involucrada (parcelas del dominio provincial y eventualmente parcelas del dominio privado de particulares) y la cesión a favor del Estado Nacional, del dominio sobre las áreas fiscales provinciales, que la provincia interesada decida integrar al Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas.

La creación de la nueva área protegida federal, solo se perfecciona con la respectiva aceptación formal del Estado Nacional, a través de la sanción de la correspondiente ley federal que comprenderá, entre otros aspectos, la aceptación de la cesión provincial de jurisdicción y de dominio y la creación de la nueva unidad de conservación federal (la última ley federal de este tipo, es la Ley 26.648, de creación del Parque Nacional Islas de Santa Fe, en la Provincia de Santa Fe, sancionada el 13/10/2010).<sup>25</sup>

Las tierras fiscales federales existentes en los parques nacionales y en los monumentos naturales, son del dominio público del Estado Nacional. Las tierras fiscales existentes en las reservas nacionales también tienen este carácter, mientras no sean desafectadas como tales, por la Administración de Parques Nacionales, de acuerdo al procedimiento y a los límites, que fija la Ley 22.351.

24. Régimen Legal de los Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales, Boletín Oficial del 12/12/80.

25. Ley 22.351, art. 2°.



Las áreas declaradas parque nacional, monumento natural o reserva nacional, revisten el carácter de establecimientos de utilidad nacional, en los términos del art. 75 inc. 30 de la Constitución Nacional, con el alcance asignado a este instituto, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.<sup>26</sup>

En las áreas categorizadas como parque nacional, reserva nacional y monumento natural, las competencias previstas en la Ley 22.351, son ejercidas en forma exclusiva y excluyente por la Administración de Parques Nacionales (habilitada para dictar diversos tipos de actos administrativos, como ser resoluciones, disposiciones, etc.) y las funciones de policía administrativa, asignadas legalmente a la Administración de Parques Nacionales, son ejercidas exclusivamente por el Cuerpo de Guardaparques Nacionales.<sup>27</sup>

### *II.A.1. Monumento Nacional*

Esta categoría de manejo ambiental –homologable a la categoría III (“*Natural monument or feature*”) de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN)–, se halla regulada por el art. 8º de la Ley 22.351, que la define de la siguiente forma:<sup>28</sup>

Serán Monumentos Naturales las áreas, cosas, especies vivas de animales o plantas de interés estético, valor histórico o científico, a los cuales se les acuerda protección absoluta. Serán inviolables, no pudiendo realizarse en ellos o respecto a ellos actividad alguna, con excepción de las inspecciones oficiales permitidas por la autoridad de aplicación y la necesaria para su cuidado y atención de los visitantes.

Las áreas así categorizadas tienen el nivel de máxima protección ambiental, previsto en la Ley antes citada. En estas áreas no puede ejecutarse actividad alguna, con excepción de: a) control y vigilancia a cargo del Cuerpo de Guardaparques Nacionales, b) investigaciones científicas y monitoreos autorizados por la Administración de Parques Nacionales, c) visita turística planificada por la Administración de Parques Nacionales.<sup>29</sup>

26. Compañía de Transportes de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa C. 30. XXXV.; 16-04-2002; T. 325 P. 723, entre otros.

27. Decreto 56/2006.

28. *Guidelines for Applying Protected Area Management Categories*, p. 13, consultado en [<http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/PAPS-016.pdf>] el 20/07/2011.

29. Régimen de otorgamiento de permisos para efectuar observaciones, recolecciones u otra tarea vinculada con trabajos de investigación (Resolución APN/PD N° 401/91).

Actualmente existen en el Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas, dos áreas que revisten esta categoría: el Monumento Natural Bosques Petrificados –Provincia de Santa Cruz– y el Monumento Natural Laguna de los Pozuelos –Provincia de Jujuy–.

Asimismo existen cuatro especies de fauna –semovientes– que revisten esta categoría: Ballena Franca Austral (*Eubalaena australis*), Huemul (*Hippocamelus bisulcus*), Taruca (*Hippocamelus antisensis*) y Yaguareté (*Panthera onca*).

En el caso de los semovientes, la aplicación concreta de esta categoría, presentaría un obstáculo legal, de compleja resolución, por cuanto su autoridad de aplicación –la Administración de Parques Nacionales–, responsable de garantizar la protección absoluta de las especies así declaradas, solo puede ejercer los actos propios de su competencia legal –entre ellas la de policía administrativa federal–, dentro del ámbito del Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas.

En virtud de ello, esta categoría ambiental solo resultaría operativa cuando los ejemplares de las especies así declaradas, se hallan en el ámbito de un área protegida federal administrada por la Administración de Parques Nacionales. En este ámbito espacial todas las especies de fauna silvestre, revistan o no la categoría de monumento natural, se hallan adecuadamente protegidas bajo el amparo legal de la Ley 22.351 y del Reglamento para la Protección y Manejo de la Fauna Silvestre en jurisdicción de la Administración de Parques Nacionales, y bajo las actividades operativas de control y vigilancia que compete al Cuerpo de Guardaparques Nacionales y a las Fuerzas de Seguridad Federales (Gendarmería Nacional Argentina, Prefectura Naval Argentina y Policía de Seguridad Aeroportuaria), que complementan la actuación de aquel.

### *II.A.2. Parque Nacional*

En Argentina, esta designación habría sido utilizada oficialmente, por primera vez, en el Decreto del 1/2/1904 y su adopción para designar un área formalmente protegida, podría responder a la entonces no tan lejana creación, en 1872 del primer parque nacional, el Yellostowne National Park y/o a la creación en 1890, del Yosemite National Park, ambos en los Estados Unidos de Norteamérica.<sup>30</sup>

Esta categoría de manejo ambiental –que sería homologable a la categoría II (“*National park*”) de la UICN–,<sup>31</sup> se halla definida en el art. 4º de la Ley 22.351:

Serán Parques Nacionales las áreas a conservar en su estado natural, que sean representativas de una región fito-zoogeográfica y tengan gran atractivo en bellezas escénicas

30. Consultado en [<http://www.nps.gov>] el 25/07/2011.

31. *Guidelines for Applying Protected Area Management Categories*, p. 13, consultado en [<http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/PAPS-016.pdf>] el 20/07/2011.

o interés científico, las que serán mantenidas sin otras alteraciones que las necesarias para asegurar su control, la atención del visitante ( ). En ellos está prohibida toda explotación económica con excepción de la vinculada al turismo, que se ejercerá con sujeción a las reglamentaciones que dicte la autoridad de aplicación.

Las notas más sobresalientes de los parques nacionales son: que sean representativos de los ecosistemas a conservar y a proteger y que tengan un gran atractivo, ya sea por sus bellezas escénicas o por el interés científico que promueven.

En materia de asentamientos humanos, esta categoría es eminentemente restrictiva. En las áreas así declaradas se halla prohibida la instalación de asentamientos humanos y/o la radicación permanente o transitoria de personas,<sup>32</sup> admitiéndose como únicas excepciones, la residencia permanente o transitoria, en las viviendas construidas o a construirse en las parcelas de propiedad privada, preexistentes a la sanción de la Ley 22.351, y la residencia temporal o permanente de los agentes pertenecientes al Cuerpo de Guardaparques Nacionales, a las fuerzas policiales locales o federales y a las fuerzas de seguridad federales.

La prohibición de venta y arrendamiento de las tierras fiscales que integran esta categoría<sup>33</sup> y el derecho de preferencia de compra que se reserva el Estado Nacional, con relación a las propiedades privadas preexistentes a la sanción de la Ley 22.351,<sup>34</sup> demuestran la voluntad estatal de evitar y/o de disminuir la radicación permanente o transitoria de personas, en las áreas así categorizadas.

La preservación ambiental estricta del área categorizada como “parque nacional”, se garantiza con la prohibición de toda explotación económica y/o de cualquier tipo de aprovechamiento de los recursos naturales,<sup>35</sup> con excepción de las actividades vinculadas al turismo.

La importancia asignada a la intangibilidad y a la más elevada preservación ambiental, queda evidenciada con la “doble instancia de autorización administrativa”, prevista para la construcción, en este ámbito espacial, de obras públicas destinadas al turismo –las que solo pueden ser construidas en tierras fiscales–.

Como principio general estos emprendimientos deben ser construidos fuera del parque nacional, pero si ello no fuera posible, la obra aludida solo puede ser autorizada en el ámbito del parque nacional, por decreto singular de excepción del Poder Ejecutivo Nacional. Este decreto debe hallarse precedido de un informe de prefactibilidad ambiental, aprobado por la Administración de Parques Nacionales y por el Poder Ejecutivo Nacional, que demuestre, que la obra no tendrá un impacto

32. Considerando N° 33 de los Fundamentos de la Ley 22.351.

33. Ley 22.351, art. 5°, inciso a).

34. Ley 22.351, art. 7°.

35. Ley 22.351, art. 5°, inciso d).

significativo sobre los ecosistemas del lugar y/o sobre cada uno de sus componentes.<sup>36</sup> Tras la aprobación del informe de prefactibilidad ambiental por el Directorio de la Administración de Parques Nacionales y la publicación del decreto singular de excepción, debe elaborarse y aprobarse, con anterioridad al inicio de la obra, el respectivo estudio ambiental.<sup>37</sup>

Actualmente existen en el Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas, treinta Parques Nacionales, siendo el de más reciente creación, el Parque Nacional Islas de Santa Fe, en la Provincia de Santa Fe (2010).<sup>38</sup>

### *II.A.3. Reserva Nacional*

Esta categoría de manejo ambiental –que podría ser encuadrable en la categoría VI (“*Protected area with sustainable use of natural resources*”) de la UICN<sup>39</sup>–, se halla definida en el art. 9º de la Ley 22.351.<sup>40</sup>

Serán Reservas Nacionales las áreas que interesan para la conservación de sistemas ecológicos, el mantenimiento de zonas protectoras del Parque Nacional contiguo, o la creación de zonas de conservación independientes, cuando la situación existente no requiera o admita el régimen de un Parque Nacional. La promoción y desarrollo de asentamientos humanos se hará en la medida que resulte compatible con los fines específicos y prioritarios enunciados.

Pueden ser declaradas reserva nacional, (a) áreas aptas para cumplir la función de zonas protectoras de parques nacionales contiguos (por ejemplo, en la Provincia del Chubut, la Reserva Nacional Los Alerces, contigua al Parque Nacional Los Alerces y situada al sur y al sudeste de aquel), o bien (b) áreas de conservación independientes, cuando la situación de éstas, no requiera o no admita, el régimen de un parque nacional (Reserva Nacional El Nogalar de los Toldos, Provincia de Salta).

36. Ley 22.351, art. 6º.

37. La elaboración del estudio ambiental debe hacerse de acuerdo con las pautas previstas en el Reglamento para la Evaluación de Impacto Ambiental en Áreas de la Administración de Parques Nacionales.

38. Ley 26.648 publicada en el Boletín Oficial del 16/11/2010

39. *Guidelines for Applying Protected Area Management Categories*, p. 13, consultado en [<http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/PAPS-016.pdf>] el 20/07/2011.

40. *Guidelines for Applying Protected Area Management Categories*, p. 13 consultado en [<http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/PAPS-016.pdf>] el 20/07/2011.

Las áreas así declaradas, no se encuentran “bajo un régimen tan estricto como un parque nacional, ni totalmente exentas de cualquier regulación conservacionista”<sup>41</sup>, como las áreas que podrían hallarse fuera del Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas o fuera de los respectivos Sistemas Provinciales.

El principio general y la prioridad, en las áreas declaradas reserva nacional, son la conservación de la fauna y flora nativas, la conservación de las características fisiogeográficas y bellezas escénicas y la protección del equilibrio ecológico.<sup>42</sup>

No obstante ello, en las reservas nacionales son admisibles los asentamientos humanos (por ejemplo Villa Mascardi, en la Reserva Nacional Nahuel Huapi –Zona Gutiérrez–, sector del Parque Nacional Nahuel Huapi situado en la Provincia de Río Negro) o la propiedad comunitaria de la Agrupación Mapuche Cayún, en la Reserva Nacional Lanín –Zona Lacar– (Provincia del Neuquén) y diversas actividades antrópicas –entre ellas la agropecuaria–, en tanto éstas, además de ser compatibles con los objetivos mencionados en el párrafo anterior, se ajusten a los reglamentos generales elaborados por la Administración de Parques Nacionales y su inicio se halle precedido de la correspondiente autorización administrativa previa, emitida por la respectiva Intendencia o por el Directorio de la Entidad Autárquica Federal aludida.

Los reglamentos mencionados en el párrafo precedente, además de aceptar los principios y objetivos previstos en la Ley 22.351, se sustentan en los principios de prevención y precautorio, contenidos en la Ley General del Ambiente.<sup>43</sup>

## II.B. Red de Reservas Naturales

La Red de Reservas Naturales, comprende las categorías de Reserva Natural Estricta (RNE), Reserva Natural Silvestre (RNS) y Reserva Natural Educativas (RNEd).

Las RNE, las RNS y las RNEd, son creadas por decreto del Poder Ejecutivo Nacional y su creación queda perfeccionada con la publicación del respectivo decreto, en el Boletín Oficial de la República Argentina.

Actualmente las reservas naturales (RNE, RNS y RNEd), pueden dividirse en dos subcategorías: (a) las reservas naturales creadas en áreas fiscales, del dominio público del Estado Nacional, situadas en un parque nacional, en un monumento natural o en una reserva nacional preexistentes y (b) las reservas naturales creadas en áreas fiscales del dominio privado del Estado Nacional, hasta ese entonces no integrantes del Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas.

41. Ley 22.351, Fundamentos.

42. Ley 22.351, art. 10°.

43. Ley 25.675, art. 4.

(a) Reservas Naturales creadas en parques nacionales, monumentos naturales y reservas nacionales preexistentes:

Las tierras existentes en estas reservas naturales, corresponden al dominio público del Estado Nacional (por ejemplo RNE Baritú, situada en el Parque Nacional Baritú, Provincia de Salta), en virtud del status jurídico que ya revestía el área, con anterioridad a la creación de la reserva natural.

La autoridad de aplicación del Decreto 2.149/90 (si se trata de una RNE) y del Decreto 453/94 (si se trata de una RNS o de una RNEd) y administradora del área, es la Administración de Parques Nacionales, que asimismo conserva en el ámbito de estas reservas naturales, las competencias previstas en la Ley 22.351.

Las tres categorías (RNE, RNS y RNEd), constituyen “restricciones adicionales” a las figuras jurídicas declaradas por la Ley 22.351, “en cuanto al uso y manejo de los sectores que ellas afecten, constituyendo una reglamentación de esta Ley, tendiente a perfeccionar la zonificación de las áreas del Sistema de Parques Nacionales”.<sup>44</sup>

Las funciones de policía administrativa, asignadas legalmente a la Administración de Parques Nacionales, son ejercidas exclusivamente por el Cuerpo de Guardaparques Nacionales.

Estas reservas naturales, al hallarse situadas en un parque nacional, en una reserva nacional o en un monumento natural, forman parte de un establecimiento de utilidad nacional, en los términos del art. 75º inciso 30 de la Constitución y con el alcance que este instituto tiene, de acuerdo a la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(b) Reservas Naturales creadas en áreas fiscales del dominio privado del Estado Nacional, hasta ese entonces no integrantes del Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas:

Las tierras situadas en estas reservas naturales, son del dominio privado del Estado Nacional (por ejemplo RNEd Colonia Benitez, situada en la Provincia del Chaco). En virtud de no integrar el dominio público del Estado Nacional, las tierras que forman parte de estas reservas, carecen de los caracteres de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

En estas reservas naturales, la Administración de Parques Nacionales es el organismo encargado de otorgar al área, el manejo ambiental previsto en el Decreto 2.149/90 (si se trata de una RNE) o el previsto en el Decreto 453/94 (si se trata de una RNS o de una RNEd).

44. Decreto 453/94, art. 12.

Estas reservas naturales no son establecimientos de utilidad nacional y la Administración de Parques Nacionales, carece de las competencias legales previstas en la Ley 22.351, en virtud de no haberse producido cesión de jurisdicción, que habilitaría el ejercicio de competencias específicas.

El Cuerpo de Guardaparques Nacionales carece, en principio, de las funciones de policía administrativa, previstas en el art. 33º de la Ley 22.351 y en el Decreto 56/2006 y las atribuciones de sus agentes, son las propias de quienes, por encomienda del propietario o administrador, custodian una propiedad privada.

A las subcategorías (a) y (b) precitadas, podríamos agregar una potencial subcategoría (c).

En esta potencial subcategoría “c”, se podrían incluir aquellas parcelas actualmente de propiedad privada, situadas fuera del Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas, que podrían ser adquiridas por el Estado Nacional (compraventa, donación, expropiación, etc.), en virtud de su importancia ambiental (por su ubicación, por su aptitud como corredor biológico, por ser parte importante de una cuenca, por tratarse de una parcela lindera a un área protegida preexistente, etc.).

Tras su adquisición, el Poder Ejecutivo Nacional, podría en forma inmediata, a través del correspondiente decreto, incorporarlas a la Red de Reservas Naturales, bajo alguna de las categorías ya existentes (RNE, RNS o RNEd). La categoría asignada podría ser permanente o bien podría ser transitoria, en caso de ser el objetivo final, declarar el área, bajo alguna de las categorías previstas en la Ley 22.351 (trámite complejo y de larga duración, propio de la sanción y promulgación de una ley federal).

Si bien el Estado Nacional, carecería en estas nuevas reservas naturales, de jurisdicción, la presencia del Cuerpo de Guardaparques Nacionales y la aplicación del Decreto 2.149/90 (si se trata de una nueva RNE) o del Decreto N° 453/94 (si se trata de una nueva RNS o de una nueva RNEd), garantizarían, a partir de la publicación del respectivo decreto de creación, la custodia efectiva del área y su adecuado y permanente manejo ambiental.

### *II.B.1. Reserva Natural Estricta (RNE)*

Esta categoría de manejo ambiental –homologable a la categoría Ia de la UICN “*Strict Nature Reserve*”, según las Directrices para las Categorías de Manejo

de Áreas Protegidas—,<sup>45</sup> se halla regulada por el Decreto 2.148/90<sup>46</sup> y su creación respondió, entre otros motivos, a que las categorías previstas en la Ley 22.351, no ofrecían a criterio de las Autoridades de entonces, “las máximas garantías de preservación”.<sup>47</sup>

El art. 1° del Decreto 2.148/90 define a esta categoría de manejo ambiental de la siguiente forma:

Desígnase con el título de RESERVA NATURAL ESTRICTA al tipo de área protegida que ofrezca las máximas garantías para la conservación de la diversidad biológica argentina, que así sea determinada por decreto del PODER EJECUTIVO NACIONAL.

En las áreas categorizadas RNE, es un objetivo principal reducir al mínimo posible la interferencia humana directa, para que las comunidades naturales, incluyendo todas las especies que las integran y los procesos ecológicos, se desarrollen en forma natural.

En las RNE se hallan prohibidas todas las actividades que modifiquen sus características naturales y/o que amenacen disminuir su diversidad biológica, con excepción de aquellas necesarias para su manejo y control. Entre otras prohibiciones, se hallan vigentes, el uso extractivo de recursos naturales y/o su aprovechamiento bajo cualquier forma, la caza, la pesca, la introducción de especies exóticas, la introducción de animales domésticos (salvo los necesarios para el control y vigilancia) y la instalación de asentamientos humanos.

En las RNE se permite el acceso de pequeños grupos, con autorización previa, con fines educativos o científicos. El tránsito de vehículos o la construcción de mejoras solo es admitido cuando ello este vinculado a investigaciones científicas o actividades de control y vigilancia.<sup>48</sup>

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 2.149/90<sup>49</sup> (art. 1°), existen 19 RNE. Todas ellas, con excepción de la RNE San Antonio –Provincia de Misiones– y de la RNE Otamendi –Provincia de Buenos Aires–, se sitúan en áreas protegidas federales preexistentes. La RNE Colonia Benítez –Provincia del Chaco–, fue recategorizada como RNEd, a través del Decreto 1.798/02.<sup>50</sup>

45. *Guidelines for Applying Protected Area Management Categories*, p. 13 consultado en [<http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/PAPS-016.pdf>] el 20/07/2011.

46. Boletín Oficial del 18/10/90.

47. Decreto 2.148/90, Considerando Quinto.

48. Decreto 2.148/90, arts. 4° y 5°.

49. Boletín Oficial del 18/10/90.

50. Boletín Oficial del 12/9/02.



## II.B.2. Reserva Natural Silvestre (RNS)

Esta categoría de manejo ambiental –homologable a la categoría Ib “*Wilderness Areas*”, según las Directrices para las Categorías de Manejo de Áreas Protegidas–,<sup>51</sup> se halla regulada por el Decreto 453/94.<sup>52</sup>

El art. 1° del precitado Decreto define a esta categoría de la siguiente forma:

Desígnase con el título de RESERVA NATURAL SILVESTRE (R.N.S.) aquellas áreas de extensión considerable que conserven inalterada o muy poco modificada la cualidad silvestre de su ambiente natural y cuya contribución a la conservación de la diversidad biológica sea particularmente significativa en virtud de contener representaciones válidas de uno o más ecosistemas, poblaciones animales o vegetales valiosas a dicho fin, a las cuales se les otorgue especial protección para preservar la mencionada condición.

La creación de esta categoría de manejo ambiental, debía perfeccionar y armonizar el Sistema creado por el Decreto 2.148/90 (RNE), “quedando establecidas de esta forma áreas núcleo bajo una figura de máxima protección tal como la Reserva Natural Estricta y áreas de extensión considerable que conserven poco modificada la cualidad silvestre de su ambiente natural bajo la figura de Reserva Natural Silvestre...”.<sup>53</sup>

Las RNS son aquellas áreas que se conservan inalteradas o muy poco modificadas y cuya contribución a la conservación de la diversidad biológica es particularmente significativa, en virtud de contener representaciones de uno o más ecosistemas.

Las RNS pueden constituirse en zonas protectoras de las RNE contiguas a ellas, “aislándolas de posibles causas de perturbación de origen humano”<sup>54</sup> (por ejemplo RNE Iguazú y RNS Iguazú, Provincia de Misiones), o bien podrían constituirse en zonas de conservación independiente (RNS Monumento Natural Laguna de los Pozuelos, Provincia de Jujuy).

En estas áreas están prohibidas todas las actividades que puedan modificar sus características naturales o que puedan amenazar la diversidad biológica, con excepción de aquellas que sean necesarias para su manejo, para permitir su visita pública planificada y para su control y vigilancia.

51. *Guidelines for Applying Protected Area Management Categories*, p. 14 consultado en [http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/PAPS-016.pdf] el 20/07/2011.

52. Boletín Oficial del 29/3/94.

53. Decreto 453/94, Considerando Quinto.

54. Decreto 453/94, art. 2°, inc. d.

Entre otras prohibiciones, podemos mencionar, el uso extractivo de sus recursos naturales (explotación agropecuaria, forestal, minera, hidrocarburífera, caza y pesca comercial, etc.), la introducción de especies exóticas, la introducción de animales domésticos (salvo aquellos que sean necesarios para el transporte de personas y cargas, para la atención de los visitantes y para el control y vigilancia), los asentamientos humanos (salvo que sean necesarios para el manejo del área, para su control y vigilancia y para la atención de los visitantes), la construcción de edificios o instalaciones, caminos, etc. (excepto los destinadas a manejo y control y vigilancia del área y a la actividad científica).<sup>55</sup>

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 453/94, existen 18 RNS. Todas ellas, con excepción de la RNS Otamendi –Provincia de Buenos Aires–, se sitúan en áreas protegidas federales preexistentes.

### *II.B.3. Reserva Natural Educativa (RNEd)*

Esta categoría de manejo, se halla regulada por el Decreto 453/94.

Las RNEd son aquellas áreas que por su contigüidad con las RNS y/o RNE o por sus particularidades, brindan oportunidades especiales para la enseñanza ambiental.<sup>56</sup>

El art. 6° del Decreto antes mencionado, define esta categoría del siguiente modo:

Designase con el título de RESERVA NATURAL EDUCATIVA (RNEd) aquellas áreas que, por sus particularidades o por su ubicación contigua o cercana a las RESERVAS NATURALES ERICTAS o SILVESTRES, brinden oportunidades especiales de educación ambiental o de interpretación de la naturaleza”.

Entre los objetivos de esta categoría, se destacan, entre otros, la enseñanza de los valores inherentes a la protección de la diversidad biológica y la preservación del medio natural.

Las prohibiciones vigentes en las áreas categorizadas como RNEd, son similares a las vigentes en las RNS, aunque en la primera las restricciones en materia de concesiones públicas y ejecución de obras públicas, son menores. Si bien la operación de aeronaves a menos de 3.000 pies de altura, se halla prohibida en las reservas naturales silvestres, esta restricción no se halla prevista en el ámbito de las reservas naturales educativas.

55. Decreto 453/94, art. 4°.

56. Decreto 453/94, Considerando Quinto.

De acuerdo con lo establecido en los Decretos 453/94 y 1798/02, existen dos RNEd (RNEd Otamendi –Provincia de Buenos Aires– y RNEd Colonia Benitez –Provincia del Chaco–), ambas en tierras del dominio privado del Estado Nacional, situadas fuera de áreas protegidas federales preexistentes.

### III. SISTEMA DE RESERVAS NATURALES MILITARES

El 14 de mayo de 2007, el Ministerio de Defensa de la Nación y la Administración de Parques Nacionales, firmaron un Convenio Marco de Cooperación.<sup>57</sup>

Entre los objetivos acordados en el Convenio aludido, se halla el relevamiento y la identificación “de los sitios de interés para la conservación de la biodiversidad en las áreas marinas y tierras bajo jurisdicción federal, pertenecientes al dominio privado de la Nación y asignadas en uso y administración a las Fuerzas Armadas, a efectos de propiciar nuevos espacios protegidos, sin que su formulación necesariamente altere sus condiciones de dominio ni su afectación originaria y bajo condiciones de cooperación y coordinación que las partes acordarán para cada proyecto particular”.<sup>58</sup>

Estos sitios de interés para la conservación de la biodiversidad, se designan, de acuerdo al Convenio mencionado, “Espacios Naturales de Interés para la Conservación de la Biodiversidad” –ENIC– (en el ámbito del Comité Ejecutivo del Convenio, se habría acordado avanzar hacia “una instancia superadora de esta figura, entendiendo que debía avanzarse en la creación de Reservas Naturales Militares”).<sup>59</sup>

Para que un área pueda ser calificada como ENIC, ésta debe ser considerada por las Partes, de interés para la conservación de la biodiversidad *in situ*, por hallarse presente alguno de los siguientes aspectos:<sup>60</sup>

- a. por sus características naturales originales propiamente dichas;
- b. por albergar ambientes naturales y una población de flora y fauna que en muchos casos es de alto valor representativo y hasta único de la región en donde se encuentran, como resultado de fuertes procesos transformadores en el entorno de los mismos;
- c. por ser linderas con otras áreas protegidas, adquiriendo así un valor de amortiguación independiente de sus valores naturales;
- d. por contener muestras de ambientes naturales de valor intrínseco y/o educativo en las cercanías de áreas urbanas.

57. Aprobado por la Administración de Parques Nacionales, por Resolución APN/HD N° 100/2007.

58. Cláusula Primera, ap. 2. del Convenio mencionado.

59. *Revista Parques Nacionales*, año 7, n° 5, Enero 2010, p. 27.

60. Considerando 22° del Convenio mencionado.

El Convenio Marco de Cooperación celebrado por el Ministerio de Defensa (Administración Pública centralizada) y la Administración de Parques Nacionales (Entidad Autárquica Federal), podría ser considerado una “unión administrativa”,<sup>61</sup> en virtud de la igualdad de propósitos perseguidos por las Partes (entre otros, contribuir a la conservación, protección, mejora y recuperación medioambiental del área, propender a minimizar el impacto ambiental de las actividades propias de las Fuerzas Armadas, sin afectar el normal desenvolvimiento de éstas, propiciar y gestionar financiamiento para proyectos ambientales, elaborar un Plan Rector para cada ENIC,<sup>62</sup> y desarrollar acciones que contribuyan a la eficaz defensa y conservación de la biodiversidad).

No obstante, a los fines prácticos parecería adecuado considerar al Convenio aludido, como un “contrato interadministrativo”, por cuanto la vigencia de aquel se halla condicionada al cumplimiento de obligaciones bilaterales precisas: el Ministerio de Defensa ha asumido la obligación de manejar las áreas declaradas ENIC, de forma de minimizar el impacto ambiental de las actividades propias de las Fuerzas Armadas y la Administración de Parques Nacionales, ha asumido la obligación de asistir al Ministerio de Defensa, en el adecuado manejo ambiental de las áreas mencionadas.

Los ENIC, son espacios protegidos federales, situados en áreas marinas y/o en tierras del dominio privado del Estado Nacional, asignadas en uso y administración a las Fuerzas Armadas. Estos espacios protegidos, constituyen establecimientos de utilidad nacional, en los términos del art. 75 inc. 30 de la Constitución Nacional.

La jurisdicción federal, ejercida exclusivamente por el Ministerio de Defensa, se circunscribe, a aquella directa e indirectamente dirigida a satisfacer el propósito de interés público específico de estos establecimientos de utilidad nacional (actividades inherentes a las funciones profesionales encomendadas a las Fuerzas Armadas).

La eventual presencia temporal o permanente, de profesionales de la Administración de Parques Nacionales y/o de agentes del Cuerpo de Guardaparques Nacionales, en áreas declaradas ENIC —o posteriormente Reserva Natural Militar—, debería ser considerada como parte del cumplimiento de la obligación de asistencia comprometida por la Administración de Parques Nacionales, y no conlleva la extensión de jurisdicción federal en materia ambiental y/o la extensión de la jurisdicción y/o de las competencias, previstas en la Ley 22.351 y/o en el Decreto 56/2006 —Misión, ámbito de actuación, funciones, atribuciones y obligaciones del Cuerpo de Guardaparques Nacionales, conforme con el art. 33 de la Ley 22.351—.<sup>63</sup>

61. DROMI, R., *Derecho Administrativo*, Quinta Edición, 1996, p. 309.

62. Cláusula Segunda, Punto 3. del Convenio mencionado.

63. Boletín Oficial del 25/1/2006.

Para el logro de los objetivos propuestos, ambas Partes han constituido un Comité Ejecutivo del Convenio, integrado por tres representantes del Ministerio de Defensa, un representante del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, un representante de cada Fuerza y cuatro representantes de la Administración de Parques Nacionales.

De acuerdo con lo señalado en el Anexo I, del Convenio mencionado, se han identificado inicialmente trece áreas, que reunirían todas o algunas de las condiciones, para ser consideradas ENIC.<sup>64</sup>

Como ejemplo concreto de aplicación del Convenio Marco de Cooperación, celebrado entre el Ministerio de Defensa y la Administración de Parques Nacionales, su Comité Ejecutivo acordó que correspondía reconocer a las áreas que presentan mayores avances, como Espacios Naturales de Interés para la Conservación de la Biodiversidad, bajo la figura de “Reserva Natural Militar”.

Entre estas áreas se encuentra Punta Buenos Aires –situada dentro del Área Natural Protegida Península Valdez, Provincia del Chubut–, la que fue declarada como Reserva Natural Militar “Punta Buenos Aires”. Esta nueva reserva natural militar, fue creada en el predio conocido como campo “Los Abanicos”, perteneciente al dominio privado del Estado Nacional, asignado en uso y administración, a la Armada Argentina.<sup>65</sup>

En el marco del Protocolo Adicional N° 3 al Convenio Marco aludido, las Armada Argentina acordó con la Administración de Parques Nacionales un comodato precario, que comprende diversos edificios e instalaciones complementarias, situadas en el campo “Los Abanicos” y esta última entidad autárquica federal asumió la obligación de destacar personal propio, de forma permanente, para ejercer funciones de custodia (control de acceso al predio para evitar el ingreso de personas sin autorización y prevenir la ocupación de las instalaciones, etc.).<sup>66</sup>

64. 1. Los Manantiales –Prov. de San Juan–, 2. Sector de Campo de Mayo conocido como “La Tosquera” –Prov. de Buenos Aires–, 3. Tupungato –Prov. de Mendoza–, 4. Quebrada del Portugués –Prov. de Tucumán–, 5. Puerto Península –Prov. de Misiones–, 6. Campo Sarmiento –Prov. de Entre Ríos–, 7. Magdalena –Prov. de Buenos Aires–, 8. Arsenal Naval Azopardo, Azul –Prov. de Buenos Aires–, 9. Punta Buenos Aires –Prov. de Chubut–, 10. Cabo Blanco –Prov. de Santa Cruz–, 11. C.E.L.P.A. –Mar Chiquita, Prov. de Buenos Aires–, 12. Campo General Belgrano –Prov. de Salta–, 13. Cuartel de Vigilancia de la Ciudad de la Paz –Prov. de Entre Ríos–.

65. Resolución APN/HD n° 229/2008, del 2/12/2008.

66. Resolución APN/HD n° 230/2008, del 2/12/2008.

#### IV. PARQUE INTERJURISDICCIONAL MARINO-COSTERO

A través de la Ley 26.446,<sup>67</sup> fue creado el Parque Interjurisdiccional Marino Costero Patagonia Austral.

El Parque Interjurisdiccional Marino Costero Patagonia Austral, primer área protegida correspondiente a esta nueva categoría de manejo ambiental, con participación federal, se encuentra ubicado “al norte del Golfo San Jorge, en la Provincia del Chubut, al norte de la ciudad de Comodoro Rivadavia y al sur de la localidad de Camarones. Abarca superficies terrestres y marítimas, incluyendo el lecho y subsuelos marino, ocupando unos cien kilómetros de costa y más de cuarenta islas”.<sup>68</sup>

El “Parque Interjurisdiccional”, es una nueva categoría de manejo ambiental, que se caracteriza por la administración y manejo coordinados, de una Provincia –en este caso la Provincia del Chubut– y del Estado Nacional –a través de la Administración de Parques Nacionales–, para proteger ecosistemas costeros y marinos (incluidas islas e islotes).

La causa fuente del Parque Interjurisdiccional Marino Costero Patagonia Austral, es el Tratado Interjurisdiccional celebrado por el Estado Nacional y la Provincia del Chubut, el 8 de agosto de 2007 (ratificado por la Ley antes mencionada).

La Cláusula Primera del Tratado Interjurisdiccional aludido, define a esta nueva categoría de manejo ambiental, como “un espacio de conservación, administración y uso racional de especies marinas y terrestres y sus respectivos hábitat, sometido al manejo conjunto de la Administración de Parques Nacionales y la Provincia del Chubut”.

Los objetivos de esta categoría de manejo ambiental son:

- (1) mantener muestras representativas de los ecosistemas terrestres, costeros y marinos, que aseguren la continuidad de los procesos naturales;
- (2) proteger el patrimonio paisajístico, natural y cultural;
- (3) propiciar y facilitar investigaciones y monitoreos ambientales, como principales actividades asociadas de manejo;
- (4) promover actividades sostenibles, compatibles con la conservación del Parque;
- (5) concientizar sobre la importancia de la conservación del área a los usuarios del Parque y a los habitantes de la región, a través de la interpretación y educación ambiental.

67. Boletín Oficial del 12/1/2009.

68. *Revista Parques Nacionales*, año 7, n° 5, Enero 2010, p. 28.

- (6) garantizar el uso público del Parque, para contribuir al bienestar físico y espiritual de los visitantes, preservando sus atributos naturales y culturales para las generaciones actuales y futuras.<sup>69</sup>

Los aspectos de manejo que distinguen a esta nueva categoría de manejo ambiental, serían las siguientes:

- (1) Para el manejo conjunto del Parque Interjurisdiccional, este se subdivide en dos áreas, (a) un área bajo “responsabilidad” de la Administración de Parques Nacionales (franja marina, desde la línea de más alta marea, con inclusión de islas comprendidas en el polígono marino e islas adyacentes a este) y (b) un área bajo “responsabilidad” de la Provincia del Chubut (todo el sector no comprendido en (a)).
- (2) No existe cesión de dominio y/o de jurisdicción a favor del Estado Nacional.

A partir de un análisis eminentemente práctico, podría interpretarse que, en el Tratado Interjurisdiccional celebrado por el Estado Nacional y la Provincia del Chubut –que prevé que la Administración de Parques Nacionales administrará y manejará el sector marino provincial e islas interiores y adyacentes–, subyace un “contrato de administración”.

En virtud de este “contrato de administración”, “la mandante” –en este caso la Provincia del Chubut–, entrega a “la administradora” –en este caso la Administración de Parques Nacionales–, un área (polígono marino e islas interiores y adyacentes), para que ésta, por medio de su organización y bajo su responsabilidad, conforme a las condiciones previstas en el contrato (Tratado Interjurisdiccional), administre el espacio provincial aludido (entre las condiciones expresamente previstas, se halla la de comunicar con anterioridad a su adopción, todas las decisiones sobre gestión de los recursos naturales de propiedad de la “mandante”, existentes en el área bajo responsabilidad de “la administradora”).

En un “contrato de administración”, “la mandante” otorga a “administradora” un poder especial de administración. En este instrumento público, que se formaliza en una escritura pública, se especifican las facultades requeridas a efectos de que “la administradora” pueda cumplir satisfactoriamente, por sí y/o por intermedio de su personal, los fines y objetos fijados en el contrato. En la “relación contractual” existente entre la Provincia del Chubut y el Estado Nacional, el poder especial de administración, se hallaría configurado por el Tratado y por la aprobación parlamentaria de este (Ley 26.446).

69. Cláusula Tercera del Tratado Interjurisdiccional.

- (3) La Ley 22.351 será aplicable a las funciones y actividades que cumpla la Administración de Parques Nacionales, en todo cuanto sea compatible con la Ley 26.446. Expresamente se exceptúan de aplicación en el ámbito del Parque Interjurisdiccional Marino Costero Patagonia Austral, los arts. 2° (dominio público de las tierras situadas en los Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales), 3° (procedimiento de creación de nuevos Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales), 4° y 5° (régimen de los parques nacionales stricto sensu) y 19° (deber de las entidades y autoridades públicas, de dar intervención previa a la Administración de Parques Nacionales, cuando deban realizar, en jurisdicción de las áreas protegidas federales, actos administrativos que se relacionan con las atribuciones y funciones de aquella).<sup>70</sup>
- (4) La presencia de agentes del Cuerpo de Guardaparques Nacionales, en áreas declaradas Parque Interjurisdiccional Costero Marino, no conlleva la extensión de jurisdicción federal en materia ambiental y/o la extensión de la jurisdicción y/o de las competencias, previstas en la Ley 22.351 y/o en el Decreto 56/2006.
- (5) Las decisiones respecto a la gestión de los recursos naturales existentes en el Área bajo responsabilidad de la Provincia del Chubut (a), sean migratorios o no migratorios y mientras se encuentren dentro de la misma serán adoptadas por ésta, previa comunicación a la Administración de Parques Nacionales, salvo razones de urgencia debidamente justificadas.
- (6) Las decisiones respecto a la gestión de los recursos naturales existentes en el Área bajo responsabilidad de la Administración de Parques Nacionales (b), sean migratorios o no migratorios y mientras se encuentren dentro de la misma serán adoptadas por la Administración de Parques Nacionales, previa comunicación a la Provincia, salvo razones de urgencia debidamente justificadas.
- (7) La ejecución de las acciones dirigidas a cumplir los objetivos propuestos, estará a cargo de una Comisión de Manejo, integrada grada por dos (2) representantes titulares y dos (2) suplentes de la Administración de Parques Nacionales, y dos (2) representantes titulares y dos (2) suplentes en representación de la Provincia. Esta Comisión cuenta con un Consejo Asesor integrado por representantes de los propietarios de tierras rurales donde se asienta el parque, por los pobladores de las mismas, por los titulares de permisos relacionados con las actividades pesqueras, por los representantes de organizaciones no gubernamentales, por los

70. Cláusula Duodécima del Tratado Interjurisdiccional.



organismos técnico-científicos afines y por las Municipalidades situadas dentro del área de influencia del Parque Interjurisdiccional.

- (8) La Comisión de Manejo, además de su competencia ejecutiva<sup>71</sup>, tiene competencia para elaborar el Plan de Manejo y Conservación del Parque Interjurisdiccional, los planes operativos y los reglamentos sobre cada una de las actividades, a ser desarrolladas en el Parque y sobre eventuales prohibiciones.
- (9) Para su vigencia, los instrumentos administrativos mencionados, deberán ser aprobados como condición necesaria para su validez y vigencia, por el Gobernador de la Provincia del Chubut y por el Directorio de la Administración de Parques Nacionales.

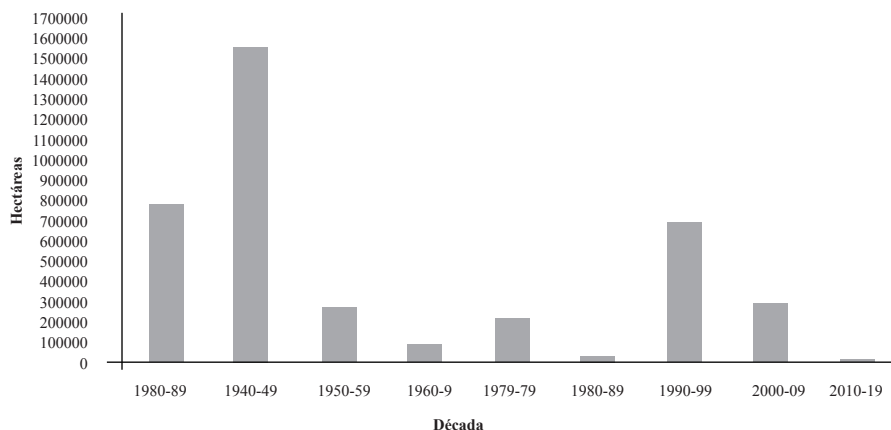
## V. CONCLUSIONES

1. De acuerdo con la definición adoptada en el presente trabajo, el Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas es el “conjunto de áreas protegidas, administradas exclusivamente por el Estado Federal, donde este, a través de la Administración de Parques Nacionales, ejerce la titularidad de la jurisdicción federal que permite garantizar, entre otros aspectos, la estricta y perpetua preservación ambiental, o bien donde aquel (el Estado Nacional), aún sin ser titular la jurisdicción federal aludida, es responsable exclusivo y excluyente de ejercer, a través de la Administración de Parques Nacionales, una custodia que garantice, entre otros aspectos, la estricta y perpetua preservación ambiental”.  
De acuerdo con la definición expuesta, el Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas comprende las siguientes categorías de manejo ambiental: Parque Nacional, Reserva Nacional, Monumento Natural, Reserva Natural Estricta, Reserva Natural Silvestre y Reserva Natural Educativa (estas tres últimas conforman la Red de Reservas Naturales).
2. Cada una de las categorías de manejo ambiental analizadas, posee rasgos administrativo-legales distintivos y todas ellas responden a diversas estrategias adoptadas por el Estado Nacional, para preservar en forma perpetua, la biodiversidad existente en territorio argentino, en concordancia con el mandato previsto en el art. 41 de la Constitución Nacional.
3. El Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas se halla estructurado y regulado por la Ley 22.351, cuya fuente esencial ha sido la Ley 12.103, que creo el Sistema en 1934.

71. Cláusula Séptima del Tratado Interjurisdiccional.

La estabilidad legal del Sistema, en el tiempo, ha permitido su consolidación y su gradual ampliación. Desde 1981 –año que entró en vigencia la Ley 22.351–, la superficie del Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas se incrementó aproximadamente 996.000 has, superficie que equivale al 27% de la superficie total actual del Sistema (ver Figura 1). Este porcentaje es elevado, en función de las cada vez mayores dificultades que presenta la creación de áreas protegidas federales (inexistencia de territorios nacionales, escasez de tierras fiscales federales, elevado precio de la tierra, etc.).

Figura 1. Ampliación del Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas. Incorporación de hectáreas por década<sup>72</sup>



4. El criterio seguido por la Ley 26.389, sancionada en 2008, que se limitó a incorporar el inciso 1) al art. 5° de la Ley 22.351 –prohibición

72. N. del A.: En la Figura no se incluye la superficie correspondiente a la Reserva Nacional El Nogalar de los Toldos, creada en 2006. Se incluyen 247.754 has. correspondientes a la creación del Parque Nacional Río Pilcomayo (1951) y no se excluyen 200.000 has. desafectadas de ese Parque Nacional, en 1968 (Ley 17.915). La incorporación de las superficies correspondientes a los actuales Parques Nacionales Los Glaciares, Perito Moreno, Alerces, y Lanín, se efectúa de acuerdo a la fecha en que fueron declarados parques nacionales (1949) y no de acuerdo a la fecha en que las áreas involucradas, fueron reservadas por decreto, con ese destino (1937). La superficie correspondiente al Parque Nacional Lago Puelo se incorpora al Sistema, en la Figura 1, en la fecha de su declaración como tal (1971), formalizada en la Ley 19.292 publicada en el Boletín Oficial el 16/11/1971) y no en la fecha de la reserva del área (1937), con destino a la futura creación del parque nacional.

de sobrevuelos en áreas categorizadas como parque nacional–, sería el adecuado para actualizar este régimen legal, sin afectar su estructura y funcionamiento, ya consolidado después de más de treinta años de vigencia.

5. La sanción de las Leyes 25.675 –Ley General del Ambiente–, 25.688 –Régimen de gestión ambiental de aguas–, 25.916 –Gestión de residuos domiciliarios–, 26.447 –aplicación de las figuras penales previstas en la Ley 22.421, en jurisdicción del Sistema Federal de Áreas Naturales Protegidas–, 26.639 –Preservación de los glaciares y del ambiente periglacial–, entre otras, aplicadas e interpretadas razonable y sistemáticamente, fortalecen la aplicación de la Ley 22.351.

## BIBLIOGRAFÍA

- COP 10, *Decisión x/2, Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020, Annex, Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 and the Aichi Biodiversity Targets*, IV. *Strategic Goals and the Aichi Biodiversity Targets*, consultado en [<http://www.cbd.int/decisions/cop/>] el 20/07/2011.
- DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Quinta Edición, 1996.
- Guidelines for Applying Protected Area Management Categories*, consultado en [<http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/PAPS-016.pdf>] el 20/07/2011.
- Revista Parques Nacionales*, año 7, n° 5, Enero 2010.



# ENSAYOS



## ENSAYO SOBRE LAS MUJERES Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: EL SIDA Y LA LEY 25.543 DESDE UNA MIRADA BIOÉTICA

CARLOS A. GARAVENTA\*

**Resumen:** Este artículo de investigación toma como punto de partida la idea de que el principal síntoma de la enfermedad del sida, a partir de su descubrimiento hace treinta años, pareciera ser la discriminación que al principio fue sufrida por los hombres homosexuales hasta que se descubrió el virus del HIV en una mujer. Empero, a partir de ese momento, y en un período de tiempo relativamente corto, el número de mujeres infectadas se incrementó a mucha mayor velocidad que el de los hombres. En este sentido, este artículo se propone demostrar cómo la situación de sometimiento de las mujeres y la discriminación que éstas sufren en varios aspectos de su vida explican este fenómeno mundial.

Asimismo, se desarrolla el concepto de autonomía de la voluntad en el marco de la filosofía moderna, partiendo de su concepción como derecho negativo y desarrollando su evolución posterior hacia la idea de un derecho positivo, marcada por el advenimiento de las ideas del Estado de bienestar keynesiano, en el Siglo XX. El punto de partida es la idea de que las mujeres son personas vulnerables, cuyo derecho de libertad (autonomía de la voluntad) se ve afectado. Esto se vincula con el cambio de paradigma, mediante el cual opera una transformación de derecho negativo a derecho positivo. Este *paper* nos brinda, entonces, una explicación acerca de cuáles son los motivos por los que la autonomía de la voluntad de las mujeres debe ser objeto de una protección jurídica especial. Sin embargo, esta protección no debe llegar al punto de transgredir los límites de la libertad que son, además, los que permiten asegurar su goce a todas las personas. En este orden de ideas, se realiza una crítica a la Ley 25.543 y se señala que viola el principio de *enantiotelidad*, porque ampara una conducta lesiva hacia un tercero.

**Palabras clave:** autonomía de la voluntad – bioética – sida – discriminación.

**Abstract:** The starting point of this essay is the idea that, since its discovery thirty years ago, the main symptom of AIDS has seemed to be discrimination, which appeared to

\* Estudiante de Abogacía (UBA). Este trabajo fue presentado como trabajo final del Taller de Escritura Científica 2011 organizado por el CAICYT-CONICET y dictado por la Lic. en Letras Silvia Ramírez Gelbes; quiero dedicarlo especialmente a María Soledad Manin por contagiarme, todos los días, su pasión por la correcta escritura e incentivar a emprender estas aventuras. Cualquier duda, crítica o comentario es siempre bienvenido: cgaraventa@live.com.ar.

be only against homosexual men, until the syndrom was first detected in a woman. From that moment, and in a short period of time, the number of infected women increased at a faster pace than the number of infected men. In this sense, this paper intends to evidence the way in which the subjection of women and discrimination against them concerning various aspects of their lives explain this worldwide phenomenon. The concept of free will is discussed, within the frame of modern philosophy, from its conception as a negative right and its evolution to the idea of a possitive right, emerged in the XXth Century out of Keynes's *welfare state*. We depart from the idea that women are vulnerable persons, whose right to freedom (free will) is not full. This is related to a paradigm change by means of which a negative right turns into a positive right; thus, this paper aims to explain the reason why women's free will must certainly be subjected to a special legal protection. However, this freedom must be enjoyed within the limits of the equal rights of others. In this sense, the Act 25.543 is criticized because it somehow protects a conduct that infringes on a third party's right (*principio de enantiotelidad*).

**Keywords:** free will – bioethics – AIDS – discrimination.

*“La naturaleza recíprocamente nociva de ciertas normas de género subraya la importancia de que los hombres y los niños varones participen de todas las acciones orientadas al cambio. Los varones adultos y los muchachos pueden ser una fuerza poderosa para cuestionar y reconfigurar los estereotipos perjudiciales de masculinidad, confrontar la violencia contra las mujeres y asumir su parte de responsabilidad en la prevención del VIH durante las relaciones íntimas. Los varones adultos y los muchachos tienen que desempeñar un papel más significativo para abordar la desigualdad entre los sexos”.*<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

El síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) es una enfermedad viral transmitida por el virus de inmunodeficiencia humana (HIV, por sus siglas en inglés). Este virus ataca los linfocitos T y perjudica el sistema inmunológico de las personas, que quedan desprotegidas ante infecciones u otro tipo de enfermedades. No por nada esta enfermedad se descubre ante un aumento de casos de neumonía, como veremos más abajo.

1. CARTABIA, S. A., “SIDA: una enfermedad cuya principal causa y consecuencia es la discriminación”, en *Diálogos de Derecho y Política*, año 2, n° 4, Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 2010, p. 16.



La vía de acceso del HIV al cuerpo humano es el torrente sanguíneo y existen sólo tres vías de contagio: la parenteral, a través de la mezcla de sangre infectada con la sangre de una persona sana; por relaciones sexuales sin profilaxis a través del intercambio de semen y flujos vaginales; y por vía perinatal, cuando la mujer contagia el virus a su hijo durante el embarazo, el parto o la lactancia. Existen distintos métodos preventivos para cada una de las tres vías de contagio. Contra la parenteral se debe evitar que la piel tome contacto directo con la sangre de otra persona infectada, ya que el virus puede ingresar al organismo a través del tejido muscular expuesto ante la menor lesión dérmica; a tal fin se utilizan elementos que permiten mantener la piel aislada, como los guantes de látex. Otra forma de evitar este tipo de contagio es a través de la utilización de jeringas descartables, ya que así se impide que éstas sean compartidas. A su vez, los bancos de sangre deben tomar las medidas necesarias para evitar el contagio por medio de transfusiones, entre otras medidas tendientes a evitar la mezcla de sangre infectada con sangre sana. Con respecto a las relaciones sexuales, está comprobado científicamente que la utilización de preservativos de látex evita el contagio. Finalmente, el contagio perinatal puede evitarse si la madre se realiza el test de HIV y, ante el resultado positivo, los médicos encargados de seguir el embarazo y el parto toman los recaudos necesarios para evitar el traspaso del virus.

Desde que esta enfermedad fue descubierta en la década de 1980, a partir de investigaciones realizadas en Atlanta por el *Center for Diseases Control and Prevention* ante el incremento de casos de neumonía en hombres que habían mantenido relaciones homosexuales, el principal síntoma del sida fue la discriminación, que se plasma en lo que algunos autores llaman una “sinergia de estigmas”,<sup>2</sup> que estuvo relacionada también con la falta de educación. Si bien en 1984 ya se había descubierto el virus del HIV, hasta el final de la década de 1990 podían encontrarse casos de extrema discriminación hacia los portadores del virus como consecuencia de un infundado y exagerado temor al contagio. Esto llevó a que, en esos años, se realizaran intensivas campañas publicitarias con el objeto de poner en conocimiento a la población de que el HIV no se contagiaba, por ejemplo, por la saliva.

El sida hoy muestra otro tipo de faceta discriminatoria diferente a la de treinta años atrás. En la actualidad, no es una enfermedad tan relacionada con la homosexualidad, pero sí con dos grupos sociales importantes: los pobres y las mujeres. Los datos empíricos corroboran esta hipótesis: África —el continente más pobre del mundo— es el continente con mayor número de infectados; asimismo, a diferencia de los primeros años en donde el sida se presentaba sólo en hombres, el porcentaje de mujeres infectadas con el virus ha crecido sostenidamente en la última década,

2. PECHENY, M. (dir.) y PETRACCI, M. (coord.), *Argentina. Derechos humanos y sexualidad*, Buenos Aires, CEDES, 2007, p. 217.

por lo que cabe inferirse que esta enfermedad se ha *feminizado*, según surge de un estudio realizado por el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES).<sup>3</sup>

## II. METODOLOGÍA

El propósito de este trabajo es estudiar el segundo grupo afectado por la discriminación y el sida: las mujeres. Para cumplir con este objetivo me valdré de las ideas de diversos autores (que serán citados a lo largo del *paper*) que han escrito en diferentes momentos históricos, adscriben a ideas políticas diferentes y pertenecen a diversas escuelas filosóficas. Hecho esto, presentaré un debate en el que se intentará responder al siguiente interrogante: ¿alcanza el principio de autonomía de la voluntad a las mujeres o su nivel de sometimiento hace que no gocen de libertad plena? Finalmente realizaré una crítica a la Ley 25.543 en cuanto a que, al intentar brindar mayor protección a la autonomía de la mujer, otorga a las embarazadas la posibilidad de decidir si desean realizarse, o no, el test de HIV para evitar el traspaso de la enfermedad al hijo.

## III. RESULTADOS

De los tres principios que rigen la bioética –autonomía de la voluntad, beneficencia (con su concomitante lógico: no maleficencia) y justicia–,<sup>4</sup> el más tutelado en la Ley 23.798, mejor conocida como la Ley de sida, como en su reglamentación por Decreto 1.244/1991, es el de autonomía de la voluntad. Esto puede verse en el art. 2 de la Ley de sida, como también en su reglamentación, en donde se establece, además, el consentimiento informado y el deber de confidencialidad y secreto médico, y se enumeran siete excepciones a este último. A su vez, la reglamentación del art. 6 de la ley dispone que: “El profesional médico tratante determinará las medidas de diagnóstico a las que deberá someterse el paciente, previo consentimiento de este. Le asegurará la confidencialidad y, previa confirmación de los resultados, lo asesorará debidamente”, estableciendo, en la reglamentación del art. 8, el procedimiento para asegurar la confidencialidad del resultado. Por otra parte, la Ley 25.543 protege la autonomía de la voluntad y el consentimiento informado de la mujer embarazada, y obliga al médico a ofrecerle la realización del test de HIV.

3. *Ibidem*, pp. 216-217.

4. Conf. VÁZQUEZ, R., “Teorías y principios normativos en bioética”, en *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n° 23, Alicante, Universidad de Alicante, 2000, p. 436.

La Ley de sida obliga al Estado a cubrir los tratamientos y a hacer lo posible para impedir la propagación del virus. Empero, el Estado argentino se ha desentendido siempre de esta obligación, lo cual queda evidenciado, entre otras cuestiones, en que no hay cifras oficiales sobre cantidad de infectados, por lo que éstas dependen de investigaciones privadas. La evasión de estas obligaciones suele fundarse en que se trata de decisiones sobre políticas públicas y, por lo tanto, son cuestiones políticas no justiciables y se valen de la trágica división entre derechos negativos, respecto de los cuales el Estado tiene la obligación de no interferir, y derechos positivos, que requieren que el Estado actúe positivamente para su tutela.<sup>5</sup> Uno de estos derechos positivos es, justamente, asegurar la salud y, en este sentido, ciertos autores opinan que no es obligación del Estado utilizar los recursos financieros para hacerlo. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en sentido contrario a esta doctrina en el fallo “Asociación Benghalensis y otros c/Estado Nacional”,<sup>6</sup> dictado el 1º de junio de 2000, en el que se obligó al Estado argentino a cumplir con las obligaciones que le impone la Ley de sida.

Como podemos ver, la autonomía de la voluntad es medular en el desarrollo de este tema: la tutela de la voluntad, que se ejerce de modo tan particular en estos casos, surge justamente del contenido social discriminatorio que ha tenido esta enfermedad, principalmente en el ámbito laboral. Con el fin de evitar este uso, precisamente, los empleadores no pueden exigir la realización del test de HIV en los exámenes psicofísicos previos a la incorporación laboral y, por consiguiente, existe la posibilidad de no realizarse dicho test.

Ya vimos cómo se protege la autonomía del individuo, pero ¿a qué nos referimos cuando hablamos de autonomía de la voluntad? Este principio está relacionado con la libertad de las personas. En *El contrato social*, Rousseau ya decía que “el hombre ha nacido libre y por todas partes se encuentra encarcelado”.<sup>7</sup> De esta forma, el autor criticaba a los Estados absolutistas y despóticos. Las ideas rousseauianas fueron tomadas a fines del Siglo XVIII por los jacobinos en la Revolución Francesa, en donde se pondría el acento en el respeto de la libertad y la igualdad entre las personas. En este orden de ideas, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 estableció que la libertad “consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás; de este modo, la existencia de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados sino por ley” (art. 4). Finalmente, en el Siglo XIX, con el advenimiento del capitalismo industrial y la cúspide del liberalismo clásico, se terminó de

5. HOLMES, S. y SUNSTEIN, C., *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011, p. 56.

6. Fallos de la CSJN, t. 323, p. 1339.

7. ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, Buenos Aires, Losada, 2003, p. 35.

dar forma a la idea de autonomía de la voluntad o autonomía de la persona con las ideas del utilitarismo.

En su obra *On Liberty*, el filósofo utilitarista John Stuart Mill hace especial referencia a la necesidad de limitar el autoritarismo del gobernante sobre la autonomía del individuo.<sup>8</sup> Podemos decir que la autonomía del individuo es todo aspecto de su vida que se vincula con su privacidad y debe estar exento de la coacción estatal. Mill dice que: “Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”.<sup>9</sup> Esto es lo que los comentaristas de Mill denominaron el *principio del daño* que establece que toda persona goza de la suficiente autonomía para realizar conductas auto-referentes siempre que su comportamiento no provoque un daño a otro. Si bien, como señala Martín Farrell, el *principio del daño* es el único válido para castigar; es decir, para limitar la libertad, éste es un principio vago.<sup>10</sup> No me interesa desarrollar aquí los motivos de la vaguedad del *principio del daño*, mas es interesante exponer que algunos comentaristas millianos reflexionan en torno a esto y llegan a la conclusión de que el daño puede producirse no sólo por acción sino también por la omisión de realizar una conducta que pudo haberlo evitado. Por lo tanto, cuando hablamos de la libertad ya no nos estamos refiriendo sólo a la facultad de realizar todas las acciones auto-referentes que no dañen a otros; sino que a ésta además se le impone como limite el obligar a la persona a realizar una acción cuando ella sirva para evitar un daño. Autores como David Lyons aplican esta idea a la actuación del Estado y establecen que éste debe llevar a cabo políticas para “prevenir –o eliminar– algunos daños significativos, tales como la desnutrición y el hambre, las perturbaciones emocionales, la enfermedad, la vulnerabilidad al ataque o la falta de vivienda”.<sup>11</sup> Esta interpretación del *principio del daño* sumada al avance de las ideas igualitaristas de la izquierda dieron origen –como veremos más adelante– a un cambio de paradigma según el cual la labor del Estado para garantizar la libertad no se limita sólo a no interferir con las conductas auto-referentes que no causan daño a otros, sino también a llevar a cabo acciones tendientes a proteger la autonomía de las personas más vulnerables.

Las ideas del utilitarismo fueron receptadas por la iusfilosofía en el principio de clausura de Hans Kelsen, según el cual todo lo que no está prohibido está permitido<sup>12</sup>. Principio que podemos encontrar en el art. 19 de la Constitución

8. MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Barcelona, Orbis, 1985, p. 26.

9. *Ibidem*, p. 30.

10. FARRELL, M. D., *El Derecho liberal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 144.

11. *Ibidem*, p. 165.

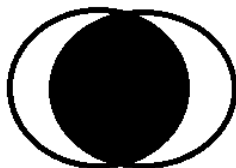
12. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2003, p. 135.

Nacional y cuyo límite se encuentra en las conductas que causan daño a terceros. Por ello –enfatisa Nino– no puede pensarse a una persona por cuestiones meramente morales a menos que causen un daño a otra persona.<sup>13</sup>

De esta forma, pareciera que cuando hablamos de respetar la autonomía de la voluntad estamos refiriéndonos a que el Estado no debe causar un daño injustificado a una persona, cuya acción privada no perjudica más que a sí misma. Si volvemos sobre la división entre derechos positivos y negativos a los que hice alusión al comentar el fallo *Asociación Benghalensis*, podríamos decir que la autonomía de la voluntad es un derecho negativo, puesto que sólo requiere que el Estado no interfiera en su desarrollo. Sin embargo, este concepto histórico de autonomía personal fue mutando conforme a la evolución de la filosofía y, principalmente, a partir de los aportes de las ideas políticas de la izquierda. En este orden de ideas, el anarquista Mijail Bakunin realiza un interesante estudio sobre la libertad y la igualdad y llega a afirmar que sólo puede gozarse de la primera cuando ella se encuentra unida a la segunda, es decir, desarrolla un interesante concepto de libertad-social diferente de la tradicional libertad-individual. Así nos dice: “la libertad del individuo es incrementada y no limitada por la libertad de todos. Sólo soy libre cuando todos los seres humanos que me rodean, hombres y mujeres, son igualmente libres. Lejos de limitar o negar mi libertad, la libertad de los demás es su condición necesaria y su confirmación”.<sup>14</sup>

Estas críticas que realiza la filosofía de izquierda están orientadas a mostrar que, si hay desigualdad entre las personas, no puede existir una auténtica autonomía de la voluntad. Si quisiéramos graficar como la desigualdad afecta a la autonomía podríamos hacerlo a través de dos círculos superpuestos, como figura en el Gráfico 1: el espacio superpuesto es la autonomía que una persona cede a la otra mientras que lo que no queda superpuesto es la autonomía personal que conserva el individuo.

Gráfico 1. Autonomía de la voluntad entre iguales

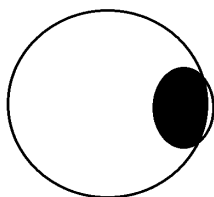


13. NINO, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 272.

14. BAKUNIN, M., *Escritos de filosofía política* (compilación de G. P. Maximoff), Madrid, Alianza, 1978, t. II, p. 14.

Cuando el diámetro de los círculos es el mismo, hablamos de autonomía entre iguales. Pero cuando el diámetro de un círculo es mayor al de otro, estamos en presencia de autonomía entre desiguales, como sucede en el Gráfico 2. Aquí, el círculo más grande, que representa al individuo más poderoso, conserva mayor autonomía personal que el individuo menos poderoso y, de esta manera, absorbe prácticamente la totalidad de la autonomía del círculo más pequeño, que representa al individuo más débil.

Gráfico 2. Autonomía de la voluntad entre desiguales



La autonomía de la voluntad se convierte, entonces, en un derecho positivo y recae en el Estado la obligación de protegerla para que la situación del Gráfico 2 se asemeje en la mayor medida posible a la del Gráfico 1. Es a través de la tutela legal que se busca que la persona con mayor poder no afecte tanto a la más vulnerable. Nos encontramos, entonces, con un cambio de paradigma que genera, en cierta forma, una extraña paradoja. En el viejo paradigma, el Estado no debía interferir en la autonomía de las personas; pero, en el actual, sí debe hacerlo, con el fin de garantizarla. Esta paradoja, que se produce en tanto que el Estado por un lado no debe interferir y por el otro sí, hace que la cuestión de la autonomía de la voluntad, que ha suscitado polémicas por más de tres siglos, siga gozando de gran actualidad.

Por eso mismo es que la Ley de sida –sobre la cual hice un comentario al comenzar con este acápite– hace tanto énfasis en la protección de la autonomía de la voluntad como en el consentimiento informado. Este último no es tutelado por casualidad sino bien a conciencia. El consentimiento informado es la herramienta de la que dispone el profano para hacer valer su autonomía frente al galeno, ya que el primero se encuentra en una situación de clara inferioridad con respecto a los conocimientos que maneja el segundo. Por eso es que la nueva Ley 26.529 de consentimiento informado asegura que el profesional le brinde al paciente la adecuada información de manera “clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente” (art. 3).

Podemos ver con facilidad cómo este cambio de paradigma opera en nuestro Derecho. Del histórico no-intervencionismo estatal se ha pasado a una tutela positiva de la autonomía de la persona lo que, en algunos supuestos, como la Ley de

sida o la de consentimiento informado resulta sumamente positivo. Sin embargo, en otros casos, se brinda una protección exagerada que desvirtúa la finalidad de este principio, que no debemos olvidar: se es libre y autónomo en tanto y en cuanto el ejercicio de esa autonomía no cause un daño a un tercero. En mi opinión, este es el error de la Ley 25.543 y aquí es donde el pensamiento de los históricos nos servirá para solucionar los problemas de hoy. Esta cuestión, sin embargo, será retomada y profundizada más adelante.

En consonancia con el nuevo paradigma que acabo de exponer, Pedro Hooft, jurista experto en bioética, cita el Informe Belmont para definir el principio bioético de autonomía y dice que “el respeto por las personas incorpora al menos dos convicciones éticas: primera, que los individuos deberán ser tratados como entes autónomos y segunda, que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección”.<sup>15</sup> A partir de aquí intentaré mostrar como las mujeres se encuentran dentro de este grupo de personas, ya que su autonomía se encuentra limitada por diversos mandatos de tipo social-moral que no deberían tomarse en consideración para limitar la autonomía de las personas.

Si bien la afirmación relativa a que una mujer está determinada por la sociedad en que vive puede ser considerada entimemática, ya que todas las personas se ven determinadas por el ámbito en que desarrollan su vida,<sup>16</sup> y por lo tanto, será tachada de tautológica. Lo que los antropólogos llaman determinación por la sociedad trasciende, en relación con las mujeres, los límites de ésta, por lo que deberíamos decir –de forma más acertada– que las mujeres se encuentran sometidas por la sociedad en la que viven.

La máxima exponente del feminismo radical, Catharine MacKinnon, se vale de la teoría marxista para explicar una explotación sexual de la mujer por parte de una sociedad patriarcal<sup>17</sup> que domina a las mujeres a través de una cultura machista. Esta cultura está a la vista de quien quiera verla, no se requiere mayor esfuerzo que prender el televisor y ver cómo el programa de mayor audiencia de nuestro país se vale de la cosificación del cuerpo femenino convirtiendo a la persona (la mujer) en un objeto.<sup>18</sup>

Todo esto lleva al feminismo radical a exponer dogmas fundamentalistas como: *toda relación sexual es una violación*. No es extraño, por ejemplo, que la gran mayoría de la población infectada de HIV en el continente africano esté

15. HOOFT, P., *Bioética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 7.

16. D'AURIA, A., *Rousseau: su crítica social y su propuesta política (una lectura actual y libertaria)*, Buenos Aires, La Ley - Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2007, p. 115.

17. MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra, 1995, p. 23.

18. Ver: BENENTE, M., “Bailando por un sueño como producto de la industria cultural” en *Derecho y barbarie*. Num. 1, Buenos Aires, 2008, pp. 34-40.

constituida por mujeres cuando se las cría enseñándoles que no pueden negarse a tener relaciones sexuales cuando un hombre se los exige. Hablar de África nos parece lejano, pero si miramos hacia adentro de casa veremos que infinidad de mujeres son víctimas de la violencia y obligadas a mantener relaciones sexuales con sus maridos o parejas, aún cuando internamente no quieran hacerlo, porque se ven culturalmente obligadas a satisfacer el apetito sexual del hombre.

Teniendo en cuenta lo dicho, la respuesta a la pregunta: ¿gozan las mujeres de autonomía de la voluntad?, es negativa. El pensamiento feminista ha dado respuesta a esta opresión de la autonomía. Dentro de lo que podríamos denominar anarcofeminismo. Emma Goldman “pugna por el derecho de cada mujer a decidir sobre su propia sexualidad y fertilidad, rechazando vehementemente todo tipo de intromisión estatal que lo regule, y por supuesto, también todo tipo de intromisión por parte de la Iglesia y demás discursos moralizantes”.<sup>19</sup> Goldman se enrola en el viejo paradigma de no-intervención estatal; de hecho, si bien el nuevo paradigma reconoce su génesis en pensadores de la izquierda anarquista, éstos jamás hubieran pugnado por el intervencionismo estatal, ya que reconocen en el Estado la cúspide de toda desigualdad porque dota de legitimidad a sus causas.<sup>20</sup> El Estado-intervencionista no es más que una válvula de escape del sistema capitalista, que entrega migajas para seguir conservando el pan, para así evitar la revolución socialista, como expone el politólogo y economista Martín Unzué explicando las causas que dieron origen al keynesianismo<sup>21</sup>. El feminismo radical –que se autodefine como marxista–, a diferencia de Goldman, distorsiona la repugnancia a los derechos de Marx y modifica la teoría marxista del Derecho para afirmar que el Estado, a través del Derecho, debe tutelar de manera especial a las mujeres y reconocerlas en forma particular.<sup>22</sup>

En lo que coinciden tanto Goldman como MacKinnon es en que la Iglesia y su discurso moralizante no debe intervenir. Cuando estas autoras hablan de Iglesia, se refieren a la Iglesia Católica, cuyo poder es tan grande que hasta es considerada un sujeto de Derecho Internacional. Podríamos detenernos en su sistema de gobierno extremadamente machista que la lleva a no tener el más mínimo respeto por los tratados de Derechos Humanos que hacen referencia a la igualdad de oportunidades

19. BARREIRO, M. E., “Libertad, mujer y derechos reproductivos en Emma Goldman”, en D’AURIA, A. (coord.), *El anarquismo frente al Derecho*, Buenos Aires, Anarres, 2007, p. 130.

20. ROUSSEAU, J. J., *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Barcelona, Folio, 2007, p. 114.

21. UNZUÉ, M., “Nueva racionalidad en el estado poskeynesiano: una revisión de la relación de lo público y lo privado”, en *Periferias*, n° 1, Buenos Aires, Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas, 1996, p. 40.

22. Ver: BROWN, W., *States of injury*, Princeton, Princeton University Press, 1995, pp. 96-134. La autora realiza un excelente análisis sobre las interpretaciones y transformaciones que se han efectuado de los comentarios de Karl Marx sobre los derechos hasta llegar a la llamada “teoría marxista del Derecho”.



entre el hombre y la mujer; y por ello, como sujeto de Derecho, debería estar sometida a responsabilidad internacional. En lo que hace al sida, la Iglesia Católica no es inocente en contribuir a la expansión del HIV, ya que es la principal enemiga de la utilización del único método de prevención para la transmisión del virus por vía sexual. Incluso lo ha hecho difundiendo información falsa sobre la efectividad del preservativo de látex para evitar el contagio (que se calcula en el 98,7%).

Pero esto no es todo, el Papa Benedicto XVI ha realizado declaraciones todavía más aberrantes al permitir el uso del preservativo sólo a “las prostitutas”. De esta forma el mensaje que se transmite es que la mujer que utiliza este método es una promiscua. Se refuerza así una forma de discriminación sociocultural mediante la cual el hombre que tiene relaciones sexuales con varias mujeres está bien visto por la sociedad, pero la mujer que tiene sexo con varios hombres es una promiscua o una “prostituta”, en el violento lenguaje de la Iglesia. Este tipo de tradiciones pudieron verse también en el Derecho, por ejemplo, cuando el Código Penal tipificaba el adulterio: mientras que para que el hombre incurriera en este delito debía llevar una suerte de “doble vida”, para la mujer el delito se tipificaba con sólo un encuentro sexual ocasional.

La estigmatización social de la mujer como promiscua es explicada de manera excelente por Slavoj Žižek citando la campaña de la *Moral Majority* contra el aborto. En esta campaña, se configura un estereotipo de mujer diferente al tipo de mujeres que suelen realizarse la mayor cantidad de abortos en los Estados Unidos. Las mujeres que abortan suelen ser de clases bajas, con poca o nula educación, generalmente víctimas de violencia familiar, iniciación sexual prematura y víctimas de violaciones. En cambio, la campaña que Žižek critica dice que la mujer que se realiza abortos es “la profesional de éxito, sexualmente promiscua, que apuesta por su carrera profesional antes que por la *vocación natural* de ser madre”.<sup>23</sup> Vale la pena resaltar la frase *sexualmente promiscuas*, ya que es el mismo estigma con el que viven las mujeres que son HIV positivas. Al igual que en el caso del aborto, suelen ser mujeres sin recursos, sin educación, víctimas de la violencia familiar y muchas víctimas de violaciones; empero, la marca social con la que deben vivir es la de *promiscuas*.

De lo dicho hasta aquí surge que no se respeta la autonomía personal de las mujeres de la misma forma que la de los hombres y a partir de allí se explica mejor por qué es que hoy existe un crecimiento sostenido de casos de sida en mujeres, que llega a casi igualar los casos de hombres en tan sólo una década, cuando hace treinta años –cuando se comenzó a investigar esta enfermedad– había una relación de ochenta y seis hombres infectados por cada mujer. Los Estados tampoco se

23. ŽIŽEK, S., *En defensa de la intolerancia*, Madrid, Sequitur, 2008, p. 14.

preocupan mucho por proteger a este grupo vulnerado<sup>24</sup> y el nuestro no es la excepción. De hecho la única ley que hace especial referencia a la mujer en relación con el sida es la Ley 25.543, que analizaré a continuación, y que, en realidad, se dirige más a la protección del hijo que a la mujer embarazada, a excepción del art. 5, referido a la obligación de dar contención a la mujer HIV positiva que esté embarazada.

El art. 1° de esta ley dispone el ofrecimiento obligatorio de la posibilidad de realizarse el test de HIV a la mujer embarazada. Se tutela la autonomía de la voluntad de la mujer en este sentido toda vez que el test no es obligatorio y la mujer, recibiendo previamente la adecuada información al respecto (art. 4) puede dar, o no, su asentimiento para realizárselo (art. 3). Sin embargo, esto no está orientado a amparar a la mujer, sino a conocer su situación para poder tomar los recaudos necesarios a fin de evitar el traspaso del virus a su hijo por vía perinatal.

Se nos presenta aquí un difícil debate desde el punto de vista bioético que pone en su centro la autonomía de la voluntad de la mujer que defendimos anteriormente. Si la realización del test no es obligatoria significa que la mujer puede negarse a hacerlo, pero, con esta actitud, está poniendo en peligro de contagio al hijo. La pregunta que consecuentemente debemos plantearnos es: ¿es correcto que la mujer tenga el derecho de opción aquí o debería estar obligada a realizarse el test de HIV? Puede objetárseme esta cuestión por abstracta ya que no se conocen casos en donde la mujer se haya negado a realizarse el test. Mas el hecho de que no haya ocurrido no significa que no pueda ocurrir y, teniendo en cuenta el carácter preventivo del Derecho, me resulta muy fácil refutar este argumento.

También puede objetárseme una incongruencia lógica<sup>25</sup> en mi argumentación ya que adscribo a la teoría feminista, que es defensora, entre otras cosas, del aborto, y ahora pretendo velar por los *derechos del feto*. Debo aclarar que esta es una objeción falaz. Por adscribir a la teoría feminista estoy a favor del aborto y considero que debe respetarse la autonomía de la mujer que decide realizárselo.<sup>26</sup> Pero son cosas distintas el hacerse un aborto que el continuar un embarazo cuando existe la posibilidad de ser portadora de HIV, y al negarse a conocer esta situación se está

24. En este orden de ideas vale la pena mencionar que existen pensadoras feministas que consideran —en sentido contrario a lo que aquí sostengo— que es mejor que así sea argumentando que el reconocimiento jurídico a las mujeres a fines del Siglo XX corresponde a un extendido control estatal y médico sobre la conducta reproductiva y sexual de las mujeres. Ver: PETCHESKY, R., *Abortion and women's Choice: the state, sexuality and reproductive freedom*, Nueva York, Longman, 1984.

25. Uno de los principios de la lógica aristotélica es el de no-contradicción:  $\neg(p \cdot \neg p)$ .

26. Aunque no es necesario enrolarse en la escuela feminista para sostener esto. En la filosofía libertaria también se encuentra esta misma objeción contra la punición del aborto argumentando que el primer derecho es el de propiedad sobre el propio cuerpo y que la mujer debería de gozar de autonomía respecto de las decisiones a tomar sobre el suyo. Ver: ROTHBARD, M., *Hacia una nueva libertad. El manifiesto libertario*, Buenos Aires, Grito Sagrado, 2005, pp. 127-128.

poniendo en riesgo de contagio al hijo que efectivamente nacerá, ya que hablamos de un caso en donde la mujer no desea abortar.

Nuestra posición se fundamenta en la filosofía de los pensadores históricos, en los límites de la autonomía de la voluntad, que están dados por el *principio del daño* o, como lo llama Nino, el principio de *enantiotelidad*.<sup>27</sup> Tomando esto en consideración es que nuestra propuesta se orienta a que la mujer embarazada tenga la obligación de realizarse el test de HIV si tiene intención de continuar con su embarazo. El Estado debe legislar en este sentido, ya que su principal obligación en lo que a sida se refiere es hacer todo lo posible por evitar la propagación del virus.

En este orden de ideas, vale la pena traer a colación lo resuelto el 25 de noviembre de 2011 por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo “D. E. R. s/Recurso de casación”.<sup>28</sup> Los hechos del caso son, lamentablemente, moneda corriente en la justicia: una mujer es violada y se la contagia de sida. La Justicia, entonces, ordena una extracción compulsiva de sangre con el fin de obtener una muestra de ADN del imputado; pero la particularidad de este caso es que también se utilizaría la muestra para saber si el imputado es portador del HIV y probar que fue él quien contagió a la víctima. El abogado defensor recurrió esta orden de la justicia apelando al derecho de intimidad y autonomía de la voluntad en cuanto a la toma de decisiones de la persona sobre su propio cuerpo; además alegó la doctrina del *test de proporcionalidad* para tachar de irrazonable la medida probatoria ya que la obtención de una muestra de ADN puede conseguirse por otros medios no invasivos como lo es la extracción compulsiva de sangre. El razonamiento que realiza el juez de la Cámara, Alejandro Slokar, es brillante: rechaza el argumento de la supuesta irrazonabilidad de la medida argumentando que la única forma de saber si una persona es portadora del HIV es a través de un análisis químico de su sangre. Corroborada, entonces, la proporcionalidad del medio probatorio rechaza el agravio referido a una supuesta violación de la autonomía del individuo fundándose en que la negativa a realizarse la extracción no puede considerarse como una conducta incluida dentro del ámbito de la libertad del imputado sino como una obstrucción al desarrollo de la tarea judicial y al esclarecimiento de la verdad, más si se toma en consideración el presunto daño que el imputado causó a su víctima. Este razonamiento de Slokar merece ser resaltado pues pone de manifiesto la importancia de la postura que sostiene este ensayo: si bien es importante tutelar la autonomía de las personas en materia de sida, y más aún la de los grupos altamente vulnerables, la protección debe ser razonable; y no debe garantizarse por medio de una norma jurídica la posibilidad de dañar a otro.

27. NINO, C. S., *op. cit.*, p. 324.

28. Causa N° 14.090. Publicado en el diario jurídico *El Dial Express*, año XIV, n° 3.422, miércoles 28 de diciembre de 2011, elDial.com - AA723B.

La negativa de la mujer embarazada a realizarse el test de HIV, y el posterior contagio de sida a su hijo implica un daño directo a la persona toda vez que, de haber conocido la situación de enferma de la mujer, se hubieran podido tomar las medidas necesarias para evitar el traspaso del virus. En consecuencia, la mujer debería responder tanto en sede civil como penal, ya que su actuar encuadra de manera perfecta en lo que Luigi Ferrajoli llama el principio de *lesividad*.<sup>29</sup>

#### IV. CONCLUSIÓN

Hemos llegado al final de este opúsculo y, lamentablemente, la conclusión que debo dar no es muy esperanzadora. El sida es una terrible enfermedad, un flagelo mundial y, por desgracia, sus víctimas son también afectadas por el flagelo social de la discriminación.

La situación de las mujeres es la peor:<sup>30</sup> se ven sometidas a una inferiorización sociocultural que llega a niveles tan graves como el desprecio. Por ejemplo, en China, donde no puede tenerse más de un hijo debido a la superpoblación del país, los padres que tienen una niña optan por matarla —y esta actitud está permitida por el gobierno chino— para, eventualmente, poder engendrar un hijo varón, ya que las mujeres son despreciadas en la sociedad china. Este menoscabo y desprotección que padecen las mujeres socialmente se traduce en una mayor vulnerabilidad a contraer el virus y, en caso de contraerlo, en una discriminación aún mayor a la que ya sufrían en razón de su género.

Resulta, entonces, fundamental que los Estados tutelen la autonomía de las mujeres para evitar las relaciones sexuales forzadas o sin protección (sin utilización de preservativos de látex) y para que, por otra parte, no se las obligue a realizarse el test de HIV si así no lo desean y se respete la confidencialidad del resultado para aquellas que se lo hagan. Sin embargo, se presenta un problema cuando la mujer está embarazada porque, a los fines de la preservación de la salud del hijo, sí debería estar obligada a realizarse el test. En esto último, debemos apelar al pensamiento de los filósofos históricos para resolver este conflicto de hoy. El límite del ejercicio y la protección de la autonomía debe ser el no causar un daño a otro. Contra esto no hay cambio de paradigma o paradoja filosófica que pueda oponerse.

29. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 466.

30. Conf. CARTABIA, S. A., *op. cit.*, p. 15.

## BIBLIOGRAFÍA

- BAKUNIN, Mijail, *Escritos de filosofía política* (compilación de G. P. Maximoff), Madrid, Alianza, 1978.
- BENENTE, Mauro, “Bailando por un sueño como producto de la industria cultural”, en *Derecho y barbarie*, n° 1, Buenos Aires, 2008.
- BROWN, Wendy, *States of injury*, Princeton, Princeton University Press, 1995.
- CARTABIA, Sabrina Ayelén, “SIDA: una enfermedad cuya principal causa y consecuencia es la discriminación”, en *Diálogos de Derecho y Política*, año 2, n° 4, Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 2010.
- D’AURIA, Anibal (coord.), *El anarquismo frente al Derecho*, Buenos Aires, Anarres, 2007.
- *Rousseau: su crítica social y su propuesta política* (una lectura actual y libertaria), Buenos Aires, La Ley - Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2007.
- FARRELL, Martín D., *El Derecho liberal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- HOOFT, Pedro, *Bioética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Depalma, 1999.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2003.
- MACKINNON, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra, 1995.
- MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, Barcelona, Orbis, 1985.
- NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- PECHENY, Mario (dir.) y PETRACCI, Mónica (coord.), *Argentina. Derechos humanos y sexualidad*, Buenos Aires, CEDES, 2007.
- *Abortion and women’s Choice: the state, sexuality and reproductive freedom*, Nueva York, Longman, 1984.
- ROTHBARD, Murray, *Hacia una nueva libertad. El manifiesto libertario*, Buenos Aires, Grito Sagrado, 2005.
- ROUSSEAU, Jean Jaques, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Barcelona, Folio, 2007.
- *El contrato social*, Buenos Aires, Losada, 2003.
- UNZUÉ, Martín, “Nueva racionalidad en el estado poskeynesiano: una revisión de la relación de lo público y lo privado”, en *Periferias*, n° 1, Buenos Aires, Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas, 1996.

VÁZQUEZ, Rodolfo, “Teorías y principios normativos en bioética”, en *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n° 23, Alicante, Universidad de Alicante, 2000.

ZIZEK, Slavoj, *En defensa de la intolerancia*, Madrid, Sequitur, 2008.

## REPENSANDO LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DESDE EL ABORDAJE AL ART. 213 DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

NOELIA MATALONE\*

**Resumen:** Este ensayo intenta presentar abordajes críticos sobre el delito tipificado en el art. 213 del Código Penal. En tal temperamento, se contraponen el tipo penal de apología del delito con los derechos individuales de las personas, en particular, la libertad de expresión. En este sentido, la autora formula una propuesta de derogación de la norma, como consecuencia de los fundamentos y efectos de esta norma, todo ello en orden a preservar, por sobre los intereses que puedan sostener este tipo de prohibición, la pluralidad de voces en la sociedad. Para ello, apela al sentido de la tolerancia social y a los principios de razonabilidad y de necesidad del sistema penal al momento de investigar y perseguir este tipo de casos.

**Palabras clave:** apología del delito – delitos de opinión – control social – libertad de expresión – límites del poder punitivo – fundamentos del tipo penal.

**Summary:** This essay tries to present some critical approaches to the crime determined in the article 213 of the Criminal Code. With this in mind, the criminal offense of apology of crime is contrasted with the individual rights of the people, particularly the freedom of speech. In this sense, the author proposes the revocation of this article, as a consequence of the basis and effects of the article, all these in order to preserve, over the interests that could support this type of prohibition, the plurality of voices in the society. For this, the author appeals to the sense of social tolerance and the principles of reasonability and of necessity of a criminal system when searching and chasing this type of cases.

**Keywords:** apology of crime – crimes of opinion – social control – freedom of speech – limits to the punitive power – basis of the criminal offense.

\* Estudiante de Abogacía (UBA).

## I. INTRODUCCIÓN. PLANTEO DE LA HIPÓTESIS

La apología del crimen se encuentra tipificada en el art. 213 dentro del Capítulo II, del Título VIII rubricado “Delitos contra el orden público”, ubicado en el Libro Segundo de nuestro Código Penal.

La hipótesis de trabajo se encuadra en la inconstitucional punición que integra al nombrado delito, la cual se opone a los principios constructores del Derecho Penal, a los principios constitucionales y cuando, a todo evento, las tesis que la apoyan resultan contrarias a la lógica y al carácter analítico de las Ciencias Jurídicas. Explicaré, que la descripción de la conducta prohibida de este tipo penal atenta contra las libertades públicas reconocidas en nuestra Constitución Nacional (y en Tratados Internacionales integrados a ella mediante el art. 75, inc. 22 del mismo cuerpo de leyes) y que en el caso de llevar adelante un proceso penal estaría siendo la moral, los juicios de valor y otras dimensiones *dikelógicas*<sup>1</sup> o subjetivadas las que empujan dicha persecución, lo cual subvierte el carácter objetivo del análisis penal.

El abordaje se hará de un modo sintético, con el objetivo de plantear la inquietud de una estudiante de grado en torno a esta contradicción del bloque normativo, a fin de que quienes lean el presente trabajo puedan tomar una posición al respecto y aportarlos al debate.

## II. DESARROLLO. ESTUDIO ANALÍTICO DE LA TIPOLOGÍA SELECCIONADA

Para analizar la tipicidad de este delito debemos, en primer lugar, clasificarlo y luego descomponer los elementos permanentes y ocasionales del mismo.

El tipo del art. 213 CP es, según su estructura, un delito activo, doloso y cerrado; es básico en función de su autonomía; desde las características de la acción es de pura actividad –porque el resultado se consume o agota en el hecho que confecciona el autor, por ello no puede ser tentado–;<sup>2</sup> es de peligro abstracto según la intensidad de la acción; por las exigencias requeridas para ser autor es simple o común y, por último, en función del número de bienes jurídicos afectados es simple.

En cuanto al sujeto activo, como se determinó *supra*, puede revestir la calidad de autor cualquier persona (física, dado que las personas jurídicas no son pasibles de ser responsabilizadas penalmente).

1. V. GOLDSHMIDT, W., *Introducción Filosófica al Derecho*, 5° ed., Buenos Aires, Depalma, 1976. Puede ampliarse sobre axiología dikelógica en la obra sobre Teoría Trialista del Derecho del Dr. Carlos María Cárcova.

2. RIGHI, E. y FERNÁNDEZ, A. A., *Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 141.



El sujeto pasivo es quien ve afectada la integridad de un derecho, es decir quien ve dañado algún bien jurídico que le compete. En este caso, como en los que los sujetos pasivos no son determinados o determinables directamente es donde se introducen las nociones de “orden público”, “equilibrio social”, “paz comunitaria”, entre otras. A las voces de Creus, lo que viene a hacerse aquí es proteger la tranquilidad pública de conductas que se opongan a la composición normal de las relaciones sociales.<sup>3</sup> Retomaremos esta la cuestión más adelante.

Por ello el sujeto pasivo es la comunidad *in totum*.

Prosigamos. El hecho criminal (bajo la modalidad de acción) o conducta prohibida es “*hacer apología*”, lo cual configura el verbo típico del delito. Circunstanciando al mismo, debemos adicionar que esta conducta debe llevarse a cabo en público, tal como lo prevé la norma.

Ahora bien, la apología debe ser respecto de un delito o de un condenado por delito. Esto importa que la conducta prohibida, es decir el núcleo duro del tipo penal, no se conforma con la realización en abstracto. Me refiero a abstracción en el sentido de que no se consuma el tipo por el simple hecho de reivindicar una conducta delictiva desafectada de un caso concreto, o bien, vinculada a un caso real pero que no se encuentre determinado como tal en una sentencia judicial.<sup>4</sup>

Como elementos ocasionales propios del tipo, podemos encontrar el término “apología” dentro de los llamados elementos descriptivos. Dicha dicción significa: “*Discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo*”,<sup>5</sup> en ese sentido, deducimos que la conducta prohibida consiste en defender, elogiar públicamente o enaltecer hechos delictuosos, o bien al autor condenado por delitos, en razón de su participación en él (Donna). Se entiende que el capítulo habla de

3. CREUS, C., *Derecho Penal Parte Especial*, 6° ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. II, p.128.

4. Considero oportuno traer a colación el caso de Andrés Calamaro, que fue llevado a juicio oral ante la justicia federal, por referir en un concierto de la ciudad de La Plata, que el momento era adecuado para consumir marihuana. Finalmente fue absuelto. Ahora bien, cabe aclarar, que el delito que se le imputó al artista fue el tipificado en el art. 12 de la Ley de Estupefacientes N° 23.737, que reza: “*Será reprimido con prisión de dos a seis años y multa de seiscientos a doce mil australes: a) El que preconizare o difundiere públicamente el uso de estupefacientes, o indujere a otro a consumirlo*”. Ahora bien, más allá de que el delito por el cual se lo persiguió es otro que el que nos encontramos analizando, la conducta cometida por el cantante no es pasible de subsunción en el art. 213 CP, porque como ya he dicho, se requiere la reivindicación o defensa de la conducta delictiva de otra persona, y en el caso, el Sr. Calamaro no refirió a nadie más que a sí mismo, y a sus ganas de fumar un cigarrillo de marihuana.

5. Fuente: Real Academia Española, consultado en [www.rae.es].

delitos y no de crímenes, dado que dicha clasificación nuestro Código no la elabora<sup>6</sup> y excluye contravenciones.<sup>7</sup>

## II.A. ¿Qué es lo paralelamente sancionado? Colisión con derechos fundamentales. Un delito de opinión

Ostensiblemente, aquí hay algo que falla. En primer lugar, según algunas interpretaciones judiciales,<sup>8</sup> no se requiere sentencia firme del imputado para que a su defensa se comience a hacer operativo el art. 213.

Planteando un caso hipotético, si una mujer es procesada por realizarse un aborto y su abogado defensor esgrime argumentos planteando la inconstitucionalidad del delito que se le imputa, y manifiesta que lo que la mujer cometió no es incorrecto sino que lo hizo en virtud de su autonomía personal –fundamento que podría vincularse con una reivindicación ideológica de su conducta, en el caso concreto–, cabría subsumir en el tipo la conducta del abogado, durante el proceso mismo, es decir, previamente a la condena de su defendida.

Si avanzamos un poco más en el análisis, y tenemos un sistema menos intollerante, supongamos que la mujer tiene condena y la defensa recurre; en este caso el abogado mejoraría argumentos con respecto a su apoyo por el hecho de su patrocinada, pero ya con sentencia firme. También cabría la persecución del letrado por apología del delito de aborto.

Es claro que, llegado este caso de laboratorio a la realidad, se estaría atentando contra el derecho de defensa en juicio.<sup>9</sup>

Otros han considerado que la defensa del condenado es sancionable una vez que haya sentencia firme con carácter de cosa juzgada. Esta ambigüedad de criterios es nociva para el principio de legalidad, en lo palmario a la rigurosidad de la descripción de la conducta indeseada (máxima taxatividad).

Por otra parte, la punición de esta conducta huele a tratamiento autoritario de la moral de las personas. Los pensamientos e ideas,<sup>10</sup> expresiones, ideologías, con-

6. Entiendo que la diferencia entre crimen y delito se halla en el grado de antijuricidad más elevado del primero respecto del segundo; en pocas palabras, el crimen conlleva insito un grado mayor de desinterés y violencia (v.gr., lesa humanidad, genocidio) con respecto a los bienes jurídicos, en comparación con el mero delito (v.gr., hurto, falso testimonio, homicidio).

7. Juzg. Nac. Crim. Y Corr. N° 3, Secretaría N° 5, 16/11/94, ED, 161-418.

8. CCCap., 24/4/25, JA, 15-662.

9. Cfr. art. 18 Constitución Nacional. Véase el desarrollo doctrinario de HASSEMER, W., *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 172 y ss.

10. Según la Teoría del Hecho Propio, los pensamientos y creaciones intelectuales internas no generan un cambio en el mundo, para lo cual se extrae basamento jurídico del art. 18 de la Constitución Nacional. Puede estudiarse esta noción en VON WRIGHT, G., *Norma y acción*, Madrid, Tecnos, 1979, p. 53 y ss.

vicciones y cultos, entre otras manifestaciones de apreciaciones personales, no son punibles toda vez que no configuran un cambio en el mundo,<sup>11</sup> por el simple hecho de ser acciones privadas, las cuales encuentran asidero legal en el art. 19 de nuestra Constitución. En este sentido, Carlos Nino rechaza la posibilidad de la imposición de valores macro o morales generalizadores sobre la órbita íntima o privada de los individuos, siendo la regla: la inviolabilidad; pero hay excepciones y el propio artículo las enumera –no obstante, la enunciación es vaga, por las potenciales interpretaciones plurales–.<sup>12</sup>

Este intento de alineación moral (respecto de que es lo defendible y de lo que no lo es) no se corresponde con un Estado Constitucional de Derecho como el que pregona nuestra Carta Magna. Es más, comienza el régimen a ser solícito con los modelos perfeccionistas o paternalistas<sup>13</sup> que el autor anteriormente citado ha sometido a una tipología ideal en términos weberianos. Lo antedicho, claramente vulnera la forma liberal de nuestra Constitución.

En un Estado de Derecho, es contradictorio penar la libre expresión cuando este derecho refuerza el sistema republicano de gobierno. En tal inteligencia, se violenta el principio de legalidad, toda vez que se intenta resolver un conflicto –en este caso, el desorden público, si es que se causa por la defensa de una postura– por medio de violencia, en tanto censura ulterior.

El art. 14 de la Constitución Nacional, confiere a los ciudadanos el goce del derecho de publicación –en sentido amplio: se incluye la difusión oral– de ideas sin censura previa. El art. 32 del mismo cuerpo de leyes fortifica la protección desde la arista de la imprenta. Responsabilizar ulteriormente a quien manifiesta su punto de vista acerca de determinada problemática es autoritario y absurdo; implica negarle a los sujetos la posibilidad de expresar sus pensamientos cuando ellos no están alineados a la moral del Estado, siendo imposible que ésta sea consensuada o general dado que ésta es difícilmente intersubjetiva. *Que las ideas de determinado sujeto nos resulten repulsivas no es motivo suficiente para imponerle una pena*, sino que deberíamos replantearnos qué es lo que está pasando con nuestra capacidad de tolerancia.

Estamos frente a un *delito de opinión*, lo cual configura un tipo de violencia penal injustificada.<sup>14</sup> Las acciones de las personas que se impulsan desde motivaciones de corte psicológico, ideológico, cultural o religioso no deben ser alcanzadas por

11. Ob. cit.

12. Las excepciones a esa barrera operan cuando la acción afecte a terceros, ofenda al orden y a la moral pública. La ofensa a los últimos dos tópicos son altamente discutibles, pero dicha disidencia excede los marcos del presente trabajo, por lo cual me remito a la cita N° 12.

13. NINO, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 304-329.

14. FERRAIOLI, L., *Democracia y Garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, p. 178 y ss.

el orden jurídico, precisamente porque pertenecen a dimensiones diferentes donde una de ellas no puede dominar, neutralizar u oprimir a la otra. Repito, la tutela del derecho a expresarse es absoluta,<sup>15</sup> es decir que el delito que estamos examinando es inconstitucional, porque prohíbe una conducta que la constitución soporta y protege no de modo relativo sino total, sobre todo en los casos en los que no se vulneran derechos de terceros.

El nudo gordiano del asunto, es que lo que genera resquemores es el contenido *per se* de las apologías, es decir, cuando versan sobre conductas disvaliosas para la comunidad. Ampararse en ello es un pensamiento regresivo e irrespetuoso de la diversidad de ideologías, característico de un Estado Total, no del modelo que adopta nuestra Constitución.

Renombrada doctrina ha considerado que este tipo de delitos de opinión que pudieran casualmente vulnerar la “tranquilidad pública”,<sup>16</sup> los cuales son de puro peligro, pueden poner a la bonanza en un estado potencial y abstracto de riesgo.<sup>17</sup> Lo cual, puedo refutar diciendo que si una persona mediante su forma de pensar puede crear un estado de desasosiego generalizado y concreto en la comunidad estaríamos frente a un semidios —en términos de la mitología griega— o frente a un revolucionario del paradigma —en términos científicos de Kuhn— lo cual va en contra de la lógica y la sana crítica. Ningún ser humano tiene el poder de crear pánico social o compeler a la repetición del hecho penado anteriormente mediante una expresión de ideas. Dudar de ello, es negar el carácter personalista de la disciplina que nos convoca en el presente trabajo.

Asimismo, la libertad de expresión, se encuentra protegida por instrumentos internacionales, a los cuales nuestro Estado se ha adherido. Así corroboramos en el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica, en el art. 14 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, en el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. IV del Pacto Internacional de Derechos y Deberes del Hombre que se protege la libre difusión de las ideas y de las opiniones, por cualquier medio.

Si tanto se aísla el derecho de decir lo que uno piensa de la injerencia del Estado, es insostenible el art. 213 del Código Penal, por el simple hecho de que no

15. En torno a esta cuestión cabe salvar el supuesto de censura cuando el eventual daño sea irreparable. *Vg.*, el caso en el que se hagan exhibiciones obscenas frente a menores de edad. Si bien el ejemplo no está directamente relacionado con el tema que nos convoca, considero necesaria la mención.

16. Expresiones provenientes de leyes de facto (17.567 de 1967 y 21.338 de 1976, ambas derogadas) que denominaban al Título VIII “Delitos contra la tranquilidad pública”, luego de vaivenes legislativos, quedó en firme el término “orden público”, que se instauró, calculo, por resultar más congruente con el art. 19 CN.

17. NUÑEZ, R., *Derecho Penal Argentino. Parte especial*, 4º ed., Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1999, t. 2.

se justifica su aplicación porque no se pierde el orden público mediante la declaración de un individuo o grupo de individuos sobre determinados temas. A lo sumo hay otro grupo de personas que no estarán de acuerdo, pero que deberán respetar la postura ajena. Mantener este tipo de reprimenda respecto de las ideas —y la correlativa libertad de expresión—,<sup>18</sup> compartámoslas o no, no resulta congruente con nuestro bloque constitucional.

## II.B. Exacerbación del *ius puniendi*

Saliendo de la crítica de este delito desde lo descontextualizado, podría analizarse a qué Teoría de la Pena puede relacionárselo. Si lo que intrínsecamente se castiga es la expresión que defiende lo cometido en un hecho determinado,<sup>19</sup> calificado como delito penal (es decir, un hecho típico antijurídico y culpable con sentencia firme que así lo determina), lo que trata hacerse es penar a aquel que intente desvirtuar o volver frágil la reafirmación de la confianza en la norma que ha aspirado a ser restablecida con la imposición de la pena a aquel que cometió el delito. Si para Kelsen,<sup>20</sup> la sanción es la negación de la negación del Derecho, la apología del crimen haría las veces de la afirmación de la negación del Derecho y la pena que recaiga sobre dicha apología sería la negación de la afirmación de la negación del Derecho, es decir ya no solo coerción sobre el acto material sino sobre el cognitivo, funcionando como un correctivo intelectual, donde el *ius puniendi* incurre en un exceso ilegítimo.

Tenemos entonces un círculo de negaciones y afirmaciones infinitas que de nada sirve, que conforma una categoría inútil, precisamente porque las ideas o convicciones no pueden ser forzadas ni intersubjetivables.

Este intento de utilizar la pena como una herramienta de estabilización social, para restablecer la confianza en la norma o para revivir la motivación en ella responde a las fundamentaciones de la prevención general positiva, haciendo con la pena un medio para ejercitar el reconocimiento y fidelidad al Derecho. La peligrosidad de este tipo de punición se explica mediante la posibilidad de recaer en coerciones que causen “terror penal”, como en la baja Edad Media, donde se ejemplificaba con ejecuciones públicas, cosificando a los sujetos.<sup>21</sup>

18. CNCrim. Y corr., Sala I, 10/11/87, ED, 126-287.

19. CNFed. Crim. Y Corr., 12/12/69, ED, 45-730.

20. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, 4º ed., Buenos Aires, Eudeba, 2006.

21. RIGHI, E. y FERNANDEZ, A. A., *Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 44 y ss.

## II.C. ¿La apología como instigación?

En la jurisprudencia se ha tratado esta problemática, puntualmente, en el conocido caso “Verbitsky”,<sup>22</sup> donde los magistrados se han expedido en el sentido de que cabe la incriminación por apología dada su capacidad para suscitar imitaciones, para provocar la comisión de delitos o debilitar el sentido moral de la sociedad, teniendo aquellas la virtualidad para hacer creer a la sociedad que es legítimo lo criminal. A este respecto: ¿La política criminal es inmutable? No, varía. Por ende, lo que hoy es tachado de delictivo puede dejar de serlo con una derogación posterior, *v.gr.*, el delito de adulterio. Criminalizar la apología sería impedir el progreso o la evolución de las ciencias jurídicas, anulando la autocrítica legislativa.

En el citado precedente jurisprudencial, se ha penado al imputado mediante una figura de instigación indirecta,<sup>23</sup> basada en el derecho italiano, la cual no está vigente en nuestra legislación, dado que el único artículo que versa sobre instigación es el 45 *in fine* del CP y describe la directa. Dicha conversión, es una construcción analógica, la cual está expresamente prohibida por nuestro andamiaje legal ya que violenta el principio de legalidad —*nullum crimen nulla poena sine lege*—. Al decir de Bacigalupo, la instigación requiere crear en otros la decisión al hecho punible (dolo, es suficiente el eventual), es decir que el autor debió formar su voluntad criminal como *consecuencia directa* de la acción del instigador.<sup>24</sup>

Si razonamos un poco, se está aplicando la figura de la apología del delito en base a una construcción analógica con la figura de instigación, toda vez que ésta comienza a ser punible si se verifica un cambio en el mundo: es decir, con un resultado (el autor instigado ejecuta y consume lo determinado por el instigador) o bien con una tentativa (desde que se verifique principio de ejecución). En tal inteligencia se hallan dos defectos:

- A) Con la apología habría plan de autor ya que no se verifica un principio de ejecución, aunque haya doctrina que asegure que la *publicidad de la apología* puede ser asimilable a un principio de ejecución; esto es falaz ya que la puesta en marcha tiene que provenir del autor y no del instigador —de acuerdo al principio de culpabilidad—. En este punto, sabemos que el plan del autor no es punible, porque es un pensamiento,

22. CNCrim. y Corr., Sala I, 10/11/87, “Verbisky, Horacio”, LL, 1988-C-247; DJ, 1988-2-707.

23. Puede verse el mismo tratamiento jurídico en fallo del Juzg. Nac. Crim. Y Corr. N° 3, Secretaría N° 5, 16/11/94, ED, 161-418. La instigación indirecta ha sido definida como una acción que integra un comportamiento concretamente idóneo para provocar la comisión de delitos o por lo menos de que en dicha alabanza exista la posibilidad de amenaza del bien jurídico.

24. BACIGALUPO Z., E., *Manual de Derecho Penal*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998.

intangible para el Derecho Penal, es decir, es impune a inmisiones legales. La apología se ubicaría cronológicamente antes del eventual principio de ejecución de los interlocutores de la apología misma, por ello es inalcanzable por la pena. O al menos, debiera serlo.

- B) Si en efecto, algún destinatario de los mensajes apológicos se decide a repetir el verbo típico que el apólogo defiende, éste último sería penado no sólo por el tipo del art. 213 CP, sino también como instigador del delito cometido por el autor, según la Teoría de la participación en lo ilícito. Estaríamos frente a un concurso ideal. Sostengo que sería legítimo penar al apólogo como instigador del delito de otro —*cfr.* art. 45 *in fine* CP—, dado que fehacientemente se verificó en el mundo un resultado de sus dichos, cristalizado en una conducta típica, tentada tanto como consumada (aunque la prueba de esa conexión psicológica carezca de rigurosidad). Pero no cabría concursarlo con el delito de apología, dado que, como ha tratado de desarrollarse, es lícita la expresión de las propias ideas, sin importar la peligrosidad abstracta que ellas conlleven.

En España es punible la tentativa de instigación,<sup>25</sup> es decir la mera provocación, sin requerir el éxito del provocador (mero acto de apología). En otras palabras, la apología si quiere tomarse como una tentativa de instigación, resulta inconstitucional, por no estar regulada.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

He sostenido que la punición de la apología del delito resulta repugnante a la libertad de expresión, de la cual he defendido su carácter amplio. Mantener y aplicar penas sobre delitos de opinión, violentan las libertades públicas y prohíben temerariamente el libre pensamiento.

Asimismo el único fundamento para continuar sosteniendo este cercenamiento de ideas importa matices de carácter moral, en tanto reacción punitiva o sancionadora frente a una ideología contraria o distinta a la propia —más bien a la Estatal—. Que el Derecho se arrogue facultades sobre nuestros pensamientos, ideas, ideologías o modos de ver la vida es ilegítimamente invasivo y en tal temperamento nuestros principios constitucionales se han esforzado por limitar estas cuestiones.

Penar de antemano, antes de que el destinatario de la apología comience a ejecutar el delito defendido, es penar la tentativa de la instigación, es retrotraerse

25. Art. 4, III, Código Penal Español. Puede verse también a RODRÍGUEZ MOURILLO, *Comentarios*, I, p. 183 y ss.

cronológicamente, propio de regímenes inquisitivos, autoritarios y coartadores del curso natural de las cosas. Es adelantarse y con ello arrasar con derechos y garantías subjetivas por una cuestión de intolerancia al razonar diverso, imprimiéndole a éste la capacidad potencial de incitar —con su pensamiento— a la realización eventual. Además de irracional el mecanismo, es insultante para el raciocinio humano: subestimar a los individuos *so* pretexto de ser faltos de criterio propio y de ser vulnerables a cualquier influencia.

Por ello, sugiero fuertemente que este delito debe ser derogado, dado que pena el pensar desigual. Así podremos comenzar a transitar el cese de *boicots* contra la expresión de ideas, por más que sean moralmente incorrectas —y aquí los dejo pensando en ¿qué es lo moralmente correcto?—, ya que las Ciencias Jurídicas han sido, desde el proceso de secularización,<sup>26</sup> amorales.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO Z., Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, 6° ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. 2.
- FERRAIOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
- GOLDSHMIDT V., Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, 5° ed., Buenos Aires, Depalma, 1976.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 4° ed., Buenos Aires, Eudeba, 2006.
- NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- NUÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal Argentino. Parte especial*, 4° ed., Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1999, t. 2.
- RIGHI, Esteban y FERNÁNDEZ, Alberto A., *Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- VON WRIGHT, George, *Norma y acción*, Madrid, Tecnos, 1979.

26. Dicho proceso encuentra su génesis en la Ilustración, a principios del siglo XVIII, donde la religión —en sentido amplio: moral, creencias, ideologías— se separa de las instituciones estatales, de modo que pierden influencias la una sobre la otra y cada esfera va ubicándose en su lugar sin inferir en la otra.



**X CONCURSO DE ENSAYOS**  
**“DR. IGNACIO WINIZKY”**  
**SOBRE DERECHO ADMINISTRATIVO**



## ACCESO A LA INFORMACIÓN: HACIA LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA\*

LEANDRO EDUARDO FERREYRA \*\*

**Resumen:** El trabajo se encuentra estructurado en tres partes. En la primera se intenta delimitar un concepto de derecho de acceso a la información pública y de las complejidades derivadas del mismo de acuerdo a lo resuelto y normado en diversos sistemas. En la segunda, se analiza el régimen argentino y sus déficits. En la tercera, se esbozan consideraciones y propuestas en base a lo expuesto anteriormente.

**Palabras clave:** información pública – participación – administración – control.

**Summary:** The work is structured in three sections. In the first one, the intention is to delineate the concept of the right of access to public information and the complexities derived from it following what was resolved and legislated in different systems. In the second one, the Argentinean normative structure and its deficits are analyzed. In the third section and based on the initial reflections, final considerations and suggestions are developed.

**Keywords:** public information – participation – administration – control.

*Es antinatural que un ser razonable, lúcido,  
tenga que vivir entre irregularidades, incógnitas, las X.  
EVGUENI ZAMIATIN, Nosotros.*

### I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se abordarán cuestiones relativas a las dificultades y objetivos del acceso a la información pública y la participación ciudadana. No obstante, como se explicará, se trata de asuntos íntimamente vinculados también

\* Primer puesto del X Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” sobre Derecho Administrativo, año 2013. El jurado estuvo conformado por los Profs. Dres. Carlos F. Balbín, Fernando R. García Pullés y Héctor A. Mairal. Recepción del original: 26/03/2013. Aceptación: 10/09/2013.

\*\* Abogado UBA (2011).

a principios y nociones fundamentales de la sociedad y del sistema político. Por lo tanto, se involucrarán algunas materias que exceden el análisis normativo.

En la primera parte, se intentará delimitar el campo conceptual del acceso a la información pública, a través del desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así se podrá delinear una noción general que al mismo tiempo permita apreciar el resto de los elementos que participan de la evolución y realización del derecho de acceso a la información pública.

En la segunda parte, se estudiará el estado actual del derecho de acceso a la información pública en Argentina. Para ello se partirá de los antecedentes jurisprudenciales y de la normativa argentina involucrada.

En la tercera y última parte, se esbozarán algunas reflexiones finales en base a lo expuesto anteriormente.

## II. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: RECEPCIÓN Y TRATAMIENTO EN DIVERSOS SISTEMAS

### II.A. El sistema europeo de derechos humanos

Para no comenzar el trabajo con referencias superfluas, se omitirá la reseña sobre el funcionamiento del sistema europeo de derechos humanos. Basta con asentar que cuenta con un funcionamiento más ágil que el interamericano en lo que hace a cuestiones procedimentales. De todas maneras, no se halla exento de críticas. De hecho, los mismos europeos suelen decir que “el sistema es víctima de su propio éxito”.

En lo concerniente al derecho a la información, se ha indicado que “el art. 10 garantiza la libertad de recibir y difundir información, pero no confiere un derecho de acceso a la información. Aunque el Tribunal de Estrasburgo (o Tribunal o Corte Europeo/a de Derechos Humanos) aparece cada vez más dispuesto a encontrar una obligación estatal a proveer información a individuos interesados, a partir del derecho por la vida privada previsto en el art. 8, el art. 10, en cambio, está dirigido a proscribir interferencia por parte de las autoridades públicas entre emisores y receptores”.<sup>1</sup>

Tal conclusión es, a su vez, plenamente congruente con el texto de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). Asimismo,

1. JACOBS, F. G., WHITE, R., y OBEY, C., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, Quinta Edición, 2010, pp. 440 y 441. La traducción me pertenece.

arriba a una solución distinta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), debido a que la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) prescribe expresamente el derecho a recibir, difundir y buscar información. Es preciso abordar estas cuestiones escalonadamente.

Por un lado, conviene aclarar lo referido en la cita anterior. Para ello se deben citar los artículos aludidos de la CEDH:

**Art. 10. Libertad de expresión.**

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

Una rápida lectura ya demuestra que el derecho a la libertad de expresión tiene un alcance amplio en el sistema europeo, mas olvida mencionar el derecho a buscar información. Esta omisión es la que ha impedido colocar una obligación en cabeza de los Estados y así elaborar una noción de derecho de acceso a la información pública. Inmediatamente, entonces, surge un válido interrogante: ¿cómo pueden enfrentar semejante carencia? La respuesta debe ser desdoblada en una faz práctica y otra filosófica.

La respuesta práctica, como fue adelantado, llegó a través del art. 8 de la CEDH, el cual establece:

**Art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.**

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

El Tribunal de Estrasburgo fabricó el reconocimiento del derecho de acceso a la información mediante un artículo cuyo contenido lo hacía, a priori, menos favorable que aquel que prevé el derecho a la libertad de expresión. Dicha construcción se dio en el antecedente *Guerra y otros c. Italia* (1998).

En el caso *Guerra* se debatía la falta del Estado al no suministrar información de oficio acerca de los riesgos a la salud y al bienestar de las personas que residían cerca de una industria química.<sup>2</sup> En aquella ocasión, el Tribunal de Estrasburgo decidió que la libertad de expresión, en su consagración del art. 10, "... no puede ser interpretada como una imposición al Estado, en circunstancias como las del

2. RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Estudio especial sobre el derecho a la información*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007, p. 21. Ver: [http://www.cidh.oas.org/relatoria].

presente caso, de obligaciones positivas de recopilar y difundir información de oficio”.<sup>3</sup> No obstante, el Tribunal sostuvo que el Estado sí había sido responsable por no proveer información esencial que hubiese permitido a los actores evaluar los potenciales riesgos. Por ende, halló responsable al Estado por no cumplir su obligación de asegurar el derecho a la vida privada y a la familia en franca vulneración del art. 8 de la CEDH.<sup>4</sup>

Luego, el Tribunal de Estrasburgo mantuvo el criterio en fallos posteriores. Recién pudo vislumbrarse un cambio de rumbo en el caso *Sdruzeni c. República Checa*, al relacionarse un pedido de información en el marco de un procedimiento administrativo con la protección del art. 10. Sin embargo, se inclinó por la no violación estatal, aplicando las excepciones del inciso 2º de dicho artículo.<sup>6</sup>

Ahora bien, la solución del Tribunal Europeo no sólo tiene un probado funcionamiento práctico, sino que cuenta con un razonable argumento filosófico.

Si bien se puede asociar el derecho a la información pública con la libertad de expresión y pensamiento, como medio de autorrealización personal, y lograr así el ansiado anclaje normativo que adeuda en el sistema europeo, lo cierto es que esa relación no es lo suficientemente sólida –de acuerdo al texto actual de la CEDH–. Y así lo ha entendido el Tribunal de Estrasburgo. Ante la falta de reconocimiento expreso en la CEDH, resulta consistente que se exija la afectación de otro derecho previsto en el extenso catálogo. Según se expondrá más adelante, otro fundamento primordial del derecho de acceso a la información es el principio republicano de gobierno, y su derivación lógica en la publicidad de los actos de gobierno. Ausente tal principio en la CEDH, es plausible la argumentación del Tribunal de Estrasburgo: la obligación positiva de un Estado de brindar información surgirá si y solo si aparece otro derecho en juego (en los casos referidos, el derecho a la vida).

¿Pudo el Tribunal de Estrasburgo seguir otro camino? Quizás. Pero no se pueden apreciar razones suficientes para desmerecer el elegido.

A su vez, no se puede soslayar la trascendencia del derecho de acceso a la información pública. Este no sólo se entronca con el principio republicano de gobierno, sino que debe ser un pilar del sistema democrático. Asimismo, su vínculo

3. *Guerra y otros c. Italia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 19/2/1998, párr. 53. La traducción me pertenece.

4. *Guerra y otros c. Italia*, párr. 60.

5. Que fija: “10.2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

6. RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *op. cit.*, p. 53.

con la libertad de expresión es necesario, más allá de lo dicho más arriba. La plenitud de la libertad de expresión y pensamiento únicamente puede ser alcanzada, o aproximada, como resultado de un constante cuestionamiento. Y para cuestionar, hay que conocer. De allí su importancia y su afinidad con el derecho de acceso a la información.

Aun sin exacerbar la libertad de expresión, John Stuart Mill tuvo la suficiente lucidez como para apreciar que una libertad de semejante jerarquía no puede encontrar su freno en meros fastidios de los individuos menos flexibles, quienes prefieren la comodidad de sus verdades antes que la corrección de sus errores. Siguiendo la senda de Mill, se hace imprescindible examinar activamente cada idea y opinión recibida. Esa senda es la única que puede abrir camino a la verdad, al mismo tiempo que despeja las falsedades, las supersticiones y los dogmas inertes. Pero para transitarla se exige que la crítica sea total, frecuente y libre.<sup>7</sup> Esto, luego, robustece necesariamente el debate y el sistema democrático. Para Mill, la cimentación no es una virtud de una idea, salvo que sea el producto de un proceso de discusión y tolerancia equilibrado.<sup>8</sup>

El peligro consiste entonces en silenciar. Si existe una verdad mejor y un estado de conocimiento pleno, la herramienta más efectiva para alcanzarlas es la apertura de voces y de contenidos. Y, en los hechos, el derecho de acceso a la información pública viene a configurarse en un instrumento necesario en una sociedad presuntamente democrática y libre.<sup>9</sup>

En base a las consideraciones expuestas, se puede concluir que tanto la libertad de expresión como el derecho de acceso a la información pública tienen una importancia estratégica. Y, al mismo tiempo, que son interdependientes y que, en definitiva, se podría hallar anclaje suficiente en el art. 10 de la CEDH, en su redacción actual, para el reconocimiento autónomo del derecho de acceso a la información pública.

En suma, esta breve alusión al sistema europeo ha servido para fijar y cuestionar algunas nociones. Con el avance del desarrollo y el tratamiento en otros regímenes se potenciarán tanto las certezas como las preguntas acerca de los fundamentos y el alcance del derecho a la información pública. Aunque escuetas, entonces, estas

7. MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2004, p. 100.

8. Sostenía Mill que “la libertad completa de contradecir y desaprobado una opinión es la condición misma que nos justifica cuando la suponemos verdadera a los fines de la acción, y por ningún otro procedimiento puede el hombre llegar a tener la seguridad racional de estar en lo cierto”. Ver: MILL, J. S., *op. cit.*, p. 80.

9. En un sentido similar, Abramovich y Curtis opinan que: “En este marco, el derecho de acceso a la información cumple la función de maximizar el campo de autonomía personal, posibilitando el ejercicio de la libertad de expresión en un contexto de mayor diversidad de datos, voces y opiniones”. Ver: ABRAMOVICH, V. y CURTIS, C., “El acceso a la información como derecho”, en *Anuario de Derecho de la Comunicación*, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, año 1, v. 1, 2000.

líneas evidencian la trascendencia y complejidad del tema no sólo como cuestión jurídica sino también política y filosófica: su carácter de derecho fundamental (como aspecto individual) viene aparejado a su repercusión en la organización estatal y en la salud de la gobernabilidad y la democracia (aspecto colectivo).

## II.B. El sistema interamericano

El art. 13 de la CADH ha simplificado enormemente la consagración del derecho de acceso a la información pública al establecer:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Partiendo de esa redacción, es fácil imaginar que la tarea de la CIDH no demandó ningún artilugio hermenéutico: el derecho de acceso a la información pública está previsto en el art. 13.1 de la CADH, por el cual se incluye la libertad de buscar información dentro del espectro –por cierto, amplio– de la libertad de pensamiento y expresión. Es decir, difiere con la solución del sistema europeo de derechos humanos. Ahora resta reseñar cómo fue interpretado este art. 13.1 por la CIDH.

En el caso *Claude Reyes y otros c. Chile*, la CIDH estableció “que el art. 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención”.<sup>10</sup> Además, entendió que dicho artículo asigna una obligación positiva del Estado de suministrar la información solicitada.

En lo que hace a la legitimación, la CIDH aclaró que no resulta exigible un interés directo, salvo restricciones legítimas.

Simultáneamente, la CIDH prosiguió con su fundamentación, haciendo referencia a la interacción entre libertad de expresión y democracia, ya explicada en el punto anterior. Para ello recurrió a la cita de una excelsa premisa enunciada en otro caso: “...es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”.<sup>11</sup> Y no se detuvo allí, sino que se permitió erigir al acceso a la información pública como garantía del control democrático para indagar y cuestionar el efectivo cumplimiento de las funciones públicas.

10. *Claude Reyes y otros c. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19/09/2006, párr. 77.

11. Casos *Ricardo Canese*. 31/8/2004, párr. 82; y *Herrera Ulloa*. 2/7/2004, párr. 112.



En palabras de la CIDH, "... el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública... Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad".<sup>12</sup>

Por lo tanto, la CIDH concreta una fórmula que puede ser trazada del siguiente modo: una mayor extensión de la libertad de expresión, potenciada por el acceso a la información pública, redundando en mayor participación ciudadana, transparencia y calidad democrática.

Por si fuera poco, la CIDH reforzó el reconocimiento al derecho de acceso a la información pública a través del principio de máxima divulgación, "el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones".<sup>13</sup>

Puesto en estos términos, el derecho de acceso a la información gozaría un alcance verdaderamente extenso. En ese sentido, se ha indicado que las limitaciones debería reunir una tríada de requisitos acumulativos:

- a) ...deben estar previamente fijadas por ley. Se entiende que, tratándose de las restricciones a un derecho consagrado en la Convención y en la Constitución se trata de una ley en sentido estricto, esto es, normas de alcance general dictadas por el Poder Legislativo conforme el procedimiento constitucional previsto al efecto.
- b) En segundo lugar, la restricción debe obedecer a un objetivo permitido por la Convención en su art. 13.2.
- c) La realización concreta de las restricciones autorizadas por la Convención debe a su vez, encuadrarse en el tercer requisito fijado por la Corte IDH. Es decir, deben ser las necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés

12. *Claude Reyes y otros c. Chile*, párrs. 86, 87.

13. Y se añade: "...De la aplicación del mencionado principio surgen una serie de reglas y pautas interpretativas fundamentales. En primer término, en virtud de esta presunción de publicidad corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control lo ha hecho de manera compatible con las normas interamericanas sobre la materia. Es de resaltar que la carga de demostración contiene un doble aspecto, pues el Estado no sólo debe acreditar que la restricción se relaciona con uno de los objetivos legítimos que la habilitan (prueba de legalidad), sino también que la divulgación de datos que pretende impedirse ocasiona actual o potencialmente un perjuicio a esos objetivos que es mayor al interés público comprometido en su disponibilidad (prueba de proporcionalidad) (...) la carga probatoria es de vital importancia, dado que supone que en los casos "dudosos" debe entenderse que la información es pública y por lo tanto accesible para el particular..."  
Ver: *Claude Reyes y otros c. Chile*, párrs. 92, 93.

público imperativo. Detalla el Tribunal que, entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido...<sup>14</sup>

De esta manera, la CIDH elabora un profundo y sólido concepto de derecho de acceso a la información pública. Llanamente, cuesta hallar fisuras en la cohesión argumentativa. Encima se realzan y protegen todos los elementos que teóricamente deberían estar incluidos. Esto no lo torna esencialmente más valioso que el concepto del sistema europeo, el cual, con sus particularidades, también llega a buen puerto, pero sí una herramienta más útil para perseguir la agilización de la gestión democrática, mayor participación y el perfeccionamiento de las funciones estatales.

Corresponde avanzar, pues, a la recepción local, la cual sigue un esquema similar, aunque con otras aristas.

## II.C. Recepción por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) no había sido, hasta hace pocos meses, un terreno fértil para el derecho de acceso a la información pública. Situación que cambió radicalmente a partir del fallo *Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI*, dictado en diciembre de 2012.

En dicho caso, el Máximo Tribunal debió decidir sobre un pedido de información efectuado por la Asociación Derechos Civiles, que versaba sobre la repartición de pauta oficial. Concretamente, se discutía la aplicación o no del decreto 1172/03 y su régimen complementario a la entidad demandada.

Vale recordar que, en segunda instancia, se había resuelto que “que el decreto 1172/03 se aplica en forma directa a las organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional (art. 2 del anexo VII), por lo que a fortiori, no resulta posible excluir de su ámbito de aplicación, al menos supletoriamente, a un órgano de la envergadura pública del INSSJP”.

La Corte, tras reseñar el alcance supletorio del decreto 1172/03 fijado por la Cámara, seguidamente postuló algunas consideraciones que sirven para extender lo normado en aquel régimen. En rigor, la CSJN formuló pautas propias -y paralelas- acerca del acceso a la información pública. Y, como ya se señaló, el derecho involucrado cuenta con un crisol de fundamentos que fomentan su reconocimiento e impiden su limitación arbitraria. El ámbito de aplicación establecido en el art. 2 del Anexo VII sin dudas no instituye una restricción grotesca. Sin embargo, la Corte Suprema, demostró que una interpretación respetuosa de las normas

14. SCHEIBLER, G., “El derecho humano de acceso a la información pública”, en *La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo*, febrero de 2013, 24-La Ley 2013-B.

constitucionales y los principios en juego fuerzan la expansión del derecho de acceso a la información pública.

En primer lugar, la Corte apuntó que, aun cuando la entidad no tuviese naturaleza estatal, si la información requerida versare sobre datos de interés público, la negativa a brindarla constituiría un acto ilegítimo, con fundamento en principios de la sociedad democrática, como la publicidad de actos de gobierno y la transparencia.

En segundo lugar, la CSJN trajo a colación el reconocimiento del derecho de acceso a la información en el derecho internacional de los derechos humanos. Reprodujo lo resuelto por la CIDH en *Claude Reyes* y, así, transpuso su construcción como desprendimiento de la libertad de expresión y pensamiento, en paralelo a su deducción de los principios de la sociedad democrática.

Luego, reunió los argumentos en una única premisa: “El fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan, mediante el acceso a la información”.<sup>15</sup> El conocimiento refuerza la libertad de expresión y de pensamiento, suma elementos para la participación y el control ciudadano y concretiza tanto el principio republicano de gobierno como una mayor calidad democrática. Todo forma parte del mismo compuesto. Consiguientemente, el derecho de acceso a la información pública deviene inescindible y crucial en un sistema jurídico e institucional que garantice un estándar razonable de derechos individuales y colectivos.

Y además, se consagra el mecanismo de retroalimentación: el ejercicio del derecho de acceso a la información pública supone un mejor funcionamiento del ejercicio de funciones públicas. El gobierno de uno mismo, finalmente, parece coincidir con el gobierno general. De esta forma, el derecho en cuestión se inserta definitivamente en el entramado de los derechos fundamentales.

Por su parte, la doctrina se inscribe en el mismo orden de ideas. Por un lado, se ha comentado que “se explicita la doble fuente del DAIP, como extensión de, entre otros, el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno y del derecho de libertad de expresión”.<sup>16</sup>

Y aun antes del dictado del fallo reseñado, se explicó que “aquello que ahora denominamos “derecho de acceso a la información pública” tiene, ciertamente, su origen como derecho civil, fruto de una doble vertiente; por un lado, como correlato del derecho a la libre expresión; y, por el otro, como consecuencia del principio republicano vinculado a la publicidad de los actos de gobierno”.<sup>17</sup>

15. *Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI*, Considerando 10, CSJN, 04/12/2012.

16. SCHEIBLER, G., *op. cit.*.

17. GONZÁLEZ MORAS, J. M., *Derechos y garantías implicados en el derecho de acceso a la información pública*, 2010, Inédito.

Sea por el concepto de doble fuente o de doble vertiente, se arriban a concepciones equivalentes. A su vez, para la CSJN, la publicidad y transparencia de gestión se hallan contenidos en el principio de sociedad democrática.<sup>18</sup> Si bien la democracia y el principio republicano comparten elementos, no son sinónimos. De hecho, quizás hubiese sido más consistente formular el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública en base a la libertad de expresión y pensamiento (con su inevitable repercusión en la robustez democrática y deliberativa) y, en paralelo, al principio republicano de gobierno, como fuente primera de la publicidad de los actos. Por este camino argumentativo, se resguardarían mejor ciertas extensiones semánticas y conceptuales, en particular del principio republicano, como sometimiento del poder a la ley y la concreción del control del poder por el ciudadano.<sup>19</sup> De todos modos, estas disquisiciones no agregan ni quitan sustancia ni solidez a la solución del caso resuelto por la CSJN.

Cabe entonces evitar caer en excesivos ritualismos teóricos y avanzar con la exposición. Empero, corresponde tener en cuenta los fundamentos proyectados, ya que son los que vienen a dotar de un nuevo y más amplio contenido al derecho de acceso a la información pública. Así, se ha opinado que “de aquella figura originaria pasamos, ahora, a adoptar un derecho de “acceso” a la información pública que tiene, en definitiva, otro contenido y objeto. No se trata ya de poder “peticionar” sino, especialmente, de establecer condiciones objetivas para lograr las mejores condiciones para el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos (en su faz individual o colectiva), como así también, la mayor participación posible de la ciudadanía en la gestión de la “cosa pública”, incluyendo de manera explícita, la idea o noción de “control” institucional”.<sup>20</sup>

Por otro lado, es forzoso subrayar que la Corte Suprema adhirió a la pauta de legitimación activa amplia para ejercicio del derecho de acceso a la información, tal como fue reconocida en jurisprudencia de la CIDH. En efecto, el fallo de la CSJN ha sido interpretado del siguiente modo: “en materia de acceso a la información pública, en cambio, cualquier persona –aun la que es titular de un interés simple– se encuentra habilitada para requerirla y, en caso de que sea denegada o brindada parcialmente, puede utilizar todos los mecanismos administrativos y judiciales previstos al efecto en el ordenamiento jurídico federal”.<sup>21</sup>

18. Ver: Considerando 7.

19. GARCÍA PULLÉS, F., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. II, p. 620, 1055.

20. GONZÁLEZ MORAS, J. M., *op. cit.*

21. BUTELER, A., “La legitimación para el acceso a la información”, en *La Ley*, 18/2/2013.

En lo relativo a la legitimación pasiva, la Corte Suprema propuso una respuesta novedosa.<sup>22</sup> Primero, extendió la obligación de los Estados a todos los órganos de poder público, traspasando el ámbito de la Administración Pública. Segundo, entendió que quedan incluidos todos los órganos en ejercicio de funciones públicas, sean entidades públicas o privadas, o que al menos gestionen intereses públicos ¿Qué implica o puede implicar interés público? No se sabe ni puede saberse con exactitud. Lo concreto es que la legitimación pasiva ha quedado incrementada y enlazada a requisitos independientes: que el órgano o entidad ejerza funciones públicas, o bien que gestione intereses públicos. E inclusive la doctrina propone extender aún más el alcance: “su relación con la utilización o destino de bienes provenientes del erario público y al carácter o interés público de la información que se requiere. La concurrencia de cualquiera de esas dos circunstancias, convierte –en principio– al poseedor de la información en sujeto obligado a proveerla”.<sup>23</sup>

Todo ello, a su vez, complementado por el principio de máxima divulgación.

Así, entonces, la CSJN ha formulado un alto estándar de reconocimiento y protección del derecho de acceso a la información pública. En la sección siguiente, se estudiará cómo se conjuga con los regímenes infraconstitucionales vigentes.

### III. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN ARGENTINA. BALANCE CRÍTICO

Parece una contradicción hablar del régimen argentino tras haber dedicado páginas a comentar un fallo de la CSJN. Sin embargo, ello se debe a que lo allí resuelto por el Máximo Tribunal trasciende las posibilidades y el presente de la protección del derecho de acceso a la información pública en Argentina.

Por cuestiones metodológicas, al tratar el régimen infraconstitucional se hará solamente referencia al decreto 1.172/03 y sus normas complementarias. Existe una pluralidad de regímenes, propia del sistema federal, que produce una dispersión y complejidad normativa inaprehensible en el marco del presente trabajo.

Al mismo tiempo, no parece que sirva plantearse un interrogante sobre la conformidad o no del decreto 1.172/03 y en Anexo VII a las opiniones de la Corte

22. Ver Considerando 10.

23. Este autor, Scheibler, añade: “En nuestro ordenamiento podría colegirse entonces que -como mínimo- constituye información “de interés público”: a) toda aquella en poder de personas jurídicas que ejerzan funciones públicas, independientemente de su carácter estatal; b) toda la vinculada a la “calidad ambiental”, independientemente de la naturaleza jurídica de su poseedor y c) toda la relacionada con el destino de bienes públicos, independientemente de la naturaleza jurídica de su poseedor”. Ver: SCHEIBLER, G., *op. cit.*

Suprema. Efectivamente, el régimen reglamentario se conforma, pero provee una protección más débil.

A su vez, al analizar el decreto 1.172/03 y el Anexo VII (y los otros también), es muy difícil no ceder ante la tentación provocada por la naturaleza normativa del régimen. Así, se le podría achacar pura y simplemente su falta de jerarquía legal. A pesar de ello, es preciso adelantar que de poco serviría detenerse exclusivamente en su déficit formal.

En ese orden de ideas, Juan González Moras considera, con acierto, que esta carencia va en desmedro del nivel de protección que merece el derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, el autor continúa con el examen de los artículos del Anexo VII en particular y concluye que “en lo que hace a la definición conceptual del derecho de acceso a la información pública como instancia de “participación” ciudadana, la normativa cumple –en líneas generales– con la más contemporánea formulación de aquél”.<sup>24</sup>

En consecuencia, ¿cuál es el verdadero déficit del acceso a la información pública? En mi opinión, intervienen factores de diversa índole. Imputarle toda la culpa a la jerarquía del decreto 1.172/03 y las normas complementarias es tan sólo el camino más fácil. Un rápido repaso de los artículos del Anexo VII evidencia que el problema no puede ser exclusivamente normativo. Si un régimen razonable –aunque no tan generoso como el parecería derivarse de la CADH y la interpretación de la CIDH–, no logra funcionar: luego hay que buscar las razones y los remedios más allá de la esfera jurídica.

Por ejemplo, si un sujeto, quien invoca un mero interés simple (conforme al art. 6 del Anexo VII), realiza una presentación (con el único requisito de que sea escrita, según el art. 11) ante la gama de organismos y entidades previstos en el art. 2, solicitando información bajo su control, producida u obtenida (art. 5), que encima reviste una presunción de publicidad (art. 8), debería esperar una respuesta en un plazo no mayor a diez días (art. 12). Además, dicho trámite debe ser gratuito y debería resguardar los principios de igualdad, publicidad, celeridad e informalidad (arts. 7 y 9). Así dispuesto, no queda mucho más pedirle al Anexo VII.

Ahora bien, que no se cumpla no indica, necesariamente, un problema ínsito de las prescripciones allí contenidas.

Probablemente, lo que sí presente dificultades es la limitación de la legitimación pasiva. En ese sentido, la solución de la CSJN en el fallo *ADC c. EN-PAMI* es notablemente superior, quedando involucrado en el ámbito de protección del derecho de acceso a la información pública un espectro de órganos casi total (vale recordar que la Corte utilizó el parámetro de ejercicio de función pública o gestión de intereses públicos). Un reglamento autónomo jamás podría tener ese alcance.

24. GONZÁLEZ MORAS, J. M., *op. cit.*

Otra supuesta falta del régimen del Anexo VII es el nivel de conocimiento que se le exige al ciudadano. Tal observación es cierta: no debe ser sencillo acertar cuál es el organismo que tiene o debería tener “x” información en el infinito mapa de la organización estatal. Y de hecho las respuestas –negativas– sobre pedidos simplemente indican que la información requerida “no es competencia del organismo”.<sup>25</sup> No obstante, aquí deberíamos ser más cautos: el principio de informalismo está previsto expresamente en el art. 7 del Anexo VII, de modo que aun si el ciudadano se equivocase de organismo obligado, este debería contestarle fundadamente por qué no le corresponde responder, por qué no tiene la información y remitir las actuaciones al organismo pertinente de oficio. Entonces, si existen bases para que la protección sea razonable y ésta no lo es, puede que la traba no sea puramente normativa ni formal. Posiblemente, como dice Héctor A. Mairal, el problema sea que dejamos, sin darnos cuenta, de obedecer a la ley –en este caso, al reglamento–, a obedecer a los funcionarios públicos.

Por otra parte, tampoco podría apuntarse que la dificultad recaiga en la ausencia de medios materiales. Publicar información no es una gran empresa con los niveles actuales de tecnología. Gestionarla, ordenarla, procesarla y producirla, quizás. Pero a los organismos eventualmente obligados no les falta, con seguridad, ni computadoras ni empleados.

No se debe exigir una ley que regule el derecho de acceso a la información pública por un mero capricho producido por el inconformismo que pudiera generar la naturaleza de un reglamento autónomo. Sí se debe demandar una ley que logre plasmar el alcance de la protección fijado en la jurisprudencia de la CSJN y la CIDH, en concreto en lo relativo al principio de máxima divulgación y a la legitimación pasiva. Este último aspecto, debería ser reforzado con previsiones sobre la responsabilidad de los funcionarios. Vale señalar, dicho sea, que todos esos puntos ya fueron integrados a proyectos legislativos tratados en el último decenio, pero que no fueron sancionados.

Otro punto que merecería atención consiste en la calidad y el tipo de información. Esto tiene incidencia sobre la operatividad del derecho de acceso a la información. Como bien indica Alfonso Buteler, la Corte Suprema ya ha sentenciado el carácter operativo del mismo, lo que no exime la necesidad de adecuar las reglas a la legitimación amplia y al tipo de información solicitada.<sup>26</sup>

En resumen, se impone una serie de modificaciones normativas dirigida a garantizar el pleno ejercicio del derecho de acceso a la información pública, a saber:

25. LIMANSKI, L. H., *Acceso a la información y participación ciudadana. Déficits y propuestas de reformas*, 2013, Inédito.

26. BUTELER, A., *op. cit.*.

- a. la redefinición conceptual como instancia de participación ciudadana;<sup>27</sup>
- b. la delimitación de “información pública”, en lo que hace a datos obtenidos, procesados y a producirse;
- c. expansión de organismos obligados, según los parámetros utilizados por la CSJN en su reciente jurisprudencia;
- d. la consagración del principio de máxima divulgación;
- e. la creación de un organismo o agencia de asesoramiento para la ciudadanía y de oficinas de seguimiento y control.

Sin embargo, en lo concerniente a la Administración Pública Federal, dichas reformas, y pese a revestir jerarquía legal, no supondrían un gran cambio. Es posible que se susciten cambios positivos, mas, como dice el dicho popular, no se puede curar el cáncer con una aspirina. Se ha demostrado que, aun en la actualidad, existe una base normativa y filosófica para proteger y promover el derecho de acceso a la información y de participación ciudadana y, no obstante, se hallan sustancialmente desprotegidos y sin promoción alguna por parte de la Administración. Luego, solo resta bucear entre otras razones hasta dar con la solución.

Por su parte, el pensador francés Pierre Rosanvallon enseña que “la comprensión de la sociedad no podría limitarse a la suma y a la articulación de sus diversos subsistemas de acción... que están lejos de ser inmediatamente inteligibles salvo cuando son relacionados dentro de un marco interpretativo más amplio... la sociedad no puede ser entendida en sus núcleos esenciales si no se actualiza ese centro nervioso del cual procede el hecho mismo de su institución”.<sup>28</sup> Y ejemplifica su razonamiento con la situación argentina: “... la crisis que atraviesa hoy Argentina no puede interpretarse simplemente a partir de factores económicos y financieros. No tiene sentido a menos que se la sitúe en la historia prolongada de una declinación ligada a la dificultad recurrente en hacer existir una nación fundada en el reconocimiento de las obligaciones compartidas”.<sup>29</sup> Asimismo, se puede aprovechar el esquema de Rosanvallon para tratar la temática aquí referida, de la siguiente manera: la crisis que atraviesa hoy una Administración como la argentina no puede interpretarse a partir de factores normativos y formales que son su causa inmediata; no tiene sentido, a menos que se la sitúe en la historia prolongada de una declinación ligada a la dificultad recurrente en hacer existir una Administración fundada en el reconocimiento de las obligaciones compartidas.

27. GONZÁLEZ MORAS, J. M., *op. cit.*

28. ROSANVALLON, P., *Por una historia conceptual de lo político*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 17.

29. ROSANVALLON, P., *op. cit.*, p. 18.



#### IV. REFLEXIONES FINALES

En el presente trabajo se han abordado múltiples cuestiones relativas al derecho de acceso a la información pública y la participación ciudadana. Se ha indagado acerca de su construcción conceptual, sus límites, los principios en juego y sus horizontes. Además, se realizó una comparación entre diversos sistemas jurídicos.

Por suerte, el derecho estudiado no involucra mayores dificultades para su aproximación teórica. Sin embargo, no se puede decir lo mismo de su orientación práctica. Pese a ser pacíficamente considerado como un derecho estratégico, o bien una precondition para el ejercicio de otros derechos fundamentales, su realidad parece indicar que todavía merece una significativa etapa de evolución y robustecimiento hasta alcanzar los estándares necesarios o acordes a su relevancia.

Luego, tras tanto indagar sobre cuestiones normativas, la mirada empieza a desplazarse hacia otros elementos. ¿Por qué algo tan elemental como el derecho de acceso a la información pública no funciona en los hechos? ¿Por qué funcionan tan mal la Administración y otros sujetos obligados a proveerla?

Acaso, entonces, el cambio sustancial debe empezar a buscarse en la reforma de las estructuras funcionales de los organismos que ejercen funciones públicas, y no en reformas normativas (a menos, claro, que la primera se implemente a través de una modificación normativa). En consecuencia, esto conlleva otras preguntas trascendentes: ¿dónde y cómo se materializa la democracia? ¿Cómo democratizar la Administración? ¿A qué tipo de Administración se aspira?

Si el problema quizá está en otro lado, las soluciones también. Por eso, en estos términos, asoma una propuesta coherente: replantear la organización administrativa y estatal y su funcionamiento, con la finalidad de acercarla a la ciudadanía.

La historia de la democracia, como bien apuntó un autor canadiense, cuenta que los sistemas de escasa participación se asocian a sociedades desiguales.<sup>30</sup> Luego, el problema no es cómo funcionaría la democracia participativa, sino cómo llegamos a ella: “pues parece probable que si logramos llegar a ella, o a que exista una parte considerable de ella, el camino recorrido hasta llegar allí nos habrá dado la capacidad para hacer que funcione, o por lo menos nos habrá hecho menos incapaces de lo que somos hoy día”.<sup>31</sup> Ahora bien, ¿cómo se puede empezar a eliminar barreras?

He aquí una propuesta concreta: si el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental y garantía de un mejor desempeño de la sociedad democrática, y las normas no se pueden reformar o no exigen su reforma para promoverlo –al menos en una primera instancia–, conviene dirigir los esfuerzos al

30. MACPHERSON, C. B., *La democracia liberal y su época*, Buenos Aires, Alianza Editorial, 1991, p. 124.

31. MACPHERSON, C. B., *op. cit.*, p. 120.

elemento que inmediata y flagrantemente se contrapone a su reconocimiento: el funcionamiento de los organismos obligados a proveer información. Naturalmente, esto no afectará sólo el funcionamiento, sino también el diseño organizativo general, a partir del cual se estructura el mapa de organismos y, en especial, de la Administración Pública.

Para instrumentar dicho cambio, es menester tener presente los siguientes puntos.

Primero, definitivamente se deben trasladar todas las obligaciones a los organismos obligados, en función de un informalismo casi absoluto a favor de los ciudadanos. Son los organismos que ejercen funciones públicas los que detentan mejores medios materiales, técnicos y profesionales para ayudar a los ciudadanos, y a la inversa.

Segundo, la Administración Pública debe aprovechar sus medios y herramientas. Para ello corresponderá abandonar o limitar las cuotas de clientelismo político. La Administración Pública gestiona intereses públicos, no intereses del partido político de turno. En consecuencia, y por más que suene utópico, habría que respetar parámetros meritocráticos y fomentar la carrera y la capacitación en el empleo público.<sup>32</sup>

Tercero, la democratización, propiamente de la Administración Pública, debe superar tradiciones etimológicas y políticas para pasar a una nueva etapa. El ciudadano no es un inferior de la Administración (*ad*, hacia; *minus*, menor). Garantizar su control de funciones públicas, y su participación en ellas, fortalece la base democrática de la sociedad y promueve el igualitarismo. No se trata de que algunos sepan más, sino de que todos sepan, fiscalicen y participen más.

En la misma línea, se ha dicho que la apatía política y la no participación ciudadana permiten la concentración del poder, la cual echa por la borda la persecución del republicanismo y la transparencia, contraponiéndose al horizonte que se podría asumir consagrado a través de nuestra Constitución e instrumentos de jerarquía constitucional.

Cuarto, con un sistema económico que solo tiende a reproducir desigualdad es imperante erigir valedores para impedir el avance de esas consecuencias negativas. Por ende, la Administración Pública tiene asignado un rol preponderante en aquel escenario: poner sus medios a favor de los administrados. Estos deben tener todas las vías disponibles para poder ejercer sus derechos fundamentales plenamente, más allá de las contingencias socioeconómicas generales. Los derechos –y el sistema jurídico– responden a una realidad, mas contienen elementos para promover mejores

32. Nótese que para estos objetivos tampoco se exige sancionar nuevas normas, sino respetar y aplicar las existentes.

condiciones para los ciudadanos. Y aquí resurge el valor estratégico del acceso a la información, como llave de apertura y fortalecimiento participativo y personal.

Carlos F. Balbín lo ha asentado claramente: ha cambiado el paradigma. No hay un conflicto entre privilegios estatales y derechos de las personas, sino en todo caso de derechos contra derechos.<sup>33</sup> El Estado únicamente ejerce derechos con la finalidad de reconocer otros derechos individuales y colectivos. Al mismo tiempo, el respeto por los derechos fundamentales deviene fuente básica de legitimación del poder.

Por último, el suministro de información pública no es un bien de mercado. No se puede guiar por las mismas leyes. Se guía por la Constitución Nacional y sus normas complementarias. Por ello, no se puede manipular su oferta y su demanda, ni obstruir su distribución. El consumo de información pública responde, primero, a valores esenciales que hacen a la autonomía personal. Inmediata e ineludiblemente, la autonomía personal se vincula con factores colectivos. En consecuencia, no se puede limitar o reducir la expectativa a la información pública: mientras exista un sistema republicano que respete la integridad de los ciudadanos y su autonomía, el acceso debería ser pleno, más allá de limitaciones razonables que hagan a la marcha del gobierno, respetándose el principio de máxima divulgación. Si los ciudadanos ven garantizados sus derechos, el Estado debería alcanzar un mejor status. Lamentablemente, en la actualidad el corporativismo, la exageración de las estructuras burocráticas y la corrupción imposibilitan la concreción de esos objetivos. Pero son objetivos básicos, que no se van a apagar por antojos burocráticos y/o políticos. Eventualmente, se lograrán, siempre y cuando se mantengan –por lo menos– los cimientos jurídicos actuales, los cuales en teoría revisten nitidez y solidez bastante para inclinar la balanza con el paso del tiempo. Aunque también hay que reconocer que el presente argentino de la Administración Pública, del Congreso de la Nación y de sus funcionarios, indica que el lapso demandado será muy extenso. Esperemos que no sea eterno.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., “El acceso a la información como derecho”, en *Anuario de Derecho de la Comunicación*, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, año 1, v. 1, 2000.
- BALBÍN, C. F., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- BUTELER, A., “La legitimación para el acceso a la información”, en *La Ley*, 18/2/2013.

33. BALBÍN, C. F., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, t. I, p. 174.

- RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Estudio especial sobre el derecho a la información*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007.
- GARCÍA PULLÉS, F., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- GONZÁLEZ MORAS, J. M., *Derechos y garantías implicados en el derecho de acceso a la información pública*, 2010, Inédito.
- JACOBS, F. G., WHITE, R., y OBEY, C., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, Quinta Edición, 2010.
- LIMANSKI, L. H., *Acceso a la información y participación ciudadana. Déficit y propuestas de reformas*, 2013, Inédito.
- MACPHERSON, C. B., *La democracia liberal y su época*, Buenos Aires, Alianza Editorial, 1991.
- MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2004.
- ROSANVALLON, P., *Por una historia conceptual de lo político*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- SCHEIBLER, G., “El derecho humano de acceso a la información pública”, en *La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo*, febrero de 2013, 24-La Ley 2013-B.

## **PODER DE POLICÍA: LOS EFECTOS DE LA CAUSA "MENDOZA" SOBRE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA COMPETENCIA REGULATORIA Y JUDICIAL EN MATERIA AMBIENTAL, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES\***

MARÍA EUGENIA PÁEZ\*\*

**Resumen:** En el año 2008 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia definitiva en la causa "Mendoza", un proceso ambiental que fue delineado por el Alto Tribunal conforme a las pautas que se derivan del art. 41 de la Constitución Nacional y de la Ley General del Ambiente. Durante su tramitación, se creó la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo y se establecieron reglas de competencia particulares para ese proceso que dieron lugar a contiendas entre los magistrados.

Partiendo de la noción de poder de policía y el deslinde de competencias entre el Estado federal y los Estados locales establecido en el texto de la Constitución Nacional, el presente trabajo tiene por objeto dar cuenta de las consecuencias que se derivan de la integración de la ACUMAR y del establecimiento de aquellas reglas, sobre las potestades de regulación en materia ambiental propias de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la competencia de los jueces locales.

**Palabras clave:** constitución nacional – poder de policía – competencia judicial – medio ambiente – corte suprema de justicia de la nación – cuenca matanza-riachuelo – ciudad autónoma de buenos aires.

**Summary:** In 2008 the Supreme Court of Justice passed judgment in the case "Mendoza", an environmental judicial process based on section 41 of the Constitution and the General Environment Act. During the process, the Matanza-Riachuelo Basin Authority was created and new rules about jurisdiction were established.

This article was written in order to reveal the effects of Matanza-Riachuelo Basin Authority and these rules on the environmental regulation powers and jurisdiction in City of Buenos Aires, on the basis of the concept of police power and the constitutional distribution of powers among Federal State and Local Governments.

\* Segundo puesto del X Concurso de Ensayos "Dr. Ignacio Winizky" sobre Derecho Administrativo, año 2013. El jurado estuvo conformado por los Profs. Dres. Carlos F. Balbín, Fernando R. García Pullés y Héctor A. Mairal. Recepción del original: 31/03/2013. Aceptación: 10/09/2013.

\*\* Estudiante de Abogacía (UBA).

**Keywords:** constitution – police power – jurisdiction – environment – supreme court of justice – matanza-riachuelo basin – city of buenos aires.

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Nacional realiza un reparto de competencias entre la Nación y las provincias creando relaciones de subordinación, participación y coordinación.<sup>1</sup> En cuanto a estas últimas, la norma fundamental, al deslindar las competencias correspondientes al Estado federal y a los Estados locales, sienta en el art. 121 el principio general en virtud del cual “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

Si bien en el marco de un sistema federal de reparto de competencias el derecho federal prevalece sobre el derecho local, según el orden jerárquico establecido en el art. 31 de la Constitución, aquél no puede avanzar sobre las facultades de regulación de las provincias, a las que corresponde el ejercicio del poder de policía sobre las materias que no han delegado.

A raíz de la tramitación de la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo)” (en adelante “Mendoza”), y a los fines del cumplimiento de la sentencia de fondo,<sup>2</sup> se creó la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR) como un ente interjurisdiccional integrado por el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires y dotado de competencias concedidas por los Estados que lo componen.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció pautas de competencia aplicables en el marco de ese proceso judicial, que motivaron contiendas entre los magistrados del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad y el juez federal a cargo del trámite de ejecución de la sentencia dictada en la referida causa.

A continuación abordaremos la noción de poder de policía y el deslinde de competencias entre el Estado federal y los Estados locales en cuanto al ejercicio de las facultades de regulación, haciendo particular referencia a la competencia regulatoria y judicial en materia ambiental.

Seguidamente, caracterizaremos la Autoridad de Cuenca y describiremos las reglas de competencia creadas por la Corte para la causa “Mendoza”, valorando

1. GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 28.

2. Pronunciamiento del 08/07/2008, *Fallos*, 331: 1622.

las consecuencias de su establecimiento sobre las facultades de policía ambiental y la competencia judicial que se reservaron los Estados locales y, en particular, la Ciudad de Buenos Aires.

Luego ilustraremos tales consideraciones con el relato de tres casos concretos en que los jueces locales debieron declinar la competencia a favor del fuero federal y, finalmente, presentaremos las conclusiones generales que se desprenden de esta exposición.

## II. PODER DE POLICÍA. REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO FEDERAL Y LOS ESTADOS PROVINCIALES. EL ESTATUS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

El poder de policía es definido como la potestad de regular el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales de las personas. Esta potestad estatal de restringir derechos encuentra fundamento constitucional en el art. 14, el cual señala que “todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”, estableciendo el carácter relativo de éstos. El único órgano que tiene competencia para limitar los derechos de las personas es el Poder Legislativo.<sup>3</sup>

Según los títulos de habilitación a los que se recurra para legitimar las potestades de regulación estatal, se puede distinguir entre un criterio restringido y uno amplio.<sup>4</sup> El criterio restringido se caracteriza porque las medidas de intervención estatal adoptadas están destinadas a la protección de la seguridad, moralidad y salubridad públicas. Mientras que, según el criterio amplio, a los títulos recién referidos se añaden la defensa y promoción del interés económico de la sociedad y el bienestar general y, por último, la subsistencia del Estado, debiendo aclarar que en nuestro país rige el segundo criterio descripto.<sup>5</sup>

Sin perjuicio de lo expuesto, actualmente la doctrina propone redefinir el concepto de poder de policía desde la perspectiva de los derechos, tomando en consideración a tal fin las pautas establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y partiendo de la base de que el interés colectivo –entendido como aquél que satisface derechos individuales, sociales y colectivos– constituye

3. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, t. IV, pp. 530-531.

4. *Ibidem*, p. 537.

5. De los precedentes de la CSJN que dan cuenta del avance de la concepción del poder de policía desde el criterio restringido hacia uno amplio, pueden señalarse los siguientes: *Empresa Plaza de Toros*, 1869, Fallos, 7: 150; *Saladeristas Podestá Santiago c. Prov. de Buenos Aires*, 1887, Fallos, 31: 273; *Ercolano c. Lanteri Renshaw*, 1922, Fallos, 136: 161; *Peralta, Luis c. Estado Nacional*, 1990, Fallos, 313: 1513.

el título de habilitación de las potestades del Estado. En este sentido, el Estado sólo puede restringir derechos en virtud del reconocimiento de otros derechos.<sup>6</sup>

Como dijimos anteriormente, la Constitución Nacional realiza un reparto de atribuciones que determina la existencia de básicamente dos bloques de competencias —el de los Estados locales y el del Estado federal— y establece facultades exclusivas, delegadas, reservadas y concurrentes.<sup>7</sup> Así, son facultades exclusivas los poderes delegados a la Nación y prohibidos a las provincias (art. 126 de la Constitución) y los poderes reservados a las provincias y prohibidos a la Nación (art. 121 de la Constitución), en tanto que constituyen facultades concurrentes aquellas que pueden ser ejercidas indistintamente por la Nación y por las provincias (ejemplo de ellas son las establecidas en el art. 75, inc. 18, de la Constitución).<sup>8</sup>

Si bien, como principio, el ejercicio del poder de policía corresponde a las provincias, según la materia de la que se trate la competencia regulatoria puede hallarse distribuida entre ambos órdenes en forma concurrente —en cuyo caso queda sujeta tanto al poder de regulación del Congreso de la Nación como al de las legislaturas locales— o haber sido atribuida en forma exclusiva al Estado federal.<sup>9</sup>

En este sentido, la competencia federal de regulación adquiere carácter excepcional, en la medida en que sólo es ejercida cuando ha existido una delegación expresa de competencias por parte de los Estados locales o cuando existe incompatibilidad en el ejercicio simultáneo de la Nación y las provincias, en cuyo caso le corresponde ejercerlo a la primera.<sup>10</sup>

En razón de lo expuesto, de plantearse un conflicto entre normas dictadas por las provincias y la Nación, para dirimirlo es necesario, en primer lugar, preguntarse a qué jurisdicción corresponde la facultad de regulación sobre esa cuestión, teniendo en cuenta que las provincias se reservaron tal atribución con excepción de determinadas materias que fueron delegadas. Seguidamente, en caso de que se trate de asuntos que se encuentran sujetos a un poder de policía concurrente, el conflicto debe resolverse mediante un criterio jerárquico, conforme al orden establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional, que hace prevalecer la norma federal.<sup>11</sup>

6. BALBÍN, C. F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2011, t. II, pp. 366-380.

7. *Ibid.* Nota 1.

8. BOTASSI, C. A., *Derecho Administrativo Ambiental*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, La Plata, 1997, pp. 63-65.

9. Según la CSJN, las facultades corresponden con exclusividad a la Nación cuando la Constitución concede expresamente al Poder Legislativo Nacional un poder exclusivo, cuando el ejercicio de ese mismo poder se encuentra expresamente prohibido para las provincias o en los casos en que existe una absoluta incompatibilidad en el ejercicio de esos poderes por las provincias. Ver CSJN, *Don Domingo Mendoza c. Prov. de San Luis*, 1865, *Fallos*, 3: 131.

10. MARIENHOFF, M. S., *op. cit.*, pp. 550-551.

11. Criterio sentado por la CSJN en *Sociedad Com. e Ind. Giménez Vargas Hnos. c. Prov. de Mendoza*, 1957, *Fallos*, 239: 343. En sentido concordante: BALBÍN, *op. cit.*, p. 385.



Aún cuando las consideraciones efectuadas se refieren a la distribución de facultades entre las provincias y la Nación, aquéllas resultan igualmente aplicables a la relación entre el Estado federal y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, toda vez que el art. 129 de la Constitución le confiere un régimen de gobierno autónomo similar al de los Estados provinciales.<sup>12</sup> Por ello, todas las referencias a las provincias o Estados locales realizadas en esta exposición, deben considerarse asimismo alusivas a la Ciudad.

### III. PODER DE POLICÍA EN MATERIA AMBIENTAL. REPARTO DE COMPETENCIAS A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, la reforma constitucional de 1994 introdujo, a más de las competencias exclusivas y concurrentes, atribuciones compartidas entre la Nación y las provincias, que se caracterizan por el hecho de que ambos órdenes de poderes concurren pero no se superponen en la regulación de determinada materia.<sup>13</sup>

En esta categoría se ubica el tercer párrafo del art. 41 de la Constitución, el cual establece que “corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”. La norma contiene una expresa delegación de las provincias a la Nación de potestades legislativas de protección ambiental, con las limitaciones que se derivan de ella.

La relación entre los distintos órdenes de competencias es de complemento y puede adoptar dos formas: de relleno o maximizante. En el primer caso, la norma provincial reglamenta o completa aquellos aspectos no previstos en la norma de presupuestos mínimos, mientras que en el segundo caso, la norma provincial optimiza el nivel de protección de la norma de presupuestos mínimos.<sup>14</sup> Tanto el Estado federal como las provincias pueden legislar sobre cuestiones de fondo y de forma.<sup>15</sup>

En la causa “Villivar”,<sup>16</sup> el voto concordante de los Ministros Lorenzetti, Fayt y Petracchi interpretó el concepto de complementariedad establecido en el tercer

12. GARCÍA, M., “Poder de policía en materia ambiental. Principio de prevención”, en *La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, año 2, n° 6, 2009, pp. 652-661.

13. BALBÍN, *op. cit.*, p. 383.

14. ESAIN, J. A., *Competencias ambientales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 267-274.

15. BOTASSI, C. A., “La experiencia argentina en el control del medio ambiente como sustentabilidad del crecimiento”, *Revista ADA Ciudad*, n° 4, 2011, pp. 29-52.

16. CSJN, *Villivar*, *Silvana Noemí c. Prov. de Chubut*, 2007, Fallos, 330: 1791.

párrafo del art. 41, señalando que supone “agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada”.

De modo que, de acuerdo a lo expuesto hasta aquí, en lo referente a las competencias ambientales, el Estado federal sólo puede legislar en materia de presupuestos mínimos de protección. Tal es el caso de la Ley 25.675 –Ley General del Ambiente–, que establece los presupuestos mínimos “para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable”,<sup>17</sup> insta un régimen compuesto por disposiciones sustanciales y procesales operativas y, en ese marco, define la noción de presupuesto mínimo introducida en el art. 41 de la Constitución. Según el art. 6 de la norma, es presupuesto mínimo “toda norma que concede una tutela ambiental uniforme común para todo el territorio nacional y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental”. Esta definición constituye el límite de la facultad de regulación federal en materia ambiental.

Por su parte, las provincias y la Ciudad Autónoma están facultadas para completar las normas de presupuestos mínimos e, incluso, establecer estándares tuitivos más exigentes que los determinados por la Nación o sancionar leyes de presupuestos mínimos si aquélla no lo hubiera hecho. En este sentido, las jurisdicciones locales se reservaron el poder de establecer los presupuestos definitivos de protección ambiental, siempre que éstos superen el piso de tutela ambiental establecido por el Congreso Nacional en el caso de que hubiera legislado al respecto.<sup>18</sup>

El Alto Tribunal ha establecido que corresponde a los Estados locales aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de su comunidad, pues el art. 41 de la Constitución reconoce explícitamente las jurisdicciones locales en la materia y éstas no pueden ser alteradas.<sup>19</sup> En igual sentido, ha señalado que el art. 41 encuentra su razón de ser en que el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, es decir, aquél que ejerce autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio.<sup>20</sup>

Asimismo, aplicando ese criterio con relación a la Ciudad de Buenos Aires, en el marco de una causa iniciada contra la concesionaria del servicio de

17. Art. 1°.

18. BEC, E. y FRANCO, H. J., *Presupuestos mínimos de protección ambiental. Tratamiento completo de su problemática jurídica*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2010, pp. 99-101.

19. CSJN, *Altube c. Prov. de Buenos Aires*, 2008, Fallos, 331: 1312; *Fundación Reserva Natural Puerto Mar del Plata c. Consorcio Portuario Regional de Mar del Plata*, 2006, Fallos, 329: 4026; *Prov. de Neuquén c. YPF*, 2006, Fallos 329: 2212; entre otros. Esta doctrina fue inicialmente establecida en el caso *Roca, Magdalena c. Prov. de Buenos Aires*, 1995, Fallos, 318: 992.

20. CSJN, *Asociación Ecológica Social de Pesca, Caza y Náutica c. Prov. de Buenos Aires*, 2008, Fallos, 331:1679, Considerando 7° y CSJN, *ASSUPA c. Provincia de San Juan*, 2007, Fallos, 330: 4234, Considerando 10.

transporte ferroviario subterráneo, la Corte, de conformidad con lo dictaminado por la Procuradora Fiscal, consideró que las facultades de regulación y contralor sobre cuestiones vinculadas a la salubridad y protección del medio ambiente corresponden a la CABA.<sup>21</sup>

De lo expuesto se desprende que las cuestiones ambientales conciernen al derecho público local y que corresponde a las provincias y a la CABA la competencia para regularlas, en la medida en que la Nación sólo puede legislar en materia de presupuestos mínimos de protección sin alterar las jurisdicciones locales.

En virtud de ello, si surge el interrogante acerca de qué jurisdicción debe ejercer el poder de policía en materia ambiental en determinado caso, tal conflicto debe dilucidarse mediante la aplicación del principio material –y no por un principio de orden jerárquico–, teniendo en cuenta a tal fin la distribución competencial señalada.<sup>22</sup>

#### IV. COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA AMBIENTAL ¿QUIÉN INTERPRETA Y APLICA LAS NORMAS DE POLICÍA AMBIENTAL EN EL CASO CONCRETO?

La jurisdicción, en su acepción estricta referida a la función jurisdiccional del Estado, definida en general como la potestad de resolver controversias o cuestiones litigiosas con arreglo a las leyes,<sup>23</sup> otorga a la conflictividad en materia ambiental soluciones preventivas, recomponedoras o reparadoras del daño.

A fin de determinar qué autoridades judiciales deben conocer en estos asuntos –y, por tanto, interpretar y aplicar al caso concreto las normas de policía ambientales–, resulta necesario acudir al estudio de las reglas atributivas de competencias que surgen de las leyes de forma vigentes y del texto de la Constitución Nacional. Previo a ello, recordemos que la competencia es la aptitud de los jueces para dirimir controversias que le son planteadas, de acuerdo a la materia, el grado o el territorio, según la delimitación efectuada por las normas procesales dictadas. De modo que la competencia es establecida por ley y regula las relaciones entre los tribunales en lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción.<sup>24</sup> Hemos de adelantar que, en materia ambiental, como regla general la competencia es local.

21. CSJN, *Syma Dirk c. Metrovías S.A.*, 2009, *Fallos*, 332: 2595. La demanda tenía por objeto que se condene a la empresa a adaptar el nivel sonoro emitido por una salida de ventilación a los valores establecidos en la legislación local vigente.

22. BALBÍN, *op. cit.*, p. 383.

23. Sobre este aspecto, ver HARO, R. (1989), *La competencia federal. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 5 y ss.

24. FENOCHIETTO, C. E. *et. al.*, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y*

Comenzaremos desarrollando la excepción a dicha regla. Haciendo mérito del principio según el cual las provincias conservan todo el poder no delegado, la Constitución Nacional establece expresamente los casos en que procede la competencia federal, la que resulta de carácter excepcional y limitado.<sup>25</sup>

El art. 116 de la Constitución establece los casos en que procede la competencia federal en razón de las personas y de la materia, mientras que la competencia federal en razón del lugar se encuentra hoy en día limitada a controversias surgidas en espacios sujetos a jurisdicción federal, es decir, a los casos de establecimientos de utilidad nacional previstos en el art. 75, inciso 30.

Por su parte, el art. 117 determina las dos formas en que la CSJN ejerce su jurisdicción y, por lo tanto, los medios para acceder a aquélla: la jurisdicción apelada y la jurisdicción originaria y exclusiva. Asimismo, señala que sólo procederá la última cuando se trate de asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en las causas en que alguna provincia sea parte. En todos los demás casos, la Corte conoce por la vía recursiva o apelada.

Si bien estas pautas resultan sustancialmente aplicables a la competencia judicial ambiental, con la sanción de la Ley 25.675 se ha creado un nuevo supuesto de procedencia de la competencia federal en razón de la materia<sup>26</sup>: los casos en que “el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales”.<sup>27</sup>

Hasta aquí hemos mencionado los casos en que corresponde a los jueces federales inferiores y a la Corte entender en las causas judiciales que versan sobre asuntos ambientales, habiendo anticipado que la intervención de los tribunales federales reviste carácter excepcional.

Ahora bien, como dijimos anteriormente, el tercer párrafo del art. 41 de la Constitución establece la facultad de la Nación de regular en materia de presupuestos mínimos de protección ambiental, cuidando de no alterar las jurisdicciones

*concordado con los códigos provinciales*, Buenos Aires, Astrea, 1999, t. I, p. 34.

25. HARO, *op. cit.*, pp. 87-91.

26. ESAIN, *op. cit.*, p. 766.

27. Art. 7°, segundo párrafo. Cabe señalar que, con relación a causas que tienen por objeto la recomposición del daño ambiental, la CSJN tiene dicho que para valorar la procedencia de la competencia federal originaria se debe tener particularmente en cuenta la localización del factor degradante y la necesidad de que otras jurisdicciones intervengan en la recomposición del medio ambiente. Pues si aquél factor se halla en una provincia, sólo deberá responder el Estado local “si se determina que ha incurrido en actos u omisiones en el ejercicio de facultades propias, cual es su poder de policía en materia ambiental”. CSJN, *Asoc. Ecológica Social de Pesca, Caza y Náutica c. Prov. de Buenos Aires*, 2008, Fallos, 331: 1679. En el mismo sentido, ver: CSJN, *Altube, Fernanda Beatriz c. Prov. de Buenos Aires*, 2008, Fallos, 331: 1312 y *Asoc. Argentina de Abogados Ambientalistas c. Prov. de Buenos Aires*, 2008, Fallos, 331: 699; entre otros.

locales. Tal delegación expresa de las provincias al Estado federal parece comprender concretamente competencias de legislación, de lo cual se derivaría que el control del cumplimiento y la aplicación de la normativa ambiental corresponden a las autoridades administrativas y judiciales de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires.

Efectivamente, el primer párrafo del art. 7° y el art. 32 de la Ley 25.675 consagran el principio según el cual para los asuntos ambientales rigen las reglas ordinarias de competencia, en razón de lo cual la aplicación de esa ley y de la normativa ambiental toda concierne a los jueces locales según corresponda por las personas, la materia y el lugar. Esta pauta resulta adecuada, considerando que éstos se encuentran en mejores condiciones de responder frente a los principales problemas o trastornos del ambiente, según las características de cada uno, que suelen ser de distinta naturaleza en cada lugar.<sup>28</sup>

Del mismo modo, el Máximo Tribunal ha señalado que las cuestiones ambientales conciernen al derecho público local y son, por tanto, competencia de los poderes locales. Tal solución se vincula con el respeto de las autonomías provinciales, en tanto se trata del ejercicio de facultades que los Estados locales se han reservado (art. 121 CN).<sup>29</sup>

En virtud de las consideraciones efectuadas, no caben dudas en cuanto a que corresponde a las autoridades judiciales de las provincias y de la Ciudad interpretar y aplicar la normativa ambiental –local y de presupuestos mínimos– en los casos que se sometan a su conocimiento, con excepción de la intervención de los tribunales federales prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución y en el segundo párrafo del art. 7 de la Ley General del Ambiente.

## V. PROYECCIONES DE LA CAUSA “MENDOZA” SOBRE PRINCIPIOS QUE RIGEN LA COMPETENCIA REGULATORIA Y JUDICIAL EN MATERIA AMBIENTAL, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

En el primer pronunciamiento dictado en el marco de la causa “Mendoza”, el Máximo Tribunal declaró su competencia originaria para entender en el reclamo de

28. La doctrina coincide en afirmar que la pauta establecida en el tercer párrafo del art. 41, en el sentido de no alterar las jurisdicciones locales, refiere especialmente a la jurisdicción provincial en materia judicial, lo cual resulta congruente con el carácter de excepción de la jurisdicción federal. En este sentido: BEC y FRANCO, *op. cit.*, p. 179.

29. *Ibid*, nota 19.

los afectados por la prevención, la recomposición y el resarcimiento del daño colectivo derivado de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo.<sup>30</sup>

Como señalamos al comienzo de esta exposición, a raíz de aquel primer despacho y durante la tramitación de este proceso ambiental diseñado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se creó una Autoridad de Cuenca y se establecieron nuevas reglas de competencia para el caso concreto, aspectos que han conmovido los principios que rigen la competencia regulatoria y judicial en materia ambiental, anteriormente desarrollados.

### V.A. Autoridad de Cuenca

En la sentencia definitiva dictada el 8 de julio de 2008, la CSJN estableció un programa de intervención integral en la Cuenca Matanza-Riachuelo –a fin de implementar el plan para el saneamiento de la zona– y determinó que el sujeto obligado al cumplimiento de aquél sería la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo.<sup>31</sup> En otras palabras, la Corte encomendó a la ACUMAR la ejecución de la sentencia condenatoria recaída en autos “Mendoza”.

La Ley 26.168, con la estructura de ley de adhesión, creó la Autoridad como un ente de derecho público interjurisdiccional con competencia en el área territorial de la Cuenca, integrado por el Estado federal, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.<sup>32</sup>

En cuanto a la composición de la ACUMAR, de la norma de creación surge que la participación de los Estados locales y de la Nación resulta a todas luces inequitativa. En efecto, de los ocho representantes, dos provienen de la Provincia de Buenos Aires, dos de la Ciudad y tres del Poder Ejecutivo Nacional, además del titular de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación. A tal rasgo centralizador, cabe agregar que la Autoridad fue creada en el ámbito de la referida Secretaría, la que a su vez ejerce la presidencia, que no es rotativa.<sup>33</sup>

Con respecto a las competencias del ente, la ley atribuye a la Autoridad facultades de regulación, control y fomento respecto de las actividades industriales, la prestación de servicios públicos y cualquier otra actividad con incidencia ambiental en la Cuenca. Asimismo, puede intervenir administrativamente en materia

30. Pronunciamento del 20/06/2006, *Fallos*, 329: 2316.

31. *Ibid*, nota 2, considerando 16.

32. Art. 1°. La Ciudad de Buenos Aires adhirió a la Ley 26.168 mediante la sanción de la Ley 2.217.

33. Art. 2°.

de prevención, saneamiento, recomposición y utilización racional de los recursos naturales y disponer medidas preventivas.<sup>34</sup>

La norma asimismo regula la relación entre las competencias de las jurisdicciones delegantes y las del ente, estableciendo la prevalencia de las atribuciones en materia ambiental de la ACUMAR sobre cualquier otra concurrente en el ámbito de la Cuenca.<sup>35</sup>

Sobre este aspecto, el juez federal de Quilmes —a quien la Corte atribuyó competencia para conocer en el trámite de ejecución de sentencia en la causa “Mendoza”—<sup>36</sup> interpretó que los Estados locales, mediante la adhesión a Ley 26.168, reconocen la supremacía de la Autoridad de Cuenca, cuyas competencias federales desplazan cualquier otra de índole local, de conformidad con el sistema de jerarquía normativa establecido en el art. 31 de la Constitución.<sup>37</sup>

Siguiendo los términos empleados por el magistrado, en lo que respecta a las competencias locales que se hallan desplazadas, en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aquéllas se derivan de su condición de corribereña del Riachuelo, el que constituye, en el área de su jurisdicción, un bien de dominio público, en los términos previstos en el art. 8 de la Constitución de la CABA.

Además, los arts. 26 a 31 de la Constitución local, que establecen con fuente en el art. 41 de la Constitución Nacional políticas especiales sobre el medio ambiente y el acceso a una vivienda digna y a un hábitat adecuado, consagran el derecho de los habitantes a gozar de un ambiente sano y, al mismo tiempo, asignan a las autoridades locales la correlativa obligación de trabajar en ese sentido. En efecto, la misma Constitución se encarga de promover políticas que tiendan a la protección, saneamiento y control de la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo y a la regulación de las condiciones de habitabilidad del espacio urbano y determina expresamente que el desarrollo de la política de planeamiento y gestión del ambiente urbano de la Ciudad tiene carácter indelegable.<sup>38</sup> Estas constituyen competencias de las autoridades de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, como tales, son en principio obligatorias, improrrogables e irrenunciables.<sup>39</sup>

34. Arts. 5° y 7°.

35. Art. 6°.

36. *Ibid*, nota 2, considerando 20. Es necesario aclarar que, por resolución del 19 de diciembre de 2012, la CSJN escindió la competencia para entender en la ejecución de la sentencia, realizando una división transitoria entre dos tribunales: el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 12 y el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de Morón.

37. Pronunciamiento del 28/12/2010, *ACUMAR s. ordenamiento territorial —de los autos principales Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. EN y otros s. daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo—*, considerandos 3° y 4°.

38. Art. 27, incisos 6° y 7°, de la Constitución de la CABA.

39. COMADIRA, J. R., *Procedimiento Administrativo. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*,

En virtud de lo expuesto, cobra particular relevancia la adecuada representación en la ACUMAR de la voluntad los Estados que han cedido facultades mediante la adhesión a la Ley 26.168. Consideramos que tal cesión debe entenderse efectuada con la garantía de la efectiva participación de la Ciudad en las decisiones del ente que signifiquen el ejercicio de estos poderes. Sólo así podremos conciliar la integración de la ACUMAR con los mandatos de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En este sentido, pensamos que las concesiones efectuadas por la Ciudad no pueden implicar el establecimiento de una relación de subordinación frente a la Nación, sino, antes bien, de un vínculo de coordinación, en la medida en que la adhesión a la Ley 26.168 fue efectuada con vistas a superar las complicaciones en la gestión ambiental que se derivan de la coexistencia en el área de la Cuenca de distintas jurisdicciones y competencias.

Por tal razón, la representación en la Autoridad de Cuenca de las distintas jurisdicciones debe ser equilibrada y en igualdad de condiciones y no puede soslayar el carácter autónomo y las facultades de regulación propias de la Ciudad, conferidos mediante el art. 129 de la Constitución Nacional y precisados en el año 1996 con la sanción de la Constitución de CABA.

Por último, cabe señalar que la legislatura porteña se ha manifestado en este mismo sentido al encomendar al Jefe de Gobierno que impulse la modificación de la Ley 26.168, con el propósito de que la integración de la ACUMAR permita la participación equitativa e igualitaria de los Estados que la integran y establezca una presidencia rotativa.<sup>40</sup>

## **V.B. Reglas de competencia establecidas en los pronunciamientos de la Corte**

A fin de asegurar la celeridad en el trámite del proceso, teniendo en consideración la particular situación de daño ambiental que presenta la Cuenca Matanza-Riachuelo, en la sentencia definitiva<sup>41</sup> la Corte regló determinadas cuestiones concernientes a la competencia, que fueron posteriormente aclaradas en un nuevo pronunciamiento<sup>42</sup> a raíz de las divergentes interpretaciones que realizaron los tribunales que, de alguna manera, debieron expedirse sobre un asunto vinculado a la causa "Mendoza".

*Anotada y Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 157-165.

40. Art. 8 de Ley 3.947, sancionada en el año 2011.

41. *Ibid*, nota 2.

42. Pronunciamiento del 10/11/2009, *Fallos*, 332: 2.522.



En primer lugar, atribuyó al Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes el conocimiento de todas las cuestiones vinculadas con la ejecución de la sentencia condenatoria, en los términos del art. 499 del ordenamiento procesal,<sup>43</sup> y le encomendó la revisión judicial de las decisiones de la ACUMAR.<sup>44</sup> Asimismo, ordenó la acumulación de todos los litigios relativos a la ejecución del plan ante ese juez y declaró que el proceso produce litispendencia respecto de las demás acciones colectivas que tengan por objeto una controversia sobre el mismo bien jurídico, aún cuando sean diferentes el legitimado activo y la *causa petendi*.<sup>45</sup>

En cuanto a la litispendencia declarada, de la interpretación armónica de las reglas de competencia establecidas por la Corte en ambos pronunciamientos, se desprende que deben radicarse ante el Juzgado Federal:

- a. Los procesos cuyas pretensiones impliquen derechos de incidencia colectiva y que tengan por objeto la tutela del ambiente en tanto bien jurídico colectivo.<sup>46</sup>
- b. Las cuestiones comprendidas –sea expresa o virtualmente– dentro de las órdenes impuestas a la ACUMAR en la sentencia definitiva, aun cuando se presenten en procesos que por su objeto se encuentran excluidos de la radicación ante el Juzgado Federal.<sup>47</sup> Respecto de estos casos, la Corte determinó que aquellas cuestiones deben tramitar ante el juez federal, mientras que la causa en cuyo marco se presenten debe continuar radicada ante el tribunal competente originalmente.

Finalmente, la Corte estableció que todos los conflictos de competencia que se susciten, motivados en las reglas recién mencionadas, serían resueltos por aquélla.<sup>48</sup>

A fin de valorar la incidencia del proceso “Mendoza” sobre las reglas que rigen en materia de competencia judicial, además de las consideraciones efectuadas anteriormente en esta exposición sobre las cuestiones ambientales, resulta de interés la regulación de la competencia contencioso administrativa en el ámbito de la Ciudad.

El art. 48 de la Ley 7 –Ley Orgánica del Poder Judicial– y el art. 2 del Código Contencioso Administrativo y Tributario, concordantemente, establecen como principio general un criterio subjetivo para determinar la competencia contencioso

43. *Ibid*, nota 2, considerando 20.

44. *Ibidem*, considerando 21.

45. *Ibidem*, considerando 22.

46. *Ibid*, nota 42, considerando 4°.

47. *Ibidem*, considerando 5°.

48. *Ibidem*, considerando 8°.

administrativa.<sup>49</sup> En este sentido, la definen en función de la participación en el litigio en carácter de parte –actora o demandada– de una autoridad de la administración, independientemente de que la resolución del conflicto esté regida por normas de derecho público o normas de derecho privado.<sup>50</sup> Por su parte, el art. 1° de la norma determina cuáles se consideran autoridades administrativas a los efectos de determinar la intervención de los tribunales del fuero.

Con similar criterio, el art. 7° de la Ley 2.145 –Ley de Amparo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– establece la competencia del fuero cuando la acción de amparo esté dirigida contra autoridades públicas de la Ciudad.

La regulación de la competencia de los magistrados locales se funda en los arts. 81, inciso 2°, y 106 de la Constitución de la Ciudad, que atribuyen a la legislatura porteña la potestad de sancionar el Código Contencioso Administrativo y Tributario y prevén las atribuciones del Poder Judicial de la CABA, y en el art. 129 de la Constitución Nacional, que establece un régimen de gobierno autónomo para la Ciudad y le otorga expresamente facultades propias de legislación y jurisdicción.

Asimismo, consideramos trascendente recordar que, conforme doctrina sentada por la CSJN, son los jueces de cada jurisdicción los que deben conocer en los casos en que se cuestiona la validez de actos dictados por las autoridades locales, y que resulta privativo de ellos interpretar y aplicar primero las normas de derecho público local.<sup>51</sup>

Las aclaraciones efectuadas dan cuenta de que, en los diferendos de competencia que abordaremos a continuación, que fueron resueltos a favor del fuero federal, han quedado soslayadas las reglas atributivas de competencia que surgen de las leyes procesales vigentes en la Ciudad y la arraigada opinión de la Corte sobre este aspecto.

49. BALBÍN, C. F. *et al.*, *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comentado y concordado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, t. I, p. 6.

50. A diferencia de lo que ocurre en el orden federal, en donde, como principio, la competencia no está definida por quien emite el acto ni por la participación en el litigio de una autoridad. En efecto, pertenecen al ámbito de lo contencioso administrativo federal los conflictos cuya resolución esté regida preponderantemente por el derecho administrativo. En este sentido, ver: CSJN, *Presidente de la Nación*, 2001, *Fallos*, 324: 3863 –entre muchos otros– y GARCÍA PULLÉS, F. R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. II, p. 632 y ss.

51. CSJN, *Ramón Andrés Castros c. Prov. de Salta*, 1988, *Fallos*, 311: 2154; *Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. Prov. de Buenos Aires*, *Fallos*, 329: 5666; *Basigaluz Saez c. Prov. de Entre Ríos*, 2009, *Fallos*, 332: 548; *Encinas c. Prov. de Corrientes*, 1986, *Fallos*, 308: 1922; *Bernal de Aquino c. Krawerc*, 1986, *Fallos*, 311: 519; entre muchos otros. Asimismo: SAGÜES, N. P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 2002, t. II, p. 51 y ss.

## VI. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS EN EL ÁMBITO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Los casos que presentaremos fueron resueltos por la Corte, la cual decidió que resultaba competente el Juzgado Federal para conocer en las actuaciones, por aplicación de las reglas de competencia establecidas en la sentencia de fondo y en el pronunciamiento aclaratorio referidos en esta exposición.

### VI.A. Relocalización de familias establecidas en el camino de sirga

En los autos "Pajares de Olivera",<sup>52</sup> se presentó una contienda positiva de competencia entre el titular del Juzgado Federal de Quilmes y el magistrado a cargo del Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2, quien, en el marco de las actuaciones, hizo lugar a la medida cautelar de no innovar requerida por la actora y rechazó un planteo de incompetencia del GCBA, que consideró improcedente en virtud del art. 13 de la Ley 2.145.

La ACUMAR, por su parte, interpuso una inhibitoria ante el Juzgado de Quilmes, en los términos del art. 9º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en virtud de la cual el tribunal se declaró competente, solicitando al juez de la Ciudad la remisión de la causa o, de no compartir el criterio adoptado, su elevación a la CSJN para que dirimiera la contienda.

En lo que respecta a los hechos en que se basa la demanda, los actores iniciaron una acción colectiva en el año 2010 a raíz del proceso de desalojo del lugar que habitaban en el Barrio Magaldi, impulsado por el Gobierno de la Ciudad a fin de liberar el camino de sirga de la ribera del Riachuelo. El objeto del proceso consistía en la suspensión de las medidas dispuestas y el establecimiento de un programa de relocalización que les garantice el acceso a una vivienda digna, en el marco del cumplimiento de los objetivos fijados en la causa "Mendoza".<sup>53</sup>

La CSJN se remitió al dictamen de la Procuradora Fiscal, quien había opinado que la competencia correspondía al Juzgado Federal por encontrarse la acción comprendida dentro de los supuestos establecidos por la CSJN al fijar las reglas de competencia.

52. CSJN, pronunciamiento del 02/11/2010, *Pajares de Olivera, María y otros c. GCBA s. amparo (art. 14 CCABA)*.

53. Cabe señalar que, entre los objetivos fijados por la CSJN en la sentencia del fondo, el programa contempla la limpieza de márgenes del río. Sobre la base de esta última manda se ha procedido a la liberación del camino de sirga.

## VI.B. Requerimiento de asistencia médica para ocupantes de un predio

En el año 2011, un grupo de familias ingresaron a un complejo de viviendas aún desocupado, ubicado en el barrio de Villa Soldati de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que estaba destinado a la relocalización de personas que se encontraban viviendo sobre el camino de sirga de la Cuenca Matanza-Riachuelo.

A raíz de las deterioradas condiciones de habitabilidad del lugar y su efecto sobre la salud de las familias, se inició una acción autosatisfactiva con el objeto de que se ordene al Gobierno de la Ciudad que brinde la asistencia médico-sanitaria necesaria a fin de salvaguardar el derecho fundamental a la salud.

El expediente iniciado<sup>54</sup> quedó en primer término radicado ante el Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3, cuya titular hizo lugar a la medida requerida. Posteriormente, la causa fue asignada al Juzgado N° 2 del fuero, ante el cual la parte actora realizó una nueva presentación a fin de reencauzar la demanda en un proceso de amparo y obtener de parte de las autoridades locales la debida atención de la problemática en materia de vivienda, la que no llegó a ser despachada por el tribunal en virtud de la intervención de la CSJN.

Por su parte, el Juez Federal de Quilmes, que había declarado su competencia para intervenir en lo concerniente a la ocupación del predio, ordenando medidas tendientes a recuperarlo, elevó las actuaciones a la Corte, la cual entendió que el trámite de la acción incoada podía, *prima facie*, interferir en la competencia que ejercitaba el Juzgado Federal. Por ello, y a fin de evitar las consecuencias que podrían derivarse de pronunciamientos contradictorios, suspendió el trámite del proceso ante la justicia local, de toda otra actuación originada o vinculada con la causa y la ejecución de las resoluciones dictadas, ordenando la remisión de las actuaciones a la Corte.<sup>55</sup>

Cabe mencionar que, poco tiempo después del pronunciamiento del Alto Tribunal, se produjo el desalojo del complejo habitacional ocupado, conforme lo ordenado oportunamente por el Juzgado Federal de Quilmes, lo cual tornó abstracto el conflicto de competencia<sup>56</sup>. Finalmente, la Corte declaró la nulidad de todo lo actuado por el Juzgado N° 2.<sup>57</sup>

54. Caratulado *Boggiano, Luisa Carmen c. GCBA s. medida cautelar*, causa N° 40.758/1.

55. CSJN, 13/04/2011, *ACUMAR s. urbanización de villas y asentamientos precarios, legajo de actuaciones ocupación de predio sito en las calles Lafuente, Portela y Castañares, Villa Soldati, CABA s. actuaciones elevadas por el Juzgado Federal de Quilmes*.

56. CSJN, 29/11/2011, *ACUMAR s. urbanización de villas y asentamientos precarios, legajo de actuaciones ocupación de predio sito en las calles Lafuente, Portela y Castañares, Villa Soldati, CABA s. actuaciones elevadas por el Juzgado Federal de Quilmes*.

57. *Ibidem*.

## VI.C. Impugnación de una licitación pública convocada por un ente descentralizado de la Ciudad

En la causa “Cámara Argentina de Arena y Piedra”,<sup>58</sup> tuvo lugar una contienda positiva de competencia entre el Juzgado Federal de Quilmes y el Tribunal Superior de Justicia.

En primera instancia, el titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 había ordenado cautelarmente la suspensión del trámite licitatorio y rechazado la excepción de incompetencia opuesta por la demandada AUSA S.A.

Tal rechazo fue apelado por AUSA S.A., lo que motivó que la Sala II de la Cámara de Apelaciones de fuero revocara la sentencia y determinara la incompetencia de los tribunales locales para entender en las actuaciones.

Contra esa decisión la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad, a raíz del cual el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad declaró la competencia del fuero contencioso administrativo y tributario y decidió elevar las actuaciones a la CSJN a fin de que resolviera el diferendo de competencia, toda vez que el Juzgado Federal de Quilmes, a su vez, había hecho lugar a dos planteos de inhibitoria, presentados por ACUMAR y la demandada AUSA S.A.

La acción fue iniciada contra el Gobierno de la Ciudad y Autopistas Urbanas S.A. —ente que integra la administración pública descentralizada—,<sup>59</sup> con el objeto de que se declarase la nulidad del llamado a Licitación Pública N° 5/2010, referida al “Proyecto ejecutivo, construcción y mantenimiento del nuevo puente sobre el Riachuelo/Puente Roca-Patricios”, por entender que se hallaban afectados derechos y garantías constitucionales de las empresas asociadas a la Cámara Argentina de Arena y Piedra. Según la actora, de realizarse la obra se verían conculcados los derechos a la libre navegación, a la igualdad ante la ley y a navegar, trabajar y comerciar, pues generaría un obstáculo que no permitiría el paso de los buques de las compañías areneras de la zona.

58. CSJN, pronunciamiento del 04/09/2012, *Cámara Argentina de Arena y Piedra c. GCBA y otros s. amparo (art. 14 CCABA) s. recurso de inconstitucionalidad concedido*. Cabe señalar que en los autos *Lubertino, María José c. GCBA y otros s. amparo (art. 14 CCABA) s. recurso de inconstitucionalidad concedido*, pronunciamiento del 04/09/2012, la Corte decidió la competencia del Juzgado Federal con remisión a la causa “Cámara Argentina de Arena y Piedra”, en tanto se trataba de un asunto sustancialmente análogo. Asimismo, en virtud de la conexidad con “Cámara Argentina de Arena y Piedra”, declarada el 16/10/2012 por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT, también fue remitida al juzgado de Quilmes la causa *Arenera Pueyrredón S.A. c. AUSA S.A. y otros s. amparo (art. 14 CCABA)*.

59. Se trata de una sociedad cuyo mayor accionista —con el 95% del paquete accionario— es el GCBA y constituye un ente que se rige por normas de derecho privado pero integra la administración pública descentralizada.

La actora sostiene que el acto administrativo es nulo, entre otras razones, por haberse incumplido con los recaudos previstos en el art. 30 de la Constitución de la Ciudad, que establece la obligatoriedad de la evaluación de impacto ambiental en todo emprendimiento público o privado susceptible de relevante efecto y su discusión en audiencia pública, y en la Ley 123, reglamentaria de aquél.

Finalmente, la Corte decidió que resulta competente el juez federal por entender que se trata de la licitación de una obra que puede interferir en la recomposición del ambiente de la Cuenca Matanza-Riachuelo y que esa obra se asienta sobre una vía navegable interjurisdiccional cuyos márgenes deben ser saneados según el mandato expresamente establecido en la sentencia condenatoria. Asimismo, remitió al dictamen de la Procuradora Fiscal, quien había opinado que resultan aplicables las reglas de competencia establecidas por la CSJN para el caso "Mendoza", agregando como argumentos que la construcción del puente sobre el Riachuelo integra las medidas de ordenamiento territorial incluidas en el plan de saneamiento, que la construcción del puente impactará sobre el bien jurídico tutelado en la sentencia de fondo y que podría interferir en la reposición del ambiente.

Debemos tener en cuenta que en las presentes actuaciones se cuestiona la validez de un acto administrativo emitido por una autoridad de la Ciudad, en los términos de los arts. 1° y 2° del Código Contencioso Administrativo y Tributario y el art. 7° de la Ley 2.145, y que la obra a la que refiere el llamado a licitación aún no ha sido ejecutada.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

Hemos comenzado esta exposición señalando que las provincias son las titulares originarias del poder de regulación y que, excepcionalmente, en algunos casos lo han delegado a la Nación y en otros han establecido la concurrencia de ellas y la Nación en su ejercicio sobre la misma materia.

Asimismo, nos referimos al particular caso de la competencia regulatoria en materia ambiental, en el que la potestad es compartida por la Nación y las provincias en tanto cada jurisdicción legisla sobre aspectos distintos sin superponerse. En este sentido, corresponde a la primera establecer los presupuestos mínimos de protección ambiental –en los términos del art. 41 de la Constitución Nacional y el art. 6° de la Ley General del Ambiente– y a los Estados locales regular los presupuestos definitivos, que pueden limitarse a completar aquéllos o incluso superar el estándar de protección determinado por el Congreso de la Nación.

En cuanto a la competencia judicial, señalamos que, como principio, corresponde a los jueces de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpretar y aplicar la normativa ambiental en los casos concretos, con excepción

de la intervención de los tribunales federales establecida en los arts. 116 y 117 de la Constitución y en el segundo párrafo del art. 7 de la Ley General del Ambiente.

Con relación a la causa "Mendoza" y a la creación de la ACUMAR, advertimos, en primer lugar, que tanto el texto de la Ley 26.168 como la opinión del magistrado de Quilmes confieren a las atribuciones de la Autoridad de Cuenca prevalencia sobre las facultades ambientales de los Estados que la componen, las que resultan desplazadas de conformidad con el orden jerárquico establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional.

En este sentido, teniendo especialmente en cuenta que el ente ha sido dotado de potestades que corresponden en primer término a las jurisdicciones locales, señalamos que, en el caso de la Ciudad, los arts. 8° y 26 a 31 de su Constitución establecen derechos de los habitantes y, como contracara de ello, competencias ambientales en cabeza de las autoridades porteñas que, como tales, son de cumplimiento obligatorio, improrrogable e irrenunciable. Incluso, indicamos que el mismo texto constitucional refiere a su carácter indelegable. Por esta razón, consideramos que resulta trascendental que la Ciudad participe en igualdad de condiciones en la elaboración de las decisiones de la ACUMAR, pues sólo de esta manera la adhesión a la Ley 26.168 resultaría compatible con su Constitución.

Seguidamente, describimos las reglas de competencia establecidas por la Corte para la causa "Mendoza", las características de la competencia en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad y la enraizada opinión de la Corte en torno a la competencia de los jueces de las jurisdicciones locales para interpretar y aplicar las normas de derecho público local y entender en causas en que se cuestiona la validez de actos locales. Ello, a fin de poner de manifiesto que, como se observa en las causas judiciales traídas a colación, las normas procesales de la Ciudad –concretamente el Código Contencioso Administrativo y Tributario y la Ley 2.145– dictadas en ejercicio de facultades propias, así como también la antigua doctrina de la Corte, resultan soslayadas a causa de la aplicación de las reglas de la causa "Mendoza".

Pensamos que las contingencias de la causa "Mendoza" tratadas en este trabajo pueden ser superadas. Una de las posibles vías para otorgar a la Autoridad de Cuenca el carácter de un ente de coordinación –y no de subordinación– de las voluntades de los Estados que la componen consiste en la elaboración de manera consensuada y deliberativa de un acuerdo interjurisdiccional,<sup>60</sup> en sustitución de la estructura de norma de adhesión que posee la Ley 26.168. Por otro lado, a fin de evitar que los magistrados de la Ciudad sean apartados del conocimiento de asuntos

60. Sobre sistemas de coordinación de competencias ambientales compartidas, ver: BOTASSI, *Derecho Administrativo Ambiental*, *op. cit.*, pp. 67-68. Sobre los acuerdos interprovinciales e intrafederales como expresión de un federalismo de concertación, ver: ESAIN, *op. cit.*, pp. 567-611.

de su competencia, proponemos efectuar en cada expediente judicial concreto un esfuerzo interpretativo a fin de deslindar las cuestiones ineludiblemente implicadas en la ejecución de la sentencia de la causa "Mendoza" de las que no lo están —y que por tanto se rigen por las normas locales de la Ciudad—, efectuando de corresponder un desdoblamiento de la competencia. Si bien no desconocemos que dicho desdoblamiento no se encuentra previsto en las leyes de forma actuales, puede adoptarse como un aspecto a incorporar en las normas procedimentales de un derecho ambiental en formación.

Sea cual fuere la solución que se adopte, deseamos que resguarde adecuadamente el estatus constitucionalmente atribuido a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

## BIBLIOGRAFÍA

- BALBÍN, C. F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2011, t. II.  
 — *et al.*, *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentado y Anotado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, t. I.
- BEC, E. y FRANCO, H. J., *Presupuestos mínimos de protección ambiental. Tratamiento completo de su problemática jurídica*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2010.
- BOTASSI, C. A., *Derecho Administrativo Ambiental*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, La Plata, 1997.
- "La experiencia argentina en el control del medio ambiente como sustentabilidad del crecimiento", en *Revista ADA Ciudad*, n° 4, 2011, pp. 29-52.
- CATALANO, M., "Poder de policía en materia ambiental. Distribución de competencias", en *La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, año 2, n° 6, 2009, pp. 662-667.
- COMADIRA, J. R., *Procedimiento Administrativo. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- ESAIN, J. A., *Competencias ambientales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- FENOCHIETTO, C. E. *et al.*, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales*, Buenos Aires, Astrea, 1999, t. I.
- GARCÍA PULLÉS, F. R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. II.
- GARCÍA, M., "Poder de policía en materia ambiental. Principio de prevención", en *La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, año 2, n° 6, 2009, pp. 652-661.
- GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2006.



- GIL DOMÍNGUEZ, A. y GONZÁLEZ, A., "El caso 'Mendoza', ACUMAR, el poder de policía ambiental y la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires", en *La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, año 4, n° 3, 2011, pp. 263-269.
- HARO, R., *La competencia federal. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia*, Buenos Aires, Depalma, 1989.
- MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, t. IV.
- QUIROGA LAVIÉ, H. *et al.*, *Derecho constitucional argentino*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, t. I.
- RODRÍGUEZ, C. A., *Ley General del Ambiente de la República Argentina. Ley 25.675 Comentada. Normativa complementaria*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- SAGÜES, N. P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 2002, t. II.
- VALLS, M. F., *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.



## RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: NOCIONES ACTUALES E IDEAS FUTURAS\*

PABLO SEBASTIÁN CARDUCCI\*\*

**Resumen:** El objeto del presente trabajo es repasar la evolución histórica del régimen de responsabilidad del Estado en nuestro país, describiendo someramente su situación actual, y comentando la evolución de los fundamentos jurídicos de dicha institución. Además, se hará hincapié en la cuestión de la reparación de los daños causados por la actividad estatal y, en particular, en la extensión de la reparación, estudiando su evolución jurisprudencial, y algunas posturas doctrinarias relevantes.

**Palabras clave:** derecho administrativo – responsabilidad del estado – régimen federal – derecho local – extensión de la reparación.

**Summary:** The purpose of this work is to make a review about the historic evolution of the regime of state responsibility in our country, and to describe briefly the current situation of this regimen, making comments about the evolution of the legal basics of this institution. Also, the work will emphasize on the reparation of damage caused by the state activity and, mainly, the extension of the reparation, studying its jurisprudential evolution, and some doctrinal/academic positions of relevance.

**Keywords:** administrative law – state responsibility – federal regime – local law – reparation extension.

### I. INTRODUCCIÓN: A MODO DE EXCUSA

El autor de este trabajo, como buen aspirante a administrativista, ha tomado al pie de la letra las bases del Concurso, en particular en cuanto a su género. Por ende, escudará las vaguedades e imprecisiones de las ideas presentadas a continuación en el carácter formalmente propedéutico de todo ensayo.

\* Tercer puesto del X Concurso “Dr. Ignacio Winizky” sobre Derecho Administrativo, año 2013. El jurado estuvo conformado por los Profs. Dres. Carlos F. Balbín, Fernando R. García Pullés y Héctor A. Mairal. Recepción del original: 31/03/2013. Aceptación: 10/09/2013.

\*\* Abogado UBA (2012).

Pasando, ahora sí, a la primera persona, diré que el objeto de mi trabajo será repasar la evolución histórica del régimen de responsabilidad del Estado en nuestro país, deteniéndome en los fundamentos jurídicos en los que se ha asentado, para luego esquematizar someramente la situación actual de dicho régimen.

Posteriormente, y sin pretender agotar el tema en estas breves líneas, ni llegar a una conclusión *científica* –o tan siquiera sólida–, buscaré indagar respecto de extensión de la reparación en materia de daños causados por la actividad estatal –en particular, en la órbita de la responsabilidad por actividad lícita–, cuestionaré la evolución de la jurisprudencia, haciendo especial referencia a un caso reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, comentaré algunas posiciones doctrinarias en disputa, y plantearé algunos interrogantes, intentando proponerles alguna respuesta más o menos razonada.

## II. LA DEMANDABILIDAD DEL ESTADO: SÍNTESIS DE SU EVOLUCIÓN

En un principio, no existían en nuestro país normas que impidieran la libre demandabilidad del Estado. Nada de eso decían los arts. 100 y 101 (actuales 116 y 117) de la CN, ni la Ley 27 de Organización de los Tribunales Federales. Sin embargo, el derecho norteamericano –como vehículo de las nociones anglosajonas– sirvió de modelo para incorporar una teoría limitativa del control judicial de la administración: la teoría de la inmunidad soberana,<sup>1</sup> de acuerdo a la cual el Estado no podía ser llevado a estrados judiciales sin su anuencia previa.

Conforme señala Marcer,<sup>2</sup> la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue oscilante en su jurisprudencia sobre la materia. Mientras se pronunciaba en “*Bates Strokes y Cía*”<sup>3</sup> (1864) resolviendo la cuestión como un conflicto común entre partes, sostenía en “*Vicente Seste y Antonio Seguich*”<sup>4</sup> (también de 1864) que el Estado no podía ser demandado judicialmente sin su consentimiento. Posteriormente, precisaría en “*Juan Carlos Gómez*”<sup>5</sup> (1865) que la decisión de “*Bates Strokes*” se había basado en las particulares circunstancias de la causa, pero que la libre

1. Si bien no es objeto de este trabajo, es curioso notar que la noción de inmunidad soberana, derivada del principio del derecho anglosajón que sentaba que el rey no podía hacer mal (“*the King can do no wrong*”) encuentra poco asidero en nuestra historia nacional, ya que, *stricto sensu* y al igual que en el caso de Estados Unidos, la Argentina nunca tuvo rey.

2. MARCER, E., *Demandas contra el Estado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, p. 39.

3. Fallos, 1: 259.

4. Fallos, 1: 317.

5. Fallos, 2: 36.

demandabilidad del Estado no era la regla, y la decisión de los reclamos quedaba en manos del Congreso, único facultado para arreglar el pago de la deuda pública.

La jurisprudencia y la praxis se sucedieron de forma irregular, pero se fue conformando la idea de que el Estado sólo podía ser demandado previa autorización del Congreso, sistema que se empleaba en la práctica a través del dictado de leyes individuales para autorizar a los particulares a demandar. Ese sistema funcionó hasta el año 1900, en que se sancionó la Ley 3.952. El innovador sistema establecido por ésta norma disponía que no era necesaria la venia legislativa, pero debía demostrarse que como previo a demandar se había formulado reclamo ante el Poder Ejecutivo Nacional, fijando los plazos de éste procedimiento de reclamo ante la administración.<sup>6</sup>

Sin embargo, la Corte interpretó que esa ley sólo se aplicaba a las causas de derecho privado (aplicando la llamada “teoría de la doble personalidad del Estado”), por lo que para las causas contencioso administrativas (en las que el Estado actuaba como poder público) seguía requiriéndose la venia legislativa.

La sanción de la Ley 11.634 reformó el sistema creado por la Ley 3.952, dejando sin efecto la necesidad de venia legislativa, pero estableciendo un reclamo previo como requisito para todos los procesos. De ese modo, salvo para aquellos casos que la jurisprudencia admitía como excepción (es de destacar, entre otros, el caso de la responsabilidad por los hechos y accidentes en que sean parte los agentes de la Nación), quedaba configurado el sistema de reclamo administrativo previo como necesario para todos los casos en que fuera a demandarse al Estado nacional.<sup>7</sup> Alternativamente, subsistía la vía recursiva establecida por el Dec. 7.520/44, que regulaba el recurso jerárquico. Es decir, ya en ese entonces podían advertirse algunos rasgos del sistema de acceso a la jurisdicción (de doble vía, reclamatoria y recursiva) que subsiste en la actualidad.

El nacimiento del fuero contencioso administrativo,<sup>8</sup> cuya competencia se definía en forma tautológica (entendía en “las causas contencioso administrativas”), creó un sistema que diferenciaba el control argentino de todos los demás. El control judicial de la administración se llevaba a cabo a través de tribunales judiciales (a diferencia de Francia), especializados en la materia (a diferencia de Estados Unidos), que tenían un tribunal superior común con los restantes tribunales judiciales (a diferencia de España).<sup>9</sup>

6. MARCER, E., *Demandas contra el Estado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, p. 40.

7. MARCER, E., *Demandas contra el Estado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, pp. 41-2.

8. Establecido por las leyes 12.967 (1947) y 13.278 (1948).

9. Sobre el particular se ha extendido profusamente Mairal. Ver, especialmente, MAIRAL H., *Control Judicial de la Administración*, Buenos Aires, Depalma, 1984, v. I, Parte preliminar.

En el año 1972 se sancionó el decreto Ley 19.549 que, con las modificaciones introducidas por la Ley 25.344, trazó el régimen de acceso a la jurisdicción vigente en la actualidad. Su título IV prevé un sistema de doble vía para llevar al Estado a sede judicial: la de los arts. 23 y 24, es decir, la vía recursiva o impugnatoria y la de los arts. 30 y subsiguientes, la vía reclamatoria.<sup>10</sup>

Desde hace largo tiempo, entonces, no quedan dudas de que todo actuar del Estado es pasible de generar derechos indemnizatorios, y, con sus defectos y virtudes,<sup>11</sup> tanto la legislación como la jurisprudencia han evolucionado en sentido de admitir que pueda ser llevado a estrados judiciales.

### III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS ACTUALES DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

Superada la etapa de la indemandabilidad, y definidas y enunciadas las vías de acceso a la jurisdicción para la tutela de los derechos de los particulares en las causas contra el Estado, corresponde detenerse en los fundamentos jurídicos de la responsabilidad estatal.

Es de destacar, por principio, que nuestro país no cuenta con una ley nacional de responsabilidad del Estado.<sup>12</sup> Mas dejando de lado esta dificultad, la jurisprudencia, apoyándose en normas constitucionales en algunos casos, y construyendo analogías con otros sistemas de responsabilidad, ha ido definiendo diversos criterios, algunos de los cuales se han asentado a lo largo del tiempo. Puede decirse, entonces, que a los efectos de estudiar el sistema de responsabilidad del Estado federal, en la actualidad, la jurisprudencia –y en particular, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– es la fuente por antonomasia.

A los efectos del estudio del régimen, entonces, resulta conveniente clasificar las situaciones que pueden generar responsabilidad del Estado en dos grupos. A grandes rasgos, estudiaremos la responsabilidad por el accionar lícito de la administración, y, por otro lado, la que se deriva de su obrar ilícito.

10. Autores de la talla de Hutchinson sostienen, sin embargo, que la Ley 3.952 sigue siendo el régimen vigente para las “acciones civiles” contra el Estado, como ser la acción reivindicatoria, la usucapión y la meramente declarativa (art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Al respecto, ver HUTCHINSON, T., *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 187.

11. La doctrina es, en general, sumamente crítica respecto de la imposición de plazos cortos para demandar una vez habilitada la instancia. Ver, por ejemplo, MAIRAL H., *Control Judicial de la Administración*, Buenos Aires, Depalma, 1984, v. I, p. 105.

12. Sí, en cambio, con algunas normas provinciales que regulan expresamente la materia. Ver, por caso, las constituciones provinciales de Chaco (art. 76), Chubut (art. 98), Córdoba (art. 178), San Juan (art. 8) y Tierra del Fuego (art. 80), entre muchas otras.

### III.A. La responsabilidad del Estado por su obrar ilícito<sup>13</sup>

La órbita de la responsabilidad por actos ilícitos del Estado es de fácil asimilación con el régimen civil de responsabilidad. La teoría de la responsabilidad civil exige cuatro elementos para que ésta se configure: el daño, la antijuricidad de la conducta que lo causa, un factor de atribución —que puede ser objetivo, o subjetivo— de la conducta al sujeto presuntamente responsable y un nexo causal entre esa conducta y el daño producido.

En el ámbito del derecho administrativo los elementos son similares. Debe existir daño, que al igual que en el régimen de responsabilidad civil debe ser siempre cierto y actual; la presencia de antijuricidad en el acto, hecho u omisión de la administración (recordemos que nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad por actos ilícitos); el nexo causal entre la conducta antijurídica y el daño, y la existencia de un factor de atribución (la *falta de servicio*).

Claro, si bien los elementos son similares, la válvula de escape que determina, habitualmente, la procedencia o no de las demandas por responsabilidad del Estado por su actividad ilícita se encuentra precisamente en su elemento distintivo, es decir, el factor de atribución. La fórmula de la falta de servicio aparece delimitada por primera vez en el fallo “Ferrocarril Oeste” (1938).<sup>14</sup> Allí, sostendría el Tribunal que “...quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causar su incumplimiento o irregular ejecución (doctrina de los arts. 626 y 630 del Código Civil)”, imputando la responsabilidad al Estado Nacional en virtud de los arts. 1.112 y 1.113 del Código Civil, por culpa *in eligendo*.

Posteriormente, reafirmaría su posición en la causa “Vadell, Jorge”<sup>15</sup> (1984), aplicando la misma fórmula y refiriéndose a ella como la “idea objetiva de la falta de servicio”, que encuentra fundamento en la aplicación subsidiaria del art. 1.112 del Código Civil. Se trata, según sostiene el tribunal en el fallo en cuestión, de una responsabilidad directa del Estado, y la imputación de la conducta del funcionario al Estado se lleva a cabo a través de la teoría del órgano.<sup>16</sup>

Esta noción de la falta de servicio es desarrollada en mayor detalle en la causa “Mosca, Hugo c. Provincia de Buenos Aires” (2007).<sup>17</sup> Allí, la Corte sostiene que

13. Con la expresión “responsabilidad del Estado por su obrar lícito” pretendo abarcar toda conducta ilícita de la administración, sea esta activa o pasiva. Es decir, si bien me refiero al “obrar” de la administración, comprendo en la definición también la responsabilidad por omisiones antijurídicas.

14. Fallos, 182: 5.

15. Fallos, 306: 2.030.

16. Fallos, 306: 2.030, considerando 6.

17. Fallos, 330: 563.

la responsabilidad por falta de servicio es objetiva, en cuanto se debe juzgar no la conducta del agente, sino si existió una prestación efectiva y regular del servicio.<sup>18</sup> Además, diagrama los elementos que deben analizarse para definir si se configura o no falta de servicio, a saber: (a) *la naturaleza de la actividad*, haciendo hincapié si la prestación cuyo incumplimiento se reclama surge de un mandato legal expreso o de un objetivo legal indeterminado; (b) *la disponibilidad de medios razonables para la prestación del servicio*; (c) *la relación entre la víctima y el servicio* y; (d) *la previsibilidad del daño*.

Es interesante recalcar el criterio esbozado por Aída Kemelmajer de Carlucci en la oportunidad de votar en la causa “Torres”.<sup>19</sup> Sostiene el fallo que a los efectos de valuar la falta de servicio en relación a las omisiones estatales, debe estudiarse la naturaleza de los intereses comprometidos en el caso, desde ópticas cualitativas y cuantitativas. Existen intereses particulares que, en relación a la actividad estatal, son cualitativamente más relevantes (por ejemplo, la preservación de los derechos a la vida, o la integridad física) que otros. En los casos de intereses que son de la misma jerarquía cualitativa (es decir, intereses patrimoniales), el criterio de medida debe ser cuantitativo. De este modo, el esfuerzo exigible al Estado para satisfacer un interés cualitativamente relevante es, desde ya, superior al exigible para satisfacer intereses cuantitativamente mesurables. En el caso de estos últimos, por cambio, deberá estudiarse si el esfuerzo general que se exige del Estado resulta o no justificable, en relación con los daños que se podrían haber prevenido con su accionar. En caso de que se determine que el esfuerzo patrimonial estatal sería cuantitativamente superior al daño sufrido por el particular (recordemos, se trata de intereses puramente patrimoniales), no puede existir responsabilidad del Estado.

Si se estudia el reciente Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en la versión original preparada por la comisión redactora,<sup>20</sup> puede advertirse que regulaba la cuestión de la responsabilidad del Estado en tres artículos. Los dos primeros, relativos a la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, disponían que:

**Art. 1.764.- Responsabilidad del Estado.** El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad,

18. Autores como Reiriz consideran que la falta de servicio tiene naturaleza subjetiva. Ver, al respecto REIRIZ, M. G., “Responsabilidad del Estado” (pp. 220-9), en *El Derecho Administrativo Argentino Hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996.

19. Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, “Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza”, sentencia del 04/04/1989, publicado en *LL* 1989-C, 514 - *DJ*1990-1, 191.

20. Designada por el decreto 191/2011.



los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

**Art. 1.765.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público.** El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes.

Como puede verse, el primero de esos artículos refleja en forma casi exacta el criterio del tribunal en la causa “Mosca”. El segundo, por su parte, establece la responsabilidad concurrente del funcionario que ejerció su tarea en forma irregular (sea por acción u omisión) con el Estado, que responde en forma concurrente y directa.

Sin embargo, estos artículos fueron reemplazados por el Poder Ejecutivo Nacional,<sup>21</sup> quien cuenta con la iniciativa legislativa, al momento de enviar el proyecto al Congreso. Sobre esta cuestión me detendré más adelante, al referirme a la cuestión de la unidad o dualidad de los sistemas de reparación.

### III.B. La responsabilidad del Estado por su obrar lícito

La responsabilidad del Estado por su actividad lícita tiene un fundamento de raigambre completamente diferente, y que no puede encuadrarse ni aun por analogía a través del régimen de responsabilidad iusprivatista. Es que, en materia de derecho privado rige el art. 1.071 del código civil, en cuanto dispone que “el ejercicio regular de un derecho propio no puede constituir como ilícito ningún acto”. Si olvidáramos la distinción entre las relaciones de derecho público y privado, y aplicáramos este precepto a la responsabilidad del Estado, llegaríamos fácilmente a la conclusión de que la actividad lícita del Estado está amparada por la norma, por lo que no puede generar derecho a indemnización. Es inconcebible, en materia de derecho privado, la reparación de daños causados sin antijuricidad.

Por esta razón, y en la inteligencia de que el Estado puede causar graves daños aún actuando en forma lícita (a través no sólo de su actividad normativa, sino también de hechos y actos administrativos),<sup>22</sup> la jurisprudencia y la doctrina han construido el régimen de responsabilidad del Estado por su actividad lícita basándolo fundamentalmente en el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN). Empero, como señal Mairal, en esta materia, la regla general es la

21. Decreto 884/2012.

22. MAIRAL, H. “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, en Vv. AA., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 145-6.

no responsabilidad, ya que el ejercicio de los poderes propios del Estado no puede fundar un derecho de indemnización para los particulares sin que ello implique frenar toda actividad pública.<sup>23</sup>

Sin embargo, tal y como señala el autor, a partir de la jurisprudencia sentada por el tribunal en la causa “Corporación Inversora Los Pinos” (1975),<sup>24</sup> se estabiliza la posibilidad excepcional de responsabilizar al Estado.

De este modo, para que se configure la restrictiva hipótesis de responsabilidad del Estado por actividad lícita deben darse ciertos requisitos, a saber: (a) una *conducta generadora de un daño cierto y actual*, (b) *la posibilidad de imputar ese daño a un obrar de la administración*, (c) *la existencia de una relación de causalidad entre el daño y la conducta de la administración*, que debe ser directa, inmediata y exclusiva,<sup>25</sup> (d) *la existencia de un perjuicio o sacrificio especial*, y (e) *la ausencia del deber jurídico de soportar el daño*.<sup>26</sup>

Tal y como acontecía con la falta de servicio en materia de responsabilidad por actividad ilícita, el elemento diferenciador en materia de responsabilidad por actividad lícita es el perjuicio especial<sup>27</sup> sufrido por el particular (y, correlativamente, la ausencia de un deber jurídico de soportar ese perjuicio).<sup>28</sup> Es de destacar, por oposición, que en tanto nos hallamos en un régimen de licitud, no es requisito la presencia de antijuricidad.

Al igual que en el caso de la responsabilidad por actividad ilícita, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial –una vez más, en su redacción original– incluía un artículo que regulaba la responsabilidad del Estado por actividad lícita. En efecto, en el texto del proyecto podía leerse que:

**Art. 1.766.- Responsabilidad del Estado por actividad lícita.** El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo

23. MAIRAL, H. “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, en Vv. AA., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 142.

24. Fallos, 293: 617.

25. Así lo estableció la Corte en “Ledesma” (1989, Fallos, 312: 2.022).

26. Entre la jurisprudencia especialmente relevante para la configuración de estos *standards*, debe mencionarse los fallos “Cantón” (1979, Fallos, 301: 403), “Eduardo Sánchez Granel” (1984, Fallos, 306: 1.409), “Tejedurias Magallanes” (1989, Fallos, 312: 1.656) y “Columbia” (1992, Fallos 315: 1.026).

27. Definido por la Corte como un “*daño diferenciado del sacrificio que necesariamente debe ser soportado como consecuencia de la vida en sociedad*” en el fallo “Prada” (1993, Fallos, 316: 1.465, cons. 14).

28. Criterio que, en casos como “Columbia” (1992, Fallos 315: 1.026) y “Revestek” (1995, Fallos, 318: 531) fue reemplazado por la noción de la “*situación jurídicamente protegida*”. Si hay lesión, pero el interés lesionado no está protegido jurídicamente por el derecho, no hay responsabilidad.

comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

Una vez más, la norma proyectada por la comisión buscaba proveer un fundamento normativo adecuado al criterio jurisprudencial vigente. Sin embargo, tal y como aconteciera con los artículos dedicados a la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, esta norma tampoco llegó al proyecto definitivo enviado al Congreso, ya que fue suprimida por el Poder Ejecutivo Nacional.

#### IV. LA CUESTIÓN DEL ALCANCE DE LA REPARACIÓN

La inexistencia histórica de normas claras que regulen la responsabilidad estatal ha proyectado sus efectos también en el aspecto de extensión de la reparación.

Como hemos visto, el sistema se ha construido, en la práctica, sobre algunas normas constitucionales, auxiliadas por normas del Código Civil. Sin embargo, la aplicación de las normas de ese cuerpo al momento de determinar las indemnizaciones ha generado controversias en la jurisprudencia nacional, siendo ésta una cuestión que parecía mantenerse inestable hasta la actualidad.

Antes de adentrarnos en el estudio de dicha jurisprudencia, destacaremos que en materia de responsabilidad por la actividad ilícita del Estado, se ha aceptado casi en forma unánime que la reparación debe ser plena.<sup>29</sup> Las dificultades comienzan, como resulta natural, cuando se aborda la cuestión desde la órbita de la responsabilidad por el obrar lícito.<sup>30</sup>

Para adentrarnos en el recorrido por la jurisprudencia en esta materia, diremos que el Tribunal Superior ha sido oscilante en su historia en relación a la extensión de la reparación en las causas que versaban sobre responsabilidad por actos administrativos lícitos (sea en el marco contractual o extracontractual), al igual que por su actividad normativa lícita (tanto legal como reglamentaria).

Por destacar algunos, en los fallos “Corporación Inversora Los Pinos” (1975),<sup>31</sup> “Cantón, Mario” (1979)<sup>32</sup> y “Motor Once” (1989),<sup>33</sup> la Corte limitó la extensión del resarcimiento, circunscribiéndolo al daño emergente. Es que, el Tribunal entendió

29. BALBÍN, C., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2008, v. II, p. 432.

30. Ya que, como hemos visto, el fundamento de la responsabilidad estatal por actividad lícita no se encuentra en las normas del Código Civil.

31. Fallos, 293: 617.

32. Fallos, 301: 403.

33. Fallos, 312: 649.

que existen ciertas intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados que son autorizadas por el derecho cada vez que así lo requiere el interés público, siendo el caso paradigmático el de la Ley de Expropiaciones<sup>34</sup>. Si la responsabilidad no podía basarse en normas de derecho civil, tampoco podría sostenerse en estas normas la extensión de la reparación. La analogía pertinente debía realizarse, entonces, con ésta norma, que limitaba la responsabilidad al daño emergente, excluyendo expresamente el lucro cesante.

Sin embargo, en otras causas, entre las que pueden nombrarse “Sánchez Granel” (1984),<sup>35</sup> “Juncalán Forestal” (1989),<sup>36</sup> y “El Jacarandá” (2005),<sup>37</sup> el Tribunal se pronunció en favor de otorgar una reparación plena, entendiendo por esta a todos aquellos intereses afectados por la conducta estatal, susceptibles de ser reparados pecuniariamente.

Es interesante advertir que en la oportunidad de sentenciar la causa “Sánchez Granel”, que fue durante largo tiempo el *leading case* en materia de responsabilidad estatal por actividad lícita, la Corte no proporcionó un fundamento normativo para la extensión de la reparación. Por el contrario, sostuvo que la etapa de la irresponsabilidad del Estado se hallaba concluida, que “es principio recibido por la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia, nacionales y extranjeras, el de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que originan perjuicios a particulares”, y “que ese principio que se traduce en el derecho a una indemnización plena por parte del damnificado”.<sup>38</sup>

Sostuvo, además, que la reparación integral sólo puede ser obstaculizada por razones de fuerza mayor, el marco contractual vinculante (es decir, el que vincula al particular con la administración) o que una ley específica disponga lo contrario en un caso singular.<sup>39</sup>

No fue hasta la causa “Gunther, Fernando Raúl” (1986)<sup>40</sup> que la Corte proporcionó un fundamento constitucional para la reparación integral. Allí, el Tribunal sostuvo que “la responsabilidad que fijan los arts. 1.109 y 1.113 del Código Civil sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero. El principio del alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene

34. Es sumamente ilustrativo, respecto de este punto, el dictamen de la Procuradora General, Graciela Reiriz en la causa “Motor Once” ya citada.

35. Fallos, 306: 1.409.

36. Fallos, 312: 2.266.

37. Fallos, 328: 2.496, aunque con voto de Highton De Nolasco que sostiene el criterio de “Motor Once”.

38. Fallos, 306: 1.409, considerandos 5 y 6.

39. Fallos, 306: 1.409, considerandos 6.

40. Fallos, 308: 1.118.

raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica. Ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas (Estado) y el art. 100 de la Carta Magna menciona a la Nación como justiciable por cualquier clase de causa, por lo que resulta indudable también desde este ángulo la existencia de responsabilidad estatal en el sub lite”.<sup>41</sup>

Los argumentos de “Gunther” serían reeditados posteriormente, en un fallo que, en principio, resultaría ajeno a la materia de este trabajo, pero que por sus efectos resulta pertinente mencionar como antecedente. En la oportunidad de decidir en “Aquino, Isacio” (2004),<sup>42</sup> el Tribunal fulminó el régimen especial de responsabilidad creado por la Ley de Riesgos de Trabajo. Sostuvo, en ese entonces, que el art. 39 vigente resultaba inconstitucional, en tanto privaba a los trabajadores de obtener una reparación integral.<sup>43</sup>

La cuestión pareciera haber sido zanjada, sin embargo, con un pronunciamiento reciente que, aunque no recayó en un caso de responsabilidad por actividad lícita del Estado, estableció parámetros generales aplicables a todo régimen de responsabilidad diferencial. Al decidir en “Rodríguez Pereyra” (2012),<sup>44</sup> la Corte expidió sobre el alcance de la reparación, extendiéndose en algunos de los argumentos que he comentado a lo largo del presente y proporcionando algunos parámetros que intentaré extraer para emplearlos como herramientas de análisis general.

Sostuvo el Alto Tribunal, que la constitucionalidad de un régimen especial de responsabilidad –en el caso, el del estatuto del personal militar– debe sostenerse a través de la ponderación de dos factores: (a) el alcance de los derechos constitucionales invocados; y (b) si los daños causados encuentran su debida reparación.<sup>45</sup>

Desarrollando la argumentación, la Corte sostiene –como lo había hecho en “Gunther”– que existe un principio constitucional general vinculado a la reparación, que se deriva de la prohibición de perjudicar a terceros que, entiende, existe en el art. 19 CN. Ese principio estaría reglamentado a través del art. 1.109 del Código

41. Fallos, 308: 1.118, considerandos 14.

42. Fallos, 327: 3.753.

43. Reparación integral que, según la Corte, encontraría una vez más fundamento en el art. 19 CN.

44. Causa “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s. daños y perjuicios”, R. 401. XLIII., sentencia del 27/11/2012. El pronunciamiento ha sido vastamente comentado por la doctrina, en tanto la Corte se pronunció sosteniendo que los órganos judiciales nacionales tienen la obligación de ejercer de oficio tanto el control de convencionalidad como el de constitucionalidad. Puede verse, al respecto, GELLI, M. A., “La declaración de inconstitucionalidad de oficio. Fundamentos y alcances (en el caso “Rodríguez Pereyra””, en LL 2013-A, 25.

45. Considerando 17.

Civil, que establece que todo aquel que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro tiene el deber de repararlo. Esta norma, dice el Tribunal, no es una norma de derecho privado, sino que resulta ser un principio general susceptible de abarcar todas las disciplinas jurídicas.<sup>46</sup>

En esa misma línea, la Corte destaca que el deber constitucional de reparar no puede ser alterado por las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28 CN) y que, en tanto la reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, la indemnización debe comprender todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte a la persona, su patrimonio, sus derechos y/o facultades.<sup>47</sup>

Concluye el Tribunal el razonamiento sosteniendo que el monto indemnizatorio que resulta del régimen especial no alcanza a reparar integralmente el daño causado, y que, por ende, “los medios elegidos no se adecuan al objetivo reparador de la norma pues se consagra una solución incompatible con los principios y derechos que la Constitución Nacional ordena respetar, proteger y realizar en el caso concreto”.<sup>48</sup>

La jurisprudencia analizada da cuenta, entonces, de que la Corte Suprema en su actual composición, considera que, a priori, la *reparación integral* es el principio rector en materia de responsabilidad. Esa regla, sostiene el Alto Tribunal, no puede ser dejada de lado por regímenes especiales, salvo excepciones sumamente particulares.

## V. ¿UNIDAD O DUALIDAD DE SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD? ¿ES LA RESPONSABILIDAD UN “INSTITUTO GENERAL DEL DERECHO”?

El criterio de la Corte Suprema en el fallo “Rodríguez Pereyra” parece apuntar a que la noción de *responsabilidad* se erige como un instituto general del derecho, que puede y debe ser regulado en manera uniforme para todo el país, y, por ende, no es escindible a través de regímenes diferenciales. Este régimen general de responsabilidad es el que contiene, como principio rector, a la noción de la integridad de la reparación.

De este modo, el Tribunal utiliza una estructura argumental similar a la que había empleado al fallar en “Filcrosa S.A. s. Quiebra s. Inc. de Verificación por Municipalidad de Avellaneda” (2003),<sup>49</sup> cuando sostuvo que las provincias resignaron en favor de la Nación la regulación del *régimen general de las obligaciones*

46. Considernado 18.

47. Considernado 20.

48. Considernado 23.

49. Fallos, 326: 3.899.

y, por tanto, toda legislación provincial que regulara en materia de prescripción en contra de lo dispuesto por el Código Civil resultaba inválida.

Sin embargo, en mi opinión, la interpretación del Tribunal no tenía en ese entonces –ni tiene, en la actualidad– un fundamento normativo claro para sostener el ejercicio de una competencia de esa naturaleza por parte de la Nación.<sup>50</sup>

Existen algunas cuestiones de índole constitucional que –en mi opinión– se oponen a esta idea. Sin ir más lejos, es difícil sostener que pueda atribuirse al Congreso Nacional la competencia para dictar un régimen general de responsabilidad del Estado para todo el país.

En nuestro régimen federal, la distribución de competencias entre el Estado nacional y las provincias ha conservado a éstas últimas todos los poderes no delegados a la Nación (art. 121 CN). Entre las competencias delegadas no se encuentran las cuestiones relacionadas con el derecho administrativo y, por ende, tampoco su régimen de responsabilidad. Por ello, señala Balbín que de acuerdo a nuestro régimen constitucional, son las provincias las que dictan las normas sobre las materias propias del derecho administrativo en su ámbito territorial. Así, cada provincia regula, entre otros temas, el empleo público, la organización estatal, la administración financiera del Estado, los procedimientos administrativos, las contrataciones estatales, la responsabilidad del Estado y el proceso contencioso administrativo.<sup>51</sup>

En la causa “Barreto, Alberto Damián” (2006),<sup>52</sup> caso en que la Corte Suprema redefinió el concepto de “causa civil” (art. 24 inc. 11 del decreto Ley 1.285/58), el tribunal excluyó su jurisdicción originaria a los actos derivados de la actuación de los Estados provinciales en materia de derecho público.

Sostuvo el tribunal en dicha oportunidad, con citas de Marienhoff, Fiorini y Forsthoff, que “se trata, pues, de un daño que los actores atribuyen a la actuación del Estado provincial en el ámbito del derecho público, como consecuencia del ejercicio imperativo del ‘poder de policía de seguridad’ entendido como una ‘potestad pública’ propia del Estado, quien la ejerce cuando lo estima conveniente para satisfacer exigencias de bien público o de interés general; materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado”.<sup>53</sup>

50. En este sentido, es ilustrativa la lectura del fallo “Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires c. D.G.R.” del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (sentencia del 13/06/02), dictado con posterioridad a “Filcrosa”, y que versa sobre la misma cuestión.

51. BALBÍN, C., *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2008, v. I, p. 180.

52. Fallos, 329: 759.

53. Fallos, 329: 759, Cons. 10.

Este criterio se ajusta mucho mejor, a mi entender, a las normas que, como el art. 75 inc. 12,<sup>54</sup> distribuyen las competencias constitucionales normativas.

En esta misma tesis (la tesis “administrativista” de la responsabilidad) se ha enrolado el Poder Ejecutivo Nacional en la oportunidad de modificar el Anteproyecto de Código Civil y Comercial preparado por la Comisión Redactora. Es que, tal y como señalara anteriormente, los artículos que regulaban la responsabilidad del Estado fueron reemplazados. El proyecto enviado finalmente al Congreso dispone que:

**Art. 1.764.- Inaplicabilidad de normas.** Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria.

**Art. 1.765.- Responsabilidad del Estado.** La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

**Art. 1.766.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público.** Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

La idea de la separación entre el régimen de responsabilidad de los particulares y el de responsabilidad del estado, no es en lo absoluto novedosa sino que, por el contrario, fue (y sigue siendo) sostenida por una gran parte de la doctrina. Graciela Reiriz enseñó, por ejemplo, que la circunstancia de que ciertas disposiciones de materia administrativa se encuentren en el Código Civil obedecía a un error metodológico del codificador. Más aún, entendió que el codificador no advirtió que el Congreso Nacional carecía de competencias delegadas por las provincias para regular cuestiones de derecho administrativo, y aún si pudiese hacerlo respecto del Estado nacional, resulta metodológicamente incorrecto incluir estas normas federales en un corpus de derecho común.<sup>55</sup>

¿Puede el Código Civil regular la responsabilidad del Estado? Para comenzar a responder algunos de los interrogantes que se van presentando, diré que, en principio, comparto la posición de Reiriz, que actualmente sostiene el Poder Ejecutivo Nacional. En mi opinión, el Código Civil no *debe* regular el régimen de responsabilidad del Estado. Eso no significa que no *pueda* hacerlo, aunque con un alcance limitado.

54. La llamada “cláusula de los códigos” que dispone expresamente que las normas dictadas en su consecuencia no podrán afectar las jurisdicciones locales.

55. REIRIZ, G., “Responsabilidad del Estado”, en *El Derecho Administrativo Argentino Hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, pp. 220-9.



De este modo, entiendo que si bien el Congreso tiene prerrogativas para regular en materia de responsabilidad del Estado federal, no puede establecer normas que regulen la responsabilidad de los Estados provinciales, que es materia de derecho público no delegado a la Nación. Por esta razón, el Congreso estaría facultado para incluir en el Código Civil (hacerlo allí o en una ley separada, tal y como se pretende actualmente, es una discusión puramente metodológica y de técnica legislativa) disposiciones que regulen la responsabilidad del Estado nacional. Lo que no puede pretenderse es que estas normas sean aplicadas a los Estados provinciales, so pretexto de que al estar reguladas por el Código Civil resultan aplicables en todo el territorio de la Nación.

Con ello no busco desconocer la conveniencia que podría tener una regulación de esta índole (más que nada, por razones de seguridad jurídica). Pero la distribución constitucional de competencias es clara en este aspecto, y no puede verse alterada por razones de comodidad de sus intérpretes.

Si partimos, entonces, de la noción de que las provincias no delegaron a la Nación sus potestades normativas respecto del derecho público local, menos aún puede reconocerse que se haya delegado al Congreso la facultad de dictar una suerte de ordenamiento que reúna los principios generales del derecho o el régimen común de las obligaciones, tal y como pareciera pretender la Corte en “Filcrosa” o “Rodríguez Pereyra”.<sup>56</sup> Cabe preguntarse, por otra parte, ¿dónde se dibujarían los límites de este supuesto régimen general de las obligaciones, cuyo dictado es competencia del Estado Nacional? ¿Qué otros aspectos del régimen de las obligaciones comprende? ¿Pueden las provincias crear sujetos obligacionales,<sup>57</sup> o regular modos de extinción? Pareciera ser que nos enteraremos de la respuesta a ese interrogante cuando así lo decida el Superior Tribunal, avasallando las autonomías provinciales.

¿Cuál sería el alcance, según la Corte, de las potestades regulatorias que innegablemente poseen las provincias, en materia de responsabilidad del Estado? La interpretación que razonablemente puede extraerse del fallo es que ningún régimen *especial*<sup>58</sup> de responsabilidad puede apartarse del régimen general en perjuicio de los particulares, so pena de inconstitucionalidad. ¿Entiende el Tribunal que el régimen del Código Civil es el piso y que las provincias sólo pueden regular para mejorar la situación de los particulares? En mi opinión, es una de las lecturas plausibles

56. Dice allí la Corte que “la reglamentación que hace el Código Civil, en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica” (considerando 18).

57. En materia de obligaciones tributarias, por citar un caso, tienen personalidad jurídica las sucesiones indivisas, que no son sujetos pasibles de contraer obligaciones en el régimen general.

58. Donde debe entenderse por *especial* a “cualquier régimen que se aparte del régimen general de responsabilidad establecido por el Código Civil, que no es un régimen de derecho privado sino un régimen común a todos los derechos”.

que pueden hacerse del mensaje contenido en el pronunciamiento. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con las normas ambientales (art. 41 CN),<sup>59</sup> no existe regla alguna en nuestra constitución que haya establecido una concurrencia de competencias en esta materia: ¿por qué debería interpretarse de ésta manera?

Dejando esta cuestión de lado, es de destacar que el avance sobre las autonomías provinciales no es la única cuestión controversial en “Rodríguez Pereyra”. Debe apuntarse, además, que el fallo tiene un defecto relevante en su fundamentación. Es que, su eje reposa en la existencia de un derecho constitucional a la reparación integral, que estaría expresado en el art. 19 CN.

Sin embargo, es complejo hallar esa conclusión haciendo hermenéutica del texto. El artículo se refiere a las “acciones privadas de los hombres... [que] perjudiquen a un tercero”, sometiénolas a la autoridad de los magistrados. El Tribunal extrae de aquí una suerte de prohibición de dañar a terceros que, al menos desde mi óptica, es difícil de encontrar. Es que, a fin de cuentas, no es lo mismo sostener que “las acciones que perjudiquen a terceros serán sometidas a la autoridad de los magistrados” que entender que “está prohibido perjudicar a terceros”.

Sin embargo, aún si admitiéramos que el art. 19 CN contiene una prohibición genérica de dañar a terceros, no se explica de qué modo llega la Corte a la conclusión de que ello tiene que significar, forzosamente, que quien dañe a otro tiene el deber de repararlo en forma *integral*. La interpretación llevada a cabo en “Gunther”, reiterada en “Aquino” y traída de nuevo a la luz en “Rodríguez Pereyra” es absolutamente dogmática, circunstancia de la que el Tribunal no se hace cargo en modo alguno.

En conclusión, considero que resulta inadmisibles la noción de una responsabilidad del Estado como instituto general del derecho, ya que no existe en nuestro orden constitucional ningún órgano con competencia para dictar un régimen de esa índole. En el mismo sentido, entiendo que es violatorio de las autonomías provinciales el reconocer al Congreso la facultad de dictar normas que se apliquen como regulación de fondo a las cuestiones de derecho público local. Finalmente, sostengo que el fundamento dado por la Corte para sostener la supuesta raíz constitucional de la integralidad de la reparación es dogmático, ya que no puede extraerse de las normas invocadas. La decisión en el fallo “Rodríguez Pereyra” es arbitraria, y debe ser reconsiderada o, al menos, matizada.

59. Conforme la distribución constitucional de competencias, la Nación dicta las leyes de presupuestos mínimos; las provincias pueden complementarlas, a través de normativa local, que reconozca esos *standards* como piso de protección.

## VI. ALGUNAS PAUTAS POSIBLES PARA LA VALORACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

En los apartados anteriores, sostuve que la distribución constitucional de competencias habilita al Estado (tanto federal como local) a fijar un régimen de las obligaciones propio del derecho público. Ahora bien, es momento de abandonar la posición *frankfurtiana*, e intentar esbozar algunas ideas respecto del alcance que podría tener esa reparación.

En la causa “El Jacarandá” (2005), en la que la Corte reconoció la posibilidad jurídica de otorgar a la accionante un resarcimiento por lucro cesante –aunque finalmente no lo concedió, por falta de prueba–, no sentó un criterio tajante, sino que sostuvo que “la extensión del resarcimiento debe atender a las características particulares de cada situación”.<sup>60</sup>

En ese mismo fallo, la doctora Elena Highton de Nolasco, sostuvo que “si en el derecho civil el vasto campo del ejercicio regular de un derecho no genera responsabilidad y, aun en el ámbito de la ilicitud existen diferencias –en cuanto a las consecuencias resarcibles– entre los delitos y los cuasidelitos (arts. 903, 904 y 905 del Código Civil), resulta razonable que, cuando la actuación del Estado es legítima, la extensión de la indemnización por los daños causados a los administrados sea diferente de la que correspondería en el caso de una actuación ilegítima. En el obrar lícito no existe una relación de contradicción entre la actuación administrativa y el ordenamiento jurídico considerado como un todo coherente y sistemático”.<sup>61</sup>

Asimismo, justo es recordar, que tanto en “Juncalán Forestal” como en “Gómez Álzaga”,<sup>62</sup> dos fallos en los que se reconoció la reparación plena utilizando un criterio especial de valuación del lucro cesante futuro,<sup>63</sup> la situación fáctica presentaba ciertos matices particulares. En ambos casos, la actividad (por cierto legítima) del Estado había consistido en efectuar trabajos de infraestructura que redundaron en la inundación de campos de propiedad de las accionantes. El tribunal optó, por cierto, por resarcir tanto el daño emergente como el lucro cesante de los propietarios. Sin embargo, una solución contraria habría resultado profundamente inequitativa y disvaliosa. Es que, en casos de esta índole resulta dificultoso trazar la división entre el daño emergente causado por la inundación (el daño a la tierra, propiamente dicho) y el lucro cesante (la pérdida de la posibilidad de explotación).

60. Fallos, 328: 2.496, considerando 9.

61. Fallos, 328: 2.496, voto de la doctora Highton De Nolasco.

62. Fallos, 307: 1.515.

63. El Tribunal optó por reducir porcentualmente el monto del lucro cesante futuro, en tanto entendió que por la naturaleza de la actividad, no correspondería indemnizar una rentabilidad futura ideal, despojada de incertidumbres.

La valuación de los terrenos agrícolas no puede hacerse sino en función de su rendimiento productivo, ¿de qué otro modo podría medirse el daño emergente sufrido por el propietario si no es determinando las ganancias que se dejarían de percibir?

El propio “Rodríguez Pereyra”, aquí cuestionado, ha establecido como criterio para estudiar los regímenes especiales de responsabilidad “el alcance de los derechos involucrados”,<sup>64</sup> de lo que podría desprenderse que la Corte está dispuesta a flexibilizar el régimen cuando se trata de cuestiones patrimoniales –la indemnización en “Rodríguez Pereyra” tenía como causa una incapacidad física–.

De este modo, pareciera ser que el Tribunal podría estar dispuesto a admitir ciertas limitaciones de responsabilidad en casos en los que los derechos en juego sean estrictamente patrimoniales, y siempre contemplando las circunstancias del caso para que el resultado no resulte abusivo el particular.

Algunos autores<sup>65</sup> proponen como solución la establecida por el inc. 2 de su art. 21, la CADH dispone que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social, y en los casos y según las formas establecidas por la ley”. Sostienen, a ese efecto, que la norma en cuestión es aplicable a todos los casos de responsabilidad por actividad lícita del estado.

En mi opinión, no puede entenderse que se desprenda del texto citado que la intención de la norma es regular la generalidad de los derechos de los particulares. Pareciera ser, por el contrario, que se buscó establecer una prohibición convencional de la confiscación, es decir, una barrera a los regímenes expropriatorios. Es por eso que el texto no hace referencia a “derechos” de los particulares, sino a sus “bienes”. Además, si bien podría resultar interesante la introducción del valor justicia como eje de la indemnización, también es cierto que las soluciones tasadas<sup>66</sup> proporcionan una seguridad jurídica mucho mayor. En definitiva, si se estableciera un criterio subjetivo, tanto el particular como la administración quedarían sometidos al criterio del magistrado que les toque en suerte, lo que no parece conveniente para la generalidad de los casos.

Si dejamos de lado los conceptos jurídicos indeterminados, para buscar normas más *seguras*, entre las que fijan parámetros objetivos podemos encontrar la clásica ley de expropiación. De acuerdo al art. 10 de la Ley 21.499, “...la indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de

64. Considerando 17.

65. Ver, por caso, PERRINO, P., “Indemnización en los supuestos de extinción de contratos administrativos” (pp. 255-78) en Vv. AA., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 267.

66. No me refiero a soluciones tasadas en sentido formal sino, por ejemplo, a criterios como el reconocimiento exclusivo de un rubro, o el expreso rechazo de otros.

carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.

Es cierto, como señalan algunos autores,<sup>67</sup> que la expropiación es un régimen especial, cuya reglamentación surge expresamente de una norma constitucional, y que está revestida de garantías con las que no cuentan otros procesos en los que se dilucida la responsabilidad del Estado, como ser, la garantía de pago previo de la indemnización. Sin embargo, existen otras normas de derecho público que establecen limitaciones similares, sin esas garantías, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por el Tribunal superior. Así, por ejemplo, el art. 26 de la Ley 25.344 dispone que “Cuando se revoquen por razones de oportunidad, mérito o conveniencia contratos del sector público nacional, ya sean de obra, de servicios, de suministros o de consultoría, la indemnización que corresponda abonar al contratista no incluirá el pago de lucro cesante ni gastos improductivos”. Por su parte, el decreto 1.023/2001 establece, en su art. 12 inc. b) que “La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante”. En consecuencia de la naturaleza de las actividades que regulan (relaciones contractuales del Estado con los particulares), estas normas subsisten a pesar de las limitaciones que establecen a la responsabilidad.

Sin embargo, la exclusión del lucro cesante como parámetro general ha sido desechada por la Corte los precedentes citados anteriormente,<sup>68</sup> por lo que tampoco pareciera ser un criterio aconsejable.

Empero, la solución propuesta el Anteproyecto de Código Civil y Comercial – antes de su modificación por el ejecutivo– es, en mi opinión, sumamente plausible.<sup>69</sup> Si bien en la oportunidad de regular la responsabilidad por obrar ilícito no se efectuaron previsiones en cuanto al alcance de la reparación (y, por tanto, entiendo, se sujeta al régimen general de responsabilidad), la norma referida a la responsabilidad por actividad lícita limita la reparación al daño emergente, agregando la compensación del valor de las inversiones no amortizadas –en cuanto hayan sido razonables para su giro– en caso de que se afecte la continuación de una actividad.

En este caso, se estaría evitando fijar el alcance de la reparación a través de un concepto jurídico indeterminado (como “indemnización justa”), reconociéndose

67. Ver, por caso, TAWIL, G., “Indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado” (pp. 239-54), en Vv. AA., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 243.

68. Ver, por caso, Fallos, 306: 1.409; 312: 2.266 y 328: 2.496.

69. Me refiero a la doctrina reparatoria propuesta por la norma y no, por supuesto, a la posibilidad de establecerla a través del Código Civil, cuestión sobre la que ya me expedido en el apartado anterior.

un criterio indemnizatorio que, en mi opinión, resulta razonable en relación con la naturaleza del deber de colaboración que tienen los particulares con quien ejerce las potestades públicas.

## VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

He intentado recorrer, someramente, la historia del régimen de responsabilidad del Estado en nuestro país, repasando la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y cuestionando su criterio más reciente. A ese efecto, me detuve en algunas cuestiones relativas a la forma en la que, en mi opinión, deben ser dictadas las normas de responsabilidad del Estado en nuestro país, para que puedan considerarse constitucionalmente válidas.

Dirimir si el régimen de responsabilidad debe ser único, o si puede coexistir un régimen de responsabilidad iusprivatista y uno iuspublicista no es una cuestión ociosa, ya que en base a esta cuestión es que se deciden los asuntos de mayor implicancia práctica en relación a los particulares, a saber, el alcance de la reparación y el trámite o modalidad de pago de las obligaciones estatales (una cuestión no abordada en el presente, pero de análoga problemática y enorme relevancia).

Es evidente que reconocer o negar la potestad de establecer un régimen diferenciado de responsabilidad para las obligaciones del Estado, en relación con las obligaciones de los particulares, conlleva admitir también la posibilidad de que el Estado limite (o, nobleza obliga, acreciente) el alcance de la reparación en materia de indemnizaciones y establezca formas alternativas para su pago, entre muchas otras facultades.

Como reflexión final, es prudente recordar las palabras de Gordillo, quien sostuvo que, en materia de responsabilidad del Estado “estamos progresando en información, en fallos, en publicaciones, pero no en la realidad: Los daños se siguen cometiendo y las indemnizaciones llegan cada vez menos y más menguadas a los perjudicados. Casi nadie se ve enteramente reparado de su daño, mucho menos en un tiempo razonable”.<sup>70</sup>

Regular la responsabilidad del Estado, a los efectos de clarificar las reglas del juego para todos los involucrados –administrados, y también administraciones– es una responsabilidad política e institucional. No nos sometamos, como los babilonios borgeanos, al sacro desorden de los dictámenes del azar. Que sea cual sea el criterio que termine predominando, no surja de tortuosas interpretaciones jurisprudenciales, sino de una ley, dictada por autoridad competente, y emanada de los representantes

70. GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, t. II, pp. XXI-4.

del pueblo. Sólo de esta manera se podrá decir que vivimos, verdaderamente, en un Estado de derecho.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURY, P., *Ejecución de Sentencias contra el Estado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.
- ALTERINI, J. Y OTROS, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.
- BALBÍN, C., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- BIANCHI, A., *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2002.
- GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- “La declaración de inconstitucionalidad de oficio. Fundamentos y alcances (en el caso “Rodríguez Pereyra””, LL 2013-A, 25.
- GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009.
- HUTCHINSON, T., *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- MAIRAL, H., *Control Judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- MARCER, E., *Demandas contra el Estado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004.
- REIRIZ, M. G., “Responsabilidad del Estado”, en *El Derecho Administrativo Argentino Hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, pp. 220-9.
- VV.AA., *Responsabilidad del Estado. Jornada de Homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008.





# **I CONCURSO DE ENSAYOS BREVES**



## EL ESTOPPEL: DIFICULTADES PARA DEFINIR UNA REGLA EN DERECHO INTERNACIONAL Y EL ROL DESLUCIDO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA\*

FEDERICO JULIÁN VASSALLO\*\*

**Resumen:** Nacido como instituto del *common law*, el *estoppel* fue introducido en el Derecho Internacional a través de laudos de árbitros británicos y norteamericanos en los siglos XIX y XX. Recogido luego –implícita o explícitamente– por la CPJI y la CIJ (*Empréstitos Serbios*, *Estatus Legal de Groenlandia Oriental*, *Pesquerías*, *Plataforma Continental del Mar del Norte*, entre otros), se ha convertido en una defensa perentoria de frecuente invocación. Sin embargo, la Corte Internacional no parece haber sabido precisar sus elementos constituyentes, derivando en una interpretación inconsistente del silencio y de la denominada *detrimental reliance*. Esto ha generado una incertidumbre que ha puesto incluso en duda la misma existencia del *estoppel* como regla del Derecho Internacional.

**Palabras clave:** *estoppel* – preclusión – aquiescencia – silencio – confianza – buena fe – representación.

**Summary:** Born as an institute of *common law*, *estoppel* was introduced in International Law through the awards of British and American umpires in the 19th and 20th centuries. Later on picked up –implicitly or explicitly– by the PCIJ and the ICJ (*Serbian Loans*, *Legal Status of Eastern Greenland*, *Fisheries*, and *Northern Sea Continental Shelf*, amongst others), it has become a peremptory objection frequently asserted. However, the International Court does not seem to have been able to specify its constituents, thus leading to an inconsistent interpretation of both silence and the so-called *detrimental reliance* as well. The resultant uncertainty brings doubts as to the very existence of *estoppel* as a rule of International Law.

**Keywords:** *estoppel* – equitable – promissory – preclusion – acquiescence – silence – faith – reliance – representation.

\* Primer puesto del I Concurso de Ensayos Breves, año 2013. Recepción del original: 05/08/2013. Aceptación: 11/10/2013.

\*\* Ingeniero y estudiante de Abogacía (UBA), en las orientaciones de Derecho Internacional Público y Derecho Económico. Este artículo se inspira en un trabajo más amplio (no publicado) del autor.

## I. INTRODUCCIÓN

Puede darse, en un proceso arbitral o judicial que una de las partes plantee una objeción perentoria cuando la otra adopte una posición que, en su opinión, contradice lo anteriormente admitido, expresa o tácitamente. Se habla entonces de *estoppel*, y para que prospere es necesario probar que, con base en el acto o comportamiento preciso de la otra parte, “el objetante se hizo una composición de lugar que inspiró sus propios actos y comportamientos, ahora perjudicados por la inconsecuencia del otro, al que debería negársele la obtención por ello de una ventaja”.<sup>1</sup>

El *estoppel*, inspirado en la buena fe y confianza recíprocas, evita que este sujeto saque provecho de sus propias contradicciones en perjuicio de otro.

Sin embargo, la práctica internacional ha generado dudas respecto a los elementos esenciales del *estoppel*, en particular por las desacertadas aplicaciones de la CIJ, lo que deja interrogantes sobre esta norma consuetudinaria. Por ello resulta necesario estudiar cómo se introdujo en el Derecho Internacional y cómo ha sido aplicada desde entonces.

## II. EL *ESTOPPEL* DEL DERECHO ANGLOSAJÓN

El *estoppel* anglosajón evolucionó desde la teoría del “*estoppel by matter in pais*”,<sup>2</sup> y con el correr del tiempo, se desarrolló hasta su forma moderna de *estoppel* por representación, que el *common law* define así:

Cuando una persona (representador) ha hecho una representación de los hechos a otra persona (representado) ya sea por sus palabras o los actos de su conducta, o (encontrándose en el deber legal de hablar o actuar) por su silencio o inacción, con la intención (actual o presunta) y con el resultado de inducir al representado, en base a su [buena] fe en dicha representación, a alterar su posición en detrimento propio, el representador, en cualquier litigio que eventualmente tenga lugar entre él y el representado, [incurre en *estoppel*], está impedido, ante el representado, de hacer, o intentar establecer mediante evidencias, cualquier aseveración sustancialmente diferente de su representación previa, si el representado lo objeta en la ocasión oportuna y en la manera apropiada.<sup>3</sup>

1. BROTONS, A., *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant LoBlanch, 2007, p. 308.

2. BOWER, G.S. y TURNER, S.K., *The Law Relating to Estoppel by Representation*, 4ed., Lord Hailsham of St. Marylebone, 2004, párr. I.2.2.

3. Ídem.

También pueden darse: el *estoppel by silence* (aquiescencia),<sup>4</sup> y el *promissory o equitable estoppel*, que permite transformar una promesa en acuerdo vinculante si ella provoca un cambio en las posiciones relativas de las partes y la parte que la invoca ha sufrido un detrimento.<sup>5</sup>

### III. EL INGRESO DEL *ESTOPPEL* EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El *estoppel* entró en este campo a través de pronunciamientos arbitrales en los siglos XIX y XX.

En 1843, en el caso “*Blockade of Portendic*”, el Ministro Francés había informado al Embajador británico que Francia no cerraría el puerto de *Portendic*, que finalmente bloqueó. El laudo determinó que Francia debía compensar al reclamante los daños que no habría sufrido si el Gobierno francés hubiese notificado al británico del bloqueo al mismo tiempo que le daba la orden al Gobernador de Senegal de cerrar el puerto, pero que no debía nada a aquéllos que se hubiesen enterado del bloqueo por otras fuentes de manera oportuna.<sup>6</sup>

En *Coravia* (1903), el árbitro aplicó el *estoppel* del Derecho Anglosajón, identificando tanto el acto de inducción (la representación) de la parte a quien se opusiera con éxito el *estoppel*, como la confianza de buena fe en dicha representación por la otra parte.<sup>7</sup>

En *Grisbadarna* (1909), sin llamarlo por su nombre, el tribunal arbitral aplicó el *estoppel* por aquiescencia, pues “el estacionamiento de un bote-faro, necesario para la seguridad de la navegación en la zona de *Grisbadarna*, fue realizado por Suecia sin encontrar ninguna protesta, e incluso sobre la iniciativa de Noruega... igualmente, el establecimiento de un importante número de balizas fue sostenido sin levantar protestas”.<sup>8</sup> Si está claro que no puede haber aquiescencia sin conocimiento de los hechos por la otra parte<sup>9</sup>, vale decir que Noruega no podía alegar

4. *Ibid.*, p. 265; MARYLEBONE, LORD HAILSHAM OF ST., *Halsbury's Laws of England*, 4ed., UK, L.H. Marylebone, Ed, 1992.

5. *Restatement (Second) of Contracts* en los Estados Unidos (1962-1979), sección 90; BROWN, C., “A comparative and critical assessment of estoppel in international law”, en *University of Miami Law Review* (50), 369-412, 1996, p. 381.

6. CHENG, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, Cambridge University Press, 2006, pp. 137-138.

7. BROWN, *op. cit.*, p. 387; *Coravia Arbitration, RIAA* (X), 609-635, 1903, p. 633.

8. *Affaire des Grisbadarna, RIAA* (XI), 147-166, 1909, p. 161.

9. JOHNSON, D., “Acquisitive Prescription in International Law”, en *B.Y.I.L.* (27), 332, 1950, p. 347.

que desconocía los hechos citados siendo que estos ocurrían en el territorio que pretendía como suyo.<sup>10</sup>

En *Tinoco* (1923), el árbitro identificó los tres elementos de un caso de *equitable estoppel*: la conducta de la parte a la que se pretende oponerle, la confianza de buena fe de la parte que lo invoca, y la consecuente adopción de una posición por esta última en detrimento propio (requisito que no se daba en el caso).<sup>11</sup> También son valiosas las interpretaciones en *Shufeldt* (1930)<sup>12</sup> y *The Lisman* (1937).<sup>13</sup>

#### IV. EL *ESTOPPEL* EN LA CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL (CPIJ) Y LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ)

La CPJI y la CIJ han construido un concepto de *estoppel* basado en tres elementos fundamentales: un estado que hace una representación de los hechos a otro; esta representación es inequívoca, incondicional y emitida por un órgano o persona competente; el Estado que opone el *estoppel* debió haber confiado en esa representación.

##### IV.A. Representación de los hechos

La representación puede provenir de una declaración, pero también del silencio. La Corte Internacional –refiriéndose indistintamente a conductas y declaraciones– ha dicho que una declaración sólo puede dar lugar a *estoppel* si es clara y consistente. Sin embargo, no ha sido capaz de dar una regla consistente en cuanto a las circunstancias en que el silencio da lugar a *estoppel*.<sup>14</sup>

##### *IV.A.1. Estoppel originado en una declaración*

La Corte ha sido consistente al exigir siempre que la declaración fuera inequívoca y consistente con las otras declaraciones del estado.

10. CHAN, P., “Acquiescence/Estoppel in International Boundaries: Temple of Preah Vihear Revisited”, en *Chinese Journal of International Law* 3, 421-439, 2004, p. 429.

11. *Tinoco Case*, *RIAA* (I), 369-399, 1923, pp. 383 y 384.

12. *Shufeldt Claim*, *RIAA* (II), 1930, 1083; BOWETT, *op. cit.*, p. 186; CHENG, *op. cit.*, p. 143; BROWN, *op. cit.*,

13. *The Lisman*, *RIAA* (III), 1767-179 3, 1937, p. 1790.

14. OVCHAR, A., “Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ. A principle of promoting stability threatens to undermine it”, en *Bond Law Review* 21 (1), Article 5, 2009, p. 6.

Así, en *Empréstitos Serbios* (1920), la CPJI observó que para dar lugar a un *estoppel*, la declaración debía ser “clara e inequívoca”.<sup>15</sup> En el caso del *Arbitraje del Rey de España de 1906* (1960), la Corte consideró que “Nicaragua, por expresa declaración y por su conducta, reconoció el laudo como válido y ya no tiene abierta la opción de volver atrás sobre ese reconocimiento y cuestionar la validez del laudo”.<sup>16</sup> Así, habiendo hecho una declaración clara de que aceptaría el laudo como válido previamente al arbitraje, Nicaragua se vio impedida de cuestionar su validez.<sup>17</sup> Sin embargo, no se refirió expresamente al *estoppel*, por lo que no queda claro si éste fue efectivamente la *ratio decidendi*.<sup>18</sup>

En *Plataforma Continental del Mar del Norte* (1964), la Corte observó que no había *estoppel* pues no podía decirse que Alemania Federal hubiera clara y consistentemente aceptado la Convención de Ginebra de 1958, siendo que no la había ratificado,<sup>19</sup> cuando es justamente la ratificación el acto por el que un estado manifiesta su consentimiento en obligarse. Más tarde, en *Actividades Militares y Paramilitares en y en contra de Nicaragua* (1984), la Corte dijo que “un *estoppel* puede ser inferido de la conducta, las declaraciones y actos similares hechos por un estado que... clara y consistentemente evidencian aceptación”<sup>20</sup> de un particular estado de las cosas. Test similar usó en la *Disputa Territorial, Insular y Marítima* (1992)<sup>21</sup> y en la *controversia fronteriza entre Camerún y Nigeria* (1998).<sup>22</sup>

Particular fue el caso de los *Ensayos Nucleares* (1974), donde la Corte sostuvo que las declaraciones del Presidente de Francia daban lugar a un *estoppel* “por su intención”. La Corte estimó que lo único relevante era si el lenguaje empleado revelaba una clara intención, y que “así como la regla de *pacta sunt servanda* se asienta en el principio de la buena fe, también lo hace el carácter vinculante de una obligación internacional asumida por una declaración unilateral”.<sup>23</sup> Se encontró que

15. “Payment of various Serbian loans issued in France”, 1929, *PCIJ Collection of Judgments*, ser. A20, p. 38.

16. “Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906”, *ICJ Reports*, 1960, 192, p. 213.

17. OVCHAR, A., “Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ. A principle of promoting stability threatens to undermine it”, en *Bond Law Review*, 21 (1), Article 5, 2009.

18. BROWN, *op. cit.*, pp. 391-392.

19. “North Sea Continental Shelf”, *ICJ Reports*, 1969, p. 3, pp. 25-26.

20. “Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua”, 1984, *ICJ Reports*, 1989, 392, p. 415.

21. “Land, Island and Maritime Frontier Dispute”, Application for Permission to Intervene”, *ICJ Reports*, 1992.

22. “Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Jurisdiction”, *ICJ Reports*, 1998, 275, p. 303.

23. “Nuclear Tests”, *ICJ Reports*, 1974, p. 253, p. 267.

Francia debió haber asumido que otros estados tomarían nota de este tipo de declaraciones y confiarían en su efectividad.<sup>24</sup> Sin embargo, parece muy extraño que Francia hubiera querido verdaderamente asumir una obligación.<sup>25</sup>

#### IV.A.2. *Estoppel* originado en el silencio

La interpretación del silencio como causa de *estoppel* ha sido controversial. Pueden distinguirse dos enfoques: mientras que en algunos casos la Corte observó que el silencio era concluyente, en otros sólo lo consideró como un elemento probatorio más.

Según el primer enfoque, el mero silencio puede dar lugar a *estoppel*: la falta de protesta es tan fundamental que por sí sola resuelve la disputa: constituye una presunción *iuris et de iure* de que un estado ha abandonado su derecho a oponer un reclamo a otro.<sup>26</sup>

Este enfoque apareció primero en *Pesquerías* (1951): la Corte hizo lugar a la defensa noruega, según la cual el Reino Unido, junto a otros países, había reconocido ciertos mares adyacentes a la costa noruega como aguas territoriales de ese país. Noruega había promulgado desde 1869 una serie de decretos en los que sustentaba sus pretensiones sobre esas aguas,<sup>27</sup> sin objeciones de ninguna nación. La Corte observó que, como los mismos afectaban su derecho en el Mar del Norte, el Reino Unido debió haber protestado, y al no hacerlo en sesenta años, se veía ahora impedido [*estopped*] de formular un reclamo contrario. Si la Corte hubiera examinado todas las circunstancias, habría notado que el Reino Unido nunca estuvo completamente enterado de este sistema de delimitación en esos sesenta años.<sup>28</sup>

En *Templo de Preah Vihear* (1962), el voto mayoritario consideró que el mapa de 1907 –que ubicaba al Templo en territorio camboyano– “exigía una reacción, dentro de un plazo razonable por las autoridades siamesas, si es que éstas deseaban objetar el mapa o tenían dudas a su respecto”.<sup>29</sup> Como Tailandia no lo hizo, la mayoría sostuvo que se hallaba impedido de reivindicar soberanía sobre el templo.<sup>30</sup>

24. *Ídem*, p. 269.

25. OVCHAR, *op. cit.*, p. 8.

26. *Ibid*, p. 10.

27. BROWN, *op. cit.*, p. 390.

28. OVCHAR, *op. cit.*, p. 11; “Fisheries case”, Dissenting Opinion of Sir Arnold McNair, *ICJ.Reports.1951*, 158.

29. “Case concerning the Temple of Preah Vihear”, *ICJ.Reports.1962*, p. 6, p. 30.

30. Posición criticada por tres votos disidentes: ver “Case concerning the Temple of Preah Vihear”, dissenting Opinion of Judge Koo, *ICJ.Reports.1962*, p. 73.



El enfoque restrictivo aparece en *Elettronica Sicula* (1989), donde la Corte fue cautelosa al examinar si el silencio puede o no dar lugar a aquiescencia o *estoppel*<sup>31</sup> y consideró que “existen obvias dificultades en construir un *estoppel* a partir del mero olvido de mencionar un asunto en algún momento particular de un intercambio diplomático desganado [*desultory*]”.<sup>32</sup>

En la *disputa sobre Jan Mayen* (1993), la Corte, entendió que el silencio Dinamarca, teniendo “conocimiento de la posición largamente sostenida por Noruega en materia de delimitación marítima”,<sup>33</sup> obedecía a su preocupación por no agravar la situación, que aún esperaba una resolución definitiva. Así ponderó dos factores: la necesidad de protestar, y la duda en hacerlo –para no deteriorar las relaciones–, y concluyó que, en esas circunstancias, era razonable el silencio de Dinamarca.<sup>34</sup>

#### **IV.B. La representación de los hechos debe ser voluntaria, incondicional y autorizada**

La Corte sí ha sido consistente con este requisito, y entendió que una representación autorizada es aquella hecha por un órgano competente para obligar al estado, y que es incondicional si no fue realizada en el marco de negociaciones y no está además sujeta a ninguna condición expresa.<sup>35</sup> Este criterio, establecido en *Comisión del Danubio*<sup>36</sup> y *Empréstitos Serbios*,<sup>37</sup> fue confirmado en *Groenlandia Oriental*<sup>38</sup> y *Golfo de Maine*<sup>39</sup>.

#### **IV.C. El requisito de detrimental reliance**

La mayoría de las decisiones apoya la postura de que, para poder plantear un *estoppel*, la parte debió haber actuado basada en la confianza en la representación

31. CHAN, *op. cit.*, p. 433.

32. “Elettronica Sicula S.p.A.(ELSI)”, *ICJ.Reports.1989*, 15, p. 44.

33. “Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen”, *ICJ.Reports.1993*, 38, p. 53.

34. OVCHAR, *op. cit.*, p.15.

35. *Ídem*, pp. 16-17.

36. Advisory Opinion, “Jurisdiction of the European Danube Commission between Galatz and Braila”, 1927, *PCIJ Collection of Judgments*, ser. B 14, p. 35; BOWETT, *op. cit.*, p. 191.

37. BOWETT, *op. cit.*, p. 191; “Payment of various Serbian loans issued in France”, p. 39.

38. OVCHAR, *op. cit.*, p. 18.

39. “Case concerning the delimitation of the maritime boundary in the Gulf of Maine area”, *ICJ. Reports.1984*, 246, p. 307.

hecha por la otra parte, ya sea para su detrimento o para ventaja de la otra (*detrimental reliance*). Sin embargo, la Corte ha interpretado este requisito de una manera poco consistente.<sup>40</sup>

En *Empréstitos Serbios*, la Corte sostuvo que no se había demostrado el cumplimiento de este requisito puesto que “no ha habido un cambio de posición por parte del estado deudor. La deuda serbia permanece en las mismas condiciones en que fue tomada; la única acción adoptada por el estado deudor ha sido la de pagar menos de lo debido en virtud de los contratos de crédito”.<sup>41</sup>

En *Plataforma Continental del Mar del Norte*, la Corte afirmó que, para que prosperara el planteo, la conducta de Alemania debió haber “causado a Dinamarca o a los Países Bajos, por su confianza en tal conducta, un cambio de posición en detrimento propio o el sufrimiento de algún perjuicio”,<sup>42</sup> lo que no había ocurrido en el caso. Siguió así un criterio que había señalado en *Barcelona Traction* (1964)<sup>43</sup> y que volvería a repetir en *Actividades Militares y Paramilitares*<sup>44</sup>, en *Disputa Fronteriza Territorial, Marítima e Insular*<sup>45</sup> y en *Disputa Marítima y Territorial entre Camerún y Nigeria*.<sup>46</sup>

#### *IV.C.1. Casos en que la Corte no consideró que el cambio de posición en detrimento propio fuera un requisito del Estoppel*

En *Groenlandia Oriental*, la Corte no se refirió al *detrimental reliance*, implicando que, en realidad, no lo consideraba un requisito.<sup>47</sup> En el *Laudo Arbitral del Rey de España*, la decisión mayoritaria observó que se había configurado *estoppel* y que Nicaragua estaba obligada por la declaración que reconocía el laudo. Sin embargo, Honduras no sufrió daño o detrimento alguno por su confianza en la declaración de Nicaragua.<sup>48</sup> Pero existen dudas sobre si el *estoppel* fue verdaderamente operativo en la decisión.<sup>49</sup>

40. *Ídem*, p. 18.

41. Nota 15, p. 39; BROWN, *op. cit.*, p. 388.

42. Nota 19, p. 26.

43. “Barcelona Traction, Light & Power Co.”, *ICJ.Reports.1964*, 6; BROWN, *op. cit.*, pp. 394 y 395.

44. Nota 20, p. 414.

45. Nota 21, p. 118.

46. Nota 22, p. 304.

47. OVCHAR, *op. cit.*, p. 20.

48. *Ídem*, p. 21.

49. BROWN, *op. cit.*, p. 391.

Tampoco fue requerido el perjuicio en *Ensayos Nucleares*, donde Australia no había sufrido detrimento alguno por su confianza.<sup>50</sup> Así, la Corte aceptó un reclamo de *promissory estoppel* sin requerir que la parte invocándolo hubiera sufrido algún detrimento o daño.<sup>51</sup>

## V. LAS INCONSISTENCIAS EN LA DOCTRINA DE LA CPJI/CIJ

De la enumeración de casos precedente se deduce que la Corte ha sido peligrosamente inestable a la hora de referirse a dos de circunstancias particulares del *estoppel*: cuándo el silencio da lugar a *estoppel* y si es necesario o no el detrimento de la parte que lo invoca.

### V.A. Los inconvenientes de la admisión de una visión concluyente del silencio

Un estado puede tener numerosas razones para permanecer en silencio: pueden ser diplomáticas, como ocurrió en *Jan Mayen* y como probablemente lo fue en *Templo de Preah Vihear*, donde la protesta tailandesa sólo habría dado una excusa a Francia para hacerse con más territorio.<sup>52</sup> También podría ser que el estado no esté siquiera enterado de que otro tiene una pretensión contraria a sus intereses. O que asuma que no hay necesidad de responder,<sup>53</sup> como en *Elettronica Sicula*. Finalmente, un estado puede no protestar por considerar que su conducta normal es suficiente para demostrar su posición con respecto a alguna controversia.

Aceptar una interpretación concluyente del silencio estaría dando más valor a la inacción y a la protesta que a la conducta clara y objetiva de los estados. Es una interpretación indeseable, pues crearía una situación en que todos los estados se verían empujados a formular una catarata de protestas ante cualquier situación dudosa.<sup>54</sup>

50. Nota 23, p. 267; OVCHAR, *op. cit.*, p. 21.

51. BROWN, *op. cit.*, p. 409.

52. CHAN, P., "Acquiescence/Estoppel in International Boundaries: Temple of Preah Vihear revisited", *Chinese Journal of International Law* 2004, 3 (2): 421-439, p. 432; "Case concerning the Temple of Preah Vihear", dissenting Opinion of Judge Koo, *ICJ.Reports.1962*, p. 91.

53. OVCHAR, *op. cit.*, p. 27.

54. *Ídem*, p. 30.

## V.B. La necesidad de la confianza en detrimento propio (detrimental reliance)

Tanto el Derecho Angloamericano como los viejos laudos arbitrales son muy claros en indicar que sólo puede haber *estoppel* si la parte que lo invoca confió en la representación de la otra, sufriendo en consecuencia un perjuicio o detrimento. Esto proviene del fundamento equitativo del *estoppel*. ¿Por qué debería reprobarse la marcha atrás de un estado en su representación si no causó perjuicio a nadie?<sup>55</sup>

Si el simple hecho de emitir una declaración, sin más, puede crear un *estoppel*, los estados se volverían reacios a comunicar sus intenciones, limitando la posibilidad de llevar adelante una política exterior sana, pues se verían obligados a mantenerse indefinidamente en sus antiguas posiciones, por temor a provocar un *estoppel* al adoptar una nueva.<sup>56</sup>

## VI. CONCLUSIONES

La inconsistencia de la CIJ en su interpretación de la regla del *estoppel* conspira contra la coherencia, continuidad y estabilidad que puede esperarse de ella. En lugar de proveer seguridad jurídica en las relaciones internacionales, la CIJ agrega incertidumbre (notablemente en la desafortunada decisión en Ensayos Nucleares).<sup>57</sup>

Si la regla se ha vuelto norma del Derecho Internacional como principio general del Derecho de las naciones civilizadas, entonces la CIJ y otros tribunales han sido negligentes en reconocer y aplicar sus raíces del *Common Law*.<sup>58</sup>

Por otro lado, si se pretendiera que es una norma consuetudinaria del Derecho Internacional, entonces sería una regla que desafiaría todo intento de definición, y sin duda resulta imposible explicarlo sin recurrir a su pariente del *Common Law*.<sup>59</sup>

Sin embargo, no sería saludable negar la validez de la regla como norma del Derecho Internacional. Si la CIJ volviera a las fuentes del *estoppel* para declarar una regla clara e inequívoca, es probable que los otros tribunales le sigan. Dicha regla deberá incorporar los siguientes elementos:<sup>60</sup>

55. *Ídem*, p. 31.

56. *Ídem*, p. 32.

57. BROWN, *op. cit.*, p. 411.

58. *Ídem*, p. 407; BROWN, *op. cit.*, pp. 407 y 408.

59. BROWN, *op. cit.*, p. 407.

60. BOWETT, *op. cit.*, p. 202.

- La representación de los hechos, clara y no ambigua;
- Dicha representación debe ser voluntaria, incondicional y autorizada;
- Debe haber confianza de buena fe en esa representación ya sea para detrimento de la parte que confió o para ventaja de la parte que la formulara. (*detrimental reliance*).

## BIBLIOGRAFÍA

- BOWER, G.S. & TURNER, S.K., *The Law Relating to Estoppel by Representation*, 4ed., Lord Hailsham of St. Marylebone, 2004.
- BROTÓNS, A., *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant LoBlanch, 2007.
- BROWN, C., “A comparative and critical assessment of estoppel in international law”, en *University of Miami Law Review*, n° 50, 369-412, 1996.
- CHAN, P., “Acquiescence/Estoppel in International Boundaries: Temple of Preah Vihear Revisited”, en *Chinese Journal of International Law*, v. °3, 2004, 421-439.
- CHENG, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, Cambridge University Press, 2006.
- JOHNSON, D., “Acquisitive Prescription in International Law”, en *B.Y.I.L* (27), 332, 1950.
- MARYLEBONE, LORD HAILSHAM OF ST., *Halsbury’s Laws of England*, 4ed., UK, L.H. Marylebone, Ed, 1992.
- OVCHAR, A., “Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ. A principle of promoting stability threatens to undermine it”, en *Bond Law Review* 21 (1), Article 5, 2009.



## **LAS REFORMAS AL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA: OPORTUNIDADES PERDIDAS PARA UN PODER JUDICIAL DEMOCRÁTICO Y POPULAR\***

PATRICIO DANIEL MÉNDEZ MONTENEGRO Y JULIÁN ROTENBERG\*\*

**Resumen:** El ensayo hace un análisis de las diferentes reformas al Consejo de la Magistratura, sobre todo en su composición, atribuciones y métodos de elección de consejeros. Se enfoca en la última reforma y el fallo de la Corte Suprema que la invalidó, declarándola inconstitucional. De la mano del estudio de las leyes y dicho fallo, se analiza la reforma desde la teoría interpretativa procedimentalista y se concluye que se han perdido varias oportunidades de crear un órgano de selección, remoción de jueces y de administración del presupuesto del Poder Judicial que promueva la diversidad ideológica dentro de ese poder, fomente la participación y control ciudadano en dicho órgano y transparente la elección de los jueces. Finalmente se proponen algunas reformas en ese sentido, que sí respetan los principios rectores de la institución.

**Palabras clave:** consejo de la magistratura – poder judicial – democracia deliberativa – teoría procedimentalista.

**Summary:** The essay makes an analysis of the different reforms to the Magistracy Council, especially its composition, attributions and methods used for the selection of judges. The essay focuses in the last reform and in the sentence of the Supreme Court which invalidated this last reform by considering it unconstitutional. In addition to the study of laws and jurisprudence, the essay analyses the reform from the perspective of the theory of procedure and it ends up considering that we have lost many opportunities for creating an organ of selection, removal of judges and administration of the budget of the Judiciary that could be able to promote an ideological diversity in that power, encourage participation and popular control in that organ and making transparent the selection of judges. Finally, the essay includes some possible reforms in that sense, that truly represent the guiding principles of this institution.

**Keywords:** magistracy council – judiciary – deliberative democracy – theory of procedure.

\* Segundo puesto del I Concurso de Ensayos Breves, año 2013. Recepción del original: 05/08/2013. Aceptación: 11/10/2013.

\*\* Estudiantes de Abogacía (UBA).

## I. PANORAMA HISTÓRICO: REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994, LEYES REGLAMENTARIAS 1996/2006

Uno de los aspectos más oscuros del sistema político-institucional creado por la Constitución de 1853 era, tal vez, la designación de los jueces federales. Que el Senado, acaso la institución más conservadora de nuestra organización política, tuviese junto al Presidente, la potestad de, en secreto, elegir a los jueces federales, se demostró como deficitario en el contexto de un país que deseaba una república con separación de poderes y una democracia más vigorosa.<sup>1</sup> Es por eso que, a partir del regreso a la democracia los proyectos de reformas al Poder Judicial pasaron por hacer más transparente, independiente y participativo el proceso de designación de los jueces.

Y esa fue, aparentemente, la intención de reforma que se dio en la Convención Constituyente de 1994. En medio de un contexto en el cual el menemismo impuso la ampliación de la Corte Suprema y su adicción a dicho gobierno, surgió un movimiento para la creación de un órgano que rigiera la vida del Poder Judicial. Con la participación de todos los principales juristas de la época, como Zaffaroni y Gil Lavedra, se abrió la posibilidad de cumplir este deseo, de la mano de la creación del Consejo de la Magistratura. Emulando a la institución española, se dotó al consejo de ciertos principios que debían guiar la ley reglamentaria, a saber: equilibrio, pluralismo, representación corporativa y representación popular. El mismo tenía las atribuciones no solo de seleccionar las ternas sino que también podía iniciar el proceso de remoción y también la administración del presupuesto judicial. En la práctica, esto significó un recorte de atribuciones a los tres poderes del Estado.<sup>2</sup>

Esta ley reglamentaria a la que el art. 114 hace mención no apareció sino hasta 1996. La misma se caracterizaba por establecer diecinueve miembros con gran representación del Presidente de la Corte; cuatro senadores; dos por la mayoría; uno por la primera minoría y otro por la segunda minoría; la misma cantidad y proporción de diputados; dos académicos; cuatro jueces; cuatro abogados y un representante del Poder Ejecutivo.

Con el tiempo, esta composición se entendió como ineficiente, lenta y corporativa para un sistema político en crisis. Es por eso que durante el gobierno de Néstor Kirchner, se hizo una primer reforma, con el objetivo de disminuir la cantidad de miembros y, de ese modo, hacerlo más eficiente y dinámico. Por ello, se pasó

1. GARGARELLA, R., "El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo", en *Revista Sociedad*, 2005.

2. ROTH, L. (2008), "El Consejo de la Magistratura", en GARGARELLA, R., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 367-387.



a un consejo más reducido en tamaño, con mayor peso del partido gobernante y con menor lugar para las minorías políticas.

## II. LEY DE REFORMA DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DEL AÑO 2013

En 2013 se sancionó la Ley 26.855, modificatoria de la 24.937, que reglamenta el Consejo de la Magistratura (art. 114 de la Constitución Nacional). Esta ley forma parte del conjunto de seis leyes sancionadas en los primeros meses del año legislativo con el fin de “democratizar la justicia”, según lo explicitaron el Gobierno nacional y el bloque oficialista del Congreso de la Nación.

La nueva ley reglamentaria del Consejo de la Magistratura introduce una serie de modificaciones a este órgano que fue objeto de numerosas críticas en cuanto a su constitucionalidad (el proyecto fue criticado desde un comienzo por la oposición política, ONG, asociaciones de la sociedad civil, asociaciones académicas; la ley fue finalmente declarada inconstitucional por la CSJN). Las principales modificaciones que introduce la ley son las siguientes:

### II.A. Composición

- El Consejo pasa de tener trece miembros a diecinueve: tres jueces, tres abogados (antes dos), seis académicos (antes uno), seis legisladores y un representante del PEN. Los jueces, abogados y académicos son elegidos por medio de sufragio universal. Se elimina de esta manera la representación “corporativa” o estamentaria: representación (y elección) de jueces por jueces, abogados por abogados y académicos por académicos.

El art. 114 CN dice: “El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el *equilibrio* entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal”. El texto constitucional establece una diferencia entre la representación de los órganos políticos resultantes de elecciones populares y la representación de los jueces y de los abogados. La nueva ley quiebra el *equilibrio* que, sin perjuicio de las críticas (ver Roth) que merece, sí establecía la reglamentación anterior.

- Las elecciones para elegir a jueces, académicos y abogados se realizan conjunta y simultáneamente con las elecciones presidenciales, y también tienen elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO). Para la adhesión de los cuerpos de boleta de la categoría de consejeros con la de legisladores nacionales en cada distrito, se requiere

la comprobación de la existencia de que en al menos dieciocho distritos, la adhesión se realiza exclusivamente con agrupaciones de idéntica denominación.

Por un lado, la elección de los miembros del Consejo de la Magistratura de manera conjunta con las elecciones presidenciales a través de los partidos políticos implica la inclusión de los jueces, abogados y académicos en la dinámica partidaria y electoral. De esta manera, los candidatos a consejeros se ven obligados a adherir a un partido, lo que luego puede condicionar su labor a la hora de seleccionar o remover jueces, ya que se impone una lógica de lealtades que va en desmedro de la deseada imparcialidad o criterio meritocrático.

Por otro lado, el requisito de la existencia de agrupaciones de idéntica denominación en dieciocho de los veinticuatro distritos es una exigencia excesiva que impone serios límites a la participación en las elecciones, y beneficia a los partidos de mayor injerencia nacional.

## **II.B. Régimen de mayorías**

El art. 6° de la nueva ley modifica el requisito de los dos tercios para iniciar el procedimiento de remoción de jueces y la aplicación de sanciones: se pasa a la mayoría absoluta, lo cual hace más factible el ejercicio de dichas facultades disciplinarias.

En síntesis, con la nueva ley, el partido que gane las elecciones presidenciales puede tener mayoría propia (dos jueces, dos abogados, cuatro académicos, un representante del PEN; cuatro legisladores si es mayoría en ambas Cámaras) para iniciar procedimientos de sanción o remoción contra jueces. El principal peligro de esta situación es la posibilidad de que se utilicen dichos procedimientos, o su mera apertura, para intimidar o remover a jueces que constituyan una “amenaza” para el partido gobernante.

## **III. CRÍTICAS DE FORMA: EL PROCESO DE SANCIÓN DE LA LEY**

El proyecto de ley para reformar el Consejo de la Magistratura fue presentado en el Senado el 8 de abril; el 17 de abril obtuvo media sanción, el 25 del mismo mes fue aprobado, con modificaciones, por la Cámara de Diputados y su sanción definitiva fue el 8 de mayo en el Senado. El cotejo de fechas –un mes entre la presentación

y la sanción definitiva— arroja un tratamiento acelerado del proyecto, lo que motivó críticas por parte de la oposición y organizaciones de la sociedad civil.<sup>3</sup>

Tras la sanción definitiva, la ley fue objeto de una serie de planteos judiciales que llevó hasta el fallo de la Corte Suprema en “Rizzo”.<sup>4</sup> Allí el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de los principales artículos y la inaplicabilidad del nuevo régimen de mayorías, y dejó sin efecto la convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros. Durante todo el recorrido judicial de la ley, sectores afines o pertenecientes al oficialismo se expresaron en contra de la potestad del Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de una norma sancionada por el Poder Legislativo elegido mediante sufragio. Se trata, en definitiva, del problema del carácter contramayoritario del Poder Judicial y la justificación del control de constitucionalidad sobre el que trabajaron diversos autores locales y extranjeros.

Nos interesa destacar una teoría interpretativa que permite dar una respuesta satisfactoria a lo que Carlos Nino llamó la “dificultad contramayoritaria”. El argumento que analizaremos tuvo una presencia minoritaria en el debate público en torno a la “democratización de la justicia”, pero creemos que permite una perspectiva enriquecedora en relación con una determinada concepción de la democracia.

La “dificultad contramayoritaria” hace referencia a la falta de legitimidad democrática de los jueces. Al no ser elegidos directamente por el pueblo, se cuestiona el hecho de que puedan decidir si una ley sancionada por representantes directos del pueblo, con mayor legitimidad democrática, es constitucional o no, pudiendo condicionar por ende su vigencia.

Tomando este argumento negatorio del control judicial, Nino explora la teoría procedimentalista, desarrollada principalmente por J. H. Ely a partir de su libro *Democracy and Distrust*. Esta teoría propone que los jueces tengan un rol de “árbitros” del proceso democrático: deben “determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático...”<sup>5</sup>

Según la concepción deliberativista, la validez de las leyes está dada por el valor epistémico del proceso democrático: se entiende por democrático a un procedimiento de discusión amplio con participación de los potenciales afectados, en condiciones de igualdad. En otras palabras, para que una ley tenga legitimidad democrática no alcanza con que sea aprobada por los representantes del pueblo, sino que debe existir un auténtico debate en condiciones que aseguren que se escuchen

3. La ONG Directorio Legislativo realizó un seguimiento del tratamiento de los seis proyectos de “democratización de la justicia”. Los tres proyectos presentados en la Cámara de Senadores (incluyendo el que nos ocupa) tuvieron dictamen a los siete días, tras solo cinco horas de reuniones de comisión.

4. “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13)”.

5. NINO, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 693.

las opiniones de los afectados por esa decisión. Por lo tanto, cuando un juez revisa una norma emitida por el Poder Legislativo, debe examinar en primer lugar si el proceso de sanción de la norma cumplió con las condiciones que la dotarían de legitimidad democrática. En palabras de Jürgen Habermas, el juez realiza un “examen de la génesis de las normas”.<sup>6</sup>

En el caso del Consejo de la Magistratura, si bien la Corte Suprema realizó una interpretación de fondo sobre el contenido de la reforma, la nueva ley reglamentaria tampoco resiste un análisis de forma: se aprobó tras un mes de tratamiento, con escaso tiempo de debate tanto dentro de las Cámaras como en el ámbito más amplio de la sociedad civil y la opinión pública. La única modificación al proyecto que el bloque oficialista aceptó fue la referida a la administración del presupuesto del Poder Judicial por el Consejo (lo cual sí cumplía con el mandato constitucional expreso), que se mantuvo en manos de la Corte Suprema tras un pedido del presidente Lorenzetti.

Desde una concepción deliberativa de la democracia, consideramos que una modificación institucional de tal relevancia merece una discusión mucho más amplia, que permita la expresión de los sectores más diversos de la sociedad y donde se exija de quienes proponen los cambios un esfuerzo argumentativo significativamente mayor. Medidas como la última reforma al Consejo, aprobada con desdén por el intercambio de ideas y sin preocupación por mostrar un funcionamiento institucional transparente, acentúan el carácter hiperpresidencialista de nuestro sistema y desincentivan a la ciudadanía en cuanto a las perspectivas de tener una injerencia real en la cosa pública. De esta manera se perjudica a la democracia, entendida como un régimen institucional que provea canales para la participación popular, en favor de una versión netamente delegativa.

#### IV. CONSTITUCIONALIDAD DE FONDO

Yendo hacia un análisis más profundo de la inconstitucionalidad de la nueva composición del Consejo de la Magistratura, lo que vemos es que aquellos principios rectores de los que se habla en párrafos anteriores fueron claramente violados por la nueva ley.

Uno de los principios básicos de la reforma para “democratizar” la elección de aquellos sectores que no provienen de la elección popular era el de representación corporativa. Sin lugar a duda el caso de mayor flagrancia era el de los jueces de la matrícula federal. La Constitución Nacional claramente identifica que los consejeros deben ser representantes sectoriales o corporativos de los jueces. Esto queda

6. HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2010, p. 338.

claramente demostrado en el debate de la asamblea Constituyente del 94. El hecho de pasar por el acto electoral a este sector de los consejeros provocó que la reforma cayese.

Este no fue el caso de la elección popular de los académicos. En principio, no se desprende del texto constitucional que exista una representación corporativa de dicho sector. Sin embargo, lo que sí se demostró como inconstitucional fue el hecho de que la cantidad pasase de uno a seis miembros. En un contexto donde se busca la proporcionalidad de los diferentes sectores del “mundo judicial”, este salto cuantitativo produce que la Corte Suprema haga un escrutinio estricto sobre esta cláusula y la declare inconstitucional. Del mismo modo, la distribución de estos miembros se hace en términos de mayorías y minorías, de modo que también se viola el principio de proporcionalidad.

Otro de los artículos de la reforma frustrada que provocó resistencias por parte de la Corte fue la necesidad de que, para poder presentar una lista para competir dentro de las elecciones de jueces y académicos, se necesitase la misma denominación partidaria en dieciocho provincias. En un contexto político en el cual existe un partido dominante y diferentes partidos políticos fragmentados en diversos frentes provinciales, esta cláusula tenía una clara intención proscriptiva. Esto implicó una violación del principio de pluralidad que rige al Consejo.

## V. CONCLUSIÓN

Desde una teoría de la democracia deliberativa, es imposible defender las diferentes reformas hechas a la institución. Si lo que queremos es transparentar, democratizar y dotar de legitimidad popular al Poder Judicial y más precisamente al Consejo de la Magistratura, se deberían defender ciertos ideales presentes en la Constitución.

En primer lugar, en un sistema político partidario fragmentado como es el argentino, el cupo de legisladores debería ser distribuido entre mayor cantidad de fuerzas políticas, con el objetivo de representar a una mayor cantidad de grupos y sectores ideológicos. La actual representación de la mayoría y de la primera minoría es útil para un país dividido en dos grandes partidos, pero no para la Argentina post 2001.

Por otro lado, siguiendo las ideas defendidas por el propio Kirchnerismo en el decreto 222 de 2003, el proceso de evaluación de los candidatos debería ser abierto a la participación de la sociedad civil. La posibilidad de dar transparencia y visibilidad a los candidatos y la subsecuente impugnación o aval por parte de diferentes organizaciones pondría en evidencia el pasado y el pensamiento judicial de los mismos. Un Consejo verdaderamente democrático necesita de la participación pública.

Otra forma de abrir el Consejo a la participación social es la posibilidad de que uno de sus miembros sea electo de forma azarosa del padrón electoral. Para salir de la lógica corporativo-partidaria, una forma de oxigenar a esta institución es que un miembro de la sociedad pueda ser parte del mismo, como se da en la provincia de Chubut y está próximo a concretarse en la provincia de Tierra del Fuego.

En el contexto de un país federal, una manera de posibilitar la incorporación de representantes de todas las provincias o de la mayoría de ellas podría ser diseñar un esquema institucional donde se regionalice el Consejo, creando Salas locales cuyas competencias de algún modo “espejen” a la división en cámaras que tiene el Poder Federal. De este modo los ciudadanos votarían a las autoridades que ejercerán las funciones del Consejo de la Magistratura sobre la jurisdicción que les incumben, de donde deberán también provenir los candidatos a integrarlo.

En conclusión, lo que observamos es que la reciente reforma ha dejado pasar una gran oportunidad para poner de relieve el carácter contramayoritario del Poder Judicial e iniciar un intenso debate acerca del rol que debe jugar esta rama del Estado en una democracia moderna. Desde la perspectiva Kirchnerista, “democratizar” parece ser partidizar el Poder Judicial y atar a su órgano principal, el Consejo de la Magistratura, a las mayorías electorales obtenidas. Desde nuestra perspectiva, teniendo en cuenta una versión robusta y deliberativa de la democracia, es posible conciliar al Poder Judicial con el respeto a las decisiones mayoritarias del pueblo. Pero esto no debe pasar por el sometimiento de este por el partido político gobernante sino, como lo insinuamos más arriba, por abrir canales de participación ciudadana en el seno del Estado. La única forma de democratizar verdaderamente la justicia es a través de un Consejo que esté abierto a la sociedad, que la incluya, que contenga una diversidad de pensamientos políticos y legales y que se base en el mérito y en la independencia a la hora de seleccionar ternas o iniciar el proceso de remoción.

## BIBLIOGRAFÍA

- GARGARELLA, Roberto, “El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo”, en *Revista Sociedad*, 2005.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2010.
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- ROTH, Laura, “El Consejo de la Magistratura”, en GARGARELLA, R., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

## LOS TRATADOS Y LA DIPLOMACIA EN LA ANTIGÜEDAD: EL DERECHO INTERNACIONAL COMO SUSTENTO DE LA CONQUISTA ROMANA\*

JUAN MANUEL GALINDO ROLDÁN\*\*

*“A mi querida Ziviliukas”*

**Resumen:** El Derecho Internacional, a diferencia de lo que sostuvo la doctrina clásica, no es una invención de la modernidad sino más bien una consecuencia de la civilización. En este sentido, el presente trabajo sostiene que los romanos, desde sus orígenes tempranos, han hecho del Derecho Internacional el modo normal conforme el cual se vinculaban con otros pueblos.

Este breve ensayo aborda el estudio de diferentes eventos históricos de los primeros siglos de Roma, para identificar de qué manera los tratados y la diplomacia operaron como herramientas de legitimación de las conquistas romanas.

**Palabras clave:** relaciones internacionales – derecho internacional público – *foedus* – embajadas romanas – igualdad aparente.

**Summary:** International law, unlike the position of classical doctrine, is not an invention of modernity but a consequence of civilization. In this sense, this work maintains that the Romans, since its early origins, have made use of the international law, constituting the normal way in which the different villages interact with each other.

This short essay studies the different historic events of the first centuries of Rome to identify how treaties and diplomacy worked as tools of legitimacy for roman conquests.

**Keywords:** international relations – public international law – *foedus* – roman embassy – apparent equality.

### I. INTRODUCCIÓN

Muchos autores aún ubican a los orígenes del Derecho Internacional Público, como si esto fuese posible, a mediados del siglo XVII, argumentado que este

\* Tercer puesto del I Concurso de Ensayos Breves, año 2013. Recepción del original: 05/08/2013. Aceptación: 11/10/2013.

\*\* Abogado recientemente graduado (UBA).

derecho no es más que un resultado de la Paz de Westfalia de 1648, cuyos tratados establecían, según afirman, por vez primera en un texto jurídico el reconocimiento de la igualdad soberana de los Estados. En sentido contrario, desde hace prácticamente un siglo una corriente doctrinaria ha venido sosteniendo que, en realidad, el Derecho Internacional Público no es una invención de la modernidad sino más bien una consecuencia de la civilización y, en razón de ello, es difícil precisar sus orígenes cuando este derecho parece haber existido siempre.<sup>1</sup>

Desde los mismísimos orígenes legendarios de Roma hasta finales de la república, y aún durante la etapa expansionista del imperio, los romanos han sabido desarrollar una eficiente estructura militar. A diferencia de lo que pareciera indicar la creencia popular, y aun cuando la ventaja militar fuese evidente, el uso de la fuerza no fue el modo normal por medio del cual los romanos se relacionaron con otros pueblos. Muy por el contrario, a partir del estudio de fuentes históricas es posible afirmar que los romanos hicieron del derecho (internacional) la base de las conquistas desde sus orígenes tempranos.

Las instituciones jurídicas aplicadas por excelencia fueron los tratados –o *foedus*– y la diplomacia –término éste propio de la modernidad–. Sin importar si la regulación de las conductas se daba en una relación de poder entre pares o notoriamente desbalanceada en favor de Roma, la función de los *foedus* siempre fue la de establecer un orden funcional a los intereses de la *urbs*, ya sea en lo relativo a cuestiones militares, comerciales, sociales, etc.

Con la celebración de los *foedus*, y más allá de la conciencia de obligatoriedad –religiosa, en mayor o menor medida según el período histórico– que estos *per se* despertaban en los *foederati*, la diplomacia romana aparecía como una forma de exigir y garantizar su cumplimiento; la ejecución de lo acordado –romanización– entraba así en una segunda etapa.

Por medio de estas páginas me propongo alcanzar un objetivo más que modesto: me ceñiré a un breve análisis de algunos hechos históricos de los primeros siglos de Roma, que ponen de relieve la importancia de los tratados y la diplomacia, como medios y modos normales para la conquista y su consolidación. Dicho esto, las conclusiones parciales surgidas del análisis de cada caso en particular confirmarán, como veremos, la hipótesis sobre la cual se circunscribe el presente trabajo: los romanos han recubierto bajo ciertas instituciones jurídicas sus intereses, y sólo cuando por estos medios la imposición del orden romano –fuerza jurídica– no era posible, la fuerza militar aparecía como remedio. De ello se desprende que la retórica del derecho internacional público hace más de veinte siglos, y tal como sucede

1. KORFF, S. A., *Introduction à l'histoire du droit international, I Recueil des cours*, 1923. Además, véase: RUIZ MORENO, I., *El derecho Internacional antes de la Era Cristiana*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, 1946.



frecuentemente en nuestros tiempos, operó como una máscara, es decir, un comportamiento racionalizado que buscó recubrir bajo el relato ficticio de la igualdad jurídica en las relaciones internacionales la primacía de los intereses de la *urbs*.<sup>2</sup>

## II. *LOS FOEDUS* Y LA DIPLOMACIA COMO HERRAMIENTAS PARA LA LEGITIMACIÓN DE LA CONQUISTA

El uso de tratados como medio para regular las relaciones internacionales fue harto conocido entre los pueblos de la antigüedad<sup>3</sup> y son muchas las fuentes históricas que describen detalladamente acuerdos entre las civilizaciones mesopotámicas o las ciudades-estado helénicas. Asimismo, en el lacio, el tratado representó el modo como se entablaron las primeras relaciones entre los pueblos que habitaron la región.<sup>4</sup>

En cuanto a los romanos, desde sus orígenes se relacionaron con otros pueblos latinos por medio de estas instituciones jurídicas. En efecto, en la época fundacional de la *urbs*, tras el rapto de las sabinas, Tito Livio relata que los reyes de Roma y de Cures (ciudad principal de los sabinos) celebraron un tratado por medio del cual se pactó no solamente la paz, sino la unión de ambas naciones, la unificación de la autoridad real –*regnum consiciant*– y el establecimiento en Roma de la capital del imperio.<sup>5</sup> Por su parte, los romanos, a fin de hacer a los sabinos alguna concesión, tomaron el nombre de *Quirites*, derivado de *Cures*.

Este primer *foedus*, que asemeja ser celebrado conforme concesiones recíprocas –*foedus aequum*–, matiza los intereses romanos bajo el manto de la igualdad

2. En la actualidad, nadie niega que el principio de igualdad soberana de los Estados (receptado por la Carta de la ONU) constituye una de las piedras basales sobre las que se sustentan las relaciones internacionales modernas. Sin embargo, algunos autores han asumido posturas críticas respecto de este principio universalmente aceptado, manifestando que el derecho internacional en realidad no es más que un fiel reflejo de los intereses de los Estados más poderosos. En este sentido entiendo el hecho de que Roma haya hecho del derecho internacional una herramienta fundamental para su desarrollo expansionista.

Entre los autores que han desarrollado esta postura, véase: GOLDSMITH, J. L. & POSNER, E. A., *The limits of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2006.

3. La mayoría de los historiógrafos coinciden en fijar el año de fundación de Roma en el 753 a. J.C. Hay vestigios de tratados celebrados muchos siglos antes. Actualmente, el Tratado de Paz de Qadesh, celebrado en el año 1259 a. J.C. por el faraón egipcio Ramsés II y el rey Hitita Hatusil III, es considerado el más antiguo.

4. BUONO-CORE VARAS, R., “Los tratados en el mundo romano”, en *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos (Sección Derecho Romano)*, N° XXV, Valparaíso, 2003, pp. 23-34.

5. LIVIO, T., *Ab Urbe Condita*. I, 23.

aparente.<sup>6</sup> Mediante él, los romanos lograron sus cometidos iniciales, aquellos que motivaron –y justificaron, según Tito Livio–<sup>7</sup> el inicio de la guerra con los sabinos, a saber: asegurar la descendencia y afianzar la paz que les permitiera alcanzar la prosperidad y seguridad, que finalmente posibilitaría la continuación del proceso expansionista.

Hacia mediados de la república, con Cartago expandiéndose por el *mare nostrum*, encontramos un contexto internacional radicalmente diferente. En Hispania, las dos grandes potencias de la época se enfrentaban y el derecho que surgiría de las relaciones aparentaría darse, en algún caso, bajo verdadera igualdad de condiciones. Me refiero particularmente a los estudiados tratados del Ebro, celebrados a finales del siglo III a.J.C, entre Roma y Asdrúbal, que involucraban no sólo a romanos y cartagineses sino también a algunas ciudades helénicas de la región, como veremos.

Según los relatos de Polibio –en menor medida– y de T. Livio, se puede afirmar con algún grado de certeza que se celebraron dos tratados, o bien, uno que fue posteriormente modificado.

El primer acuerdo celebrado entre Roma y Cartago, conforme a las fuentes citadas, contenía una única cláusula que estipulaba que ninguna cruzaría los límites del Río Ebro con motivos belicosos. En efecto, Roma, que de momento no tenía ninguna alianza con Sagunto –*ciudad de origen helénico*–, tenía tres razones fundamentales para celebrar un *foedus* con Cartago: por un lado, debía responder a los llamados de *Emporion* –*ciudad, de origen griego, con la cual mantenía buenas relaciones ya que era usada como puerto en Hispania*–, que alertaba sobre el avance de los cartagineses; a su vez, temía que Cartago y los galos unieran fuerzas en su contra y, finalmente, carecía de los recursos militares para enfrentar a las fuerzas enemigas por lo cual no tenía otra opción.<sup>8</sup> Por su parte, el aprovechamiento de las riquezas del Hispania que aún quedaban por conquistar al sur del Ebro, explica la voluntad de Amílcar el Barca de pactar con los embajadores romanos. Así las cosas,

6. Dionisio de Halicarnaso, al referirse al tratado, hace notar claramente que el mismo reflejaba un trato entre iguales y sólo resultaría en un beneficio común a ambos pueblos: “*Los términos en que se harían los tratados los fijarían los propios jefes reuniéndose por sí mismos, mirando el provecho común*”. DIONISIO DE HALICARNASO, *Historia de Roma Antigua*, II, 1.

7. En primer lugar, vale decir que los romanos enviaron embajadas a las ciudades del lacio solicitándoles alianzas, dado que la escasez de mujeres impedía la descendencia. Ante la negativa de las ciudades, entre ellas Cures, los romanos organizaron una ceremonia religiosa e invitaron a otros pueblos a asistir, entre ellos los sabinos. Es allí donde se produce el rapto y la consecuente guerra que justifica Livio. Por otro lado, vale mencionar que la justificación de la guerra, en los primeros años de Roma, está estrechamente ligada al concepto de *Pax Daerum*; dicho con otras palabras, al igual que el resto las leyes que regulaban la vida de los romanos, las leyes de la guerra, entre ellas la noción de *iustum bellum*, tienen en estos años un profundo sentido religioso.

8. TSIRKIN, JU. B., “El tratado de Asdrúbal con Roma”, en POLIS, en *Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica*, N° 3, 1991, pp. 147-152.

mediante este primer tratado del Ebro las partes se hacían concesiones recíprocas, fijando un límite territorial a la expansión de las dos potencias.

Hacia el año 231 a.J.C. las circunstancias habían variado notoriamente. Por el lado romano, el senado había recibido a los embajadores saguntinos y había acordado con ellos una alianza. Por otra parte, hacia el interior de Cartago se presentaba un nuevo panorama: la muerte de Amílcar en el año 229 a.J.C. realzaba la posición de Asdrúbal, quién desde la fortaleza y el respaldo que le daban sus posesiones en Hispania aspiraría a ocupar su lugar desafiando a las elites cartaginesas.

En consecuencia, el segundo tratado del Ebro (o bien, la modificación que se le realizó al primero), celebrado en el año 226 a.J.C.,<sup>9</sup> reflejó la variación de los intereses de Roma al estipular que a la prohibición de cruzar el río en pos de guerra se le sumaba la creación de un protectorado romano sobre Sagunto, ubicada al sur del Ebro, que buscaba evitar naturalmente cualquier agresión cartaginesa. Claro que Asdrúbal, por su parte, se aseguraba la paz con los romanos mientras se ocupaba de las disputas internas.

A resultas de lo expresado, el segundo *foedus* del Ebro, que parece haber sido celebrado en condiciones de igualdad, resultaba en realidad una imposición del nuevo orden romano. Si bien las partes se hacían concesiones recíprocas y resguardaban sus cometidos iniciales, Roma, finalmente, hacía primar sus intereses al incorporar la protección a Sagunto.<sup>10</sup> En este sentido, la diplomacia romana jugó un rol fundamental ya que, habiendo celebrado una alianza con los saguntinos en clara violación del primer tratado del Ebro, logró plasmar jurídicamente sus intereses y los de sus aliados en las relaciones con Cartago.

La historia que sigue es conocida: en el año 219 a.J.C. Cartago, al mando de Aníbal, atacó a Sagunto, violando el tratado del Ebro, lo que dio origen a la segunda guerra púnica. Lo que importa aquí es que los romanos, al tomar conocimiento de que Sagunto había sido arrasada, decidieron enviar embajadores, primero al sur del Ebro, a fin de solicitar la extradición de Aníbal y luego a Cartago, con el propósito de que el senado cartaginés reconociera su responsabilidad por la violación a los tratados y se dispusiera a reparar los daños.<sup>11</sup> Al referirse a estos hechos, Livio narra lo que Hanón expuso ante el senado cartaginés:

9. POLIBIO, *Historias*, III, 27, 9.

10. "(...) *el pueblo romano renovó el tratado: que la frontera entre los dominios de unos y otros sea el río Ibero y los saguntinos situados entre ellos conservasen la libertad*" (TITO LIVIO, *Ab urbe condita*, II, 21,2). Note el lector en este pasaje la forma en que Livio se refiere a la reserva hecha sobre los saguntinos: en ningún momento se refiere a la protección romana sino que sólo menciona que este pueblo conservará su libertad. De esta forma, se encubre bajo la retórica del trato igual una situación que, de hecho, hace primar los intereses romanos.

11. TITO LIVIO, *Ab urbe condita*, II, 21, 18-19.

Ese digno comandante vuestro rehusó [se refiere a Aníbal] recibir a los embajadores que venían de parte y en nombre de sus aliados; convirtió en nada el derecho de gentes. Esos hombres, rechazados de un lugar al que no se negaba el acceso ni a los embajadores del enemigo, han llegado ante nosotros; piden la satisfacción que prescribe el tratado; exigen la entrega del culpable para que el Estado pueda quedar limpio de toda mancha de culpa. Cuanto más tarden en tomar una decisión, en dar comienzo a la guerra, más determinados estarán y más persistirán, me temo, una vez empiece la guerra.<sup>12</sup>

En primer lugar, debo destacar que el citado pasaje hace referencia a ciertas prácticas propias a las misiones diplomáticas, comunes a ambos pueblos, lo que no supone más que reafirmar la existencia de un conjunto de normas regulatorias de las conductas de las embajadas en la antigüedad; por otra parte, una vez más, esta serie de eventos nos muestran como los tratados y la diplomacia, que velaba por su cumplimiento, eran utilizados como herramientas de legitimación de la conquista; por último, la violación de los tratados justificaba el inicio del uso de la fuerza militar, en otras palabras, dotaba del *ius ad bellum* a la parte perjudicada.

En razón a la brevedad que debe primar en este trabajo, sólo me limitaré a los tratados hasta aquí desarrollados que, a pesar de haberse celebrado en circunstancias y momentos históricos muy distintos, reflejan con claridad la hipótesis sostenida. Sin perjuicio de ello, es preciso señalar que otros *foedus*, como los celebrados con los albanos<sup>13</sup>, los samnitas (354 a.J.C.), con Cartago –tras la primer guerra púnica– (241 a.J.C.),<sup>14</sup> con los Etolios (189 a.J.C.), con la confederación licia (año 46 a.J.C.),<sup>15</sup> entre otros, confirman el mismo orden de conductas entre romanos y otros pueblos.

### III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Algunos autores críticos de la existencia del Derecho Internacional en la antigüedad, sostuvieron que este no pudo haber existido porque no era posible identificar conductas reguladas en un marco de guerra permanente. Los eventos históricos que he examinado en este trabajo permiten desechar esa posición y reafirmar, una

12. TITO LIVIO, *Ab urbe condita*, II, 21, 10.

13. DIONISIO DE HALICARNASO, *Historia de Roma antigua*, III, 3.

14. POLIBIO, *Historias*, III, 27,4.

15. Véase BUIS, E., “Entre los compromisos bilaterales y la cláusula de supremacía: contactos jurídicos de Roma con las ciudades helenizadas de Oriente”, comunicación del I Congreso Internacional Oriente-Occidente “Los campos de la diversidad y el encuentro”, Facultad de Filosofía y Letras de la UBA, 2 al 4 de mayo de 2007.

vez más, que el Derecho Internacional fue el modo normal por medio del cual las civilizaciones de la antigüedad entablaron sus relaciones.

A pesar de sus contradicciones, los autores citados hasta aquí (algunos de ellos fueron contemporáneos a los hechos que narran) coinciden en que los romanos hicieron de la práctica de los tratados y la diplomacia, en particular, el eje de su política exterior. En efecto, como he adelantado anteriormente, el Derecho Internacional fue la herramienta fundamental del proceso expansionista romano.

Sin perjuicio de lo afirmado en el párrafo anterior, claro está que para cumplir con sus fines los *foedus* debían ser respetados por los *foederati*. En este sentido, el cumplimiento de los tratados en la antigüedad tuvo un carácter profundamente religioso y, a la vez, práctico, en donde la diplomacia romana operaba hábilmente. Consecuentemente, la violación de los tratados y el rechazo de las embajadas justificaban el inicio de las acciones bélicas –uso de la fuerza–. Las palabras de Dionisio de Halicarnaso, cuando describe las funciones de los feciales (quienes se encargaban de las relaciones con otros pueblos en la época arcaica), son particularmente esclarecedoras a este fin: “(los feciales deben) Cuidar que los romanos no emprendan ninguna guerra injusta contra una ciudad aliada; si otros inician la violación de los tratados, enviar embajadores y en primer lugar pedir de palabra satisfacciones. y si no escuchan sus peticiones, entonces declarar la guerra”.<sup>16</sup>

Finalmente, sin perjuicio de que los tratados que he mencionado presentan grandes diferencias entre ellos, es posible encontrar una similitud importante: los *foedus* celebrados recubren con un velo de igualdad las diferencias reales de poder existentes entre las partes dejando, en algunos casos, una cláusula claramente favorable a la parte más fuerte. Considero que el hecho de que a lo largo de muchos siglos esta práctica diplomática se haya ejercido sin variaciones no es azarosa: la máscara de reciprocidad relacional que da el *foedus* responde a los intereses de la parte más fuerte puesto que esta ficción legítima y, consecuentemente, contribuye al mantenimiento de la conquista toda vez que no sitúa, desde el relato jurídico, en una posición conflictivamente desigual a la parte débil. En otras palabras, la lógica de esta conducta supone que si el trato es injusto, no se note.

Como habrá percibido el lector, muchas de estas prácticas se observan en las relaciones internacionales modernas. De allí que es posible reconocer la existencia histórica de la necesidad de legitimar el orden vigente –supremacía de intereses– y las desigualdades de hecho entre los Estados, mediante un relato de igualdad

16. DIONISIO DE HALICARNASO, *Historia de Roma antigua*, II, 72. Esta no era una práctica exclusiva de los romanos. Ello se puede observar cuando Dionisio describe el comportamiento de Clulio (rey de los albanos): “(...)sosteniendo que los albanos habían sido los primeros en enviar a Roma embajadores para pedir justicia y que no habían obtenido respuesta, ordenó marcharse a los romanos como transgresores de los acuerdos y les declaró la guerra.” DIONISIO DE HALICARNASO, *Historia de Roma antigua*, III, 3.

aparente (Derecho Internacional). Ello, claro está, pretende lograr la perdurabilidad de la primacía de los intereses de la parte más poderosa.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BUIS, E., “Entre los compromisos bilaterales y la cláusula de supremacía: contactos jurídicos de Roma con las ciudades helenizadas de Oriente”, comunicación del I Congreso Internacional Oriente-Occidente “Los campos de la diversidad y el encuentro”, Facultad de Filosofía y Letras de la UBA, 2 al 4 de mayo de 2007.
- BUONO-CORE VARAS, Raúl, “Los tratados en el mundo romano”, en *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos (Sección Derecho Romano)*, n° XXV, Valparaíso, 2003.
- DIONISIO DE HALICARNASO, *Historia de Roma Antigua*, II.  
— *Historia de Roma antigua*, III.
- GOLDSMITH, J. L. y POSNER, E. A., *The limits of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- KORFF, S.A., *Introduction à l'histoire du droit international, I Recueil des cours*, 1923.
- LIVIO, T., *Ab Urbe Condita*. I.  
— *Ab Urbe Condita*. II.
- POLIBIO, *Historias*, III.
- RUIZ MORENO, I., *El derecho Internacional antes de la Era Cristiana*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, 1946.
- TSIRKIN, JU. B., “El tratado de Asdrúbal con Roma”, en *POLIS: en Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica*, n° 3, 1991.

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





## LA APLICACIÓN DE PRISIÓN DOMICILIARIA EN CASOS DE PADRES CON NIÑOS MENORES DE CINCO AÑOS A SU CARGO\*

SOL BECERRA, ADRIANA ESTEFANÍA CAMAÑO, LEANDRO ALBERTO DIAS, ANTONELLA DONNES Y ALDANA OLIVER\*\*

**Resumen:** El trabajo analiza el régimen de arresto domiciliario previsto en los supuestos de madres de niños menores de cinco años a su cargo, y su aplicación en la práctica. Se realiza un análisis bajo la perspectiva del principio del interés superior del niño, lo que conduce a afirmar la necesidad de una aplicación extensiva de este supuesto al caso no legislado de hombres en situaciones análogas. Asimismo, se aborda la problemática desde un enfoque teórico-normativo, propio de la sociología jurídica. Se utiliza una metodología cualitativa, se realizan entrevistas a académicos y distintos operadores del sistema jurídico penal argentino, así como un relevamiento jurisprudencial de la Cámara Nacional de Casación Penal. Se constata una falta de concordancia en la práctica con los principios normativos referidos al tema en cuestión, evidenciando déficits en el ordenamiento normativo vigente y la necesidad de un mayor compromiso de las políticas estatales.

**Palabras clave:** ley de ejecución penal – arresto domiciliario – interés superior del niño – derecho a la no discriminación – enfoque socio-jurídico.

**Summary:** This work analyzes the house arrest rules in cases of mothers of children under five years old and their application in practice. An analysis is carried out under the perspective of the principle of the best interests of the child, which leads to assert the need for an extensive application of such rules to cases of men in analogous situations not currently legislated. Moreover, the issue is considered from a theoretical-normative approach, typical of the sociology of law. A qualitative methodology is employed, under which interviews are conducted with academics and different operators of the Argentine criminal legal system, as well as a jurisprudence survey of the National Chamber for Cassation in Criminal Matters. A lack of concordance is found between the practice and the regulatory principles relating to the matter under analysis, showing

\* El trabajo ha sido realizado en el marco de la asignatura “Problemas actuales de sociología del derecho”, a cargo de la profesora Laura Lora en la Facultad de Derecho (UBA).

\*\* Estudiantes de Abogacía (UBA). Los autores desean agradecer a la Dra. Lora por su generosidad durante y después de la cursada.

deficits in the existing regulatory framework and the need for greater involvement of state policies.

**Keyword:** law of criminal enforcement – house arrest – principle of the best interests of the child – right to non-discrimination – socio-legal perspectives.

## I. INTRODUCCIÓN

En la presente investigación se analizará el régimen de prisión domiciliaria y la aplicación de la normativa vigente tanto en el Código Penal Argentino,<sup>1</sup> como en la Ley de Ejecución Penal 24.660 –modificada por la Ley 26.472–,<sup>2</sup> en relación con el supuesto de madres de niños menores de cinco años, a su cargo.<sup>3</sup> Con ese objetivo general, en primer lugar se evidenciarán los aspectos normativos de la ley en cuestión, así como también la existencia de distintos derechos constitucionales que eventualmente puedan llegar a incidir en el análisis.

Una vez establecido el marco jurídico y sociológico del trabajo, se planteará un déficit que posee el régimen actual, al excluir a los padres que se encuentran en igual situación. Este objetivo específico será desarrollado a partir de la siguiente hipótesis: si bien la incorporación del supuesto de prisión domiciliaria puede ser considerada como un avance en la adecuación del régimen de ejecución penal a los estándares internacionales, se requiere una ampliación de la norma a los casos de hombres en situaciones análogas. A tal efecto, distintos principios constitucionales, como el del “interés superior del niño”, ofrecerán un prisma insoslayable en el abordaje de la temática, y harán las veces de punto de partida para extender el análisis a los supuestos de hecho en que sea el padre quien cumpla con las condiciones establecidas en la ley.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que al configurar la pena privativa de libertad el mayor avance del poder punitivo estatal sobre las libertades individuales de los ciudadanos, un régimen de ejecución tendiente a morigerar sus efectos

1. Código Penal de la Nación, Ley 11.179. “Artículo 10: Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: [...] f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo”.

2. Ley de Ejecución Penal 24.660, reformada por la Ley 26.472. “Artículo 32: Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: [...] f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo”.

3. La ley incluye también el supuesto de las mujeres a cargo de personas con discapacidad. Si bien muchas de las conclusiones que se ofrecerán en el presente trabajo pueden ser extendidas a este supuesto, la investigación en principio no abarca este supuesto. Esto se debe a que un análisis de los derechos de las personas con discapacidad requiere un tratamiento específico, que excede los límites de este artículo.

disvaliosos merece, en principio, aprobación. Pero no solamente la limitación al poder punitivo estatal por medio de leyes escritas resulta suficiente, sino que el funcionamiento de la norma abstracta trasciende las cuestiones meramente teóricas, para adentrarse en una realidad muchas veces soslayada por la tradición jurídica. Esta constatación de la eficacia de las normas en los casos concretos constituirá el núcleo de la investigación, y se producirá a través del relevamiento de información obtenida de las entrevistas realizadas a distintos operadores judiciales, y mediante el examen de fallos jurisprudenciales de la Cámara Nacional de Casación Penal.

## II. MÉTODOS Y MATERIALES

### 1. Aspectos metodológicos generales

Para cumplir con los objetivos planteados se utilizará una metodología cualitativa, cuyas características principales están centradas en la observación de acciones y en el análisis del discurso.<sup>4</sup> En específico, se aplicarán distintos métodos cualitativos al examen del objeto de estudio planteado en los párrafos previos, dando lugar a lo que se conoce como triangulación o convergencia metodológica entre métodos,<sup>5</sup> consistente en la combinación de métodos de investigación en la medición de una misma unidad de análisis.<sup>6</sup>

Dentro de este esquema, se recurrirá al estudio de jurisprudencia como documento-fuente de la investigación cualitativa.<sup>7</sup> La recolección de datos se centrará en las sentencias de las cuatro salas de la Cámara Nacional de Casación Penal, desde el año 2009 hasta la actualidad.<sup>8</sup> A su vez, entre los otros documentos que serán analizados para ayudar a comprender el fenómeno central de estudio,<sup>9</sup> se encuentran tanto las normas aplicables a estos supuestos, como los más recientes trabajos doctrinarios al respecto.

4. Cfr. KUNZ, A., CARDINAUX, N., *Investigar en Derecho. Guía para estudiantes y tesis*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2004, p. 143.

5. *Ídem*, pp. 181-182.

6. *Ídem*, p. 182.

7. *Ídem*, p. 176-177.

8. Se seleccionó este año, debido a que la Ley 26.472, que incorporó el supuesto de prisión domiciliaria para madres con niños menores de cinco años a su cargo, entró en vigencia el 12 de enero de 2009.

9. Cfr. HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ-COLLADO, C., BAPTISTA LUCIO, P., *Metodología de la Investigación*, 4° ed., México D.F., McGraw-Hill, 2004, p. 647.

Por último, como herramienta para la recolección de datos cualitativos se recurrirá a entrevistas a operadores del sistema judicial, tendientes a lograr una comunicación y construcción conjunta de significados respecto del tema en estudio.<sup>10</sup> En cuanto a las entrevistas, tendrán un carácter semiestructurado, y se partirá de preguntas formuladas *a priori*, pero con la posibilidad de intervención por parte del entrevistador, a fin de obtener mayor información o precisión sobre temas determinados.<sup>11</sup>

## 2. Marco Teórico Normativo

### A. Definiciones Previas

Previo a adentrarse en el desarrollo de la presente investigación, se considera necesario definir una serie de conceptos que serán centrales para el entendimiento de la problemática propuesta.

Como punto de partida debe mencionarse que por prisión domiciliaria se entiende a la modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad –o, eventualmente, medida cautelar durante el desarrollo del proceso penal en remplazo de la prisión preventiva– que se cumple en el domicilio, o un centro especializado, fuera del ámbito carcelario.<sup>12</sup> Resulta claro, en consecuencia, que no se trata de una suspensión de la ejecución de la condena, ni de un beneficio que se le concede al imputado.<sup>13</sup> Por otra parte, la prisión domiciliaria se encuentra prevista en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad,<sup>14</sup> y tiene como fin reducir la aplicación de las penas privativas de la libertad, racionalizar la justicia penal, respetar los derechos humanos y satisfacer las exigencias de justicia social y rehabilitación del condenado.<sup>15</sup>

10. *Ídem*, p. 597.

11. *Ídem*, p. 597.

12. Cfr: LÓPEZ, A., y MACHADO, R., *Análisis del Régimen de Ejecución Penal. Ley 24.660. Ejecución de la Pena privativa de la libertad. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Decretos reglamentarios*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido, 2004, p. 150.

13. Cfr: SANSONE, V., “Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad”, en BERTOLINO, P. y ZIFFER, P. (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 6, Buenos Aires, Abeledo Perrot, mayo de 2010, p. 831.

14. REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD (REGLAS DE TOKIO), Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. Véase, regla 5.1 en conjunción con regla 8.2, inc. k.

15. Cfr: FREEDMAN, D., “Prisión domiciliaria en la Argentina: algunas ideas para su adaptación a los estándares internacionales”, en BERTOLINO, P. y ZIFFER, P. (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 10, Buenos Aires, Abeledo Perrot, octubre de 2010, p. 1919.

En otro orden de análisis, cabe aclarar que el principio penal de trascendencia mínima, o de intrascendencia, implica que la pena debe ser personal, es decir, no debe pasar de la persona del delincuente,<sup>16</sup> y no puede afectar a sus parientes de cualquier grado.<sup>17</sup> Este principio resulta de particular importancia debido a que nuestra legislación contiene muy pocos paliativos a estas situaciones,<sup>18</sup> y la aplicación de prisión domiciliaria en casos de madres –y, como se verá más adelante, también padres– con niños menores de cinco años puede significar una alternativa interesante. Adelantándose brevemente una de las conclusiones, el hecho de que los niños puedan ser educados por uno de sus progenitores fuera del ámbito carcelario, pero manteniéndose con ellos un contacto pleno, aparece como un objetivo valioso a tener en cuenta durante la etapa de ejecución de la pena.

A los fines del trabajo, resulta esencial también el principio del *interés superior del niño*, consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.<sup>19</sup> Este principio constituye uno de los pilares en torno al cual se articulan los restantes derechos del tratado, y encuentra su origen en el derecho común, ámbito en el cual se lo ha aplicado esencialmente a fin de que los intereses del niño primen sobre los de otras personas o instituciones.<sup>20</sup> A su vez, no resulta menor su jerarquía constitucional en el sistema jurídico argentino, desde que el mencionado Tratado fue incorporado en el art. 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna, en ocasión de la última reforma constitucional.

La norma<sup>21</sup> aludida establece que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial

16. Cfr. ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., *Derecho Penal. Parte General*, 2º ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 131.

17. Véase, en ese sentido, el art. 119 de la Constitución Nacional Argentina: “Artículo 119. La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado”.

18. Cfr. ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., *op. cit.*, p. 131.

19. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, y en vigor desde el día 2 de septiembre de 1990, art. 3, inciso 1º.

20. Cfr., ZERMATTEN, J., “El interés superior del niño. Del Análisis Literal al Alcance Filosófico”, en *Institut International des Droits de L'enfant*, Informe de trabajo, 3-2003, p. 6, consultado en [[http://www.childsrighths.org/html/documents/wr/2003-3\\_es.pdf](http://www.childsrighths.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf)] el 3/11/2013.

21. La distinción entre normas, reglas y principios, excede el marco de este trabajo. De todos modos, en este trabajo se entenderá, siguiendo las enseñanzas de Alexy, que tanto reglas como principios son normas, porque ambos se presentan como razones para juicios concretos de deber ser. Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

a que se atenderá será el interés superior del niño”. De este modo, y por decisión de los propios Estados, se superan las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todos, relativos a los derechos fundamentales del niño, como una de las principales consecuencias de la positivización internacional de los derechos humanos.<sup>22</sup>

Tampoco puede ser dejado de lado el carácter de concepto jurídico abierto que posee el interés superior del niño, y que ha intentado ser precisado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.<sup>23</sup> A nivel académico, se lo ha definido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos.<sup>24</sup> No obstante, la noción pretende no sólo favorecer la protección de los derechos del niño, sino también recalcar la especial vulnerabilidad de un grupo específico de personas que no está en condiciones de conocer y hacer valer sus derechos, careciendo por sí solos de influencia social.<sup>25</sup>

Sobre las precisiones realizadas por la jurisprudencia, resultan particularmente relevantes para la discusión en Argentina las apreciaciones efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En oportunidad de expedirse en la Opinión Consultiva N° 17/2002, por ejemplo, el máximo intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos se refirió al “interés superior del niño” como el principio regulador que hace las veces de punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la Convención, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A su vez, entendió que se trata del criterio al que han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños, y a la promoción y preservación de sus derechos.<sup>26</sup>

A partir de estas consideraciones, el interés superior del niño pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad, debiéndose armonizar su utilización con una concepción de los derechos humanos entendidos como facultades

22. Cfr: CILLERO BRUÑOL, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en BELOFF, Mary *et al.* (ed.), *Justicia y Derechos del Niño*, n° 1, Santiago de Chile, UNICEF/Ministerio de Justicia, 1999, p. 48.

23. Sobre el tema, ver: Cfr: FREEDMAN, D., “Consecuencias del interés superior del niño en los derechos sociales de la infancia”, en BERTOLINO, P. y ZIFFER, P. (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 2, Buenos Aires, AbeledoPerrot, febrero de 2011, pp. 268-270

24. Por todos, ZERMATTEN, J., *op. cit.*, p. 4.

25. Cfr: BAEZA CONCHA, G., “El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en VERGARA BLANCO, A. (dir.), *Revista Chilena de Derecho*, v. 28, n° 2, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2011, p. 356.

26. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Sentencia de 28 de agosto de 2002, párr. 131.

que permiten oponerse a los abusos del poder y que superan el paternalismo tradicional en temas relativos a la infancia.<sup>27</sup>

En vista de lo expuesto, parecería evidente que el dilema entre la persecución penal a través de la imposición de una pena en un establecimiento carcelario, y la protección del vínculo familiar en los primeros años de desarrollo de un niño, debería ser resuelto a favor de este último. Por dicha razón, aquí se señala el acierto del sistema que permite el acceso a la modalidad de ejecución de la pena mediante prisión domiciliaria en tales supuestos, puesto que de esta manera se logra cumplir con ambos intereses sin vulnerar el derecho del niño a ser criado por sus padres. En efecto, el objetivo central de la norma gira en torno a la voluntad de priorizar el derecho del niño a crecer en un ambiente más sano que el carcelario,<sup>28</sup> y a no irrogar la pérdida de contacto entre padres e hijos de corta edad, con un desmembramiento del núcleo familiar.<sup>29</sup> Asimismo, y en otro orden de análisis, se asegura de esta manera el respeto al principio de personalidad de la pena, ya que el niño tiene derecho a desarrollarse en condiciones de libertad y dignidad, sin verse obligado a cargar con la responsabilidad por los actos que sus progenitores pudieran haber realizado.

## **B. Normativa actual**

En función del respeto por las normas internacionales de fuente convencional, es decir, los tratados con jerarquía constitucional consagrados en el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución, fue que se sancionó en el día 19 de junio de 1996 la Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad 24.660, ley que preveía distintos supuestos de prisión domiciliaria.

De todos modos, las posibilidades que ofrecía la mencionada ley resultaron insuficientes. Es así que frente a la problemática representada por las deficientes e insalubres condiciones estructurales, de salubridad y de hacinamiento de los establecimientos carcelarios, el poder legislativo se dispuso a sancionar otra ley para atenuar de cierta manera dichas situaciones irregulares.<sup>30</sup> La Ley 26.472,<sup>31</sup> en efecto, amplió los supuestos de procedencia del régimen de prisión domiciliaria previstos

27. Cfr. CILLERO BRUÑOL, M., *op. cit.*, p. 55.

28. Sobre este aspecto, la CNCP ha considerado que si bien el Servicio Penitenciario Federal se encuentra en condiciones de brindar asistencia médica, sanitaria y alimentaria a los niños, lo cierto es que los complejos penitenciarios no constituyen para ellos un ambiente favorable. Véase: Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, “Espindola, Alejandra Karina s/recurso de casación”, N° 7.280, 27 de noviembre de 2006.

29. Véase: VIRI, Hernán, “Prisión Domiciliaria. Su naturaleza y las reformas introducidas por la ley 26.472”, en DONNA, E. A. (dir.), *Revista de Derecho Penal*, año 2009, N° 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 376-387.

30. *Ídem*, p. 372.

31. Sancionada por el Congreso Nacional el 17/12/08 y promulgada de hecho el 12/01/09.

en el Código Penal de La Nación y en la Ley Nacional de Ejecución Penal, extendiéndolos a las mujeres embarazadas, las que tuvieran hijos menores de cinco años o un discapacitado a su cargo, y los enfermos o discapacitados detenidos en lugares inadecuados para su estado de salud. Estas situaciones ya venían siendo reconocidas por vía de fallos judiciales,<sup>32</sup> pero la ley colaboró para generar una mayor certeza en el reconocimiento de los derechos de las personas condenadas.

Concordantemente, y más allá de lo expuesto sobre la jerarquía constitucional del principio de interés superior del niño, la Ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, vigente en nuestro país desde el 2005, brinda una conceptualización clara en su art. 3° al entender “por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley”. Esto importa el deber de las autoridades de lograr el goce y ejercicio pleno de todos los derechos del niño, en forma total y coetánea, en la medida en que no se contrapongan o se rechacen, en pos de la aplicación de alguno de superior jerarquía, por ejemplo, cuando se privilegia la integridad física y la vida del niño maltratado respecto de la continuación de las relaciones familiares.<sup>33</sup>

### 3. Marco Sociológico

Desde la perspectiva de la sociología jurídica, puede entenderse al derecho como una acción social que define y transforma relaciones sociales.<sup>34</sup> Este trabajo se propone lograr una aproximación a la comprensión científica de la realidad jurídica, en particular, respecto del modo en que el sistema de prisión domiciliaria opera en la práctica de nuestro país.

El enfoque que se utilizará en este trabajo es el teórico normativo, desarrollado por Rottleuthner en su texto *Sociología de las ocupaciones jurídicas*,<sup>35</sup> y que destaca que no siempre las leyes y las normas se corresponden con la realidad social. Desde esta óptica, no basta entonces abordar el derecho en abstracto, sino que debe

32. Véase, por todos: Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, “Espíndola, Alejandra Karina s/ recurso de casación”, N° 7.280, 27 de noviembre de 2006. Allí se determinó, entre otras cosas, que los servicios penitenciarios no constituyen un ambiente saludable para un menor.

33. Cfr. MACAGNO, M. E., “El interés superior del niño en el proceso penal de adultos”, en *La Ley. Suplemento Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, La Ley, 10 de noviembre de 2009, p. 2.

34. Cfr. CUÉLLAR VÁZQUEZ, A., “Estado del arte de la sociología jurídica en América Latina”, en DE LA GARZA TOLEDO, E. (coord.), *Tratado Latinoamericano de Sociología*, Barcelona, Anthropos, 2006, pp. 264-265.

35. Cfr. ROTTLEUTHNER, H., “Sociología de las ocupaciones jurídicas”, en BERGALLI, R. (coord.), *El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1989, p. 124.



analizarse cómo el derecho funciona en el plano de lo real. Es menester conceptualizar al derecho como algo vivo que debe adaptarse a los cambios sociales.

Años antes, Weber denominaba a dicho fenómeno como dicotomía entre validez ideal y validez empírica.<sup>36</sup> Este autor consideraba esencial la distinción entre el análisis jurídico-dogmático y el sociológico. Mientras que el primero se ubica en el plano del deber ser, de lo ideal, el segundo lo hace en el plano de lo fáctico, de los hechos empíricamente comprobables.<sup>37</sup> La diferencia entre el deber ser y el ser, nos conduce a un entendimiento del orden jurídico desde otra perspectiva. En este sentido, la validez del método de análisis sociológico estará basada en procurar una validez empírica y no una validez basada en la coherencia lógica entre las normas.<sup>38</sup>

Por lo tanto, a partir de una perspectiva de análisis que señala la oposición entre lo normativo y lo fáctico, será necesario abordar la problemática presentada comparando los hechos con el derecho, esto es, lo que ocurre en la práctica con lo que debería ocurrir. El aporte que realiza este enfoque consiste en informar a los juristas no sólo sobre el efecto que tienen las normas y las decisiones judiciales en la realidad social, sino que también versa sobre la situación del derecho en la sociedad, es decir, si existe o no un verdadero cumplimiento. Por ello, Rottleuthner se refiere a esta visión como sociología jurídica compensatoria.<sup>39</sup>

Así las cosas, puede observarse que desde el punto de vista normativo cualquier toma de decisión que involucre a niños, como la concesión del régimen de prisión domiciliaria a un progenitor, debe ser compatibilizado con el principio del interés superior. Será cuestión, en definitiva, de determinar si el plano fáctico se rige, o no, por estos principios rectores.

### III. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

#### 1. Prisión domiciliaria y derechos del niño

En los casos en los que los niños viven junto a uno de sus progenitores en los establecimientos carcelarios, se vulneran los derechos humanos de los niños en tanto sujetos de derecho. Los establecimientos carcelarios se presentan, la mayoría de

36. *Cfr.* DÍAZ, M. R. (2012) “Weber desde la óptica de Norberto Bobbio: El concepto de validez empírica”, en PÉREZ VARGAS, V. (dir.), *Revista Judicial*, N° 106, San José de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, diciembre de 2012, p. 96.

37. *Ídem*, p. 94.

38. *Ídem*, p. 95.

39. *Cfr.* ROTTLEUTHNER, H., *op. cit.*, p. 124.

las veces, como lugares no aptos para el normal cuidado y desarrollo de los niños, y que producen afectaciones en los derechos a la libertad e integridad personal de estos últimos.<sup>40</sup> En efecto, por una razón que le es totalmente ajena, el menor se ve obligado a permanecer en la cárcel y familiarizarse con un colectivo de personas y con ciertas nociones –ley, castigo, delito, etc.–, a las que no tendría por qué verse sometido. Esto genera una situación de vulnerabilidad, que junto al estigma que representa el encierro aparece como un trato inhumano y degradante para un niño.<sup>41</sup>

Por el contrario, la opción que prevé que el niño permanezca fuera del establecimiento carcelario mientras su progenitor cumple la pena en prisión, se opone al desarrollo y fortalecimiento familiar durante los primeros años de vida del niño, en los que el contacto con la madre resulta fundamental. Además, la separación de madres e hijos puede implicar, en algunos casos, el desmembramiento familiar. Muchas veces sucede que ante la ausencia de personas del entorno familiar que puedan acoger a los niños, ellos son institucionalizados o dados en adopción.<sup>42</sup> Es decir que ninguna de las opciones presentadas garantiza un desarrollo pleno y saludable del niño.

Queda entonces de manifiesto que la cárcel no es un lugar adecuado para exigir responsabilidad penal a determinados colectivos especialmente vulnerables, como lo son las madres de niños menores. Por ello, los legisladores argentinos han optado por una medida alternativa.<sup>43</sup> La Ley 26.472, en ese sentido, representa

40. Según los datos arrojados por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS): “ninguna de las 14 mujeres alojadas con sus hijos considera que la alimentación brindada por el penal a los niños sea buena, y más de la mitad la considera de modo directo como muy mala o mala, ya sea por su deficiente calidad, la utilización de productos rebajados, falta de variedad, mal estado, etc. Apreciaciones similares pueden realizarse con respecto a las condiciones de higiene en las que deben transitar el embarazo o criar a sus hijos. [...] En relación con los niños que conviven junto a sus madres en prisión, no existe ningún circuito formal de provisión de vestimenta, y varias mujeres relatan que la obtienen a través de distintas ONG, compañeras de pabellón e incluso de algunas agentes del SPF”. *Cfr. Mujeres en prisión: los alcances del castigo*, compilado por CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación, 1ª ed. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 174.

41. Véase: LORA, L., “Niños y madres que permanecen en establecimientos carcelarios: Escenarios de conflicto”, en ORUNESU, C. y SLAVIN, P. (comp.), *Debates en Filosofía y Ciencia Política*. Mar del Plata, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, 2012, pp. 183-204.

42. El mencionado informe del CELS establece que “Un primer dato categórico para dimensionar el impacto que provoca el encarcelamiento de la madre en la familia, en particular en sus hijos menores de 18 años, es que en 4 de cada 10 casos se provocó el desmembramiento del grupo familiar. En efecto, el 39,3% de las encuestadas respondió que, tras su detención, sus hijos menores de 18 años interrumpieron la convivencia entre ellos. Esto significa que en un elevado porcentaje la detención de la madre provoca no sólo la ruptura del vínculo materno, sino también la separación o dispersión de los hermanos entre diversos cuidadores, y la consiguiente ruptura de sus vínculos sociales”. *Cfr. Mujeres en prisión: los alcances del castigo*, *op. cit.*, p. 155.

43. *Cfr.* DI CORLETO, J. y MONCLÚS MASÚ, M., “El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres

un avance en la materia dado que ha ampliado los supuestos de procedencia del régimen de prisión domiciliaria previsto en la ley de ejecución, al incluir, entre otros, los supuestos de mujeres madres de un hijo menor de cinco años de edad o discapacitado, a su cargo.<sup>44</sup> De esta manera, se intenta adecuar el ordenamiento jurídico imperante a los principios de la unidad familiar, tornando operativo el interés superior del niño.

## 2. Lagunas a corregir: padres con hijos

Sin embargo, y sin perjuicio de las bondades de la ley 26.472 al ampliar los supuestos de prisión domiciliaria, en este trabajo se propone señalar ciertos déficits de la normativa actual, para evidenciar cómo el espíritu de la norma que busca el interés superior del niño no siempre se ve materializado.

En efecto, parecería contra intuitivo que no se haya previsto un supuesto de prisión domiciliaria para el padre que, en remplazo de la madre –por la razón que fuese–, cumpla idéntico rol de cuidador principal de los hijos menores. Si bien es cierto que dicha función tradicionalmente recae en la figura de la madre, no resulta descabellado imaginar supuestos en los que el rol se encuentre en cabeza del padre.

En tal sentido, diversos autores han considerado que la exclusión de los hombres que hace la ley al momento de señalar los requisitos para conceder el instituto de prisión domiciliaria, podría ser considerada como una situación de discriminación contraria a la Constitución Nacional y al derecho convencional establecido, entre otros instrumentos, en el art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>45</sup> Como se verá más adelante, la jurisprudencia también se ha pronunciado en ese sentido.<sup>46</sup> Incluso desde otra perspectiva, se ha señalado que el tratamiento diferenciado para la mujer refuerza estereotipos de género, en tanto le asigna una función preponderante en la esfera doméstica, y que en definitiva nada obsta a que los hombres puedan solicitar el instituto de prisión domiciliaria en estos casos.<sup>47</sup>

---

de niños menores de cinco años”, en ANITUA, I. y TEDESCO, I. (comp.), *La Cultura Penal. Homenaje a Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 300.

44. Cfr: DELGADO, S., “La modificación de la regulación de la detención domiciliaria”, en BERTOLINO, P. y D’ALESSIO, Andrés J. (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 5, Buenos Aires, AbeledoPerrot, mayo de 2009, p. 806.

45. Por todos, GRISETTI, R., “Prisión Domiciliaria e Igualdad de Género”, en MÉNDEZ COSTA, M. J., VIDAL TAQUINI, C. H., CÓRDOBA, M., M., MEDINA, G. y SOLARI, N., E. (dir.), *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, N° 2, Buenos Aires, La Ley, marzo de 2011, p. 62.

46. Sólo ha modo de ejemplo: Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, “Bagnato, Adolfo Humberto. s/recurso de casación”, N° 11.331, 15 de noviembre de 2009.

47. Cfr: DI CORLETO, J. y MONCLÚS MASÚ, M., *op. cit.*, p. 299.

Con independencia del acierto de estos argumentos, parecería claro que a partir del interés superior de niño, lo relevante radica en la posibilidad de favorecer el contacto del menor con sus progenitores, tratándose de algo fundamental para su desarrollo.<sup>48</sup> Si a esto se le agrega la necesidad de evitar la trascendencia de las penas hacia una persona distinta del condenado, aparece patente la necesidad de que se ofrezca una solución en estos casos. Una primera alternativa podría darse a través de una reforma legislativa, aunque su concreción dependerá de la voluntad política del momento, y estará sujeta a que no triunfen los argumentos de quienes consideran a la prisión domiciliaria como una forma de garantizar la impunidad.<sup>49</sup> Pero también podría asegurarse el interés del superior del niño en los casos de padres con menores a su cargo si se realiza una interpretación analógica de la norma *in bonam partem*. Esta alternativa no generaría inconvenientes con el principio de legalidad penal, aplicable al derecho de ejecución penal,<sup>50</sup> ya que en definitiva se estaría restringiendo más allá de la letra de la ley,<sup>51</sup> en favor de imputado,<sup>52</sup> y no en su contra.

#### IV. RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO

Los apartados precedentes ofrecen un panorama global de la temática, y al mismo tiempo plantean el problemático caso de los padres con hijos menores de cinco años a su cargo, supuesto no abarcado por la norma. Sin embargo, el objetivo central de esta investigación está orientado a determinar qué abordaje se ha propuesto en la práctica ante estos supuestos. Para ello, y tal como se mencionó al comienzo del trabajo, se recurrió a dos clases de fuentes. En primer lugar, se ha recopilado la jurisprudencia de las distintas salas de la Cámara Nacional de Casación Penal sobre el tema, con el fin de descubrir de qué forma el máximo tribunal en cuestiones de derecho penal a nivel federal ha resuelto la problemática. Por otro lado, se han realizado entrevistas con una serie de operadores judiciales especialmente seleccionados, para de ese modo obtener una perspectiva de la opinión con la que hoy en día se cuenta sobre la temática. En los siguientes párrafos se plasmarán

48. Cfr: FREEDMAN, D., "Prisión domiciliaria en la Argentina...", *op. cit.*, p. 1922.

49. Sobre esta perspectiva, véase la crítica realizada por Sergio Delgado en: Cfr: DELGADO, S., *op. cit.*, pp. 806-807.

50. Sobre el tema, véase: GUILLAMONDEGUI, L. R., "Los principios rectores de la ejecución penal", en BERTOLINO, P. y D'ALESSIO, A. J. (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 12, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2005, pp. 1106-1107.

51. Cfr: ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., *op. cit.*, pp. 118-119.

52. En ese sentido, considera SANCINETTI que la analogía *in bonam partem* en principio no se encuentra prohibida en derecho penal. Cfr: SANCINETTI, M., *Casos de Derecho Penal. Parte General*, 3º ed., t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 72.

los resultados obtenidos a partir de estos dos métodos, y en última instancia se realizará una valoración de los mismos.

## 1. Datos obtenidos en las decisiones jurisprudenciales

Desde la entrada en vigencia de la Ley 26.472 hasta la actualidad, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal ha variado de acuerdo a la sala que se ha pronunciado en el caso. Es así como la sala I, en el caso “Rossi”,<sup>53</sup> hizo lugar a un recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de un hombre a quien se le había denegado un pedido de prisión domiciliaria. En los votos de los jueces Cabral, Borinsky y Madueño se afirmó que el tribunal oral había incurrido en arbitrariedad, al no considerar la posibilidad de que una persona de sexo masculino accediera a la modalidad de prisión domiciliaria, a partir de una interpretación teleológica de la norma. A su vez, dos de los magistrados destacaron al principio de interés superior del niño como parámetro superior, al que debe adecuarse la normativa infraconstitucional.<sup>54</sup> Recientemente, la sala, con una composición distinta, sostuvo una interpretación similar, destacándose el voto de la jueza Ana María Figueroa.<sup>55</sup> Esta última magistrada no sólo adhirió a la interpretación que ya había sostenido la sala en el caso “Rossi”, sino que además dedicó gran parte de su voto a reafirmar la jerarquía constitucional del principio de interés superior del niño y su evolución en el sistema interamericano de derechos humanos.

La sala II, en su actual integración, todavía no se ha expedido sobre el tema. Sin embargo, resulta ilustrativo el hecho de que uno de los pronunciamientos de la anterior composición denegó un recurso de casación en un supuesto donde se había rechazado la prisión domiciliaria de un padre.<sup>56</sup> En ese caso, la defensa señaló la incompatibilidad entre el régimen actual y el principio de interés superior del niño, y el argumento fue rechazado por dos motivos. En primer lugar, se consideró que no existe una regla directamente derivada de la Convención sobre Derechos del Niño que proscriba el encarcelamiento de sus padres, y que si ni siquiera la prisión domiciliaria en casos de madres resulta automática, no sería consistente extender el

53. *Cfr.* Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, “Rossi, Maximiliano A. s/recurso de casación”, N° 15.656, 22 de junio de 2012.

54. *Ídem.* Voto del Dr. Borinsky, al que adhirió el Dr. Madueño.

55. *Cfr.* Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, “Gómez, Jorge Javier s/ recurso de casación”, N° 21.355, 3 de julio de 2013. En esta ocasión la sala estuvo compuesta por los jueces Cabral, Madueño y Figueroa.

56. *Cfr.* Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, “Andrada, Omar Antonio s/recurso de casación”, N° 13.142, 24 de mayo de 2011.

caso a los padres.<sup>57</sup> Por otro lado, dos de los jueces consideraron que la ampliación del “beneficio” a un padre no podía otorgarse darse en el caso concreto ya que solamente procede cuando el niño no cuenta con un familiar en condiciones de cuidarlo, y en virtud del principio de humanidad.<sup>58</sup>

Por su parte, la sala III cuenta con pronunciamientos contradictorios. Esto se debe a que en el caso “Bagnato” se le permitió a un padre con un niño menor de cinco años el acceso a prisión domiciliaria.<sup>59</sup> Allí los jueces Riggi y Ledesma consideraron que debía extenderse el supuesto analógicamente, para evitar la convalidación de una situación de discriminación contra los padres.<sup>60</sup> Esta solución fue dejada de lado con posterioridad, y tras una modificación en la composición de la sala.<sup>61</sup> Para fundamentar este cambio de parecer, el juez Mitchell descartó que la privación de la libertad del padre pudiese ocasionarle un perjuicio al menor, y que la pretensión de este último de continuar el contacto con su progenitor no resulta suficiente para dejar de lado la normativa actual. A estas afirmaciones se le sumó la opinión de la jueza Catucci, quien manifestó que deben probarse razones humanitarias para que eventualmente pueda ser evaluada una excepción, y ambos votos fueron adheridos por el Dr. Riggi.

La sala IV cuenta con tres pronunciamientos. En el año 2010 se produjo el caso “Pereyra”, en el que se denegó el pedido de prisión domiciliaria de un padre con un hijo menor de cinco años a su cargo.<sup>62</sup> Allí los jueces consideraron que si bien el principio de interés superior del niño debía guiar la ejecución de las penas, en el caso concreto no era posible acreditar razones médicas, humanitarias, o de abandono, que permitieran una excepción normativa. Posteriormente, en el caso “Aguilera”, los jueces Augusto Diez Ojeda, Gustavo Hornos y Mariano González Palazzo fundaron su decisión en el principio de intrascendencia de las penas y en la situación discriminatoria que genera la exégesis restrictiva.<sup>63</sup> Debe señalarse, a

57. *Cfr.* Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, “Andrada, Omar Antonio s/recurso de casación”, N° 13.142, 24 de mayo de 2011, voto del Dr. García.

58. *Cfr.* Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, “Andrada, Omar Antonio s/recurso de casación”, N° 13.142, 24 de mayo de 2011, voto de los Dres. Jacobucci y Mitchell.

59. *Cfr.* Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, “Bagnato, Adolfo Humberto. s/recurso de casación”, N° 11.331, 15 de noviembre de 2009.

60. *Ibidem.* La jueza Catucci, por su parte, consideró que al no poder encuadrarse el supuesto en la norma, no debía proceder una excepción.

61. *Cfr.* Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, “Rodríguez, Víctor Daniel s/recurso de casación”, N° 13.865, 15 de junio de 2011.

62. *Cfr.* Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, “Pereyra, Miguel Ángel s/recurso de casación”, N° 11.176, 22 de marzo de 2010.

63. *Cfr.* Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, “Aguilera, Maximiliano s/recurso de casación”, N° 15.288, 1 de agosto de 2011.

su vez, que el interno tenía a cargo una persona mayor discapacitada, y también a un menor, pero de ocho años de edad. Un año más tarde se retomó esta postura,<sup>64</sup> pero con agregados en los distintos votos. Así, el Dr. Gemignani sostuvo que debía realizarse una interpretación analógica *in bonam partem*, para de ese modo respetar el principio de interés superior del niño. Esta postura fue adherida por el juez Borinsky, pero aclarando que se trataba de un caso excepcional. Finalmente, el voto disidente de Gustavo Hornos, sostuvo que no se había acreditado una situación de desamparo, capaz de comprometer el interés superior del niño.

## 2. Datos obtenidos a través de entrevistas

Entre los días 17 y 19 de abril de 2013 se realizaron una serie de entrevistas, acordadas con antelación, con distintos operadores judiciales, a los fines de conocer su opinión respecto de la aplicación de prisión domiciliaria en casos de hombres y mujeres con hijos menores de cinco años a su cargo. Por cuestiones de brevedad, a continuación se expone una sistematización de los datos obtenidos, a partir de las ocho preguntas que fueron realizadas. A pedido de los entrevistados, y considerando los principios éticos en la investigación, solamente se incluye una descripción de sus puestos de trabajo, y no sus nombres.

Entrevistados:

- Entrevistado N° 1: Juez Nacional de Ejecución Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Entrevistado N° 2: Secretario de un Juzgado Nacional de Ejecución Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Entrevistado N° 3: Secretaria a cargo de un Juzgado Nacional de Ejecución Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Entrevistado N° 4: Juez de Ejecución de San Isidro.
- Entrevistado N° 5: Juez de Garantías de San Isidro.
- Entrevistado N° 6: ex Juez Nacional de Ejecución Penal de la Ciudad de Buenos Aires, y actual Juez de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA.
- Entrevistado N° 7: Secretario de un Tribunal Oral Federal.

64. *Cfr.* Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, “Martínez Escobar s/recurso de casación”, N° 16.036, 16 de octubre de 2012.

Pregunta N° 1: ¿Qué influencia estima que debe tener, al momento de analizar un caso sometido a su conocimiento, el principio de interés superior del niño y en qué proporción repercute aquél en sus decisiones?

En relación con la pregunta acerca de los elementos que deben ser valorados por el juez al momento de evaluar la procedencia del régimen de prisión domiciliaria, los entrevistados número uno y cinco respondieron que, como regla, basta con que se acredite que la mujer tiene un hijo de cinco años para que opere de modo automático. “Lo que ambas normas prevén es el motivo; no hay, a diferencia de cualquier otro régimen alternativo, un catálogo, un rol de requisitos o exigencias que el condenado o la condenada en este caso, tenga que cumplir para acceder a este régimen. Acá hay una motivación: tener un hijo menor de 5 años de edad, pero, ¿qué más? La ley no lo dice. Con lo cual, en estricta aplicación del principio de legalidad, [...] toda mujer detenida con hijos menores de 5 años de edad, tendría que ser, ipso facto, automáticamente incorporada al régimen de la prisión domiciliaria. Esto es lo que se supone, de la fría letra de la ley”.<sup>65</sup>

Por su parte, los entrevistados número dos, tres, cuatro y seis sostuvieron que el único elemento determinante en esta valoración es la situación concreta del niño. “No me interesa ni el tipo de delito, ni la pena a cumplir, ni la etapa en la que se encuentra”, aseguró el entrevistado número cuatro. Sobre el hecho de que la permanencia del niño junto a su madre constituya verdaderamente la alternativa más beneficiosa, los entrevistados número dos y tres puntualizaron que el texto de la ley debe ser interpretado no sólo a la luz de la cuestión criminológica, sino también teniendo en cuenta el contexto social de las personas involucradas. En muchos casos, los asistentes sociales de la unidad verifican situaciones de maltrato, de desamparo o de precariedad social, mientras que dentro de la cárcel se les puede garantizar a los niños un cuidado mínimo, asistencia sanitaria, espacios recreativos, alimentación y techo.

Asimismo, el entrevistado número seis estimó menester ponderar las condiciones de vivienda y familiares, a los fines de evitar la convalidación de situaciones irregulares y evitar una posible revictimización.<sup>66</sup> Por último, el entrevistado número

65. El entrevistado número uno, a su vez, se lamenta de ciertas restricciones que han sido impuestas para la procedencia del instituto con base únicamente en las discusiones surgidas en el ámbito del debate legislativo de la ley en cuestión. Límites que sostiene, no fueron plasmados en la ley pero que sin embargo, son retomados por algunos magistrados de ejecución penal para fundar una denegación. El problema, según dicho entrevistado, radica en que “es tan amplia la ley que le permite al juez evaluar absolutamente, pero absolutamente cualquier cosa, de manera arbitraria. Por eso ves las cárceles llenas de mujeres tanto embarazadas como con hijos”.

66. Sostuvo el ex juez de ejecución penal: “Un tema que suele traer mucha dificultad es el problema del domicilio. A veces he visto pedidos de arresto domiciliario de personas en situación de calle o viviendo en una situación irregular, como debajo de una autopista o un puente, donde no puede consolidarse la situación de vivienda. Son casos particularmente complicados, porque tomar una decisión implicaría reconocer el derecho de la mujer al arresto domiciliario, pero al mismo tiempo convalidar una situación



siete indicó que resulta primordial establecer si el cuidado y atención que estas personas vulnerables requieren, puede ser suplido eficazmente por algún otro sujeto responsable y competente, en ausencia de la condenada.

Respecto del principio del interés superior del niño, la totalidad de los entrevistados coincidió en que resulta fundamental y prioritario al momento de analizar la procedencia del instituto en cuestión. Muchos de ellos aseguraron que en ciertos casos puede no coincidir con el interés de la madre: “la autorización para cumplir la pena privativa de libertad en el propio domicilio en estos casos, debe ser interpretada, [...] no como un derecho de la persona condenada a no ser encarcelada, sino como un derecho del niño o discapacitado a no ser colocados en situación de desprotección”, manifestó el entrevistado número siete. Asimismo, el entrevistado número uno señaló la necesidad de exceder el análisis criminal: “tiene que haber otros auxiliares del juez penal, que le hagan ver si resulta o no conveniente. Por eso, hay muchos juzgados que le dan intervención a los civiles, para que a través de sus equipos, e incluso hasta de su mayor especialidad, nos digan, nos informen, si efectivamente para el caso en concreto es conveniente que la madre esté al cuidado de su hijo”.

Por su parte, el entrevistado número cinco sostuvo que el artículo mismo ya lo prevé, y que si bien la norma no se refiere expresamente al interés superior del niño, fue creada teniendo en miras ese principio. Lo que se estaría dando es entonces un doble fundamento, de esta manera se torna operativo ese derecho.

Pregunta N° 2: ¿Considera que a la luz de dicho principio, la concesión de la medida debería ser automática una vez corroborados los requisitos que la ley prescribe?

Los entrevistados número dos, tres, cuatro, seis y siete negaron rotundamente la posibilidad de conceder la medida de manera automática y sostuvieron la necesidad de efectuar un análisis interdisciplinario para cada caso en particular a fin de garantizar que el interés superior del niño no se vea afectado.<sup>67</sup> En apoyo de esta tesis, el entrevistado número siete evidenció que la misma redacción del art. 10, primer párrafo del Código Penal, deja a criterio del Juez la decisión si, frente a los casos reglados en los diferentes incisos de la norma, autoriza o no el arresto domiciliario.

---

anómala. Otro problema es el de las internas trabajadoras, que cuando se les concede un arresto domiciliario pierden su trabajo, y además no tienen protección para desempleo porque no cotizan para el seguro. Al dejar de trabajar, pierden el ingreso, y está el problema de garantizar la subsistencia de una persona que se le dice que debe permanecer en su casa y no salir”.

67. Por ejemplo, en los casos de madres abandonadas, según el entrevistado número cuatro, o en los supuestos de agresión sexual interfamiliar donde la concesión de un arresto domiciliario puede conllevar una revictimización, según el entrevistado número seis.

Desde otra óptica, los entrevistados número uno y cinco señalaron que la procedencia de la medida debe ser automática una vez verificada la “motivación del legislador”. En particular, el entrevistado número cinco se concentró en la necesidad del niño de no romper su vínculo con la madre y de no ver fragmentada su familia, al mencionar que “cuesta pensar que hay alguien mejor para criar al niño que su madre”. Sin embargo, en el contenido de su respuesta se advierte una preocupación respecto de la concesión de la medida en casos manifiestamente contrarios al interés superior del niño, ya que aclaró que “tomaría algún recaudo respecto del lugar en donde vive por ejemplo, o si está en condiciones de cuidar a su hijo”.

Pregunta N° 3: ¿Cuántas mujeres solicitan la medida de encarcelamiento domiciliario? En idénticas situaciones, ¿se conoce casos de hombres que hayan solicitado esta modalidad de ejecución de la pena?

Si bien ninguno de los entrevistados logró proporcionar una estadística concreta, todos ellos aseguraron que la prisión domiciliaria es solicitada en la casi totalidad de los casos de mujeres con hijos menores de cinco años o discapacitados.<sup>68</sup> En cambio, aseguraron que se registran pocos casos en donde es el padre condenado quien solicita acogerse al régimen *sub examine*, pero que en general, también en estos supuestos el pedido suele prosperar si se verifica que no existe otro pariente cercano en condiciones de asumir el cuidado del menor.

Pregunta N° 4: ¿Cree que si debiéramos analizar la procedencia del arresto domiciliario a favor de un hombre, que por lo demás reúne todos los requisitos de la ley, los elementos a valorar serían otros?

En torno a esta cuestión, los entrevistados número dos, cuatro y seis señalaron que los elementos a valorar en el caso de los hombres a la hora de conceder o no la prisión domiciliaria serían idénticos a los exigibles a la madre, siempre y cuando el padre estuviera en condiciones de criar al menor. Por su parte, los entrevistados número tres y cinco afirmaron que los elementos a valorar son distintos, puesto que no es igual el vínculo que se genera entre la madre y el hijo que el que surge de la relación paterno-filial.<sup>69</sup> Finalmente, los entrevistados número uno y siete negaron

68. Se trata, a menudo, de mujeres acusadas o condenadas por delitos vinculados a la comercialización de estupefacientes, según los entrevistados número cuatro y cinco. Por su parte, el entrevistado número dos explica: “En líneas generales, toda interna que está embarazada o que tiene un niño menor de 5 años pide salir. Es salir. Como sea, pero es salir. Nos ha pasado de mujeres que saben que van a una situación precaria y piden salir igual, y con esto me refiero a que sabe que no va a cumplir con el beneficio, sabe que no se va a quedar adentro de la casa, y lo piden igual. [...] Sólo un reducido porcentaje te dice que prefiere quedarse adentro, porque está aprendiendo a trabajar, tiene techo, comida”.

69. “Yo creo que no están en un plano de igualdad. Me parece que el vínculo del niño, o la evolución del niño, requiere más del vínculo materno que del vínculo paterno. Ahora bien, si el chico no tiene

toda posibilidad de otorgar la medida a los hombres, dado que la letra de ley no los contempla expresamente.

Pregunta N° 5: ¿Encuentra algún problema entre la normativa que rige la materia y el derecho de igualdad de género?

En lo relativo a la cuestión de si hallaban los interrogados algún problema referido a la igualdad de género, los entrevistados número tres, cinco y siete dijeron no advertir colisión alguna con aquel derecho constitucional. En este orden de ideas fundamentaron, por un lado, que ya en el derecho civil y laboral se dispensa un tratamiento diferenciado por razones de índole ontológicas. Otro de los argumentos invocados redundaba en que el derecho de igualdad consiste en que no se prive a unos de lo que se concede a otros en igualdad de circunstancias; esto es, pregonan la mentada igualdad entre iguales y concluyen que no se trata de una cuestión de igualdad de género.<sup>70</sup>

A contrario sensu, los entrevistados número cuatro y seis sostuvieron que la exclusión normativa vulnera la premisa constitucional. En particular, el entrevistado número seis se manifestó en estos términos: “yo no tengo ninguna duda de que la ley ha sido redactada de modo sexista, sin perjuicio de su origen en promover los intereses de la mujer, entendiéndolo su problemática. Pero está inspirada en una concepción machista de la sociedad, que le asigna un rol excluyente y exclusivo a la mujer relacionado con la maternidad. Excluye totalmente la protección de la existencia del varón con la agravante de que el 95% de las personas que se encuentran en la cárcel son varones, y no mujeres, y todos son padres en general. [...] Los padres son dos, tanto el papá como la mamá. [...] Quizá el padre está en mejores condiciones de cuidar a los chicos en arresto domiciliario, no veo la razón por la cual no pueda autorizarse a alguno, e incluso a los dos”.

Por su parte, los entrevistados número uno y número dos se refirieron a dicho déficit respectivamente en términos de “concepción arcaica” y “blanco legal”, situación que de todos modos podría ser moderada por distintas herramientas de las que disponen los jueces, como ser el uso de la sana crítica y la interpretación armónica.

---

con quién quedarse y el padre está preso, entonces podría ser analizado. Pero sino, no lo analizaría linealmente”, aseguró el juez de garantías de San Isidro.

70. “La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, siguiendo a la de la Corte Americana, tiene dicho en miles de casos que el derecho a la igualdad consiste en que no se prive a unos de lo que se concede a otros en igualdad de circunstancias, pero que esto no impide que la ley realice distinciones razonables entre categorías de casos o de personas, siempre que el criterio de distinción no sea arbitrario o se encuentre basado en las denominadas categorías sospechosas”, argumentó el entrevistado número siete.

Pregunta N° 6: ¿Juzga necesaria u oportuna una reforma a la referida norma del Código Penal, cuyo inciso último está dedicado exclusivamente a las mujeres? Sin perjuicio de aquello, ¿cree que debería aplicarse la medida por analogía a hombres en idéntica situación?

En relación con las características de la actual redacción de la ley, el entrevistado número siete rechaza en todos los casos el instituto de la prisión domiciliaria: “Yo eliminaría la prisión domiciliaria para todos los casos. Basta de mentiras. Si razones humanitarias o de salud impiden el encarcelamiento del condenado, entonces hay que suspender la ejecución de la pena, hasta que la persona se restablezca”.

Por otro lado, los entrevistados número uno, dos, tres y cinco aseveraron que no hay necesidad de una reforma legislativa. Sin embargo, mientras que para los interrogados número uno y tres tampoco procede una interpretación analógica de la norma a favor del hombre puesto que el hombre es, por naturaleza, distinto a la mujer, los entrevistados número dos y cinco en cambio, sí defienden la interpretación analógica *in bonam partem* de los supuestos del Código Penal de la Nación y de la Ley de Ejecución Penal, cuando el respeto de la Constitución y el interés superior del niño así lo exijan.

Por último, los entrevistados número cuatro y seis consideran necesaria una reforma legislativa que prevea la procedencia del instituto en examen también para el caso en que sea el hombre quien lo solicita. En particular, el entrevistado número 6 manifestó que “tiene que haber una reforma para modificar la ley, porque es claramente sexista. Al no estar previsto en la ley, quienes no conocen la jurisprudencia, quizá ni se imaginan que puedan acceder al arresto domiciliario, que tienen ese derecho”. Si bien admite la posibilidad de aplicación analógica *in bonam partem*, subrayó que “es importante que la ley declame lo que pretende autorizar y que no se deba desentrañar de su sentido, o integración con el orden normativo superior”.

Pregunta N° 7: Una vez concedido el beneficio, ¿cree que es suficiente la actuación estatal posterior, en relación al cuidado y supervisión del crecimiento y desarrollo normal del niño? Ante la negativa, ¿qué medidas podrían implementarse?

Respecto de este interrogante, la totalidad de los entrevistados estuvo de acuerdo en que no es suficiente la actuación estatal posterior en relación a la asistencia del menor, y que resulta imperiosa una participación activa del aparato público dirigido a cubrir esta necesidad. Pueden destacarse, a modo de ejemplo, las palabras del entrevistado número uno: “En cuanto a asistencia, no hay ninguna. Es bastante paradójico esto de que se permita que una mujer madre de un hijo menor de cinco años acceda al régimen de la prisión domiciliaria para cuidar a su hijo en su domicilio, y por ejemplo, no se prevea de qué modo va a mantenerse, si puede o no puede trabajar, cómo hace para darle sustento a su hijo, ¿cómo hace para ir a comprar una leche al almacén de la esquina!? ¡No puede! [...] El gran problema de las mujeres

en prisión domiciliaria es que pierden su trabajo “intramuros” para obtener nada en el afuera, porque no se les permite hacer nada, porque están en prisión”.

Los interrogados coincidieron en que no hay un organismo de seguimiento absoluto ni ningún servicio post-penitenciario o programas de egresados carcelarios que puedan cumplir en manera satisfactoria con dicha tarea. Aseguraron que es el Patronato de Liberados el que debería regular la situación pero que sin embargo, dicho sistema se encuentra colapsado.

Entre las soluciones propuestas, el entrevistado número seis sugirió la posibilidad de implementar programas de empleo, establecer organismos que prevean el trabajo en el domicilio o en última instancia, subsidiar la situación de estas personas. Asimismo, señaló la conveniencia de adoptar medidas tendientes a fortalecer la estructura y actuación del Patronato de Liberados, así como a tornar operativo el equipo interdisciplinario creado por el art. 17(v) de la Ley 24.660 hace casi diecisiete años, pero que nunca fue puesto en práctica.

Estrictamente desde el ámbito judicial, se propuso flexibilizar las condiciones de ejecución de la pena, por ejemplo, autorizando al progenitor a trabajar, a trasladar los niños a la escuela, al médico, etc.<sup>71</sup> Por su parte, el entrevistado número 3 considera que estas cuestiones se resuelven desde el compromiso social, mediante la colaboración de organismos privados chicos, zonales o barriales, aunque con un cierto grado de supervisión estatal. Por último, el entrevistado número uno señaló que sería fundamental la intervención de la Dirección Nacional de Readaptación Social del Ministerio de Justicia, que hasta el momento no ha tomado ninguna participación.

Pregunta N° 8: ¿Halla acertado el criterio del legislador al establecer la edad de los menores en cinco años?

En lo atinente a la pregunta acerca de si encuentran acertado el criterio del legislador al establecer como término la edad de cinco años, la mayoría de los entrevistados coincidieron en que no estaban en condiciones de dar una respuesta fundada, y que confían en que, previo al dictado de la norma, se haya realizado un estudio profundo e integral, con la debida intervención de profesionales de distintas especialidades, que arrojará como resultado la determinación de dicho límite de edad.<sup>72</sup>

71. En estos términos se expresó el juez de ejecución de San Isidro: “Si yo le voy a conceder el arresto domiciliario a una persona para que cuide a sus hijos, no puedo pretender que viva de la nada. La tengo que autorizar para que pueda llevar a los chicos al colegio, para que los pueda retirar, para que pueda hacer las compras para cocinar; eventualmente para que trabaje... Por supuesto que lo que pedimos es que todo esto lo comuniquen al juzgado, [...] que pidan la autorización y que luego lo certifiquen”.

72. “A esa edad ya empiezan con la cuestión de la escolarización, empiezan a sociabilizarse y parecería que están más preparados para, digamos, de alguna forma, interrumpir este vínculo con la madre”, argumentó el entrevistado número cinco.

No obstante, señalaron los entrevistados que no debe perderse de vista que, ante la necesidad legislativa de establecer un límite de edad, no son pocos los casos en que éste pueda resultar arbitrario en el caso concreto.<sup>73</sup> En razón de ello, el entrevistado número 3 afirmó que debería existir cierta flexibilidad que permita extender el límite evaluando las particularidades del caso y el grado de vulnerabilidad del menor.

#### IV. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA Y LAS ENTREVISTAS

En lo que respecta a la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, parecería claro que todavía no hay un criterio unánime. Puede decirse que hoy en día tanto la sala I como la sala IV mantienen una postura favorable a la concesión de prisión domiciliaria a los padres con hijos menores de cinco años, mientras que la sala III se ha manifestado en contra de esta posibilidad. En cuanto a la sala II, se ha podido encontrar un caso favorable, pero con una composición distinta a la actual.

Por otro lado, se desprende de las distintas decisiones que el ordenamiento jurídico cuenta con herramientas para solucionar eventuales vulneraciones al principio de interés superior del niño. Distintos jueces del máximo tribunal penal a nivel federal han considerado viable una interpretación analógica *in bonam partem* en estos supuestos, por lo que en principio no sería necesario esperar a una reforma legislativa.

Con independencia de lo expuesto, no puede ser dejado de lado que varios jueces se han mostrado reacios a extender de forma pretoriana los alcances de la norma que permite el acceso a prisión domiciliaria. A pesar de que distintos principios, y en especial el de interés superior del niño, obligarían al juez a permitir que los padres puedan acceder a esta modalidad de ejecución de la pena, esto no siempre ocurre en los hechos. Incluso en casos en los que se ha concedido el instituto, se ha destacado el carácter excepcional de la interpretación analógica.

En lo que se refiere al análisis de los datos brindados por las entrevistas, existe una opinión casi unánime en los operadores judiciales de que para otorgar la prisión domiciliaria, se exige una valoración del caso en concreto a los fines de determinar qué es lo que redundaría en un mayor beneficio para el niño en cuestión. Puede

73. Incluso podría ser bajo según los entrevistados número uno y cuatro. En particular, el entrevistado número cuatro sostuvo que no debería existir la restricción o el condicionante de los cinco años: “Un chico de siete, de ocho años también está en desamparo y necesita a su madre. Y, son chicos que en el 99% de los casos, además, tienen una situación precaria de vivienda, de educación, de alimentación”. Asimismo, observa el entrevistado número uno, tratándose del interés superior del niño y de la aplicación implícita de la Convención sobre los Derechos del Niño, este documento internacional incorporado como ley máxima en nuestro país prevé que una persona es niño hasta los 18 años de edad.

observarse, por tanto, que el principio del interés superior del niño resulta el criterio central a la hora de evaluar la procedencia o no del instituto.

En relación con el objetivo planteado en esta investigación, se pudo comprobar que los operadores judiciales conocen casos en los que es el hombre quien solicita la medida, y que si bien no son los supuestos más frecuentes, algunos de estos planteos han prosperado. En cambio, no se ha podido observar un consenso respecto de la posibilidad de conceder sin más, la prisión domiciliaria a hombres en igual situación. Mientras la minoría de los entrevistados sostuvo que en tales casos los requisitos serían los mismos que los exigidos para la madre, la mayoría manifestó que la situación debe ser juzgada de manera distinta –y de modo restringido– puesto que el rol que cumple el padre y el vínculo que se crea con su hijo no es el mismo que el que se genera con la madre. Otros, directamente negaron toda posibilidad de otorgar la medida a los hombres dado que la ley no los contempla expresamente. Todo ello conduce a concluir que si bien se reconoce el principio de interés superior del niño, al no estar incluido expresamente en la ley el supuesto del hombre, sucede que en la práctica muchos jueces serían reacios a interpretar de manera analógica. Así, se corre el riesgo de que el derecho del niño a mantener un vínculo pleno con sus progenitores no se vea garantizado. Con relación a una eventual situación de discriminación, las percepciones no son uniformes, ya que algunos consideran que el escenario es distinto respecto de la madre, y otros directamente afirman que se trata de una diferenciación sexista.

Por último, sí existió coincidencia acerca de la necesidad de acompañar la decisión legislativa mediante un mayor compromiso del Estado, como sujeto activo en la protección de los derechos individuales, y a fin de reducir la brecha existente entre el plano normativo y el de la realidad fáctica.

## V. CONCLUSIONES

A raíz del análisis efectuado, podría señalarse que existe una discriminación *de iure*, es decir, una discriminación en el contenido de las normas jurídicas originada por el mismo legislador. En un primer acercamiento se vislumbra en la ley una diferenciación en razón del sexo, que requiere por ello el más estricto escrutinio,<sup>74</sup> y que se presenta como un obstáculo en la consecución del fin último que es la protección de los derechos del niño. No sólo no existen motivos razonables para excluir sin más a los hombres de este régimen, sino que resulta un imperativo constitucional la aplicación analógica *in bonam partem* del inciso f para el supuesto del

74. *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas”, Serie C, N° 232, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

padre que cumpla idéntico rol de cuidador principal de sus hijos menores. Aquí se considera que esta limitación legislativa debe ser abordada por los jueces mediante la interpretación armónica con el resto del ordenamiento jurídico, que contemple una especial protección a los niños y a la familia, en caso de tratarse de un padre.<sup>75</sup> Frente a una posible argumentación que quisiese negar al juez la facultad de realizar una interpretación como la propuesta, debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que los derechos individuales deben ser hechos valer obligatoriamente por los jueces, sin importar que se encuentren incorporados a la legislación.<sup>76</sup> Por lo demás, es uniforme la doctrina en considerar, en virtud del principio *pro homine*, que se debe acudir a la norma más amplia, a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos.<sup>77</sup> Tomando dicho principio como una pauta de hermenéutica, la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos debe hacerse a la luz del principio de no discriminación y teniendo en cuenta su objeto y fin.<sup>78</sup>

Por otro lado, debería propiciarse una reforma legislativa. De ese modo, se ayudaría a evitar denegatorias arbitrarias por parte de jueces que no se encuentren dispuestos a realizar una interpretación extensiva de la ley penal. En este sentido, debería dejarse intacta la redacción actual, pero al mismo tiempo incorporarse una oración en la que expresamente se obligue al juez a otorgar el instituto de prisión domiciliaria al padre, en casos de ausencia de la madre o de encontrarse en mejores condiciones que esta última a los fines de la crianza del hijo. Finalmente, resultaría conveniente que la norma acentuara la necesidad de atender siempre al principio de interés superior del niño durante la etapa de ejecución de las penas.

También puede observarse una divergencia entre los imperativos que ofrecen las normas constitucionales y lo que sucede tanto en la práctica jurisprudencial, como en las percepciones que los operadores judiciales tienen respecto de la aplicación del sistema de prisión domiciliaria. Si bien el principio de interés superior del niño, así como el principio de no discriminación, encuentran sustento constitucional, esto no siempre se ve reflejado en las decisiones jurisprudenciales. Además, la falta de adecuación entre lo fáctico y lo normativo se ve acentuada por la ausencia de políticas públicas. Existe, por lo tanto, la necesidad de aplicar herramientas que sirvan para garantizar la vigencia y eficacia de la norma.

75. Cfr: SANSONE, V., *op. cit.*, p. 836.

76. Sólo a modo de ejemplo, véase el fallo “Kot” en: Fallos, 241: 291.

77. Cfr: PINTO, M., “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian. (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 163.

78. Cfr: PULCINI, J. R., “Detenidas embarazadas. Normativa y tratados de derechos humanos”, en *Mujeres privadas de libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad*, Defensoría General de la Nación/Unicef oficina Argentina, Buenos Aires, 2009, p. 36.



Por último, debe señalarse que en el análisis de la realidad fáctica se deberá tener en consideración cuáles son las consecuencias que determinada interpretación de las normas podría tener en los niños afectados. Así, por ejemplo, se deberá tener en cuenta si la ausencia de interacción significativa con su padre, en virtud del cumplimiento de la pena en un establecimiento carcelario, limita el desarrollo emocional del niño. En este punto resulta necesaria una humanización del derecho en el ámbito que nos ocupa. Y es que el ordenamiento jurídico no debe buscar el castigo del delincuente,<sup>79</sup> sino que debe orientarse a la protección de principios superiores, entre ellos, la obligación del Estado de permitir y favorecer siempre el interés superior del niño. Desde ya que se trata de una problemática compleja, cuyo abordaje excede al ámbito del derecho. Pero al menos los operadores judiciales, y también los juristas, deberían hacer lo posible por no agravar la situación de los menores en estos casos.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BAEZA CONCHA, Gloria, “El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en VERGARA BLANCO, Alejandro (dir.), *Revista Chilena de Derecho*, v. 28, n° 2, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2011, pp. 355-362.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en BELOFF, Mary *et al.* (ed.), *Justicia y Derechos del Niño*, n° 1, Santiago de Chile, UNICEF/Ministerio de Justicia, 1999, pp. 45-62.
- CUÉLLAR VÁZQUEZ, Angélica, “Estado del arte de la sociología jurídica en América Latina”, en DE LA GARZA TOLEDO, Enrique (coord.), *Tratado Latinoamericano de Sociología*, Barcelona, Anthropos, 2006, pp. 264-277.
- DELGADO, Sergio, “La modificación de la regulación de la detención domiciliaria”, en BERTOLINO, Pedro y D’ALESSIO, Andrés J. (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 5, Buenos Aires, Abeledo Perrot, mayo de 2009, pp. 804-822.

79. Más allá de las consideraciones dogmáticas, este principio ya se encuentra establecido en el art. 18 de la CN, cuando establece que: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para el castigo de los reos detenidos [...]”.

- DI CORLETO, Julieta y MONCLÚS MASÚ, Marta, “El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años”, en ANITUA, Ignacio y TEDESCO, Ignacio (comp.) *La Cultura Penal. Homenaje a Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 285-302.
- DÍAZ, Miguel R. (2012) “Weber desde la óptica de Norberto Bobbio: El concepto de validez empírica”, en PÉREZ VARGAS, Víctor (dir.), *Revista Judicial*, n° 106, San José de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, diciembre de 2012, pp. 93-99.
- FREEDMAN, Diego, “Prisión domiciliaria en la Argentina: algunas ideas para su adaptación a los estándares internacionales”, en BERTOLINO, Pedro y ZIFFER, Patricia (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 10, Buenos Aires, Abeledo Perrot, octubre de 2010, pp. 1919-1929.
- “Consecuencias del interés superior del niño en los derechos sociales de la infancia”, en BERTOLINO, Pedro y ZIFFER, Patricia (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, febrero de 2011, pp. 268-275.
- GRISSETTI, Ricardo, “Prisión Domiciliaria e Igualdad de Género”, en MÉNDEZ COSTA, María, J., VIDAL TAQUINI, Carlos H., CÓRDOBA, Marcos, M., MEDINA, Graciela y SOLARI, Néstor, E. (dir.), *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, n° 2, Buenos Aires, La Ley, marzo de 2011, pp. 54-64.
- GUILLAMONDEGUI, Luis, R., “Los principios rectores de la ejecución penal”, en BERTOLINO, Pedro y D’ALESSIO, Andrés J. (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 12, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005, pp. 1104-1118.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ-COLLADO, Carlos, BAPTISTA LUCIO, Pilar, *Metodología de la Investigación*, 4° ed., México D.F., McGraw-Hill, 2004.
- KUNZ, Ana, CARDINAUX, Nancy, *Investigar en Derecho. Guía para estudiantes y tesis*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2004.
- LÓPEZ, Axel, y MACHADO, Ricardo, *Análisis del Régimen de Ejecución Penal. Ley 24.660. Ejecución de la Pena privativa de la libertad. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Decretos reglamentarios*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido, 2004.
- LORA, Lora, “Niños y madres que permanecen en establecimientos carcelarios: Escenarios de conflicto”, en ORUNESU, Claudina y SLAVIN, Pablo (comp.), *Debates en Filosofía y Ciencia Política*. Mar del Plata, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, 2012, pp. 183-204.
- MACAGNO, Mauricio Ernesto, “El interés superior del niño en el proceso penal de adultos”, en *La Ley. Suplemento Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, La Ley, 10 de noviembre de 2009, pp. 1-2.

- PINTO, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian. (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 163-171.
- PULCINI, Juan R., “Detenidas embarazadas. Normativa y tratados de derechos humanos”, en *Mujeres privadas de libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad*, Defensoría General de la Nación/Unicef oficina Argentina, Buenos Aires, 2009, pp. 29-56.
- ROTTLEUTHNER, Hubert, “Sociología de las ocupaciones jurídicas”, en BERGALLI, Roberto (coord.), *El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1989, pp. 123-138.
- SANCINETTI, Marcelo, *Casos de Derecho Penal. Parte General*, 3° ed., t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- SANSONE, Viviana, “Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad”, en BERTOLINO, Pedro y ZIFFER, Patricia (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 6, Buenos Aires, Abeledo Perrot, mayo de 2010, pp. 831-837
- VIRI, Hernán, “Prisión Domiciliaria. Su naturaleza y las reformas introducidas por la ley 26.472”, en DONNA, Edgardo A. (dir.), *Revista de Derecho Penal*, año 2009, n° 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 369-394.
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2° ed., Buenos Aires, Ediar, 2002
- ZERMATTEN, Jean, “El interés superior del niño. Del Análisis Literal al Alcance Filosófico”, en *Institut International des Droits de L'enfant*, Informe de trabajo, 3-2003, consultado en [[http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3\\_es.pdf](http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf)] el 3/11/2013.



## ACTUALIDAD Y PROYECCIONES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO\*

JONATHAN MATÍAS BRODSKY\*\*

**Resumen:** La maternidad subrogada, y en general las técnicas de reproducción humana asistida, son hoy una realidad de la que el derecho interno e internacional no pueden desentenderse. El silencio en la materia de la normativa argentina es insostenible, mas el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación acierta en hacerse cargo de regular la gestación por sustitución, tanto a nivel interno como en la sección dedicada especialmente al derecho internacional privado.

Tras una sucinta evaluación de la (in)conveniencia de admitir legislativamente la sustitución, el presente trabajo se centrará en los requisitos de procedencia exigidos para dicha práctica en el Código proyectado (porque son de orden público internacional), así como en los criterios de atribución de jurisdicción y ley aplicable en la especie, y el reconocimiento de la filiación habiendo nacido el hijo, a través de la maternidad por otro, en un país extranjero (y cuya ley lo permite).

Finalmente, se abordará el juego del orden público internacional con el principio del interés superior del niño, y se examinará la aplicación analógica de las soluciones propuestas ante supuestos que se pudieran plantear en la actualidad, frente al actual vacío normativo.

**Palabras clave:** maternidad subrogada – gestación por sustitución – derecho internacional privado – Atribución de jurisdicción – ley aplicable – orden público internacional – filiación – reconocimiento de la filiación – interés superior del niño – código civil de la nación – proyecto de código civil y comercial de la nación.

**Summary:** Surrogate motherhood, as well as assisted reproductive technology, are today a fact which neither civil nor international law can longer ignore. The silence on the matter of the current Argentinean law is unacceptable. However, the Civil Code Reform Bill timely addresses surrogate motherhood, both in civil and international spheres.

\* El trabajo ha sido realizado en el marco de la asignatura “Protección internacional de la familia”, a cargo de la profesora Luciana B. Scotti en la Facultad de Derecho (UBA).

\*\* Estudiante de Abogacía (UBA), con orientación en Derecho Privado. Ayudante alumno de las asignaturas Obligaciones Civiles y Comerciales y Derecho Internacional Privado (UBA). Investigador estudiante y becario de investigación (UBA). Ex becario de intercambio (Wheelock College, EE.UU. y UAM, España). E-mail de contacto: jmbrotsky@derecho.uba.ar

After briefly considering the (in)convenience of the law allowing this kind of practice, this essay will deal with the legal requirements established in the Reform Bill for surrogate motherhood to be admitted – international public order requirements. Furthermore, competent jurisdiction and applicable law criteria on the matter will also be examined, as well as filiation recognition having been born through surrogate motherhood in a foreign country (where its law allows this practice).

Finally, the essay will address the interaction between international public order and the best interest of the child, and whether and how the Reform Bill could be applicable today – given the silence of the law currently in force.

**Keywords:** surrogate motherhood – international private law – competent jurisdiction – applicable law – public international order – filiation – filiation recognition – best interest of the child – argentinean civil code – argentinean civil code reform bill.

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho se ha ocupado desde antaño de la familia, por ser ésta la base de la sociedad, y por sus distintas e importantes funciones dentro de aquélla (biológica, formativa y protectora, asistencial, política, económica, entre otras).<sup>1</sup>

A su vez, en el ámbito de las relaciones familiares, el vínculo entre padres e hijos es uno de los más importantes –si no el más–, pues en él se da la función de perpetuación de la especie a través de la crianza y la formación de los hijos. Es por ello que la relación entre éstos y sus progenitores, la filiación, siempre ha sido un tema que el derecho de familia se encargó de regular.

Tradicionalmente, tanto en la Argentina como en el derecho comparado y aun en tiempos muy remotos, se han reconocido dos clases de vínculos filiatorios: el biológico y el adoptivo.<sup>2</sup> El primero constituye la filiación por antonomasia: sin perjuicio de sus aspectos sociológicos, resulta en esencia un hecho natural que deriva del instinto de reproducción de la especie humana, que conlleva a su continuación o perpetuación. La adopción, en cambio, es una institución netamente social (alguna doctrina ha dicho que implica un “vínculo fabricado”)<sup>3</sup> y, como tal, no existe en todos los ordenamientos jurídicos del mundo (o al menos no se la recepta de manera uniforme). Con todo, la mayoría de los Estados reconoce o bien la adopción –tal

1. Cfr: CORDOBA, M. M. (dir.), VANELLA, V. R. (coord.), *Derecho de familia. Parte general*, pp. 10-14.

2. Cfr: BORDA, G. A. *Tratado de derecho civil. Familia*, t. 2, p. 4; MAZZINGHI, J. A., *Tratado de derecho de familia*, t. 4, p. 2.

3. Cfr: D'ANTONIO, D. H., *Régimen legal de la adopción. Ley 24.779*, p. 20.

como la entendemos entre nosotros— o bien una institución similar,<sup>4</sup> y en todo caso, en el mundo occidental su recepción es prácticamente unánime y homogénea, y ya existía incluso en el derecho romano.

Dados estos tipos “clásicos” o “tradicionales” de filiación, las problemáticas que se daban en la materia remitían también a aquéllos. Así, por ejemplo, en el caso del vínculo biológico, se plantearon dilemas en relación a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales: (des)igualdad de derechos —incluyendo la vocación sucesoria—, emplazamiento del vínculo filiatorio y presunciones de paternidad, etcétera. La adopción suscita las cuestiones de su reconocimiento y en qué grado o medida, la subsistencia o no de vínculos con la familia de origen del adoptado (nuestro ordenamiento prevé la adopción simple y la adopción plena, respectivamente), entre otras.

Ahora bien, es sabido que en los últimos años el desarrollo de la tecnología, y lo que ésta permite realizar en los distintos ámbitos de la vida, ha sido extraordinario. Y entre lo que este exponencial crecimiento ha posibilitado conseguir, se encuentran las llamadas “técnicas de reproducción humana asistida”. Se denominan así, precisamente, porque intervienen terceras personas (un médico, una madre sustituta, una empresa) colaborando en el deseo de la pareja (o de la persona) de proyectarse en un hijo: la procreación sale del ámbito de lo íntimo, y el vínculo es “asistido” por otro.<sup>5</sup>

El objeto de este trabajo se enmarca dentro de las mentadas técnicas, pero se circunscribe exclusivamente al caso de la así denominada “maternidad subrogada”.<sup>6</sup> Esta figura se da cuando se conviene con una mujer en gestar un óvulo de ella misma, de quien encargó al niño o de una tercera persona, fecundado con gametos ya sea del cónyuge o conviviente del comitente o de un tercero, para luego entregar al hijo a quien se lo encargó.<sup>7</sup> Es decir que el acto reproductor genera el nacimiento

4. En el mundo islámico, por ejemplo, se recepta una figura similar a “nuestra” adopción llamada *kafala*. En términos generales (pues su regulación no es idéntica en todos los Estados coránicos), cabe destacar que no produce la ruptura del vínculo filiatorio entre el niño acogido y su familia biológica, de quien conserva el apellido y la vocación sucesoria, y que respecto de la familia “adoptiva” no se constituyen impedimentos matrimoniales.

5. KRASNOW, A. N., “La filiación y sus fuentes”, p. 1462.

6. Otros nombres con los que se frecuentemente se denomina la figura son “maternidad de sustitución” o “por otro”, “gestación por sustitución” o “por otro”, o “vientre subrogado”; mientras que a quien lleva a término el embarazo (con el compromiso de entregar el niño una vez nacido) se la conoce como “madre portadora”, “madre gestante”, “madre sustituta”, etc. (MEDINA, G. y ERADES, G., “Maternidad por otro. Alquiler de úteros”, p. 714). Rechazamos la denominación de “alquiler de vientre”, coloquialismo que daría cuenta de un convenio oneroso —que no siempre es tal—.

7. SAMBRIZZI, E. A. “El pretendido derecho a tener un hijo y la maternidad subrogada”, p. 2. El autor incluye en su definición el carácter “habitualmente oneroso” del convenio con la madre gestacional, quien recibiría un pago en dinero por “alquilar su vientre”. Nosotros excluimos esta característica por entender que no necesariamente se da en la mayoría de los casos, y aun si así fuera, tampoco sería una

de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de el o los comitentes.<sup>8</sup>

La filiación por esta vía plantea numerosos interrogantes a nivel psicológico, social y, en lo que nos interesa, jurídico: ¿debe el derecho admitir este tipo de prácticas? En tal caso, ¿cómo corresponde regularlas? Y cuando –como ocurre con frecuencia– se presentan elementos (relevantes) de extranjería en la relación jurídica, ¿qué soluciones de derecho internacional privado han de aplicarse?

## II. EL (SILENCIO DEL) DERECHO VIGENTE FRENTE A LA IMPORTANCIA DEL TEMA

El Código Civil argentino no prevé –ni lo hace ley especial alguna– la maternidad por sustitución: sólo se encuentran reconocidas la filiación biológica y la adoptiva (art. 240 Cód. Civ. en su actual redacción, reformado por Ley 23.264). Ello resulta obviamente entendible en la época del codificador (segunda mitad del Siglo XIX) y aun en la de reforma (año 1968),<sup>9</sup> mas no en la actualidad, donde el silencio en la materia resulta inadmisibile.<sup>10</sup>

Como expresa Famá, los avances biomédicos ligados a los cambios sociales y culturales de las últimas décadas han potenciado el acceso a estas técnicas, generando en el campo jurídico la necesidad de reformular los principios tradicionales; en consecuencia, es imperiosa la necesidad de que el discurso jurídico se ocupe de regularlas, pues el silencio legal conlleva a interpretaciones discordantes que provocarán resoluciones disímiles por parte de nuestros magistrados, sumergiendo a los justiciables en la inseguridad jurídica.<sup>11</sup>

Va de suyo que, al no receptarse la gestación por sustitución en el derecho de fondo interno, mal puede regularse en el ámbito del derecho internacional privado. Es así que el tema tampoco pudo haberse abordado en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado del año 2003.

---

nota determinante, que haga a la esencia del acuerdo. También adaptamos el concepto en cuanto el jurista habla del “marido [de la comitente] o un tercero”, cuando en verdad el encargo podría realizarlo tanto un hombre como una mujer, como una pareja de igual o diferente sexo, casada o no.

8. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, p. 136.

9. Nos referimos, desde luego, a la Ley 17.711 que significó la más importante reforma del Código Civil de la Nación.

10. Se ha sostenido incluso que la omisión legislativa es inconstitucional y ameritaría la interposición de acciones de amparo, conforme el art. 43 de la Carta Magna (MIZRAHI, M. L., “El niño y la reproducción humana asistida”, p. 1).

11. FAMÁ, M. V., “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, p. 1208.



Y nos referimos precisamente a esta disciplina porque es la que debe brindar respuestas en los cada vez más frecuentes casos de filiación por técnicas de reproducción asistida que presentan elementos extranjeros, dada la creciente internacionalidad y multiculturalidad de las familias.

Tan es así que la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya ha reconocido la existencia de cuestiones emergentes de los acuerdos de gestación por sustitución, y en su agenda está previsto su tratamiento.<sup>12</sup> Particularmente, la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional ha observado que “el número de acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional está aumentando rápidamente” y ha expresado su “preocupación sobre la incertidumbre que supone respecto a la situación jurídica de muchos niños que han nacido como resultado de estos acuerdos”, recomendando a su vez que “la Conferencia de La Haya desarrolle estudios sobre los temas legales, especialmente en materia de Derecho Internacional Privado, relacionados con la maternidad subrogada”.<sup>13</sup>

### III. LA (IN)CONVENIENCIA DE LA ADMISIÓN NORMATIVA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

El ataque al hecho de que el plexo normativo omita el tratamiento de la maternidad subrogada no implica en modo alguno que se propicie su admisión. En este sentido, el Proyecto de Código Civil de 1998 expresamente disponía que “la maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita” (art. 543, *in fine*) y, en efecto, rezaba la exposición de motivos que “esta norma obedece al propósito de desalentar los contratos de alquiler de vientres, prohibidos en todas las legislaciones que han abordado el problema”.<sup>14</sup>

12. Al respecto, resultan especialmente destacables el *Preliminary Document N° 10: “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”*, y el *Preliminary Document N° 11: “Private International Law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements”*.

13. Puntos 25 y 26 de las “Conclusiones y Recomendaciones” aprobadas por la Comisión Especial (17-25 de junio de 2010).

14. Escapa a los límites de este ensayo ahondar en un análisis exhaustivo del derecho comparado, pero esta afirmación sería hoy falsa: existe un número para nada despreciable de ordenamientos jurídicos que admiten expresamente la maternidad por otro, ya a título oneroso ya con fines altruistas o solidarios (Israel, India, Rusia, Nueva Zelanda, Ucrania, ciertos Estados de los Estados Unidos de América, Canadá, Brasil, Grecia, Holanda, Australia, Bélgica, entre otros).

En igual sentido, la mayoría de la doctrina argentina rechaza la institución bajo análisis. Los argumentos son plurales; vale seguir a Zannoni,<sup>15</sup> quien los expone con gran elocuencia: (a) desde la perspectiva de las madres sustitutas, se trata lisa y llanamente de la explotación de la mujer y su utilización como objeto de la prestación, existiendo todavía bastante incertidumbre respecto de las proyecciones psicológicas y emocionales que a mediano y largo plazo provocan estas prácticas en las mujeres que se someten a ellas; (b) desde la perspectiva del niño, dichos acuerdos vulneran su derecho a la identidad al despojarlo arbitrariamente de su primer entorno natural y propio, el medio ambiente uterino; (c) los contratos de maternidad subrogada provocan, al menos inicialmente, una situación de incertidumbre acerca de la determinación de la maternidad, ya que nos colocan ante la existencia de una madre biológica y una madre portadora o gestante; (d) la dicotomía entre una madre biológica y una gestante provocará, posiblemente, una dicotomía de intereses; y (e) en este tipo de contratos, el hijo sería objeto de la relación jurídica contractual establecida entre la madre portadora y los padres con intenciones de procrear. Al igual que la madre portadora, recibe el tratamiento de cosa. En efecto, el contrato vincula a la portadora con obligaciones de hacer (no interrumpir voluntariamente el embarazo y facilitar los exámenes ginecológicos y clínicos y realizar los tratamientos que se le indiquen para llevar el embarazo a buen término) y de dar (entregar al niño, una vez nacido, a los dueños del embrión). El hijo se convierte, entonces, en la cosa debida.

También se ha dicho que “en la maternidad subrogada el riesgo de deslizarse hacia la pendiente eugenésica se descubre sin dificultad, por cuanto se escogerían mujeres de las características deseadas para su inseminación y posterior gestación, con la finalidad de obtener representantes cabales de la raza humana: la tentación del hijo a la carta, con desprecio de la dignidad humana y del valor intrínseco de la vida humana”.<sup>16</sup>

La posición opuesta, es decir, aquella que no advierte inconvenientes y aun propugna la figura de la gestación por sustitución, cuenta con dos argumentos centrales.

El primero viene dado por una noción robusta de autonomía de la voluntad en tanto manifestación concreta de la libertad de las personas, que inspira la Constitución Nacional y el Código Civil de la Nación (y que está cristalizada en los arts. 19 y 1197 de los respectivos cuerpos normativos). En tanto las personas sean mayores de edad, capaces, y, en definitiva, tengan pleno conocimiento de sus actos (para el derecho civil: obren con discernimiento, intención y libertad), pueden hacer cuanto deseen en la medida en que no afecten a terceros.

El segundo argumento resulta lo que se ha dado en llamar “derecho al hijo”, entendido éste como una prerrogativa de todo ser humano a concretar la profunda

15. ZANNONI, E. A., *Derecho civil. Derecho de familia*, t. 2, p. 533 y ss.

16. SAMBRIZZI, Eduardo A., *op. y loc. cit.*

aspiración de ser padre o madre proyectándose en un hijo.<sup>17</sup> En esta línea, se ha argüido que “el interés de una pareja infértil en la continuidad genética, en gestar y dar a luz, y en la crianza de una criatura, es idéntico al interés de una pareja fértil [...] aun cuando uno de los miembros de la pareja infértil no está capacitado para realizar todas las funciones de la procreación”.<sup>18</sup> Debido a que las personas casadas fértiles tienen derecho a agregar niños a la familia, de igual manera deben tenerlo las personas casadas infértiles: no sería razonable establecer un perjuicio basado en la lotería natural de las dotes físicas. “Una interpretación que extienda el derecho a procrear, a la reproducción asistida (no coital) dará a las personas casadas infértiles el derecho legal (sujeto, naturalmente, a reglamentaciones) de hacer de la reproducción una empresa de colaboración. Este derecho incluirá la posibilidad de obtener arreglos con terceros para el suministro de esperma, huevos, servicios de gestación o cualquier combinación necesaria para procrear una criatura, para que la pareja la críe”.<sup>19</sup>

Más allá de estas consideraciones, entendemos que el estudio absolutamente detallado de la conveniencia o inconveniencia de la gestación por sustitución presenta muchísimas aristas (psicológica, bioética, social, filosófica) y enorme complejidad, y excede en consecuencia los límites de este trabajo. En todo caso, la breve exposición realizada nos parece necesaria para dar cuenta del estado actual de la cuestión en la doctrina nacional, y con la misma concisión fundaremos nuestra adscripción a la postura mayoritaria que resiste la maternidad por sustitución.

En verdad, la mayoría de los argumentos expuestos nos parecen contingentes: (a) la situación de incertidumbre inicial acerca de la maternidad puede ser efectivamente resuelta (también *ab initio*) por una legislación interna e internacional clara y completa; (b) la referida dicotomía de intereses no obsta a los convenios bajo análisis, pues la gran mayoría de los contratos son bilaterales y onerosos y no por ello están prohibidos o son inconvenientes para las partes ni para la sociedad; (c) la eugenesia, obviamente deleznable, puede ser eficazmente prevenida; (d) no resulta convincente la idea de un “derecho al hijo”, pues las personas no pueden ser objetos sino únicamente sujetos de derecho.<sup>20</sup>

17. *Idem*.

18. ARSON DE GLINBERG, G. H. y SILVA RUIZ, P. F., “La libertad de procreación”, p. 1199.

19. *Ibidem*, p. 2000.

20. Bustamante Alsina, con su estilo y agudez característicos, acuña el término de “ensañamiento procreativo” en referencia a la “búsqueda neurótica del nacimiento cueste lo que cueste”, y señala que “el derecho subjetivo implica una obligación de otro de satisfacer la pretensión del titular del derecho [...] El derecho o la facultad de hacer o de actuar en un sentido u otro por parte del titular de la pretensión para la realización o la obtención de uno u otro bien, no puede confundirse con la atribución directa del mismo. El derecho o la libertad de casarse no equivale a la atribución de un marido o una esposa. La libertad o el derecho de procrear no equivale al derecho a un hijo. Ello sería un derecho directo sobre las personas que los sistemas jurídicos contemporáneos no toleran” (BUSTAMANTE ALSINA, J. A., “Aspectos ético jurídicos de la procreación humana artificial”, pp. 1112-1113).

Donde sí acierta –a nuestro juicio– la corriente mayoritaria es precisamente en las dos primeras de las críticas relatadas: la afección a la madre sustituta y al niño “encargado” (particularmente a nivel psíquico-psicológico). Y justamente esta vulneración a derechos de terceros es el límite del argumento liberal: sin perjuicio del “orden y la moral pública” (nociones harto discutibles),<sup>21</sup> la autonomía cesa allí donde implica conculcar intereses ajenos.

Como explican Medina y Erades, en este tipo de acuerdos se tiene en cuenta el interés de los padres biológicos pero no se considera el interés del niño, y nadie puede asegurar que el ser separado de la madre gestante con quien lo ha unido un nexo biopsíquico durante nueve meses contribuya a aquél. Además, se lo privaría de una lactancia natural, y si bien los códigos genéticos son determinantes, también hacen a la futura personalidad del niño la salud física y psicológica de la madre sustituta durante el embarazo, cuyos posibles trastornos emocionales influirían en el niño en gestación.<sup>22</sup>

#### IV. LA CUESTIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 daría por tierra, de aprobarse en su actual redacción, con los postulados propuestos en los dos acápite anteriores.

Por un lado, porque pondría fin al silencio de la ley en la materia, no sólo a nivel interno sino también en el ámbito del derecho internacional privado. Por lo dicho, consideramos un gran acierto que la comisión reformadora se haya hecho cargo de regular en ambas esferas esta relevante realidad que es hoy la maternidad subrogada.

Por otra parte, pues definitivamente acogería la gestación por otro, acabando con la necesidad de acudir a procedimientos analógicos para dar solución a las

21. Resulta interesante la postura de corte liberal elocuentemente expuesta por Gil Domínguez, Famá y Herrera: “el art. 19 de la Constitución Nacional marca un único límite a considerar frente a la libre voluntad de las personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales: tal es la consumación de un daño directo a los derechos fundamentales de otra persona; descartando, en consecuencia, los límites que pudieran emerger de conceptos tan variables como el orden o la moral públicas, o las buenas costumbres [...] ‘Dañar a un tercero’ y ‘ofender la moral pública’ son sinónimos. En otras palabras, una acción daña a terceros si, y sólo si, ofende la moral pública. El hecho de que la gran mayoría de los individuos entienda que una determinada acción es inmoral no es suficiente ni necesario para que el Estado prohíba esa acción”. (GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia*. Ley 26.618, pp. 110-111).

22. MEDINA, G. y ERADES, G., *op. cit.*, p. 716.

cuestiones que suscita. También por los argumentos referidos, no compartimos la recepción de la figura por parte del derecho positivo.

Ahora bien, dada la resistida admisión de la institución, es indudable que aquélla puede estar normada con mayor o menor coherencia, con más o menos depurada técnica legislativa, con requisitos y características razonables o irrazonables, etc. En este sentido, veremos que a pesar de disentir de su conveniencia en general, el Proyecto regula la gestación por sustitución –en líneas generales– de manera plausible, tanto en el derecho interno como en los supuestos en que se presentan elementos que internacionalizan la relación jurídica.

#### **IV.A. La maternidad subrogada proyectada en el derecho interno**

El Proyecto se ocupa del tema bajo análisis en el Libro Segundo (“De las relaciones de familia”), Título V (“Filiación”), Capítulo 2 (“Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”), art. 562 (“Gestación por sustitución”).

Dispone dicho precepto que:

- El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.
- La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.
- El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.
- Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.
- Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Procedamos entonces a analizar por separado los distintos aspectos de la norma proyectada.

#### *IV.A.1. El Consentimiento informado*

En nuestro derecho, debe entenderse al consentimiento informado a la luz de la reciente Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, de fines de 2009, que en su art. 5 define al concepto como “la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados”<sup>23</sup>

El estándar del consentimiento informado nos parece suficiente e idóneo para la práctica en cuestión. En cuanto a la exigencia de que sea renovado en cada oportunidad y su carácter esencialmente revocable, entendemos que ambos extremos se justifican por la trascendencia que reviste el acto involucrado.

#### *IV.A.2. La constitución del vínculo filiatorio y la homologación judicial*

Es de toda lógica que se requiera, para establecer la filiación entre el niño “encargado” y los comitentes, la prueba del nacimiento y la identidad de aquéllos; sería impensable que el vínculo pueda constituirse sin estos requisitos. Tanto el

23. Es prácticamente idéntica la concepción del art. 59 del Proyecto: “El consentimiento informado para actos médicos es la declaración de voluntad expresada por el paciente emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario. Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”.

nacimiento del niño como la identidad de los comitentes deben probarse a través de las partidas correspondientes (art. 80, Cód. Civil y art. 96 del Proyecto).

Se justifica la exigencia de homologación judicial por el interés del legislador en que en una materia tan trascendente se verifiquen los requisitos exigidos para la gestación por sustitución. La misma razón funda la prohibición de los centros de salud de proceder a la transferencia embrionaria a la gestante sin la autorización judicial del caso, en cuyo defecto se desconoce la aplicación de la normativa específica (las reglas de la filiación por naturaleza determinarán la maternidad de la gestante, la paternidad presunta de su marido, etcétera).

#### *IV.A.3. Los requisitos de procedencia de la gestación por sustitución*

El Proyecto admite la maternidad subrogada, pero exige determinados requisitos para su procedencia que deben ser verificados por el juez con carácter previo a la transferencia embrionaria.

Va de suyo que el sentenciante no puede asirse de convicciones personales, ni pretender más exigencias que las estatuidas por la ley, para proceder (o no) a la homologación. La valoración debe ser estricta, pero en ningún caso puede forzarse la interpretación en un sentido favorable o contrario a la gestación por sustitución.

- a) *El interés superior del niño que pueda nacer.* La mención de este principio y en estos términos presenta una gran ventaja y un importante inconveniente.

Decimos lo primero porque, sin lugar a dudas, el interés superior del niño es la máxima directriz reguladora de las relaciones jurídicas que involucran a niños y adolescentes, y que implica la plena satisfacción de sus derechos, su protección integral y su desarrollo, de acuerdo a sus características propias. Su consideración como requisito es, entonces, ineludible.

Empero, la mención del concepto sin mayores precisiones deja un margen amplísimo a la interpretación (no arbitraria, pero sí discrecional) de los jueces a los que en cada caso toque intervenir. Y la idea de lo que, en concreto, coadyuve al interés superior del niño en el campo de la maternidad subrogada, puede variar diametralmente en la concepción de un juez a la de otro, lo que provocaría una considerable inseguridad jurídica.

- b) *la plena capacidad y la buena salud física y psíquica de la gestante.* Poco puede comentarse de esta exigencia: resulta claro que para tomar una decisión de la envergadura de convertirse en madre gestadora, la mujer debe ser plenamente consciente de sus actos, no bastando –en caso de que fuera incapaz– el consentimiento de su representante legal.

Se trata de un acto personalísimo para el cual la voluntad de la propia persona no puede ser suplida por otro.

El requisito de gozar de buena salud física y psíquica es también ilevantable. El procedimiento no debería poner en riesgo (o, al menos, uno mayor al que en principio conlleva la gestación) la salud de la madre sustituta. Por lo demás, si la práctica ya implica en sí misma un potencial peligro psicológico para quien se compromete a gestar un hijo que luego deberá entregar a otra(s) persona(s), es imprescindible que la integridad psíquica de la madre gestante sea óptima al momento de la transferencia embrionaria.

- c) *al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos*. Este requisito se compadece con la finalidad tenida en cuenta por el legislador para receptar la gestación por sustitución: debe ser la *ultima ratio* para procrear un hijo propio,<sup>24</sup> pero de ninguna manera puede “encargarse” un hijo concebido con gametos de otros donantes.
- d) *el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término*. Insistimos en que la gestación por sustitución se implementaría como último recurso frente a la imposibilidad de tener un hijo propio. Esta exigencia es consistente con dicha concepción del instituto.
- e) *la gestante no ha aportado sus gametos*. Esta exigencia es esencial, pues si cabe temer (como entendemos) que la gestación de un hijo para entregarlo –una vez nacido– a otra persona puede causar serios problemas en la psique de la mujer, ello será tanto más probable y/o intenso cuando, además, se trata de un hijo concebido con su propio material genético.
- f) *la gestante no ha recibido retribución*. Se trata de otro extremo relacionado con el carácter no comercial (por el que no cabe hablar de “alquiler de vientre”) sino solidarista con que está prevista la maternidad subrogada en el Proyecto. Cuando el convenio es oneroso,<sup>25</sup> el interés lucrativo (en vez del afectivo) suscita mayores reparos morales (se ha hablado del

24. Así surge expresamente de los fundamentos vertidos por la Comisión al presentar el proyecto al Poder Ejecutivo Nacional, y se infiere del inciso siguiente.

25. Y el “precio” promedio a nivel mundial es –nada menos– de diez a quince mil dólares estadounidenses (MATOZZO DE ROMUALDI, L. A. “¿Madre subrogada o esposa subrogada?”, p. 1452).



niño como “cosificado”<sup>26</sup> o como una “mercancía que se entrega a quien la solicita”).<sup>27</sup>

- g) *la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces*. Se trata de una disposición razonable, sea para prevenir la comercialización encubierta de la gestación por sustitución, sea para preservar a la madre sustituta de someterse a este proceso en un número excesivo de oportunidades.
- h) *la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio*. Compartimos también esta exigencia, pues nos parece que la mujer que ya ha tenido un hijo es menos propensa a sufrir psicológicamente el “desapego” al deber entregar el hijo para cuya gestación prestó su vientre.

Es notable que no se exija la unión en matrimonio de los comitentes, institución que consideramos valiosa pero no *sagrada*, y que en todo caso, no define *per se* la posibilidad de tener y criar un hijo propio.<sup>28</sup> Otro tanto debe aplaudirse la omisión de la heterosexualidad como requisito: el debate al respecto merecería una investigación aparte, pero adelantamos que nos parecería prejuicioso y discriminatorio.<sup>29</sup>

En suma, dentro de la discrepancia básica que –reiteramos– sostenemos respecto de la recepción normativa de la institución bajo estudio, la regulación que de ella hace el Proyecto es coherente y razonable.

#### **IV.B. La maternidad subrogada proyectada en el derecho internacional privado**

¿Qué ocurriría si se pretendiera el reconocimiento en nuestro país de un hijo procreado a través de la gestación por sustitución en un Estado cuya legislación lo permitiera? ¿Sería competente el juez argentino cuando los comitentes o el niño tengan su domicilio o residencia habitual en la Argentina? ¿O (también) el juez de ese otro Estado, si el niño hubiera nacido allí, o si no hubiera sido entregado por la gestante y permaneciera allí al momento de instarse la acción? El foro ante el que ésta se entable no es indiferente, pues será ese juez quien atienda a su norma de conflicto para decidir qué ley aplicar, quien deba resguardar los principios

26. PERRINO, J. O., “Filiación. Anteproyecto del Código Civil”, p. 2.

27. ANDORNO, R. L. *et al.*, *El derecho frente a la procreación artificial*, p. 63.

28. En contra: CALDERÓN VICO DE DELLA SAVIA, L. M., “La filiación en el derecho internacional privado argentino”, pp. 1137-1138.

29. En contra: MIZRAHI, M. L., *op. y loc. cit.*

fundamentales de su jurisdicción, etcétera. Y si el juez argentino debiera aplicar la ley de ese otro Estado, que por caso admitiera la filiación por esta vía: ¿sería procedente la limitación de esta aplicación extraterritorial de la norma extranjera en virtud del orden público internacional argentino? ¿Y cómo debería conjugarse ello con la protección del interés superior del niño, criterio rector y fundamental que tampoco puede soslayarse?

Estas preguntas son respondidas, claro está, por el derecho internacional privado, entendido como “aquel que comprende las relaciones jurídicas que tienen un elemento ostensible u oculto, extraño al derecho local, sin analizar previamente su naturaleza esencial, no importa que ella sea de carácter civil, comercial o penal; es suficiente que el interés comprometido sea de una persona privada y que a su respecto se plantee el problema de la ley que la reglamenta y de la jurisdicción competente”.<sup>30</sup> Ya hemos establecido que la maternidad subrogada supone, en un gran número de supuestos, relaciones jurídicas internacionales.

Aunque el derecho vigente guarda silencio al respecto, el Proyecto se encarga de regular expresamente la cuestión en el Libro Sexto (“De las disposiciones comunes a los derechos personales y reales”), Título IV (“Disposiciones de derecho internacional privado”), Capítulo 3 (“Parte especial”), Sección 5ª (“Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida”), compuesta por los arts. 2631 a 2634.

#### *IV.B.1. Jurisdicción competente*

Resulta difícil controvertir, actualmente, que la jurisdicción competente es uno de los grandes aspectos que hacen al objeto del derecho internacional privado.<sup>31</sup> No sólo porque –lógicamente– los jueces deben entender en los casos que les corresponden en razón de su competencia, sino también y como adelantamos anteriormente, en razón de que es el juez ante quien se insta la acción (y que si es competente deberá juzgar en el caso) el que busca en su ordenamiento jurídico la norma de conflicto aplicable a la relación jurídica en cuestión. También será la *lex fori* la que imponga las normas de procedimiento bajo las que tramitará dicha acción, y los principios del foro los que habrán de respetarse de acuerdo a la

30. BIOCCA, S. M., CÁRDENAS, S. L. y BASZ, V., *Lecciones de derecho internacional privado*, p. 20.

31. Las clásicas teorías europeas no establecían como los “tres objetos” del derecho internacional privado la ley aplicable, la jurisdicción competente y la cooperación jurisdiccional internacional (como lo hacen las modernas corrientes doctrinarias), sino la nacionalidad, el trato al extranjero, y el conflicto de leyes, agregando algunos autores un cuarto objeto que es el respeto a los derechos debidamente adquiridos. El objeto se agotaba pues en el derecho aplicable, quedando excluido el conflicto de jurisdicciones; esta visión resulta actualmente incompleta (cfr: BIOCCA, S. M., CÁRDENAS, S. L. y BASZ, V., *op. y loc. cit.*; BIOCCA, S. M. *Derecho internacional privado*, p. 29).

excepción de la aplicación extraterritorial del derecho extranjero que es el orden público internacional.

Así entonces, el art. 2.631 (“Jurisdicción”) dispone que:

Las acciones relativas a la determinación e impugnación de la filiación deben interponerse, a elección del actor, ante los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial o ante los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor.

En caso de reconocimiento son competentes los jueces del domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, los del domicilio del hijo o los del lugar de su nacimiento.

En primer lugar, tratándose de típicas relaciones jurídicas que deben discernirse por puntos de conexión personales, se advierte que —con coherencia— se seguiría el criterio domiciliario que ha informado el Código Civil, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, y también el Proyecto mismo.

El párrafo inicial del artículo no resulta del todo claro, toda vez que se unifican los criterios para la determinación y la impugnación de la filiación. En este sentido, “el domicilio de quien reclama el emplazamiento filial” puede ser un punto de conexión válido para la acción de determinación de la filiación, mas no así para la de impugnación (donde ya habría un vínculo emplazado y no hay un “reclamante” sino un “impugnante” del mismo). Otro tanto puede predicarse de la equiparación del “progenitor o pretendido progenitor”: no pueden darse ambas categorías alternativamente en dos supuestos bien diferentes cuales son la determinación y la impugnación del vínculo.

En suma, entendemos que sería más claro establecer como puntos de conexión (alternativos),<sup>32</sup> tanto para la reclamación de la filiación como para su impugnación: el domicilio<sup>33</sup> del demandado, el del actor, y también la residencia habitual del menor (que siendo el centro de la relación jurídica no se ha contemplado en este punto).<sup>34</sup>

De todas formas, el supuesto que más nos interesa de acuerdo al objeto del presente trabajo es el del reconocimiento, y en este punto sí creemos que acierta el

32. A diferencia de lo que ocurre con la ley aplicable (que debería ser una sola en virtud de la seguridad jurídica, para impedir el *forum shopping* por parte del actor, etcétera), ningún problema hay en la apertura de foros plurales. Por el contrario, se trata de una vía generalmente idónea para asegurar el acceso a la jurisdicción, derecho humano ampliamente reconocido en diversos pactos internacionales.

33. Sería mejor considerar (en términos generales, pero máxime tratándose de menores) la *residencia habitual* antes que el domicilio, para prescindir del elemento subjetivo de voluntad de permanencia y atender únicamente al aspecto objetivo de aquélla.

34. En este sentido, en materia de filiación internacional, asistimos a una tendencia general encaminada a sustituir la ley personal del padre por la ley personal del hijo (FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L., *Derecho internacional privado. Parte especial*, p. 165).

Proyecto. Nuevamente ofrece puntos de conexión alternativos, pero ahora enunciándolos con claridad y centrándose en el hijo: además del domicilio de quien pretende el reconocimiento, se prevé el domicilio del hijo y el lugar de su nacimiento. Se trata de una plausible apertura de foros razonablemente vinculados a la relación jurídica en juego.

#### *IV.B.2. Ley aplicable*

Como expresamos anteriormente en nota al pie, y en virtud del fundamento allí manifestado, la ley aplicable debe ser en principio única. Y, agregamos ahora, cuando el legislador prevé la aplicación de dos (o –con menor frecuencia– más) normas posibles, no suele dejar la elección librada a las partes sino al juez, indicándole además una pauta, guía o criterio de selección.

En esta línea se enrola el art. 2.632 del Proyecto (“Derecho aplicable”):

El establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo.

El derecho aplicable en razón de esta norma determina la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones, el plazo para interponer la demanda, así como los requisitos y efectos de la posesión de estado.

Como se advierte, se ha incurrido nuevamente en lo que consideramos una imperfección, cual es la de regular conjuntamente el establecimiento y la impugnación de la filiación. Por lo demás, a los puntos de conexión personales se incorpora como ley aplicable la del lugar de celebración del matrimonio (que es relativo a los actos); no nos parece problemático, pues de no existir unión matrimonial subsisten dos puntos de conexión plenamente aplicables (no subsidiarios) y en todo caso la incorporación de aquél no es discriminatoria sino una herramienta más para favorecer el interés del niño. Y es que en todos los casos (y este es el mayor acierto del artículo) el criterio que debe seguir el juez para decidir la ley a aplicar –dentro de las opciones ofrecidas por la norma de conflicto– es justamente el interés superior de los menores involucrados.

El art. 2.631 trata en un párrafo aparte la jurisdicción competente en materia de reconocimiento. En materia de ley aplicable, el Proyecto le dedica un precepto propio: según el art. 2.633 (“Acto de reconocimiento de hijo”):

Las condiciones del reconocimiento se rigen por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al tiempo del acto o por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto.

La capacidad del autor del reconocimiento se rige por el derecho de su domicilio.

La forma del reconocimiento se rige por el derecho del lugar del acto o por el derecho que lo rige en cuanto al fondo.

La solución nos parece buena en tanto distribuye las conexiones tomando, en cada caso, criterios adecuados. Y nada puede objetarse en la regulación de la capacidad de quien pretende el reconocimiento: hace regir el típico punto de conexión personal que es el domicilio de la persona física.

Sin embargo, ya se advierte algún defecto de técnica legislativa al preverse sin más precisiones, para la forma del reconocimiento, el lugar del acto y el derecho que rige el fondo de la relación jurídica en cuanto al fondo. El clásico criterio en materia de forma es el conocido como "*locus regit actum*" y no así la coincidencia con el derecho que decide la sustancia de la cuestión, que pudo no haber sido tenido en mira por los sujetos involucrados. Y si precisamente se prevé este punto de conexión como alternativo al tradicional, *ello debe ser en virtud del interés superior del niño* (que generalmente vendrá dado por la validez del reconocimiento). Ésta es la pauta que debe decidir la elección entre las opciones ofrecidas por la ley, pero que se omite mencionar. Creemos que esta interpretación, de todas maneras, *debe* inferirse de los principios que rigen la temática, sin perjuicio de que la norma proyectada debería decirlo expresamente.

Lo mismo corre para las condiciones del reconocimiento: todos los puntos de conexión (alternativos) son razonables y se vinculan estrechamente con la relación jurídica filiatoria que se pretende entablar. Pero la opción no puede realizarse sino desde la perspectiva del interés superior del niño, directriz necesaria que debería enunciarse.

#### *IV.B.3. El orden público internacional y el interés superior del niño en el reconocimiento de filiaciones constituidas en el extranjero*

El art. 2.634 ("Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero") que culmina la sección del Proyecto que venimos analizando, y especialmente su segundo párrafo, resulta de gran interés para nuestro objeto de estudio:

Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquéllos que imponen considerar prioritariamente el interés superior de los niños.

Los principios que reglan el uso de técnicas de reproducción humana asistida son de orden público y deben ser verificados por la autoridad competente en caso de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado y/o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.

El primer punto a tener en cuenta es la mención por el reformador del concepto de “orden público”. Incluido así, a secas, ¿se refiere al orden público *interno* o al orden público *internacional*?

Recordemos que el orden público interno está integrado por normas imperativas del derecho local que resultan indisponibles para las partes, es decir, obstan a su autonomía de la voluntad. En cambio, el orden público internacional está conformado por normas o principios fundamentales del derecho del foro,<sup>35</sup> que como no pueden soslayarse por la aplicación de la ley extranjera cuando a ella conduzca la norma indirecta *fori*, impiden en el caso su aplicación. Como explica Weinberg, “si dejamos de aplicar la norma extranjera que sería aplicable al fondo del asunto según nuestra propia norma de conflicto, hablamos de orden público internacional. Si una materia no puede ser reglada por las partes dentro de nuestro ordenamiento, porque se trata de derecho coactivo, nos referimos al orden público interno”.<sup>36</sup>

¿A qué orden público alude el art. 2.634 del Proyecto? Evidentemente, si el precepto se ubica en las disposiciones de derecho internacional privado y se ocupa del reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero, debemos entender que se contempla el orden público internacional.<sup>37</sup>

En consecuencia, en caso de filiaciones constituidas en el extranjero, y en particular cuando el niño hubiera nacido a través de procedimientos que involucren técnicas de reproducción asistida (art. 2.634, párr. 2º), las disposiciones del Proyecto sobre el punto son –por expresa consagración legal– normas fundamentales del derecho argentino. *De allí la importancia de haberlos desarrollado en el*

35. En derecho internacional privado, la regla es la aplicación del derecho extranjero declarado aplicable por nuestra norma de conflicto, pero el orden público internacional –excepcionalmente– impone dejarlo de lado cuando se vulneran principios inalienables que hacen a la esencia de la comunidad ya sea que se encuentren plasmados en disposiciones legales o consuetudinarias (WEINBERG, I. M., *Derecho internacional privado*, p. 132).

36. WEINBERG, I. M., *op. cit.*, p. 131.

37. Nada obsta a que una misma norma sea a la vez de orden público interno e internacional, si impide simultáneamente que las partes la dejen de lado por su propia voluntad, y la aplicación de una ley extranjera que la contraríe. Más aun, “el contenido del orden público internacional no puede variar demasiado con aquellas cuestiones que afectan el orden público interno. No es tanto por su contenido como por sus efectos que podemos efectuar esta distinción [...]” (RODRÍGUEZ, M. S., “Según pasan los años...”, p. 116).

*acápite V.I.A. de este trabajo*: en el supuesto que analizamos, su carácter de orden público internacional obstarán al reconocimiento cuando la gestación por sustitución se hubiera efectuado contrariándolos (v. gr. a cambio de una suma de dinero).

Ahora bien, el precepto también trae a colación –con toda lógica– el interés superior del niño como principio fundamental a resguardar. ¿Cómo debe articularse entonces este principio con el orden público internacional conformado por los requisitos de la maternidad subrogada establecidos por el mismo Proyecto? Y es que bien puede darse que ambos principios se opongan: por ejemplo, la madre gestante no ha tenido hijos previamente (como lo exige el art. 562, inc. h. proyectado), pero ya entregó el niño a quien lo “encargó” y la validez del reconocimiento es lo que sirve mejor a los intereses del niño. ¿Cómo debe resolver el juez en este caso?

Sin lugar a dudas, creemos que el interés superior del niño debe primar; se trata de un principio insoslayable, incluso frente a los otros principios fundamentales del foro que integran el orden público internacional en general.<sup>38</sup> Ello no sólo se colige de la redacción del art. 2.634 (que reza “en todo caso”) sino que resulta, además, la interpretación más justa y razonable.

Para concluir este acápite, resaltaremos que el interés superior del niño también comprende su derecho a la identidad.<sup>39</sup> Es decir –y cabe hacerlo cuando está en boga el derecho “a la verdad biológica”–<sup>40</sup> que en todo caso el niño tendrá la prerrogativa de conocer a sus padres biológicos (y es que uno de los gametos podría corresponder a un donante –persona diferente a los comitentes–).<sup>41</sup>

## V. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO VIGENTE

Finalmente, nos referiremos a la maternidad subrogada en el derecho vigente. Como dijimos, la institución es desconocida por la ley actual, pero ello no obsta a que en la práctica puedan “encargarse” *de facto* gestaciones por sustitución, o pretendan reconocerse hijos nacidos a través de la maternidad por otro (en nuestro país

38. Y es que el interés superior del niño *es también* parte del orden público internacional argentino, aunque a veces pueda colisionar con *otros* principios que lo conforman.

39. BELOFF, M. A. *et al.*, *Convención sobre los Derechos del Niño comentada, anotada y concordada*, p. 38.

40. *Cfr.* MIZRAHI, M. L., “Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica”, pp. 1204-1206.

41. En el mismo sentido, GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *op. cit.*, pp. 307-308; y especialmente en materia de conflicto de normas, establece BOGGIANO que “Si la ley personal de la madre le permite mantener el anonimato sobre su maternidad y la ley personal del niño le permite establecer su filiación materna, prevalecería ésta” (BOGGIANO, A., *Derecho internacional privado en la estructura jurídica del mundo*, p. 343).

o en el extranjero). Y siempre que se susciten controversias al respecto y se planteen judicialmente, “los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” (art. 15, Cód. Civil), por lo que necesariamente deberán resolver acudiendo a leyes análogas (entendemos que el Proyecto podría servir de fuente en este caso) o a los principios generales del derecho.

En primer lugar, en cuanto al derecho y el orden público interno, es claro que está prohibido convenir con una mujer la gestación de un hijo para que lo entregue una vez nacido, sean cuales fueren las condiciones. El contrato sería nulo en razón de su objeto (éste no puede constituirlo una persona), y como tal no tendría efectos: la maternidad sigue al parto (conf. art. 242, Cód. Civil), la voluntad procreacional no es fuente de la filiación (conf. art. 240 del mismo cuerpo legal), no se puede ordenar la entrega del niño a los comitentes; y de haberse realizado un acuerdo oneroso, ni la gestante puede exigir el pago –por la ilicitud de la prestación–, ni inversamente, los comitentes repetir lo abonado.<sup>42</sup>

En igual sentido, el desconocimiento de la institución de la gestación por otro es parte también del orden público internacional vigente, y como tal debería excluir –en principio– cualquier eventual aplicación de normativa extranjera que la admita.

No obstante, nos parece importante centrar nuestra atención en dos importantes cuestiones que plantean el Proyecto y el principio del interés superior del niño.

Primero, más allá del acierto en regular la maternidad subrogada, el desacierto en admitirla, y las pautas en general razonables sobre los requisitos necesarios y las soluciones de derecho internacional privado, nos parecen sumamente plausibles *para ser considerados en la actualidad* los criterios de atribución de jurisdicción y determinación de ley aplicable que brinda el Proyecto *para la filiación internacional en general*. Las fuentes internas y convencionales argentinas guardan silencio no sólo ante la gestación por sustitución sino también sobre la filiación internacional en sí, y bien podría aplicarse lo propuesto en el Proyecto sin perjuicio del supuesto particular que representa la maternidad subrogada.

Segundo: el interés superior del niño, reiteramos, es un principio que además de integrar el orden público interno e internacional, debe respetarse *siempre*. En tal sentido, deberá admitirse el reconocimiento del niño nacido por técnicas de reproducción asistida, sea a nivel interno (aunque desplace al orden público interno) o cuando la relación jurídica sea internacional y corresponda aplicar derecho extranjero (aun frente al orden público internacional –que en este caso se debería atenuar–) *si ello redunde en el interés superior del menor*.

Podrá decirse que por la indole de los derechos en juego, y las profundas convicciones morales que se pueden tener sobre el tema, es posible que diferentes

42. Cfr: WAIGMAISTER, A. M. y LEVY, L. M., “La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica”, p. 452.



jueces den soluciones diametralmente opuestas aduciendo salvaguardar a través de ellas el interés superior del niño. Y es cierto. Pero en todo caso, no es poco exigirles que deban justificar sus decisiones e interpretaciones, en todos los casos, con aquella directriz rectora como norte.

## VI. CONCLUSIONES

Ante todo, el silencio del derecho frente a un tema de tanta importancia (por los derechos que involucra) y que ya es una realidad como la maternidad subrogada, es inadmisibles en virtud de la gran inseguridad jurídica que genera. En este sentido, que el Proyecto de Código Civil y Comercial se haga cargo de regularlo de manera completa y precisa, y no sólo a nivel interno sino también en el campo del derecho internacional privado, representa un verdadero acierto.

Sin perjuicio de ello, en razón de la afectación de derechos de terceros (el niño “encargado”) y el de la gestante misma, la institución de la gestación por sustitución debería ser rechazada expresamente por la ley, tal como lo hacía el Proyecto de Código Civil de 1998.

A pesar de la discrepancia que nos suscita su recepción, reconocemos que la regulación que hace de la maternidad por otro el Proyecto es en líneas generales coherente y razonable; tanto en los requisitos que exige para su procedencia, como para los criterios de jurisdicción competente, ley aplicable y reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero en el ámbito del derecho internacional privado.

Tan es así, que consideramos que tales normas de conflicto podrían aplicarse por analogía en la actualidad, no ya en una institución particular como la abordada (pero que igualmente el juez tendría el deber de resolver) sino para la filiación internacional en general.

Finalmente, obsta al orden público internacional –e interno– vigente la tutela legal de acuerdos de gestación por sustitución, o el reconocimiento de un hijo nacido a través de aquélla; de la misma forma, contrariaría el orden público internacional –e interno– emergente del Proyecto cualquiera de aquellas prácticas efectuadas al margen de las condiciones establecidas por el mismo cuerpo proyectado.

Sin embargo, el interés superior del niño (principio también integrante de aquel orden público internacional –e interno–) debe prevalecer y atenuarlo en sus efectos, cuando corresponda según el caso, asegurando siempre de tal forma la solución más favorable para el menor involucrado.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ANDORNO, Roberto L. *et al.*, *El derecho frente a la procreación artificial*, Buenos Aires, Abaco, 1997.
- ARSON DE GLINBERG, Gloria H. y SILVA RUIZ, Pedro F., “La libertad de procreación”, en *La Ley*, 1991-B, pp. 1198-1206.
- BELOFF, Mary A. *et al.*, *Convención sobre los Derechos del Niño comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- BIOCCA, Stella M., *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Lajouane, 2004.
- BIOCCA, Stella M., CÁRDENAS, Sara L. y BASZ, Victoria, *Lecciones de derecho internacional privado*, Universidad, Buenos Aires, 1997.
- BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado en la estructura jurídica del mundo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil. Familia*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge A., “Aspectos ético jurídicos de la procreación humana artificial”, en *La Ley*, 1997-D, pp. 1212-1218.
- CALDERÓN VICO DE DELLA SAVIA, Lilia M., “La filiación en el derecho internacional privado argentino”, en *La Ley*, 1990-C, pp. 1122-1138.
- CÓRDOBA, Marcos M. (dir.) - VANELLA, Vilma R. (coord.), *Derecho de Familia. Parte general*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- D’ANTONIO, Daniel H., *Régimen legal de la adopción. Ley 24.779*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1997.
- FAMÁ, María V., “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, en *La Ley*, 2011-C, pp. 1204-1218.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Derecho internacional privado. Parte especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMÁ, María V. y HERRERA, Marisa, *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia. Ley 26.618*, Buenos Aires, Ediar, 2010.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994.
- KRASNOW, Adriana N., “La filiación y sus fuentes”, en *La Ley*, 2005-A, pp. 1458-1464.
- MATOZZO DE ROMUALDI, Liliana A., “¿Madre subrogada o esposa subrogada?”, en *El Derecho*, 181, pp. 1451-1459.
- MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de derecho de familia*, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- MEDINA, Graciela y ERADES, Graciela, “Maternidad por otro. Alquiler de úteros”, *Jurisprudencia Argentina*, 1990, II, 714-717.
- MIZRAHI, Mauricio L., “Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica”, en *La Ley*, 2002-B, pp. 1198-1209.
- “El niño y la reproducción humana asistida”, en *Diario La Ley* publicado el 30 de agosto de 2010, pp. 1-2.

- PERRINO, Jorge O., “Filiación. Anteproyecto del Código Civil”, en *Diario La Ley* publicado el 29 de diciembre de 2011, pp. 1-2.
- RODRÍGUEZ, Mónica S., “Según pasan los años...”, en FELDSTEIN, Sara L., *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho internacional privado y de la integración*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 111-128.
- SAMBRIZZI, Eduardo A., “El pretendido derecho a tener un hijo a la maternidad subrogada”, en *Diario La Ley*, edición del 3 de agosto de 2010, pp. 1-2.
- WAIGMAISTER, Adriana M. y LEVY, Lea M., “La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1995-I, pp. 451-453.
- WEINBERG, Inés M. *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, 1998.



# **COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO**



## COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO DE *ANTI-HOBBS*. O SOBRE LOS LÍMITES DEL PODER SUPREMO Y EL DERECHO DE COACCIÓN DEL CIUDADANO CONTRA EL SOBERANO\*

GUIDO LEONARDO CROXATTO\*\*

Paul Johann Anselm von Feuerbach, criminalista y filósofo alemán, fue, según nos cuenta Eugenio Raúl Zaffaroni en la introducción de este libro (traducido por primera vez al castellano por Leonardo G. Brond en una colección de “criminalistas perennes” dirigida por Zaffaroni y Francisco Muñoz Conde) un pensador de formidable influencia e interés en la tradición liberal argentina, ya que a él le debemos el código de Baviera de 1813,<sup>1</sup> que Carlos Tejedor tomó audazmente –y a contrapelo de las tendencias cesaristas, herederas del *Code* de Napoleón, dominantes o imperantes de ese tiempo– como modelo para nuestro país. Empieza en ese entonces, para nosotros, en materia penal, el liberalismo.

Anselm von Feuerbach fue, según nos cuenta Zaffaroni, un pensador influyente que a los veinticinco años ya había revolucionado todos los conceptos del derecho penal de su tiempo y también había incursionado en el derecho procesal penal, en la psicología criminal (teorías relativas de la pena), en la teoría del Estado y en la filosofía del derecho (inmensa formación que influyó, sin dudas, a su hijo, que fue, también, filósofo). A él le debemos, indirectamente, los argentinos, como decíamos, un sinnúmero de aportes, a través de la influencia que ejerció el código de Baviera en nuestro país y en nuestra tradición codificadora (tradición que, según advierte lúcidamente Zaffaroni en la introducción del trabajo, producto de la recopilación irresponsable y superpuesta de leyes, está desapareciendo).

\* FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Anti-Hobbes. O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2010.

\*\* Abogado (UBA), Ayudante de segunda en Teoría General del Derecho y Teoría del Estado (Facultad de Derecho - UBA), Doctorando en Derecho (UBA) y Asesor de la Secretaría de Derechos Humanos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación).

1. Según Zaffaroni, el primer código penal verdaderamente moderno.

No obstante su importancia, su pensamiento ha sido escasamente estudiado en el país, permanece en su práctica totalidad casi desconocido —y no traducido— para el derecho penal argentino y sobretodo, para la filosofía del derecho (en parte porque la filosofía del derecho argentina parece ensombrecida y poco productiva o muy limitada en comparación con la filosofía del derecho francesa o alemana, filosofías que no padecieron, como padeció la nuestra, la influencia del pragmatismo).

Este libro, *Anti-Hobbes*, se abre con una pregunta capital (sobretodo en los debates en torno de Hobbes y de Locke de aquellos años, que se reproducían, con la intervención de Carl Schmitt, en Alemania). ¿Es posible ejercer coacción contra el soberano? La respuesta de Feuerbach a esa pregunta se inscribe en la base misma del liberalismo político que detenta y explica, en última instancia, el título de su trabajo. La respuesta, en opinión del autor, es un sí rotundo. Sí se puede ejercer coacción contra el soberano, cuando este desmerece el objeto civil fundamental para el cual fue constituido y viola los derechos naturales de las personas (previos al estado) que este debía resguardar. Hay una sociedad previa al Estado. Nace entonces el derecho de resistencia. El soberano —en muchos casos— deja de ser una persona pública, un regente, para ser una persona privada, que usurpa el poder (estas primeras distinciones del liberalismo, fueron llevadas también a cabo por Jovellanos y Talamantes, no debe olvidarse que España fue la cuna del liberalismo).

Esta visión (de que en ciertos momentos el poder del soberano sí debía ser resistido, cuando no contenido, o limitado en sus excesos) fue moldeando el pensamiento de este autor, y finalmente llevó a Feuerbach a otra de sus grandes obsesiones —si no hubiera habido posibilidad de resistir al soberano, como él creía, no hubiera tenido tanto sentido esta obsesión jurídica— la certeza penal. La certeza legal de las penas. Es decir: se abre paso el principio de legalidad. Este principio, esta certeza legal, configura un primer límite para el poder del soberano. Para el concepto mismo de su soberanía. La publicidad era solo uno de los límites que pensó Feuerbach contra las arrogaciones de un poder arbitrario. Sin la certeza legal, y el límite al soberano, y la obediencia condicionada al logro de los objetivos civiles esenciales “el súbdito debe acercarse humildemente al trono del soberano y reclamar no justicia, sino *gracia*” (p. 64). De allí la importancia del liberalismo político de Feuerbach, que dio forma e impulso definitivo a la premisa *nullum, crimen, nulla poena sine lege*. Este principio le sirve a Feuerbach para cuestionar el despotismo y un poder supremo —del tipo de Hobbes— no limitado por ninguna vía. Aparece, finalmente, una vía. La vía legal. La certeza penal.

Para el absolutismo monárquico “el regente es todo, y el ciudadano no es nada, aquel tiene poder ilimitado para mandar, este tiene el único mérito de obedecer ciegamente”. Esto es lo que combate Feuerbach: el poder ilimitado y ciego. Ese poder es incompatible, según piensa Feuerbach, con la libertad, y en última instancia, con el derecho (Feuerbach llega a hablar de “*derecho humano*”, aunque con un sentido evidentemente distinto del que nosotros usamos ahora).



Tan importante como la respuesta (es posible ejercer coacción contra el soberano) es el por qué de esa coacción, cuáles son o serían los motivos capitales que pueden desembocar en la misma (es notable, si se compara con la tensión latente entre estado de derecho y estado de policía, punto neurálgico de los trabajos de Zaffaroni, de cómo el derecho contiene o es llamado a contener las pulsiones continuas del poder de policía por mancillar o barrer el derecho, las similitudes del pensamiento de Zaffaroni con el liberalismo político de Feuerbach, con el cual comparte, incluso, si se quiere, algunas de sus contradicciones: reglamentar el poder –penal– es una forma, en última instancia de avalarlo; y cómo de esta primera idea de Feuerbach, de que sí es posible resistir el poder, e incluso coaccionar al soberano, se va desprendido toda una nueva visión del derecho: el derecho penal liberal, que busca “certezas” o seguridades frente al Estado, y no tanto, por el Estado o en el Estado mismo. La noción que aquí empieza a ser fundamental es la noción de individuo). Pues bien, la ineficacia o inoportunidad (o el descontento) de los medios seleccionados para lograr el objetivo del Estado (que es la preservación de los derechos naturales de los individuos, que son previos, como dijimos, al contrato social) no es una de ellas. Solo la transgresión de esos derechos habilita la coacción contra el soberano.

Esto nos lleva al segundo tema esencial de su libro, que es la obediencia. El deber de obediencia, ¿debe ser incondicional, como pretendían muchos autores, entre ellos Hobbes, pero también Kant? Feuerbach entiende y demuestra que un deber incondicional sería, en última instancia, del todo contradictorio consigo mismo (“para el pacto de sometimiento incondicional no podremos hallar absolutamente ningún fundamento en la teoría general del Estado. Únicamente los esclavos pueden hacer una promesa semejante”<sup>2</sup>; un soberano podría decidir, por ejemplo, disolver la sociedad civil y nosotros no estaríamos obligados, salvo al precio de caer en una contradicción grosera, a obedecerle en ese objetivo). Aquí vemos que lo que Feuerbach pone en juego no es sólo una filosofía, o una teoría general del Estado, como él mismo dice, sino, sobretodo, una antropología filosófica basada en la libertad del hombre. Esto hace de Feuerbach un autor sumamente moderno y actual. “Un poder semejante (al que piensa Hobbes) da por resultado un ladrón privilegiado o un verdugo, pero no un soberano”<sup>3</sup>, dice Feuerbach.

No en vano Feuerbach dialoga, en las notas, con otro filósofo relevante para los asuntos del gobierno y de la obediencia civil: David Hume. Y llega a la conclusión de que en determinados casos –justamente porque el pacto de sometimiento está limitado– el súbdito está autorizado (diríamos, más bien, obligado, en ciertos casos) a no obedecer. A resistir. El soberano se convierte, extendiendo sus límites,

2. FEUERBACH, P., *op. cit.*, p. 123.

3. *Ídem*, p. 107.

en agresor del derecho. Y no en defensor del mismo (y “quien cree que los ofendidos están obligados a aceptar sus pretensiones, entonces será un necio”).<sup>4</sup> Lo que está en el fondo, en todos esos casos, es la libertad, y diríamos, con Hume, la simpatía. Lo que el hombre preserva, en el fondo, es su dignidad. Vale la pena recordar, en tal sentido, que Feuerbach fue uno de los principales impulsores de la abolición de la esclavitud.

Feuerbach distingue, comentando una cita de Hagemeister (que se opone, como él, al deber incondicional) una imposibilidad moral de una imposibilidad jurídica en el pacto de sujeción “infinito”. La imposibilidad moral se refiere a la imposibilidad de utilizar a los súbditos como meros medios discrecionales, es decir, la idea de dignidad humana, tratar al hombre como si fuera una cosa; la imposibilidad jurídica, por el contrario, en la nota de la página 131, se refiere a la contradicción del derecho con la libertad –y no con la moral– bajo un soberano que parte de una naturaleza que sería, para Feuerbach, equivocada: que el sujeto no es libre antes de que surja el Estado. Para Feuerbach, como vimos, sí lo es. Y esto es lo que fundamenta, en última instancia, su filosofía. No son sólo los fines superiores del Estado los que prohíben la sumisión “infinita” del súbdito, sino como vimos, la libertad del hombre, que en ese caso sería cedida contradictoriamente, y a un precio muy alto. La de borrar la naturaleza misma del hombre en pos del “poder” arbitrario y sin límites, no limitado por ninguna vía. Pero este poder sería contradictorio consigo mismo. Y además este poder lleva a la –y proviene de la– esclavitud, que Feuerbach, por supuesto, no tolera (y por eso discute con Aristóteles sobre la noción de esclavos natos, como seres sin entendimiento, y “pasivos”).

Feuerbach le opone, a lo que él denomina –en el capítulo V, que es el capítulo más trascendente de todos, porque allí se ocupa de “la demostración directa de que el soberano puede ser coaccionado cuando viola el contrato de sujeción”– la tesis “hobbesiano-kantiana” del poder, la naturaleza ética del ser humano. “Si el príncipe quisiera ordenarnos hechos viciosos y crueles, si quisiera ordenarnos matar a nuestro padre, madre e hijos, y pisotear todo lo que está cerca de nuestro corazón y es sagrado para nuestra razón, ¿deberíamos obedecer y por orden suya convertirnos en criminales contra nosotros mismos, contra la razón y la humanidad?”<sup>5</sup> esta es la pregunta que lanza Feuerbach (sobretudo a sus coetáneos, los alemanes) y que aún hoy, una vez que nos trasladamos a los ámbitos de validez del derecho y a los debates actuales de la filosofía, resulta difícil de responder. ¿Cuándo debemos obedecer y cuándo debemos desobedecer al derecho? ¿Qué es lo que se hace en nombre del derecho? ¿Qué es, en última instancia, el derecho? Y ¿cuál es su verdadera relación con la política?

4. *Ídem*, p. 130.

5. *Ídem*, p. 102.

No en vano diversos juristas alemanes (Naucke, Wolf, Grünhut, también Mario Cattaneo) han dicho –aunque el mismo Feuerbach lo dice en el capítulo V– que este libro podría haber sido llamado, no sólo un Anti-Hobbes, sino también, o sobretodo, por los motivos que veremos, un Anti-Kant. Feuerbach nos libera, según dicen estos autores, (citados por Zaffaroni en la introducción del libro) de la “necesidad kantiana”. Feuerbach nos libera, en última instancia, de la retribución. Esta es la genialidad metafísica del autor, liberarnos de la necesidad metafísica de la pena, según reconoce el mismo Zaffaroni, y por eso su obra representa “el punto de partida de la evolución del derecho penal de toda la época del estado de derecho liberal. El espíritu de Feuerbach domino durante todo un siglo”.<sup>6</sup>

Un punto adicional es que Feuerbach, al distinguir dos personas en la persona del soberano, persona pública mientras se mantiene en los límites “básicos” del contrato social, y persona “privada” cuando se aleja de los mismos –y usurpa, más que detenta, el poder–, va preparando el terreno para otro noción moderna, muy vinculada al liberalismo político y a la Ilustración: la igualdad ante la ley (por eso para Feuerbach el soberano –que para Hobbes era “inviolable”– es parte del contrato, lo pone dentro y no fuera del mismo). El derecho a la resistencia (los límites a la sumisión) tienen que ver con esta igualdad fundamental. Con sus primeros pasos.<sup>7</sup> Son estas opiniones críticas de Feuerbach las que despertaban la burla –y más que la burla, la animadversión– de Carl Shmidtt.

Lo que veníamos diciendo (la resistencia al poder, la condicionalidad del deber, la limitación del pacto, la libertad del hombre) lo lleva a Feuerbach a hacer una última distinción esencial, que es, según recuerda Zaffaroni en la introducción, el punto más brillante, más alto para la época y el paso más audaz del liberalismo político del autor: la tajante separación entre moral y derecho. Esta separación (del todo inconcebible para Kant, ya que Kant deriva el derecho subjetivo del deber moral, para Kant sin la garantía del imperativo categórico desaparece el derecho, desaparece la sociedad) es la que habilita, en última instancia, su liberalismo y le permite pensar una “razón práctica jurídica” de cada sujeto moral. Que es tal antes, y no después, de que el Estado lo reconozca a él y a sus derechos (Kant, por el contrario, no concibe la condición jurídica fuera del Estado). Existe, pues, el individuo libre. Y este no es una entidad moralmente “inferior” al Estado bienintencionado como pretendía el organicismo colectivo de Hegel. Sino previa, anterior al mismo. Para Feuerbach el Estado sólo tutela los derechos, para Kant, los crea (por eso Kant no

6. *Ídem*, p. 52.

7. En rigor la noción de *isonomía* era antigua, viene de Pericles, cuando permitió que los pobres –que no eran los esclavos– participaran con voz de la Asamblea, lo que duró, naturalmente, hasta la caída de Atenas en la Guerra del Peloponeso; de todos modos igualdad ante la ley no tiene el mismo significado en la democracia ateniense directa que en la democracia moderna y representativa.

concibe el derecho a la resistencia, aunque concibe, sí, la revolución, que impone, o puede imponer, si triunfa, un nuevo orden legítimo; Kant no era un ingenuo y creía, por otra parte, que la historia evoluciona a través de la guerra). Feuerbach parte incluso, de la afirmación de la libertad como un deber del ser humano, dado que esta libertad, según nos dice, es la condición formal de todos los derechos. La lesión a la libertad es una degradación de nuestra naturaleza racional (sin la noción de libertad somos lanzados, según él, a la lista de meros medios y cosas...).

Digamos también que la elección de Tejedor por el modelo de Baviera se inscribe dentro de una tradición y un debate mucho mayor de la filosofía (del derecho), el debate entre personalismo y trans-personalismo, es decir, si el sujeto de fines es la persona o es el Estado. El derecho constitucional argentino optó, desde sus comienzos, por la persona. Y a esto se vincula también la decisión tomada por Carlos Tejedor, como decíamos, de seguir el modelo de Baviera, inspirado en Feuerbach, que era liberal. Y el liberalismo se apoya en el individuo. De la otra vereda opuesta estaban –en tiempos de Carlos Tejedor– las ideas cesaristas, (más vinculadas al *Code* francés) que dominaban en los modelos penales. Tejedor dio, pues, un paso notable. Original en sus fuentes. Por eso es tan importante para los argentinos, como recuerda Zaffaroni en la introducción del trabajo, recuperar la obra valiosa del pensador alemán. Porque tiene mucho que ver –más, seguramente, de lo que pensamos– con nuestra historia jurídica, política y cultural. Esta traducción es un aporte a la historia y un aporte a la filosofía.

Punto aparte merecen las consideraciones y críticas de Feuerbach hacia los penalistas hegelianos (cuya concepción organicista y romántica del Estado, al poder y la historia no hace falta recordar aquí, pero que fue enaltecida por el fascismo europeo, que desmerecía al individuo como un sujeto moral mezquino, egoísta, inferior al Estado y por lo cual tampoco tendría tanta importancia la “certeza” penal, ya que todo depende, en mayor o menor medida, del “César”) lo cual queda, si se quiere, como un mero anticipo de los debates penales y políticos de la sociedad alemana del siglo XX, debates que Feuerbach, naturalmente, no vivió, pero que en cierto punto, con sus críticas a Hegel, predijo.

Como sostiene Eugenio Zaffaroni en la introducción “en el medio del mar de racionalizaciones ataviadas de técnica y de citas filosóficas inconexas”<sup>8</sup> en que vivimos, la obra de Anselm von Feuerbach resulta decisiva para aportar claridad “a la hora de reflexionar sobre la necesaria refundación del derecho penal liberal” argentino y latinoamericano.

8. FEUERBACH, P., *op. cit.*, p. 53.

## BIBLIOGRAFÍA

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Anti-Hobbes. O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.



# COMENTARIO A FALLO





## REPERCUSIONES DEL CASO "MOSQUEDA": EL CAMINO HACIA LA EXCLUSIÓN DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO\*

MALENA KAREEN TOTINO SOTO\*\*

**Resumen:** El presente trabajo aborda un fallo obtenido por una comisión de Práctica Profesional de la Universidad de Buenos Aires, que sienta precedente sobre la materia en el contexto de un proceso de amparo. En primer lugar se efectúa una descripción de los hechos que dieron origen al proceso, para luego abordar los presupuestos de admisibilidad de la acción de amparo. Se avanza en reflejar la tesis favorable y contraria a la constitucionalidad del plazo de caducidad de la acción. Posteriormente se realiza un examen de la posición asumida por la CSJN en el caso Mosqueda. Finalmente se realiza una reflexión acerca del carácter vinculante de los fallos plenarios y pronunciamiento de la CSJN, analizando el panorama del tema.

**Palabras clave:** amparo – plazo de caducidad – inconstitucionalidad.

**Summary:** The present work analyses a sentence obtained by a commission of the internship programme of the Universidad de Buenos Aires and that constitutes a precedent of the subject in the context of a judicial process initiated through a writ of *amparo*. Firstly, there is a description of the facts that originated the judicial process and afterwards analyze the admissibility estimations of the writ of *amparo*. Then the essay works on the thesis in favor and against the constitutionality of the date of expiration. Subsequently there is an exam of the position assumed by the Supreme Court in the case Mosqueda. Finally, the work ends up with a reflection about the binding character of a plenary sentence and the statement of the Supreme Court, analyzing the overview of the subject.

**Keyword:** writ of *amparo* – date of expiration – unconstitutionality.

\* Mosqueda, Sergio c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados Corte Suprema de Justicia de la Nación (07/11/2006). Publicado en LL 18/12/2006, 7 - DJ 27/12/2006, 1239.

\*\* Abogada, especialista en elaboración de normas, docente de Práctica Profesional en la carrera de Abogacía (UBA), Defensora de los Usuarios de los Servicios de Salud en Superintendencia de Servicios de Salud - Ministerio de Salud.

## I. HECHOS

En el mes de marzo de 1999 el Sr. Sergio Mosqueda inicia, a los 72 años, un tratamiento ambulatorio de rehabilitación kinesiología en la Unidad de Gestión de San Martín del PAMI para recuperar su capacidad motriz, afectada como consecuencia de una hemiplejía derecha con secuelas de accidente cerebro vascular (A.C.V.), con nueve años de evolución, que le impide movilizarse sino por medio de una silla de ruedas. La favorable evolución del tratamiento le permitiría eventualmente caminar con la ayuda de un trípode.

En el año 2002 la obra social suspende repentinamente el tratamiento, motivada en la supuesta imposibilidad del ente para cubrir el gran número de pacientes que requerían la misma prestación. Iniciado los reclamos administrativos correspondientes, primero ante el PAMI y luego, consecuencia de la falta de respuestas, ante la Superintendencia de Servicios de Salud, el tratamiento no fue reanudado, pese a la resolución del organismo de contralor que ordenaba, en cumplimiento de la Ley 24.901 (Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de Personas con Discapacidad), el restablecimiento total e integral de la cobertura. El 11 de marzo de 2004, la obra social contesta por primera vez las intimaciones cursadas, sin dar cumplimiento a la resolución de la Superintendencia de Servicios de Salud. El 31 de agosto de 2004, agotada la vía administrativa, se interpone una acción de amparo para obtener el inmediato restablecimiento del tratamiento kinesiología.

Tanto Primera como Segunda Instancia rechazan la acción con fundamento en el vencimiento operado del plazo de caducidad para iniciar el amparo (quince días desde la fecha en que el acto atacado fue ejecutado o debió producirse –art. 2, inc “e” de la Ley 16.986–). Por aplicación del fallo plenario “Capizzano de Galdi Concepción c/ I.O.S. s/ Amparo”<sup>1</sup> consideran que el mismo debió computarse desde la fecha en que “el afectado tomó conocimiento cierto del hecho, acto u omisión que reputa violatorio de sus derechos”, esto es, desde el 11 de marzo de 2004, fecha en que la demandada respondió la intimación de la Superintendencia de Servicios de Salud sin dar cumplimiento a la prestación requerida.

Recurrido el fallo en queja, el 7 de noviembre de 2006, la CSJN, haciendo suyos los fundamentos de la Procuradora Fiscal Subrogante, con votos propios de los Dres. Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, revoca la sentencia de Segunda Instancia. En primer lugar, reconoce la existencia de un estrecho vínculo entre el derecho a la salud y el derecho a la vida, declarando a este último, “el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la constitución

1. CNFed. Civ. y Com. en pleno, 03/06/99, LL 2000-C, 345. “Luego de sancionada la reforma constitucional de 1994, mantiene su vigencia el art. 2 inc. e) de la Ley 16.986”.

Nacional” y definiéndolo como “prerrogativa implícita”. Por su parte, la minoría considera el derecho a la vida “...explícitamente garantizado por la Constitución Nacional, a través de su reconocimiento y protección en tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional”. En segundo lugar, estima no es aplicable la caducidad de la acción de amparo toda vez que se pretende atacar una “arbitrariedad o ilegalidad continuada”, un acto ilegítimo sin solución de continuidad, originado antes de la acción judicial pero mantenido en el tiempo que genera una lesión “inescindiblemente actual y pasada”. Finalmente, aconseja a los jueces buscar soluciones expeditas para casos urgentes como el presente y evitar que el rigorismo formal de la ley frustre los derechos constitucionales de los particulares.

Claramente se extraen del fallo dos cuestiones a ser analizadas: (a) La naturaleza constitucional del derecho a la vida y su vinculación con el derecho a la salud; (b) La exclusión o constante renovación del plazo de caducidad de la acción de amparo cuando se enjuicia una “ilegalidad continuada”.

El presente artículo se centrará, fundamentalmente, en analizar solo la segunda problemática, sin perjuicio de considerar sumamente relevante la posición asumida por la CSJN, que retomando anteriores pronunciamientos,<sup>2</sup> reconoce la íntima vinculación entre el derecho a la salud y la vida. En referencia a la naturaleza constitucional de este último, adherimos a la postura del Dr. Nestor Pedro Sagués, quien en su nota al fallo,<sup>3</sup> resalta el carácter bizantino que adquiere la controversia sobre su concepción como derecho no enumerado (art. 33 CN), garantía implícita o derecho explícitamente reconocido por nuestra Constitución Nacional.

## II. NATURALEZA JURÍDICA Y PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO

Partiendo de la precisa definición que nos proporciona el art. 43 de la CN podemos afirmar que la acción de amparo despliega una naturaleza jurídica dual o híbrida. Por un lado, constituye un derecho constitucional, en tanto prerrogativa de todo ciudadano de contar con un remedio judicial rápido y expedito para la inmediata y efectiva protección de sus derechos fundamentales frente a manifiestas violaciones de la autoridad pública o privada, ya sea, por acciones u omisiones. Por

2. Ver “Asociación Bengalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción social - Estado Nacional s/ Amparo” (321: 1684); “Campodónico de Beviacqua Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social- Secretarías de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” (323: 3229). Para mayor abundamiento en el tema ver el artículo de Jorge Mario Galdós, “La salud y los bienes sociales constitucionales”, nota al fallo de CSJN “Cambiaso Pères de Nealón, Celia y otros c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas” (LL, 19/03/08).

3. LL 2007-B, 128.

otro, se erige como garantía constitucional, en tanto procedimiento judicial breve, sencillo y eficaz al servicio y para la tutela, defensa o protección de otros derechos fundamentales.<sup>4</sup>

Los requisitos entonces que tipifican la procedencia de la acción son: (a) La lesión actual u inminente a un derecho fundamental reconocido por la CN, un Tratado Internacional o ley; (b) La existencia de un acto u omisión manifiestamente ilegal o arbitrario emanado de la autoridad pública o privada;<sup>5</sup> (c) La necesidad de urgente intervención jurisdiccional a fin de evitar la configuración un daño irreparable o la inexistencia de un medio judicial más idóneo para lograr dicha finalidad. Sobre la base de este último elemento, posiblemente el más distintivo de la acción de amparo, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria ha llegado a la conclusión, a nuestro criterio equivocada, que el amparo representa una vía judicial con carácter excepcional.<sup>6</sup>

Debemos abordar ahora la compatibilidad entre los requisitos constitucionales expuestos introducidos con la reforma constitucional de 1994 y el plazo de caducidad de la acción de amparo regulado por la Ley 16.986. Al respecto, se han conformado en la doctrina y jurisprudencia actual, dos enfoques enfrentados fácilmente reconocibles; aquellos que defienden la constitucionalidad del plazo y aquellos que la rechazan.

### III. TESIS FAVORABLE A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO

Posición asumida por la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal en pleno (fallo mencionado *ut supra*). Probablemente el exponente más claro de esta postura

4. GOZAÍNI, O. A., *Derecho Procesal Constitucional: El Amparo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 247 y ss.; SPOTA, A. A., "Ensayo sobre la doble naturaleza jurídica del amparo constitucional", en *Revista de Derecho Procesal*, n° 4, 2000.

5. A los fines de este artículo los términos serán considerados sinónimos. Sobre las diferencias semánticas entre ilegalidad, arbitrariedad e ilegitimidad ver SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 117 y ss.

6. Compartimos la opinión del Dr. Rivas Adolfo para quien la naturaleza del amparo (garantía constitucional, por excelencia, creada para la protección de nuestros derechos fundamentales) no puede interpretarse, al menos desde un punto de vista teórico, como excepcional, sin desnaturalizar su finalidad ("El plazo de caducidad de la acción de amparo", LL, 2000-C, 346). Misma opinión parece receptar la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión consultiva 9, por unanimidad sostuvo la imposibilidad de suspender la acción de amparo y el Habeas Hábeas ("garantías excepcionales") aun durante periodos de emergencia institucional.

sea el Dr. Nestor Pedro Sagués<sup>7</sup> para quien la constitucionalidad del plazo de caducidad se asienta en: (a) El valor de la seguridad jurídica y la estabilidad propia de los actos administrativos; (b) El consentimiento tácito del accionante; (c) La naturaleza excepcional del amparo; (d) El principio de división de poderes y la vigencia de la República.

No parece ser una novedad que las normas jurídicas, en especial aquellas que regulan plazos, persigan, principalmente, garantizar la seguridad jurídica de las relaciones humanas, caso contrario no tendrían razón alguna para existir. Que es una norma jurídica, sino una positivización de valores orientada a la organización y regulación de las relaciones entre seres humanos en comunidad. No puede entonces, seriamente admitirse, que la justificación de la sensible normativa en cuestión (extinción de una garantía constitucional por el paso del tiempo) quede reducida a la genérica invocación de la "Seguridad Jurídica" o "el Orden Público", conceptos tan amplios y abstractos que permiten respaldar casi cualquier accionar.<sup>8</sup> Se trata de evaluar, detenidamente, si es razonable defender la estabilidad de un acto u omisión tanto de la administración como de un particular, a pesar de su evidente ilegitimidad en pos de la "Seguridad Jurídica". Creemos fervorosamente que no. En un estado de derecho, jamás el transcurso del tiempo puede purgar los vicios manifiestos de los actos ilegítimos.<sup>9</sup>

El segundo postulado se construye sobre la base de un razonamiento falaz. En primer lugar, se presume *iure et de iure* que todos los ciudadanos conocen a la perfección el confuso universo de normas jurídicas existentes desde su publicación. Esta premisa se conoce comúnmente como "ficción legal" y se encuentra expresamente contemplada en el Cod. Civ.<sup>10</sup> Es cierto, de no contar con dicho principio la aplicación del ordenamiento jurídico sería prácticamente imposible, pues bastaría alegar su desconocimiento para evitar su cumplimiento. La realidad es que ni aún juristas y abogados especializados en la materia conocen la totalidad del mundo normativo.

7. SAGÜÉS, N. P., *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 276.

8. Tanto la historia mundial como nacional se encuentra plagada de ejemplos.

9. Desde la óptica del derecho privado ver art. 1047 Cod. Civ. (efectos de la nulidad absoluta); desde la óptica del derecho público ver "La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Delitos de Lesa Humanidad" incorporada al derecho argentino por medio de la Ley 25.778 y pronunciamientos de CSJN al respecto (delitos no susceptibles de amnistía o indulto, inoponibilidad de la cosa juzgada). BIANCHI, A. B., "El derecho constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema entre 2003 y 2007", en *LL*, 18 de febrero de 2008.

10. Art. 1 "Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes"; art. 2 "Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen"; art. 923 "La ignorancia de la leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos ilícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos".

En segundo lugar, se infiere, nuevamente *iure et de iure*, que los ciudadanos-juristas, expertos en la materia, que no accionan en tiempo prudencial (¡quince días!), consienten la manifiesta violación a sus derechos constitucionales o al menos no requieren inmediata intervención jurisdiccional para salvaguardarlos.<sup>11</sup> Consideramos, la utilización llana del sentido común en un marco científico, como es el derecho, puede generar razonamientos simplistas pero erróneos. Sin embargo, la excesiva abstracción y teorización de las relaciones humanas conllevan resultados absurdos alejados de la realidad, problemáticas y necesidades de los seres humanos como en el presente caso.<sup>12</sup> La experiencia nos devela, día a día, que existen un sinnúmero de causales que pueden imposibilitar la interposición de la acción en tiempo oportuno (desconocimiento, dificultad para determinar cuando se produjo la lesión, promesas de no cumplimiento), los juristas entonces no pueden afirmar la veracidad de su presunción (negligencia o tácito consentimiento del accionante) porque es la propia realidad de los hechos la que se ocupa de desmentir su afirmación. Ahora, supongamos que el día de mañana, el Congreso Nacional sancionara una ley por la cual regulara mismo plazo de caducidad para interponer el *Habeas Corpus*, probablemente nadie o pocos estarían dispuestos a defender su constitucionalidad, ni tampoco sostener que aquella persona que no ha iniciado la acción en el plazo previsto consiente la privación ilegítima de su libertad y por lo tanto no requiere urgente ayuda del Órgano Judicial ¿Cuál es entonces la diferencia entre la acción de amparo y el *Habeas Corpus*? Dicho de otro modo ¿Por qué en un primer caso defendemos la validez de una teoría falseada por los hechos y en el segundo nos oponemos a cualquier tipo de regulación temporal? Entre ambas garantías existe solamente una relación de género-especie. El *habeas corpus* es simplemente una acción de amparo destinado a la protección de la libertad física. ¿Acaso la defensa del derecho a la salud, la vida, el trabajo, la libre expresión no tienen suficiente entidad? “Por lo tanto, si un proceso constitucional que protege la libertad física no puede estar limitado por un plazo de caducidad, otro proceso constitucional que promueve la vida o la salud tampoco puede recibir esta clase de limitación temporal”.<sup>13</sup>

11. “Si el afectado dilata la articulación del amparo, ello quiere a todas luces significar que no estaba apurado para plantearlo” (SAGUÉS, N. P., “El plazo de caducidad de la acción de amparo ante la reforma constitucional”, en *JA* 2000-II, 65).

12. Un hombre de 73 años, postrado en una silla de ruedas, a quien arbitrariamente se le suspende un tratamiento médico que eventualmente le permitiría recuperar la movilidad, peticona a la autoridad judicial con carácter urgente para que ordene su inmediato restablecimiento y esta se limita a rechazar cuasiautomáticamente la petición, forzándolo a reclamar por vía ordinaria (equivalente a decirle “señor Ud. no volverá a caminar”) sobre la base de considerar que el mismo ha consentido la manifiesta violación a su derecho a la salud o actuado negligentemente, a pesar de que la prueba presentada acredita lo contrario, pues interpuso la acción vencido el plazo legal de quince días.

13. GIL DOMÍNGUEZ, A., *Constitución, Emergencia y Amparo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 65.

El tercer postulado reafirma la justificación precedentemente explicada. Siendo el amparo una acción de naturaleza excepcional, si el particular no acciona en tiempo prudencial, se presume *–iure et iure–* que puede accionar por vía ordinaria. Las críticas sobre este punto ya han sido desarrolladas.

El cuarto postulado busca evitar que los otros órganos del estado queden sometidos al poder discrecional del Órgano Judicial a través de la acción de amparo, dándose origen a la siniestra “dictadura del Poder Judicial”. Difícil es imaginar que por admitirse el tratamiento de un amparo vencido se conmuevan los cimientos mismos de la república o peligre el principio división de poderes. Por el contrario, si nos parece de una trascendente gravedad institucional que a más de un año de haberse dictado la resolución de CSJN que declara admisible el amparo, el Sr. Mosqueda no haya podido, a la fecha, hacer efectivo la sentencia, ni obtener el restablecimiento de la prestación médica. Es decir, nos rasgamos las vestiduras si el lesionado excede el plazo legal previsto para iniciar la acción (aún cuando se mantenga la lesión y la necesidad de urgente intervención jurisdiccional), auguramos nefastas consecuencias para nuestra Nación si se osara dar curso al mismo, ríos de tinta se escriben a favor o en contra de dicho plazo, pero en la práctica, la mayor violación a la naturaleza de la garantía constitucional (proceso rápido y expedito) la comete diariamente el propio el Estado Nacional. A esto nos referimos cuando señalamos que el derecho no puede ser una mera *intelleccia* metafísica ajena a las problemáticas humanas, sino debe estar orientado solucionarlas.

Dentro del enfoque favorable al plazo de caducidad de la acción de amparo se ha desarrollado la “doctrina de la ilegalidad continuada” que si bien parte de considerar constitucional y aplicable dicho plazo, reconoce que ante violaciones esencialmente reiteradas, el mismo se renueve constantemente, tornándose prácticamente inaplicable. Para ello diferencia entre actos lesivos únicos y actos lesivos continuados. Ambos generan resultados nocivos que se proyectan en el tiempo, pero mientras los primeros tienen un punto de partida único e inicial desde donde puede rastrearse la manifiesta violación al derecho constitucional (Ej: clausura arbitraria de un establecimiento, negativa a entregar medicamentos), los segundos se van consumando periódicamente a lo largo del tiempo a través de sucesivos actos lesivos que van agravando gradualmente la situación del particular (Ej: ilegítimos descuentos mensuales de haberes). Como bien señala el Procurador General de la Nación en el fallo que origina esta teoría, los actos lesivos continuados colocan al particular ante un dilema; si acciona ante la primera violación es probable que el amparo sea rechazado por no adquirir, la lesión, suficiente entidad para ser procedente pero si dejara transcurrir un tiempo, el mismo se encontraría caduco.<sup>14</sup> Para evitar tan

14. Bonorino Perú, Abel y otro c. Estado Nacional s/amparo (307: 2174).

injusto resultado, la CSJN considera, en estos casos, no aplicable o renovable el plazo de caducidad.

#### IV. TESIS CONTRARIA A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO

Desde la sanción de la Ley 16.986 distintos juristas plantearon la inconstitucionalidad del plazo de caducidad de la acción de amparo<sup>15</sup> pero a partir de la reforma constitucional de 1994, los partidarios de las teorías se multiplicaron y cobraron mayor fuerza. Las posturas pueden clasificarse en: (a) Aquellas que consideran operativo el art. 41 de la CN y por lo tanto no sujeto a regulación de fondo; (b) Aquellas que consideran ineficaz el plazo de caducidad por la jerarquía de los derechos lesionados.<sup>16</sup>

Para los partidarios de la primera postura la naturaleza autosuficiente del art. 41 CN surge del análisis etimológico sobre el carácter "expedito" de la acción de amparo. Afirman, la acepción "acción expedita", implica la imposibilidad de sujetar el ejercicio de la acción a obstáculo o condición alguna, disposición que queda totalmente violentada mediante la regulación de un plazo de caducidad (disposición de fondo) por ley procesal.<sup>17</sup>

Para los segundos, dentro de los cuales nos incluimos, el aspecto sustancial de la problemática no radica en el análisis etimológico o semántico de los vocablos empleados por el constituyente, aspecto que puede dar origen a interminables debates hermenéuticos, sino en la entidad de los derechos lesionados y el objeto mismo de la acción. Recordemos el rasgo que distingue el amparo de cualquier otra acción judicial es "la decisión oportuna de jurisdicción"<sup>18</sup> para evitar la configuración de un daño irreparable a un derecho fundamental. Mientras subsista la lesión y se verifique la urgencia, independientemente del tiempo transcurrido, los jueces deberán intervenir, no pudiendo presumirse de forma abstracta y sin admitirse prueba en contrario, la negligencia o consentimiento del lesionado. "...debe primar la importancia y jerarquía constitucional de los derechos lesionados por sobre la necesidad

15. Ver FIORINI, B. A. "Acción de amparo", en *LL*, 124-1367.

16. La clasificación fue tomada del artículo de Caso Javier Cesar "Tres posturas sobre la no vigencia del plazo de caducidad en la ley de amparo nacional" (*LL*, 2003-B, 1400). Nótese que el autor incluye dentro de esta clasificación la "doctrina de la ilegalidad continuada", nosotros consideramos la misma como parte de la tesis favorable a la constitucionalidad del plazo de caducidad de la acción de amparo.

17. Posición defendida por la minoría en el fallo plenario "Capizzano de Galdi Concepción c/ I.O.S. s/ Amparo" con nota de Rivas Adolfo A; También ver Gozaíni Asvalos Alfredo, *op. cit.*, p. 422.

18. HERRERO, L., "El amparo del artículo 43 de la Constitución Nacional: ¿amparo nuevo o reciclado?", en *JA*, 3/12/97.



de sancionar la caducidad al amparista tardío”.<sup>19</sup> Lo contrario implica convalidar la estabilidad de la impunidad y poner en jaque la vigencia de nuestro estado de derecho.

## V. POSICIÓN ASUMIDA POR LA CSJN EN EL CASO MOSQUEDA

En apariencia la CSJN se enrola dentro de la “doctrina de la ilegalidad continuada”. Mediante la invocación textual de los fundamentos expresados por el Procurador General de la Nación en el precedente que origina la misma, concluye, el plazo de caducidad no se encuentra vencido en el presente caso. Sin embargo, basta comparar la situación de hecho del caso invocado con la del caso en cuestión para verificar que las problemáticas no son análogas. En el primero se producía una repetida lesión del derecho de propiedad (art. 17 CN) a través de una mensual disminución de haberes (consecuencia de una galopante inflación), mientras que en el presente la violación al derecho a la salud (arts. 33 y 42 CN, art. 5.1 Conv. Americana sobre Derechos Humanos, arts. 7 y 10.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) se genera a partir de un acto lesivo único y exclusivo (negativa de la obra social de continuar brindando prestación médica debida), quedando el agravio configurado desde la falta de cumplimiento de la obra social de la resolución del órgano administrativo superior que ordenaba su restablecimiento.

Acierta el Dr. Sagués en su nota al fallo<sup>20</sup> cuando advierte que la aplicación extensiva de la doctrina invocada a supuestos de violaciones originados por actos lesivos únicos, desvirtúa la función del plazo de caducidad de la acción de amparo hasta hacerlo desaparecer. Creemos, en gran medida, esa fue la intencionalidad del fallo. El hecho que exista una lesión “inescindiblemente actual y pasada” o con efectos de continuidad hacia el presente, como alega la CSJN para fundar su posición, implica simplemente reconocer la presencia del primer requisito constitucional de admisibilidad del amparo (actualidad o inminencia del agravio –art. 41 CN–). De no existir dicho carácter, cualquier pretensión de inmediata intervención jurisdiccional deviene absolutamente abstracta,<sup>21</sup> siendo procedente el rechazo de la acción.

En realidad la CSJN, valiéndose de la “doctrina de la ilegalidad continuada” para sustentar jurídicamente su conclusión (exclusión del plazo de caducidad) y

19. Casco Javier Luis, *op. cit.*

20. SAGÜÉS, N. P., “El derecho a la vida y el plazo para interponer la acción de amparo”.

21. Sagués en su nota al fallo brinda algunos ejemplos sumamente ilustrativos: Interponer un amparo para evitar un derrumbe de un inmueble y que este se produzca; Peticionar la restitución de un cargo y que el peticionante fallezca; Solicitar restablecimiento de un tratamiento y que el mismo sea proporcionado.

aplicando principios de justicia social para evitar la consumación de un daño irreparable a un derecho fundamental (principal objeto de la acción de amparo), defiende una postura contraria a la vigencia del plazo de caducidad.

## VI. CARÁCTER VINCULANTE DE LOS FALLOS PLENARIOS Y PRONUNCIAMIENTOS DE LA CSJN

El primer interrogante que surge a partir del caso Mosqueda es cómo resolverán los jueces en el futuro, la procedencia de los amparos interpuestos. Sabemos, por un lado, se encuentra vigente un fallo plenario de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal que obliga a los jueces de primera y segunda instancia del mismo fuero a continuar aplicando el plazo de caducidad de la acción (art. 303 CPCCN) y por otro un pronunciamiento de CSJN que permite excluirlo.

Debemos aclarar, la disyuntiva sólo afecta a jueces del fuero Civil y Comercial Federal. Todos los demás pueden optar, fundadamente, entre seguir los lineamientos del plenario o aplicar el nuevo criterio sentado por CSJN. Sin embargo, aún para ellos, la situación se dificulta, pues si bien no existe norma constitucional o legal que regule el carácter vinculante de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Siendo -el Alto Tribunal- el intérprete final de la Constitución de las leyes [...] hace al buen orden institucional que sus precedentes sean seguidos por todos los tribunales. No basta con señalar que discrepa sino que hay que dar razones plausibles para ello, que no puede ser otras que argumentos que la CSJN no haya considerado...”<sup>22</sup>

Sobre la fuerza vinculante de los acuerdos plenarios, la jurisprudencia y doctrina mayoritaria defienden, hoy día, la constitucionalidad de la norma procesal que regula su obligatoriedad, basándose en la necesidad de unificar criterios jurisprudenciales para evitar lesionar la garantía de igualdad de los litigantes ante la ley (art. 16 CN) y resguardar, en definitiva, la “Seguridad Jurídica” de las decisiones jurisdiccionales.<sup>23</sup> No obstante, atendibles críticas constitucionales, se han esgrimido por parte de otro sector, fundamentalmente con relación a la violación del principio republicano de división de poderes.<sup>24</sup> Se ha sostenido que la jurisprudencia plenaria:

22. IRBARLUCÍA, E. A., “Sobre el seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de la Nación”, en *El Derecho*, 17/02/06.

23. Ver FINOCHIETTO, C. E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Concordado con los Códigos Provinciales*, Buenos Aires, Astrea, 2001, t. II, p. 166 y ss.

24. Para Soler, en cambio, la disposición procesal se encuentra en directa contradicción con el orden de prelación normativo fijado por nuestra CN (art. 31 CN), en tanto obliga a los jueces a aplicar la doctrina plenaria a pesar de plantearse su inconstitucionalidad. Encontramos la crítica desacertada, si eventualmente el juez verifica que el fallo plenario violenta el orden constitucional podrá decretar su inconstitucionalidad (FINOCHIETTO, C. E., *op. cit.*).

(a) Genera una ilegítima delegación de funciones legislativas al Órgano Judicial, permitiéndole crear normas jurídicas dirigidas a particulares (últimos destinatarios de la interpretación plenaria) pero sin cumplir con los requisitos legislativos mínimos exigidos para hacer funcional el principio de “ficción legal”<sup>25</sup> (su publicidad –art. 2 Cod. Civ.–); (b) Vulnera el principal atributo de los jueces, su independencia (en este caso interna).<sup>26</sup> Suele rebatirse que los fallos plenarios no legislan sino que interpretan en forma uniforme una norma vigente,<sup>27</sup> ni lesionan la independencia interna del Poder Judicial, por cuanto los jueces pueden dejar a salvo su opinión disidente (Art. 303 CPPN).<sup>28</sup>

No es objeto del artículo tomar partido en el debate sino, pretende, solamente, delimitar el marco de la problemática. Resulta innegable que los jueces de Cámara a través de la jurisprudencia plenaria, en mayor o menor medida, ejercen funciones legislativas (dado el carácter obligatorio de los pronunciamientos, fuerza que ni siquiera ostentan las sentencias de CSJN) y afectan la independencia interna de los jueces del fuero. Tampoco es menos cierto que la divergencia de criterios jurídicos entre las salas de un mismo Tribunal de Alzada, puede conllevar una manifiesta violación a la garantía de igualdad, al sujetar la suerte del particular en el pleito al sorteo de asignación de sala.

En conclusión, se verifica en la controversia al igual que en el amparo, el enfrentamiento entre de dos polos argumentativos válidos (protección de la garantía de igualdad y seguridad jurídica de las resoluciones judiciales versus independencia interna del Poder Judicial y riguroso resguardo de la separación de poderes). Ambas fuentes de justificación, a nuestro criterio ambas razonables, no pueden ser aplicadas conjuntamente sino que son excluyentes, la elección de una indefectiblemente implica la afectación de la otra.

25. SARTORIO, J. C. “La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad”, en *LL*, 96-799; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, t. I, p. 127.

26. Afirma Bruzzone “... afortunadamente los valores republicanos y democráticos se manifiestan en el espíritu rebelde de cada juez como dueño soberano y en plenitud de la jurisdicción, que en cada acto debe ejercerla sin restricciones o condicionamientos externos o internos. La obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria es una manifestación, al interno del Poder Judicial, de ese condicionamiento a la independencia del juez necesaria para cumplir su trabajo” (“Ecos del plenario “Kosuta”. La inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria: un problema de independencia interna del Poder Judicial”, en *LL*, 2000-B, 582).

27. Ver CNCiv., Sala A, 31/03/93, JA , 1993-III-176; CNCiv., Sala A, 21/05/97, *LL*, 1998-B, 886.

28. Sobre este punto se expresa irónicamente Sartori en el artículo citado: “Diré que si uno no tuviera la obligación de creer que los legisladores son gente seria y solemne –por lo menos cuando sancionan leyes– podría pensarse que en el caso quisieron hacer humorismo con los jueces, concediéndoles el consuelo, después del sometimiento, de salvar su conciencia ante Dios ya que no ante los hombres [...] le crea una situación absurda y ridícula, y humillante para su dignidad de magistrado”.

Dejando de lado la controversia constitucional sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia plenaria, creemos, a partir de este nuevo precedente de nuestro más Alto Tribunal, se abre un abanico de posibilidades. Existiendo una tácita declaración de inconstitucionalidad del citado plenario,<sup>29</sup> los jueces de Cámara del fuero Civil y Comercial Federal deberán, en un futuro, auto convocar una nueva sesión en pleno para rectificar o ratificar su postura. Por otra parte, los futuros litigantes les cabe la posibilidad de plantear la inconstitucionalidad del plenario, atento la evidente contradicción de su contenido (aplicación obligatoria e universal del plazo de caducidad) con los preceptos constitucionales del amparo (decisión de oportuna jurisdicción). También puede barajarse la oportunidad de interponer un recurso de inaplicabilidad de la ley para convocar a nueva sesión plenaria, aunque probablemente el mismo sea rechazado, siendo que la divergencia y contradicción de criterios se presenta entre la CSJN y la Cámara Civil y Comercial Federal y no entre las distintas salas que la componen como exige la normativa para declarar admisible el recurso (art. 288 CPCCN).<sup>30</sup>

## VII. PANORAMA

A través del fallo “Mosqueda” la CSJN ha dado el primer gran paso hacia la exclusión y eventual declaración de inconstitucionalidad del plazo de caducidad de la acción de amparo. Compartimos con el Dr. Sagués que habrá que esperar nuevos pronunciamientos del Tribunal para saber si nos encontramos ante una nueva línea jurisprudencial, y de ser así, su alcance (aplicación común a todos los amparos o sólo aquellos que involucren el derecho a la vida y la salud) o ante un mero supuesto de excepcionalidad del término, consecuencia de las circunstancias particulares del caso. Por lo pronto, recientemente, el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,<sup>31</sup> declaró inconstitucional el plazo de caducidad de la acción de amparo de la Ciudad (45 días desde que se produce la lesión —art. 4 de la Ley 2145 de la Ciudad de Buenos Aires—) con base en los argumentos desarrollados (afectación a la operatividad y finalidad de la garantía), en un caso donde nuevamente estaba en juego el derecho a la vida y salud. Esperemos, nuestros jueces, avancen

29. “La doctrina establecida en el referido fallo plenario (Capizzano de Galdi Concepción c/ I.O.S. s/ Amparo) es obligatoria, más allá de la opinión personal de quienes no intervinieron en este fallo, para todos los magistrados de este fuero. Empero, La Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia de Sala 2 que aplicó la mencionada doctrina legal al caso concreto”.

30. COLOMBO, C. y KIPER, C., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y Comentado*, Buenos Aires, LL, 2006, t. III, p. 237.

31. Ver “G. D., A. c. Ciudad de Buenos Aires”, TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27/12/07, LL, 6/03/08, pp. 6-7 con nota de MIDÓN, M. R., “¿Está llegando a su fin la caducidad del amparo?”.

y profundicen el camino de esta nueva tendencia pero con miras hacia la rápida y efectiva protección de todos nuestros derechos constitucionales.

## BIBLIOGRAFÍA

- BIANCHI, Alberto B., "El derecho constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema entre 2003 y 2007", en *LL*, 18 de febrero de 2008.
- BRUZZONE, Gustavo, "Ecos del plenario "Kosuta". La inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria: un problema de independencia interna del Poder Judicial", en *LL*, 2000-B, 582.
- COLOMBO, Carlos y KIPER, Claudio, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y Comentado*, Buenos Aires, LL, 2006.
- FINOCHIETTO, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Concordado con los Códigos Provinciales*, Buenos Aires, Astrea, 2001, t. II, p. 166 y ss.
- FIORINI, Bartolomé A., "Acción de amparo", en *LL*, 124-1367.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Constitución, Emergencia y Amparo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional: El Amparo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- HERRERO, Luis, "El amparo del artículo 43 de la Constitución Nacional: ¿amparo nuevo o reciclado?", en *JA*, 3/12/97.
- IRBARLUCÍA, Emilio A., "Sobre el seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de la Nación", en *El Derecho*, 17/02/06.
- MIDÓN, Mario R., "¿Está llegando a su fin la caducidad del amparo?", en *LL*, 6/03/08.
- SPOTA, Alberto Antonio, "Ensayo sobre la doble naturaleza jurídica del amparo constitucional", en *Revista de Derecho Procesal*, n° 4, 2000.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, Buenos Aires, Astrea, 1991.
- "El derecho a la vida y el plazo para interponer la acción de amparo".
- "El plazo de caducidad de la acción de amparo ante la reforma constitucional", en *JA* 2000-II.
- SARTORIO, José C. "La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad", en *LL*, 96-799.
- ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, t. I.



# TRADUCCIÓN Y AFINES





## ARGUMENTOS DE DERECHO ROMANO EN EL ACTUAL DERECHO INTERNACIONAL: OCUPACIÓN Y PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA\*

AUTOR: RANDALL LESAFFER\*\*

TRADUCCIÓN: SEBASTIÁN AXEL GREEN MARTÍNEZ\*\*\*

**Resumen:** En su *Fuentes de Derecho Privado y Analogías con el Derecho Internacional* (1927), Hersch Lauterpacht afirmó que muchas reglas y conceptos del derecho internacional surgieron del derecho privado. También demostró que era una práctica común del arbitraje internacional buscar allí inspiración. Las normas de derecho privado que se habían hecho un lugar en el derecho internacional eran a menudo comunes a los sistemas de derecho de mayor reconocimiento. Muchas de ellas tuvieron su origen en el derecho privado romano. En este artículo se examina de que manera y como la Corte Internacional de Justicia ha hecho uso de normas de derecho romano y sus conceptos. Puede considerarse al rol del derecho romano en el derecho internacional de tres maneras. En primer lugar, como una fuente histórica directa durante el período formativo del derecho internacional moderno. En segundo lugar, como una fuente indirecta histórica debido a su efecto duradero en los grandes sistemas de derecho doméstico. En tercer lugar, aún podría ser considerada *ratio scripta*, la expresión de una ley intemporal y universal. A fin de examinar a través de cual de estos roles el derecho romano ha tocado a los ojos de la Corte Internacional de Justicia, el análisis se limita a dos ejemplos de analogías con el derecho privado: la ocupación de *terra nullius* y prescripción adquisitiva.

**Palabras clave:** orígenes del derecho internacional – derecho romano – arbitraje internacional – corte internacional de justicia.

**Summary:** In his *Private Law Sources and Analogies of International Law* (1927), Hersch Lauterpacht claimed that many rules and concepts of international law stemmed from private law. He also showed that it was common practice in international adjudication and arbitration to look for inspiration there. The rules of private law that

\* Su texto original se encuentra disponible en: [<http://www.ejil.org/pdfs/16/1/289.pdf>].

\*\* Profesor de historia del derecho (Tilburg University), profesor de derecho (Catholic University of Leuven).

\*\*\* Abogado (UBA); N. del T.: se ha respetado parcialmente la metodología de cita y referencia empleada por el autor en el original.

had found their way to international law were often common to the great municipal law systems. Many had their origins in Roman private law. This article examines whether and how the International Court of Justice has made use of Roman law rules and concepts. Roman law can be thought to fulfil its role as a source of inspiration for international law in three ways. First, it might have served as a direct historical source during the formative period of the modern law of nations. Second, it might have served as an indirect historical source because of its enduring impact on the great municipal law systems afterwards. Thirdly, it might still be considered *ratio scripta*, the expression of a timeless and universal law. For the purpose of examining which of these roles Roman law plays in the eyes of the ICJ, the analysis is restricted to two examples of private law analogies: occupation of *terra nullius* and acquisitive prescription.

**Keyword:** origins of international law – roman law – international arbitration – international court of justice.

## I. INTRODUCCIÓN

*El derecho de gentes no es más que el derecho privado en un sentido amplio. Se trata de la aplicación a comunidades políticas de las ideas jurídicas que originalmente se aplicaban a las relaciones entre los individuos.<sup>1</sup>*

Estas palabras de Thomas Holland fueron citadas por Hersch Lauterpacht (1897-1960) al inicio de su *Fuentes del Derecho Privado y Analogías con el Derecho Internacional*, publicado por primera vez en 1927.<sup>2</sup> En este libro, su tesis doctoral, Lauterpacht expuso que el derecho internacional, tanto práctica como teoría doctrinaria, en gran parte se basó en el derecho privado. Conceptos y normas de dicha rama del derecho que resultaron comunes a los principales sistemas internos (occidentales), se abrieron paso a través del derecho internacional público. Los tribunales internacionales y arbitrales han buscado inspiración en el derecho privado ante situaciones para las cuales el derecho internacional vigente no proporcionaba una solución satisfactoria y, como Lauterpacht reconociera, muchos de los conceptos entonces utilizados tienen sus raíces en el derecho romano.

Lauterpacht ha hecho una contribución fundamental al debate jurídico del derecho internacional. Al referirse al derecho privado ha intentado refutar la doctrina positivista del voluntarismo estatal. Así, mientras el positivismo y la soberanía del

1. H. E. HOLLAND, *Studies in International Law and Diplomacy* (1898), at 152.

2. H. LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law (With Special Reference to International Arbitration)* (1927).

Estado retrocedían, la teoría de Lauterpacht ganaba terreno. Pero si bien a partir de 1927 se ha dado un intenso debate académico sobre las analogías relativas a sistemas de derecho privado en general, el papel que desempeña el derecho romano en un contexto de derecho internacional ha sido poco discutido. La mayoría de los juristas del derecho internacional dan por sentado que muchas normas de derecho privado son derivaciones análogas del derecho romano. Si bien en algunos casos particulares las relaciones han sido expuestas, ha habido poca discusión sobre la función del derecho romano en el derecho internacional actual como fuente de inspiración. En otras palabras, sobre el valor argumentativo del derecho romano.<sup>3</sup>

El propósito de este artículo será evaluar el papel que los argumentos jurídicos provenientes del derecho romano cumplen en la práctica jurídica internacional actual. Para lograrlo, pondremos bajo examen a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (la "CIJ") posterior a 1945. Solo en una limitada cantidad de casos la CIJ ha aplicado derecho romano, los cuales serán analizados en profundidad. En su jurisprudencia puede observarse que las disputas fronterizas y territoriales ocupan un lugar de relevancia. En derecho internacional, tanto la adquisición territorial como la delimitación de las fronteras internacionales recurren a varias reglas que resultan ser derivaciones de derecho romano. Dos de esos ejemplos se expondrán en el presente artículo: la ocupación de *terra nullius* (Capítulo 4) y la prescripción adquisitiva (Capítulo 5). Nos limitaremos a analizar, exclusivamente, controversias territoriales.

Sin embargo, las diversas funciones que el derecho romano pueda llegar a tener en la formación y desarrollo del derecho internacional tienen que ser previamente definidas. En tanto muy pocas observaciones de relevancia se han sumado a la teoría de Lauterpacht, considero pertinente emplear su pensamiento como punto de partida. A tal fin, un estudio más amplio de la interacción histórica entre el derecho romano y el derecho internacional que el realizado por Lauterpacht será expuesto, el cual, a su vez, nos llevará a una mejor comprensión de sus opiniones sobre la aplicación de institutos de derecho romano (Capítulo 3). Antes de entrar en esta discusión, el pensamiento de Lauterpacht sobre las analogías con el derecho privado requiere ser aclarado por dos motivos: En primer lugar, sus referencias al derecho romano son breves y, en gran parte, implícitas. Por tal motivo, no puede ser analizado de manera aislada, sin su postura sobre los sistemas de derecho privado como contexto. En segundo lugar, en caso de considerar una valoración análoga del derecho privado tan relevante como Lauterpacht lo hiciera, o no, es sólo a través de dicha visión que el derecho romano adquiere participación en el actual derecho

3. Para un ejemplo reciente sobre un estudio respecto a los orígenes de derecho romano de un principio en particular (*uti possidetis*) véase: J. CASTELLINO y S. ALLEN, *Title to Territory in International Law. A Temporal Analysis* (2003).

internacional, resultando su función, en consecuencia, relevante para el abogado internacional contemporáneo.

## II. FUENTES DE DERECHO PRIVADO Y ANALOGÍAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

De la lectura de *Fuentes del Derecho Privado y Analogías con el Derecho Internacional* se desprende un catálogo panorámico de conceptos y normas propias del derecho privado que han sido incorporadas al derecho internacional. El derecho de los tratados fue producto del derecho contractual. La adquisición de territorio encuentra sus orígenes en los institutos de derecho real. La responsabilidad de los Estados es similar a la responsabilidad civil, mientras que otros institutos, tales como la prescripción, el mandato, la servidumbre, la locación o los principios procesales básicos de derecho internacional son emanaciones del derecho romano y de los sistemas de derecho privado moderno.

Lauterpacht no se limitó a confeccionar una mera lista de analogías, sino que férreamente defendió y promovió su aplicación en derecho internacional. Para él, un giro hacia el derecho privado sería de utilidad a fin de refutar a la teoría voluntarista de finales del siglo XIX y principios del XX. Desde luego, no le resultó sorpresivo que la mayoría de los profesionales del derecho internacional rechazara que las analogías relativas al derecho privado tuvieran influencia alguna en el derecho internacional. La aplicación generalizada del derecho privado en la práctica jurídica internacional significaría un golpe en el corazón del baluarte positivista de dos maneras diferentes.

En primer lugar, tal práctica vendría a refutar al voluntarismo y a su afirmación de que los tratados y la costumbre eran las únicas fuentes existentes del derecho internacional. Sólo a través de su consentimiento (plasmado en tratados o costumbre) podían los Estados obligarse bajo derecho internacional. La referencia a normas y conceptos de derecho privado “posibilitaba la obligación de los Estados bajo normas que nunca habían recibido su consentimiento expreso”.<sup>4</sup> Era común ver que especialistas de siglo XIX, según Lauterpacht, defiendan el voluntarismo. Sin embargo, si observamos más de cerca las obras de algunos de los principales “positivistas” como William Edward Hall (1835-1894), Lassa Oppenheim (1858-1919) y Franz von Liszt (1851-1919), se veía que ellos mismos evitaron abrazar de manera incondicional al credo positivista. Al final, los reclamos por soberanía absoluta no podían conducir a otro puerto que a negar el carácter vinculante del derecho internacional. Por lo tanto, doctrinarios como el propio maestro de Lauterpacht, Hans Kelsen (1881-1973) o como el mismo León Duguit (1859-1928), habían señalado

4. H. LAUTERPACHT, *Supra* nota 2, p. 44.

la necesidad de, por lo menos, contar con una regla básica objetiva de derecho internacional que garantizara su carácter vinculante y trascienda la voluntad soberana de los Estados. Además, muchos supuestos positivistas no habían sido capaces de plasmar en sus obras una negativa acabada respecto a la existencia de referencias al derecho privado, o al derecho en general.<sup>5</sup>

En segundo lugar, la aplicación de normas de derecho privado en el derecho internacional se enfrentó con “la concepción del Estado como una entidad de valor legal y moral absoluto”.<sup>6</sup> De acuerdo con el credo positivista, los Estados difieren de las personas, fundamentalmente, en que tenían un derecho absoluto a la conservación. El carácter sagrado y, en palabras de Lauterpacht, “metafísico” de los Estados, provocó en ellos intereses y derechos de “una naturaleza superior”.<sup>7</sup> Seguramente, el Estado no podría someterse a las reglas normales de las personas que vivían debajo de él. Lauterpacht reiteraba así su posición, según la cual esta postura había demostrado ser insostenible y carente de fundamentos en la tradición histórica del derecho internacional. La doctrina de la naturaleza especial de los Estados se situó en la base de la teoría dualista y, por lo tanto, de la exclusión de individuos de la esfera del derecho internacional. Pero en la práctica se había demostrado con creces que el dualismo nunca había existido realmente. Por otra parte, el “Estado” como concepto se originó a partir de la analogía del Estado con el individuo y la transferencia de los derechos (naturales) de los particulares al Estado. Lauterpacht cita a Hugo Grocio (1583-1645) al sostener que: “en lo que respecta al conjunto de la humanidad, los Estados tomaron el lugar de los particulares”.<sup>8</sup>

Las frecuentes referencias al derecho privado en la jurisprudencia internacional y en la práctica internacional de arbitraje, según Lauterpacht, ofreció pruebas de que el positivismo no otorgaba una transparencia precisa del derecho internacional contemporáneo. Según la visión de Lauterpacht, las analogías que se realizaban relativas al derecho privado estaban lejos de tener una función marginal en el derecho internacional. En 1927, Lauterpacht era un desconocido para el mundo del derecho internacional. Sin embargo, esto pronto cambió. Durante las siguientes tres décadas, se convirtió en uno de los doctrinarios más destacados e influyentes de esa rama del derecho.<sup>9</sup> Actualmente, el pensamiento de Lauterpacht se destaca por

5. *Ibid.*, 43-59.

6. *Ibid.*, 43.

7. *Ibid.*, 74.

8. H. GROCIO, *Mare liberum* 5 (1609) (Trad. del Autor); véase también R. TRUCK, *The Rights of War and Peace. Political Thought and the International Order from Grocio to Kant* (1999), 79-89. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, 72-87, nota 81 en referencia a Grocio.

9. De 1938 a 1956, Lauterpacht fue ‘Whewell Professor’ de derecho internacional, en Cambridge. A partir de 1956 hasta su muerte en 1960, se desempeñó como Juez de la Corte Internacional de Justicia.

su notable coherencia. Lejos de retractarse de lo que había proclamado en 1927, Lauterpacht pasó a construir su sistema de derecho internacional en virtud de esos mismos fundamentos.<sup>10</sup>

Un punto central del pensamiento de Lauterpacht es su rechazo del *non liquet*. Según Sir Hersch, este concepto ha sido introducido en derecho internacional por Emer de Vattel (1714-1767) y se había convertido en uno de los argumentos principales del positivismo. El *non liquet* implicaba que el derecho internacional como sistema jurídico estaba incompleto. Los Estados estaban sometidos únicamente al imperio de la ley en la medida en que ellos mismos habían dado su consentimiento a la existencia de una regla determinada. En consecuencia, no todos los conflictos entre Estados se podrían resolver mediante la aplicación del derecho. Por lo tanto, los tribunales internacionales y árbitros podían negarse a pronunciarse si el derecho se encontraba incompleto, carente de una solución a la controversia que se les presente.

A lo largo de sus numerosas publicaciones, Hersch Lauterpacht atacó duramente al *non liquet*, al llamarlo un exceso de la teoría positivista.<sup>11</sup> Aunque la doctrina del *non liquet* había reunido un amplio apoyo entre los estudiosos de derecho internacional del siglo XIX, no encontraba punto de apoyo en la práctica judicial. Ni debería haberlo tenido. Según Lauterpacht, el derecho internacional no difería del derecho doméstico. A medida que rechazaba a la teoría voluntarista y al carácter especial del Estado, se negó a aceptar la naturaleza incompleta del derecho internacional. Como era el caso de los sistemas municipales más desarrollados, el derecho internacional era un sistema jurídico completo que proporciona soluciones jurídicas a todos los conflictos entre sus sujetos. No habría entonces, distinción alguna entre conflictos “jurídicos” y “políticos”.

Lauterpacht encontró sustento para afirmar que el derecho internacional no se encontraba incompleto en el art. 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia. Además de los tratados y el derecho consuetudinario, el art. 38 mencionaba los

---

GRAVESON, “Hersch Lauterpacht”, 10 *ICLQ* (1961) 1; E. LAUTERPACHT, “Sir Hersch Lauterpacht, 1897-1960”, 8 *EJIL* (1997) 313; MCNAIR, “Hersch Lauterpacht”, *Proceedings of the British Academy* (1961) 371.

10. Para un mayor análisis sobre el pensamiento de Lauterpacht véase también: JENKS, “Hersch Lauterpacht: The Scholar as a Prophet”, 36 *BYBIL* (1960) 1; M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (2001), 353-412, este capítulo fue previamente publicado en 8 *EJIL* (1997) 215; SCOBIE, “The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht’s Concept of the International Judicial Function”, 8 *EJIL* (1997) 264; ROSENNE, “Sir Hersch Lauterpacht’s Concept of the Task of the International Judge”, 55 *AJ* (1961) 825.

11. H. LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community* (1933; 2° ed., 1973) y “Some Observations on the Prohibition of ‘Non Lique’ and the Completeness of the Law”, en F. M. VAN ASBECK *et al.*, (eds.), *Symbolae Verzijl* (1958), 196.

“principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” como una de las fuentes de derecho internacional que la Corte debía aplicar. De este modo, los Estados signatarios habían rechazado expresamente al pilar fundamental de la teoría positivista: el voluntarismo absoluto. En palabras de Lauterpacht:

Hasta ahora, a lo que a la ciencia del derecho internacional se refiere, el art. 38 (3) había dado un golpe de muerte al positivismo en su manifestación más importante: Su teoría de fuentes de derecho a aplicar por los tribunales internacionales. Se negaba así al principio fundamental de la teoría positivista, según el cual la costumbre y los tratados eran las únicas fuentes sobre las que los jueces pueden ampararse para fallar.<sup>12</sup>

De acuerdo con la perspectiva de Lauterpacht, los principios generales tenían una doble función. En primer lugar, servían como una fuente subsidiaria de derecho para los casos en que la costumbre y los tratados resulten incompletos o insuficientes. Bajo tal carácter, los principios generales de derecho han sido el material con el cual se han rellenado las *lacunae* dejadas por el derecho positivo internacional y, así, han venido a garantizar la integridad de dicha rama del derecho.<sup>13</sup> En segundo lugar, los principios generales sirvieron como el marco general en el que las normas específicas contenidas en las dos fuentes primarias de derecho internacional deberían ser leídas, interpretadas y comprendidas. Según Lauterpacht el art. 38 fue una cascada de fuentes con dirección en ambos sentidos. Si bien ya había aplicación subsidiaria en el derecho internacional, desde la aplicación de tratados a través de la costumbre internacional hasta los principios generales, esta última categoría ofrece un contexto general y universalmente válido para el derecho consuetudinario, el que a su vez constituyó el contexto en el que los tratados debían interpretarse. El derecho internacional positivo fue incrustado en los “principios generales del derecho”.<sup>14</sup>

Para Sir Hersch, estos “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” no eran más que los principios básicos y las características que los sistemas de las principales naciones del mundo compartían. Con esto se refería, en primer lugar, a los sistemas de derecho doméstico. Y como el derecho privado, de todas las ramas del derecho, resultaba la que tenía una mayor tradición y era la más desarrollada, los principios generales del art. 38 se refieren, primero que nada, a la herencia común de los sistemas jurídicos domésticos de derecho privado

12. H. LAUTERPACHT, “General Rules of the Law of Peace”, en E. LAUTERPACHT (ed.), *International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht* (1970), v. I, 179, 242, publicado por primera vez en 62 *RCADI* (1937) 99.

13. H. LAUTERPACHT, “International Law: The General Part”, en E. LAUTERPACHT, *supra* nota 12, 1, 68.

14. *Ibid.*, 86 y H. LAUTERPACHT, *supra* nota 12, 231 y 351.

(de occidente). En consecuencia, el Estatuto vino a legitimar la aplicación de analogías provenientes del derecho privado y a darles un papel esencial en el desarrollo de normas de derecho internacional.<sup>15</sup> Bajo esta visión, el art. 38 también afirmó que, al igual que cualquier otra rama del derecho, el derecho internacional venía a formar solamente una parte del derecho en general, de la “experiencia jurídica de la humanidad”:

Las consideraciones precedentes explican la naturaleza de los “principios generales del Derecho”. A ellos se llega a través de una comparación, generalización y síntesis de las normas propias de las distintas ramas del derecho (privado y público, constitucional, administrativo y procesal) que resultan comunes a los diferentes sistemas legislativos domésticos. Dichas normas vienen a constituir, en sentido amplio, al moderno *jus gentium*. Desde esta perspectiva, no son más que una formulación moderna del derecho natural, el cual desempeñó un papel decisivo en el período de formación del derecho internacional y en el cual, a su vez, subyace una gran parte de su desarrollo posterior. No hay garantía alguna de que el derecho natural sea una mera especulación que haya venido a dar forma jurídica al pensamiento deductivo tanto sobre ética como sobre teología. Principalmente, se trataba de una generalización de la experiencia jurídica de la humanidad.<sup>16</sup>

El derecho internacional no era fundamentalmente diferente de los demás sistemas jurídicos. Sus deficiencias como sistema de derecho, en tanto que, aparentemente, a menudo no lograra proveer una normativa para resolver un caso específico y/o su carácter vinculante, el cual todavía estaba en disputa, no tenía nada que ver con su carácter excepcional como sostenían los positivistas, sino con el hecho de que se encontraba poco desarrollado. Al referirse al derecho privado y al apoyarse en analogías con dicha rama, los especialistas en derecho internacional expusieron que “la experiencia jurídica de la humanidad” tenía más que ofrecer en el desarrollo de su campo. Para Lauterpacht no había otra alternativa:

¿Abdicaría el derecho internacional, al negarse a admitir sus imperfecciones presentes, elevándolas a la autoridad de manifestaciones legítimas y permanentes de un derecho “específico”, de la tarea de desarrollarse a sí mismo por encima del nivel de un sistema derecho primitivo de una comunidad primitiva?<sup>17</sup>

15. H. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, p. viii.

16. H. LAUTERPACHT, *supra* nota 13, 74-75.

17. H. LAUTERPACHT, *The Function of Law*, *supra* nota 11, 431.



La doctrina dejada por Lauterpacht significó un grave problema para la corriente positivista. Tocó dos puntos muy polémicos del derecho internacional contemporáneo: la interpretación de los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” y el *non liquet*. Especialistas soviéticos han negado al art. 38 (3) para luego indicar que no reconocerían a una fuente de derecho que no sea un tratado o costumbre.<sup>18</sup> Otros especialistas, como el italiano Dionisio Anzilotti, entendieron que los “principios generales”, constituirían, primero que nada, como principios de derecho internacional.<sup>19</sup> Ambos grupos rechazaron una interpretación que asocie al derecho internacional con el derecho en general. En realidad, la Corte de La Haya muy rara vez invoca al art. 38 (3), ahora art. 38 (1) (c).<sup>20</sup> Sin embargo, con el tiempo, la mayoría de los especialistas del siglo XX ha llegado a aceptar que “los principios generales del derecho” incluyen principios derivados de los distintos sistemas de derecho doméstico.<sup>21</sup> El fuerte rechazo que generaba en Lauterpacht la doctrina del *non liquet* no ha quedado sin respuesta tampoco: Julius Stone publicó un artículo refutando la posición de Lauterpacht.<sup>22</sup> Dicho esto, cabe mencionar que la cuestión no se ha resuelto de manera concluyente.<sup>23</sup>

18. G. TUNKINS, *Theory of International Law* (traducción de W. E. Butler, 1974), 190-203.

19. D. ANZILOTTI, *Cours de droit international* (traducción. G. Gidel, 1929), v. I, 117-118.

20. FITZMAURICE, “The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law”, 27 *BYBIL* (1950) 1; THIRLWAY, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989”, 61 *BYBIL* (1990) 1, 110-111.

21. AKEHURST, “Equity and General Principles of Law”, 25 *ICLQ* (1976) 801; B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1987); C. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public* (4° ed., 1970), 412; FRIEDMANN, “The Use of “General Principles” in the Development of International Law” en L. GROSS (ed.), *International Law in the Twentieth Century* (1969), 246; P. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public* (1967), v. I, 295; G. HERCZEGH, *General Principles of Law and the International Legal Order* (1969); MCNAIR, “The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations”, 33 *BYBIL* (1957) 1; SØRENSEN, “Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées”, 101 *RCADI* (1960) 16; G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals* (3° ed., 1957), i, 43; WALDOCK, “The Common Law of the International Community – General Principles of Law”, 106 *RCADI* (1962) 54. Para mayor material respecto a la discusión existente sobre las distintas interpretaciones imperantes sobre los “principios generales” véase: LAMMERS, “General Principles of Law Recognized by Civilized Nations” en F. KALSHOVEN (ed.), *Essays on the Development of the International Legal Order* (1980), 53; THIRLWAY, *supra* nota 20, 116; VITANYI, “Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de “principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées””, 86 *RGDIP* (1982) 48.

22. STONE, “Non Liqueur and the Function of Law in the International Controversy”, 35 *BYBIL* (1959) 124.

23. SCOBIE, *supra* nota 10, 274-276 y 285-288. Sobre *non liquet* véase: FITZMAURICE, “The Problem of Non Liqueur: Prolegomena to a Restatement” en R. AGO *et al.* (eds.), *Mélanges offerts à Charles Rousseau* (1974), 89; TAMMELO, “Logical Aspects of the Non Liqueur Controversy in International Law”, 5 *Rechtstheorie* (1974) 1; J. VERZIJL, *International Law in Historical Perspective* (1968), i, 47; WEIL, “The Court Cannot Conclude Definitively...? *Non Liqueur* Revisited”, 36 *Columbia J Transnat'l L* (1997) 109.

En dos puntos, la teoría de Lauterpacht ha tenido una amplia aceptación. En primer lugar, y aunque muchos juristas no la aceptan, la conexión entre la analogía con el derecho privado, los principios generales y el *non liquet*, y la afirmación de que son una característica común del derecho internacional, rara vez encuentra oposición. Implícitamente, la mayoría de los juristas especialistas en derecho internacional aceptan la visión de Lauterpacht sobre la existencia de analogías con el derecho privado como una declaración descriptiva. En segundo lugar, como demuestra la jurisprudencia de la CIJ, no es necesario utilizar con eficacia el puente entre el derecho internacional y los sistemas domésticos de derecho privado que el art. 38 (1) (c) ofrece para superar la brecha existente entre ellos. Uno sólo tiene que aceptar que el uso de analogías con el derecho privado es tolerado por el art. 38. Esto en sí mismo es suficiente para reivindicar la afirmación más fundamental de Lauterpacht: el derecho internacional es sólo otra parte de la “experiencia común de la humanidad”.

### III. LA TRIPLE FUNCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La interpretación que Lauterpacht realizaba sobre los “principios generales del derecho” y sus relaciones con la prohibición del *non liquet* no fue el único argumento que utilizó para defender las analogías con el derecho privado. De una manera menos explícita, Lauterpacht también fortaleció su posición a través del análisis de hechos históricos. Al discutir sobre los principios generales como derivaciones del derecho privado, Lauterpacht se refería a los sistemas de derecho doméstico. Pero su visión también incluía la inspiración que éste halló en el derecho romano.

Para él, esto era natural. Ya en el prefacio de su tesis doctoral, Lauterpacht más de una vez añadió “y el derecho romano” a “el derecho privado” sin hacer ningún tipo de aclaración por ello.<sup>24</sup> A lo largo del libro hay más casos de la forma evidente en que el autor asocia al derecho romano con los principios generales y normas comunes de derecho privado. Después de todo, Lauterpacht había recibido su educación legal en Viena, ciudad en la que predominaba la escuela jurídica alemana. En esta tradición, el derecho romano ocupaba un lugar de honor en el estudio de la rama del derecho privado, incluso hasta después de la codificación del derecho civil en 1899.<sup>25</sup>

24. Por ejemplo “El estudiante que se dedica enteramente al campo de la aplicación del derecho privado (y romano)...”: H. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, p.vii; “Respecto de esas instancias, pueden agregarse casos a los trabajos doctrinarios originalmente creados en contacto con derecho romano y privado, subsiguientemente desarrollado...”: *ibid.*, p. 6.R.

25. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law* (2001), 53.

Pero las referencias que Lauterpacht realizó respecto al derecho romano fueron más allá de las demás asociaciones. El argumento del derecho romano ha servido de fundamento a la teoría de Lauterpacht sobre las analogías con el derecho privado de tres maneras: En primer lugar, al hacer referencia al derecho romano, Lauterpacht había sugerido que la actual dependencia del derecho internacional del derecho privado era parte de una tradición de larga data. En segundo, la toma de inspiración del derecho privado fue justificada al conectarlos con los principios generales del art. 38 del Estatuto. El hecho de que muchas analogías con el derecho privado compartan una fuente en común en el derecho romano ha ayudado a mantener ese vínculo. En tercer lugar, el derecho romano ofrecía una alternativa a la dependencia imperante del derecho natural, entendiéndolo a este como una “mera especulación que vino a dar forma jurídica al pensamiento deductivo propio de la teología y la ética”. Las características comunes no debían explicarse en el terreno movedizo de los preceptos morales del derecho natural, sino que, o podían ser vistas como el resultado de los hitos históricos que los sistemas de derecho positivo imperantes en Occidente tenían en común, o en términos de “derecho natural”, como fuera definido por Lauterpacht: la “generalización de la experiencia jurídica de la humanidad”.

Pero ¿de qué manera desempeñaría o ha desempeñado el derecho romano un papel en la formación del derecho internacional? A pesar de que las observaciones realizadas por Lauterpacht sobre la cuestión fueron breves y superficiales, es posible distinguir el punto de vista de su teoría general de analogías con el derecho privado. Al analizar los textos, puede decirse que tres funciones diferentes del derecho romano salen a la luz.<sup>26</sup>

En primer lugar, Lauterpacht reconoció que el derecho romano había desempeñado un papel fundamental durante el período de formación del derecho internacional (siglos XVI-XVII), e incluso durante el siglo XVIII. Los grandes autores de derecho internacional, como Albericus Gentilis (1552-1608), Hugo Grocio (1583-1645), Richard Zouche (1590-1661) e incluso los “positivistas” Cornelius van Bynkershoek (1673-1743) habían hecho un amplio uso de “analogías de derecho privado” derivado del derecho romano en la articulación del emergente derecho internacional.<sup>27</sup> Al respecto, el derecho (privado) romano sirve como una fuente histórica directa para el derecho internacional actual. Y las analogías realizadas en la actualidad respecto a sistemas de derecho privado modernos fueron, simplemente,

26. LESAFFER, “*The Scholar as a Judge: Romeins recht en algemene beginselen van privaatrecht bij sir Hersch Lauterpacht (1897-1960)*”, en E. J. BROERS y B. VAN KLINK (eds.), *De rechter als rechtsvormer* (2001), 65, 78.

27. H. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, 8. También, véanse comentarios mas detallados en la nueva versión del libro que Lauterpacht estaba preparando antes de morir, publicado por E. LAUTERPACHT, *International Law* (1973), ii, 173, 184.

la continuación de las analogías realizadas con anterioridad respecto al derecho romano (siglos XVI y principios de XVII) y al derecho natural (finales de los siglos XVII-XVIII/XIX).

En segundo lugar, para Lauterpacht el derecho romano era el núcleo común de los sistemas de derecho civil de los derechos internos. Aunque su influencia en el Derecho Inglés había sido ciertamente pequeña, no era inexistente. A través de la aplicación del instituto de la equidad, en las cortes eclesiásticas y en los tribunales del almirantazgo el derecho romano encontró un punto de apoyo en la tradición jurídica inglesa. Por su parte, el internacionalista austro-británico no era de los que subestiman las diferencias entre el derecho continental y el “Common Law”. Él rechazó expresamente la idea de que esas diferencias hayan llevado a una diversificación del derecho internacional.<sup>28</sup> En la medida en que las características comunes a los principales sistemas de derecho privado de occidente servían de origen de las normas del derecho internacional, el derecho romano, una vez más, salía a la luz como la fuente histórica de la que había fluido. Además de un impacto histórico directo, el derecho romano también ha tenido un papel indirecto en el desarrollo histórico del derecho internacional. Así que, incluso cuando el auge del derecho romano en la ciencia jurídica había terminado después del año 1700, continuó siendo un punto de referencia.

En tercer lugar, Lauterpacht señaló que algunos especialistas del siglo XIX y algunos contemporáneos, especialmente de los países del common law, se han referido directamente al derecho romano como *ratio scripta*, o en otras palabras, la razón de la cosa. Para estos autores el derecho romano, por definición, parecía encarnar los principios generales del derecho. Las normas y conceptos propios del derecho romano fueron considerados como una prueba absoluta de lo que era común a los sistemas jurídicos de los diferentes Estados, pudiendo ser invocados para la redacción de nuevas normas de derecho internacional.<sup>29</sup> Ejemplos de ello también podrían ser extraídos del arbitraje internacional.<sup>30</sup> Lauterpacht sugirió que el derecho romano aun inspira, de manera directa, a nuevas analogías entre el derecho privado y el derecho internacional. Era consciente de que este postulado que posiciona al derecho romano como *ratio scripta* era similar a uno presentado por abogados naturalistas de siglos XVII y XVIII. Explicó que la alta calificación otorgada al derecho romano por los escritores anglo-americanos se daba por el hecho de que ellos, “si bien siguieron de cerca la práctica de los Estados, nunca perdieron de

28. H. LAUTERPACHT, “The So-Called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law”, 12 *BYBIL* (1931) 31.

29. H. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, 25 y 176.

30. H. LAUTERPACHT citaba el caso “Venezuelan Preferential Arbitration” de 1903.

vista lo que puede llamarse la base del derecho natural del derecho internacional”.<sup>31</sup> Y aun cuando todas las afirmaciones en sentido contrario fueron hechas por esos mismos autores o, posteriormente, por historiadores, los especialistas en derecho internacional y/o en derecho natural de los siglos XVII y XVIII fueron incapaces de desechar al derecho romano en virtud del “derecho natural”, en tanto, en gran medida, éste último no era otra cosa que derecho romano. Otra explicación, que no fuera proveída por Lauterpacht, fue que el derecho romano tenía un impacto menor sobre las normas de derecho privado de ordenamientos jurídicos del “Common Law” que de aquellas de los países que hubieran adoptado un sistema de derecho continental. En consecuencia, el derecho romano era más fácilmente aceptado como una fuente autónoma de inspiración para las normas de derecho internacional.

Lauterpacht se mostró crítico respecto de esta postura angloamericana. Para él, las normas de derecho privado sólo podían ser invocadas como prueba de los “principios generales del derecho” en la medida en que sean verdaderamente “generales”. Para ello era necesario que dichas normas hayan sido “universalmente adoptadas”, lo cual poseía mayor peso que el concepto de “justicia jurídica”. Por normas “universales” entendió que serían aquellas recogidas por “los principales sistemas domésticos de derecho privado”.<sup>32</sup> No había razón alguna para no aplicar a las normas de derecho romano esta “prueba práctica”:

Tampoco existe ninguna razón convincente que permita sostener que el derecho civil romano constituye una excepción al principio según el cual las normas y aspectos técnicos de sistemas domésticos de derecho privado no deban emplearse a los fines de la construcción e interpretación de los tratados.<sup>33</sup>

Si bien breves e implícitos, los atinados comentarios de Lauterpacht gozaban de una triple función del derecho romano en el derecho internacional. Como hipótesis de trabajo procederemos a adoptar sus puntos de vista sobre este triple rol del derecho romano. Sin embargo, estimamos conveniente profundizar un poco más en la historia de la interacción entre el derecho romano y el derecho internacional.

Aunque Lauterpacht dedicó un amplio capítulo de su libro a los juristas históricos del derecho internacional, no era su objetivo exponer un desarrollo histórico de la aplicación del derecho privado romano en el moderno derecho de gentes, sino sólo exponerlo y justificarlo. Su objetivo era demostrar que existía una larga tradición respecto al uso de analogías provenientes del derecho privado. Su análisis abarcó el periodo de Estados soberanos para luego retrotraerse hasta el periodo de

31. H. LAUTERPACHT, *supra* nota 27, 201, nota 1.

32. H. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, 177.

33. *Ibid.*, 178.

formación del derecho internacional. Con ello demostró que las analogías con el derecho privado no tenían una función marginal en el derecho internacional. Pero al no analizar la relación histórica entre el derecho romano y el derecho internacional ¿pudo Lauterpacht evitar la cuestión, que estimamos resulta crucial para la comprensión de esa relación, sobre lo que ha de entenderse por “derecho romano”?

Lauterpacht ofreció dos explicaciones para la utilización del derecho romano en el derecho internacional. En primer lugar, analogías con derecho privado, y por lo tanto romano, eran naturales durante el período formativo del derecho internacional debido a “la concepción patrimonial del Estado”.<sup>34</sup> Hasta el siglo XVI, el Estado era considerado como el patrimonio privado del príncipe y no había todavía una estricta distinción entre derecho privado y público. Por lo tanto, las normas de derecho privado se hicieron un lugar en las negociaciones entre Estados que fueran hechas entre los príncipes. De hecho, durante la Baja Edad Media, siglo XVI y principios del XVII, los tratados no eran fundamentalmente diferentes de los contratos de derecho privado. Recién los grandes clásicos “del derecho internacional” en el siglo XVII comenzaron a desarrollar una doctrina autónoma relativa al derecho de los tratados.<sup>35</sup>

Pero la concepción patrimonial del Estado ofrece sólo una parte de la solución. Como comentara Lauterpacht, esta explicación histórica fue apoyada con entusiasmo por positivistas del derecho internacional, ya que les servía para corroborar su rechazo a las analogías con el derecho privado. Luego, como la concepción patrimonial del Estado devino obsoleta, las analogías con las normas de derecho privado también, o al menos deberían haberlo hecho.<sup>36</sup> Había otro fundamento relativo a la importancia histórica del derecho romano que Lauterpacht insinuó cuando escribió que “[e]n la Edad Media el Derecho Romano fue, en gran medida, coincidente con el derecho en general”.<sup>37</sup> Aunque la gran mayoría de historiadores del derecho encontraría a esta frase demasiado atrevida e irrespetuosa con el papel desempeñado por ordenamientos tales como el canónico, el feudal y el consuetudinario, lo cierto es que resulta de relevancia en la cuestión que nos ocupa. De hecho, Lauterpacht se refiere a una realidad histórica muy descuidada por historiadores del derecho

34. *Ibid.*, pp. vii. 37 y 91.

35. W. G. GREWE, *The Epochs of International Law* (Trad. de M. Byers, 2000), 90 y 196-198; LESAFFER, “The Medieval Canon Law of Contract and Early Modern Treaty Law”, *2 J. Hist. Int’l L* (2000) 178, 185, y “An Early treatise on Peace Treaties: Petrus Gudelinus between Roman Law and Modern Practice”, *23 J Legal Hist* (2002) 221, 224; K. H. ZIEGLER, *Volkerrechtsgeschichte* (1994), 155.

36. H. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, pp.vii-viii.

37. H. LAUTERPACHT, *supra* nota 27, 185.

internacional: el de la continuidad entre la doctrina medieval del *ius commune* y los albores del moderno derecho internacional.<sup>38</sup>

Para entender el impacto del derecho romano sobre el moderno derecho internacional durante su “período formativo” (siglos XVI-XVII) es fundamental comprender su importancia durante la baja edad media.<sup>39</sup> A partir del siglo XI, una nueva ciencia del derecho se desarrolló en el occidente latino. El redescubrimiento de los textos de Justiniano y la construcción del derecho canónico clásico fueron los dos ingredientes para la creación de esta nueva ciencia jurídica europea. El derecho aprendido, el *ius commune*, del cual había surgido para el siglo XIV, no sólo tenía dos partes, sino que en muchos aspectos se forjó de la fusión de ambos. Desde la Baja Edad Media hasta el siglo XVII la ciencia jurídica era sinónimo de *ius commune*. A pesar de que en gran medida sigue siendo un derecho aprendido y de que no se aplicó por la gran mayoría de los tribunales seculares en Europa, tuvo un enorme impacto en el desarrollo de la práctica jurídica. El *ius commune* era escolástico. Como tal, sus fuentes gozaban de autoridad e inspiraron a un ideal común de derecho que se cernía sobre los cientos de sistemas jurídicos que existen y se aplican en todo Occidente. Fue el faro que señaló la dirección en la que una gran cantidad de barcos jurídicos habrían de dirigirse.<sup>40</sup>

Lo que resultaba válido para las normas que regían las relaciones entre particulares, era válido para aquellas que regían las relaciones entre los príncipes, repúblicas y similares. Durante la Edad Media nunca hubo una doctrina de carácter autónomo o literatura sobre las relaciones entre gobernantes. Pero muchos abogados, entre ellos el gran Bartolo de Sassoferrato (1314-1357) y Baldus de Ubaldis (c. 1327-1400), trataron temas que hoy serían clasificados como asuntos de derecho internacional. Las relaciones entre los príncipes y las repúblicas estaban tan sujetas al *ius commune* como todos los demás ámbitos del derecho. Después de todo, los juristas medievales no tenían necesidad de tratar al “derecho de las naciones” como algo distinto del derecho en general. No había aún ningún “Estado” que reclamara un carácter especial, soberanía absoluta y/o control exclusivo sobre su territorio, a

38. LESAFFER, “The Grotian Tradition Revisited: Change and Continuity in the History of International Law”, 73 *BYbIL* (2002) 103.

39. La más importante publicación al respecto durante mucho tiempo: ZIEGLER, “Die römische Grundlagen des europäischen Privatrechts”, 4 *Ius Commune* (1972) 1; ahora vease también: C. BALDUS, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen* (2 vols., 1998) y, ZIEGLER, “The Influence of Medieval Roman Law on Peace Treaties”, en R. LESAFFER (ed.), *Peace Treaties and International Law in European History* (2004), 147. Por un estudio general de la función de los principios generales en la historia del derecho internacional vease BATTAGLINI, “Il riconoscimento internazionale dei principi generali del diritto” en *Le droit international à l’heure de sa codification. Etudes en l’honneur de Roberto Ago* (1987), i, 97.

40. Respecto a doctrina escolástica, véase: M. BELLOMO, *The Common Legal Past of Europe 1000 - 1800* (1995).



fin de excluir a otras entidades y personas privadas del escenario de las relaciones internacionales.<sup>41</sup>

En cuanto a la aplicación de conceptos, normas e institutos de derecho privado en las relaciones entre príncipes, los juristas medievales fueron ayudados por la confusión existente en torno al concepto romano de *ius gentium*. Originalmente este término hacía referencia a un sistema “universal” de derecho privado que el *praetor peregrinus* (el magistrado republicano que tenía jurisdicción sobre los extranjeros en Roma) había desarrollado. Recién a partir del período post-clásico (después del año 250) se consideró incluir las cuestiones de lo que hoy podríamos llamar “derecho internacional público”.<sup>42</sup> Aunque el *ius gentium* romano fue un sistema de derecho positivo, también había tradición de asociarlo al derecho natural.<sup>43</sup> Después de que todos los habitantes libres del Imperio Romano se convirtieron en ciudadanos en el año 212 DC, la distinción entre *ius civile* y *ius gentium* perdió su importancia práctica y los dos sistemas se hicieron cada vez más entrelazados.

Debe, sin embargo, ponerse de relieve que casi no se puede evaluar el impacto de la doctrina del derecho continental medieval sin tener en cuenta aquel del derecho canónico. La mayoría de los aspectos de las relaciones internacionales recurrían a ambos argumentos, tanto de derecho canónico y como de derecho romano, los cuales se entrelazan indisolublemente. Además, el impacto del derecho canónico fue más directo. Especialistas de derecho canónico más frecuentemente trataron temas pertinentes al derecho de gentes que lo que el derecho romano lo había hecho.<sup>44</sup> El derecho canónico había tenido un impacto mayor, básicamente, porque era el derecho aplicado por los tribunales eclesiásticos, los cuales –*ratione peccati*– poseían competencia en muchas disputas entre gobernantes y otros cuerpos políticos.

En resumen, durante la Baja Edad Media, el derecho de gentes no estaba inspirado por el *ius commune*, sino que era una parte del mismo. El siglo XVI trajo un cambio radical a todo ello. El surgimiento de poderosos complejos de poder dinástico, los descubrimientos del Nuevo Mundo y la Reforma Protestante desafiaron el viejo orden jurídico europeo. Para 1550, el derecho canónico y la jurisdicción papal habían perdido su fundamento en, aproximadamente, medio occidente. De repente, el mayor puente entre el *ius commune* y la práctica jurídica internacional se derrumbó.

41. LESAFFER, “Charles V, *monarchia universalis*, and the Law of Nations (1515-1530)”, 71 *Legal Hist Rev* (2003) 79.

42. Esta confusión y evolución en los términos fue utilizada recientemente para explicar la transición de normas de derecho privado al derecho de las naciones por WINKEL, “The Peace Treaties of Westphalia as an Instance for the Reception of Roman Law”, en LESAFFER, *supra* nota 39, 222 y por CASTELLINO y ALLEN, *supra* nota 3.

43. GAYO Inst. 1.1; Inst. 1.2.1; Dig. 1.1.9.

44. MULDOON, “The Contribution of the Medieval Canon Lawyers to the Formation of International Law”,



El siglo XVI también vio el surgimiento de una nueva doctrina: el humanismo. Los humanistas no consideraron que la compilación de Justiniano sea la encarnación de una verdad absoluta y eterna como los escolásticos medievales pensaban. Ellos lo tomaban como lo que era: una colección de textos realizados por el hombre, que resultaba de un contexto histórico específico. No pensaban obtener una verdad absoluta de los libros de Justiniano, sino interpretarlos a partir de su significado original y en su contexto histórico. El derecho romano era considerado la encarnación más perfecta de la razón y de la justicia que alguna vez haya existido. Pero el derecho romano había perdido su autoridad absoluta y eterna, y, en consecuencia, no debía, como sucedió, ser aplicado por más tiempo a los problemas actuales. La legislación y la práctica jurídica contemporáneas fueron formadas basadas en su ejemplo; de esta forma, los juristas emularon al derecho romano.<sup>45</sup> Este enfoque humanista se aprecia en las obras de los primeros escritores que, desde alrededor de 1600, comenzaron a desarrollar una doctrina autónoma del derecho de las naciones. Gentilis y Grocio son sólo los nombres más famosos entre las generaciones de juristas y profesionales que a partir del siglo XVII trataron de liberar al *ius gentium* del *ius commune* y formarlo como una disciplina independiente. Pero para moldear la abundante masa de costumbre, tratados y normas en un marco sistemático y científico, no tuvieron otra opción que volver la única ciencia jurídica pre-existente, el *ius commune*. En primer lugar, se refirieron a los escritos de juristas medievales que, como tales, habían obtenido una formación que concebía al *ius gentium* dentro del *ius commune*. En segundo lugar, a la hora de crear nuevas normas y conceptos de derecho de gentes, a menudo recurrieron a institutos de derecho privado romano (una interpretación humanista del derecho romano clásico) como fuente de inspiración y comenzaron a usar analogías de derecho privado. La ecuación de Grocio sobre la personalidad del Estado, relacionada con la del hombre en la naturaleza (aprobada por Thomas Hobbes (1588-1679)) se convirtió en un poderoso mito. Con el tiempo, los escritores del moderno derecho de las naciones, así como sus homólogos del derecho civil, se hicieron más críticos respecto a la aplicación del derecho romano, y comenzaron a encontrar casos y situaciones en las que el derecho romano no proporcionaba la solución más razonable o más justa. Un nuevo criterio para la aplicación o no de derecho romano surgió: la razón. Aunque el derecho romano había demostrado con frecuencia abarcarla, no siempre lo lograba.

Aunque el derecho canónico había perdido su autoridad secular y los humanistas pretendían volver al derecho romano original, no pudieron deshacer la evolución a la que el derecho romano había sido sometido durante la Edad Media,

45. KELLEY, "Civil Science in the Renaissance: Jurisprudence in the French Manner", 2 *J Hist of Ideas* (1981) 261; G. KISCH, *Studien zur humanistischen Jurisprudenz* (1972), at 19; SCHOECK, "Humanism and Jurisprudence", en A. RABIL (ed.), *Renaissance Humanism: Foundations, Forms and Legacy* (1988), iii, 310.

ni podían deshacer la influencia del derecho canónico. La fusión entre el derecho romano y el derecho canónico en la doctrina medieval había, sobre todo, servido para liberar al derecho romano de sus aspectos técnico-casuísticos al incrustarlos en los preceptos y principios generales, los cuales se desprendían de la teología moral y del mismo derecho canónico. A pesar de todo, si bien algunos humanistas intentaban restablecer el sentido original de ciertas instituciones y conceptos, no pueden borrarse de la memoria doctrinas como el consensualismo en el Derecho contractual (*pacta sunt servanda*)<sup>46</sup> o la responsabilidad por daños. Estas ideas, que primero se desarrollaron en el derecho canónico, ya alcanzaron la condición de derecho natural. En otras palabras, el derecho romano era considerado como la fuente principal de la “razón de...”, incluso, para muchos de los “clásicos del derecho internacional” como indicara Lauterpacht,<sup>47</sup> del derecho natural. Cuando Lauterpacht se refería al “derecho romano”, a menudo se refería al derecho medieval romano en su estrecha vinculación con el derecho canónico. Adicionalmente, la evolución del derecho romano no se había detenido allí. En Alemania se había seguido la práctica, de la mano de abogados naturalistas, de extraer porciones de derecho romano en la forma de institutos y de normas individuales, para utilizarlos como cimientos para la construcción de su propio sistema contemporáneo de derecho (privado), el cual poco tenía en común con el derecho romano clásico.

A partir de estas ideas en el papel histórico del derecho romano, podemos afinar los puntos de vista de Lauterpacht sobre las tres posibles funciones del derecho romano en la práctica jurídica actual. Desde los escritos de Lauterpacht, tres funciones diferentes del derecho romano se pueden distinguir: el derecho romano como fuente histórica directa del derecho internacional, el derecho romano como una fuente histórica indirecta y el derecho romano como *ratio scripta*, inspirando a nuevas analogías de derecho privado en el derecho internacional contemporáneo. Tenemos que agregar algunas observaciones respecto a las dos primeras funciones. Este ajuste fino del enfoque realizado por Lauterpacht supone, principalmente, tener en cuenta que el contenido del concepto de “derecho romano” resulta cambiante.

En primer lugar, el derecho privado romano ha desempeñado de manera directa un papel histórico en el desarrollo del derecho de gentes. Pero este papel, durante el período formativo de dicha rama del derecho (siglos XVI a XVII), como Lauterpacht declaró, no fue el único. Su influencia data ya del siglo XI. La influencia directa del derecho romano fue sin duda en la segunda mitad del siglo XVII. Para una mejor comprensión de lo que consistió ese derecho “romano”, cuál fue su significado exacto en la «fecha crítica» y su impacto sobre el derecho de las naciones es conveniente realizar una interpretación histórica o incluso contemporánea

46. X. 1.35.1: “Universi dixerunt, pax servetur pacta custodiantur”.

47. H. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, 12.

del derecho internacional. Por lo tanto, como se ha indicado anteriormente, hay que aclarar qué se entiende bajo el concepto de derecho romano. ¿Es el derecho clásico, el de Justiniano –lo cual sólo es probable para el período del humanismo, de los siglos XVI y XVII– o es el derecho romano como parte del *ius commune* medieval? Y si esto último fuera cierto ¿Hubiera el “derecho romano” evitado realizar referencias al derecho canónico?

En segundo lugar, las posteriores analogías con el derecho privado que se realizaran durante los siglos XVIII, XIX o incluso XX que han servido a la formación del derecho internacional, a menudo hacen referencia a elementos que originalmente fueron sacados del derecho romano. Una vez más, será relevante saber si el derecho romano es derecho clásico, el de Justiniano o *ius commune* medieval, o si sólo se refiere a algunos restos que han sido recogidos por la supuesta ciencia jurídica “romana” del siglo XIX conocida como Pandect-Ciencia.

#### IV. OCUPACIÓN DE *TERRA NULLIUS*

Ahora vamos a virar nuestra atención al uso de argumentos provenientes del derecho romano por la CIJ desde 1945. No es nuestro propósito catalogar todas las referencias al derecho romano que podrían recogerse en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte. Este esfuerzo no sería imposible, pero su resultado sería decepcionante. En ningún momento la CIJ expresamente justificó el uso de una norma por el solo hecho de que ésta derivase del derecho romano. Algunos de los jueces en sus votos particulares, sin embargo, lo han hecho, entre los cuales se destaca al juez Federico De Castro, quien sirvió en la Corte en la década de 1970. De esta manera, rara vez la corte apela a una analogía con el derecho privado a fin de introducir un nuevo concepto o regla.<sup>48</sup> Por otra parte, el Tribunal a menudo aplica normas y conceptos del derecho privado, los cuales en el pasado fueron receptados por el derecho internacional. Además, a menudo utiliza los principios generales del Derecho, sin referirse expresamente al art. 38 (1) (c) del Estatuto de la Corte o a sus orígenes de derecho privado.<sup>49</sup> Muchos de ellos se remontan, aunque sea en parte, al derecho romano. Enumerarlos sería emprender la misma tarea que Lauterpacht en la década de 1920 y daría lugar a un resultado similar.<sup>50</sup> Por otra parte, realizar tal inventario nos enseñaría poco sobre el uso y la función del derecho romano, aparte

48. THIRLWAY, *supra* nota 20, 127.

49. *Ibid.*, 121.

50. FITZMAURICE, *supra* nota 20, 29 (1952), 30 (1953) 1, 32 (1955-1956) 203, y 33 (1957) 203; THIRLWAY, *supra* nota 20, 60 (1989) 1, 61 (1990) 1, 63 (1992) 1, y 66 (1995) 1.

de que el derecho internacional adoptó normas de derecho privado, muchas de las que tienen una base en el derecho romano.

Según la doctrina, hay cinco modos tradicionales de adquisición de territorio en el derecho internacional: cesión, ocupación, acumulación, conquista y prescripción.<sup>51</sup> Estos cinco modos son todos derivados del derecho privado en general y tienen sus raíces en la época del derecho romano.<sup>52</sup> Se ha dicho que en la mayoría de los casos los distintos modos de adquisición no pueden ser aislados y separados unos de otros y que la mayoría de los títulos son compuestos. Sin embargo, como el presente trabajo no se plantea estudiar el derecho de la adquisición de territorio en el derecho internacional, vamos a tratar las dos cuestiones que nos ocupan, al menos en la medida de lo posible.

Robert Jennings define a la ocupación como “la apropiación por parte de un Estado de un territorio que en ese momento no está sujeto a la soberanía de ningún Estado”. Según él, esto no implica que (en los días de la colonización, cuando la ocupación se invocaba) el territorio haya estado deshabitado: “Los nativos que vivían bajo una organización tribal no se consideraban como a un Estado”. Reconoció que esta actitud, que surgió a partir del siglo XIX, “podría producir un poco de vergüenza ahora”. Debido a que el mundo entero está ahora sujeto a la soberanía de algún Estado, a excepción de las regiones polares, la ocupación ha quedado obsoleta.<sup>53</sup> En diciembre de 1974, la Asamblea General de la ONU pidió a la CIJ la opinión consultiva sobre el Sahara Occidental. La resolución 3.292 (XXIX), del 13 de diciembre 1974 fue presentada a la Corte sobre la cuestión de si el Sahara Occidental fue, en el momento de su colonización por España, un territorio sin dueño, o *terra nullius*. En su dictamen, el tribunal aceptó claramente que la ocupación había sido considerada como un modo de adquisición de territorio en el derecho internacional durante el siglo XIX. Sin embargo, para que un territorio esté abierto a ocupación, la Corte sostuvo que “en ese momento el territorio no debía pertenecer a nadie, en el sentido que esté entonces abierto a la adquisición a través de la modalidad de ocupación”.<sup>54</sup> La CIJ se refirió también a la condición jurídica de Groenlandia Oriental (1931) donde el Tribunal Permanente de Justicia Internacional ha reconocido la ocupación de *terra nullius* como “un medio original de adquirir pacíficamente soberanía”.<sup>55</sup>

51. I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law* (4<sup>o</sup> ed., 1980), 131; R. JENNINGS y A. WATTS (eds.), *Oppenheim's International Law* (9<sup>o</sup> ed., 1992), ii, 679.

52. I. A. SHEARER (ed.), *Starke's International Law* (11<sup>o</sup> ed., 1994), 146.

53. R. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law* (1963), 20. Respecto a una definición similar: véase también L. OPPENHEIM, *International Law* (1905), i, 275.

54. [1975] ICJ Rep 11, 39.

55. PCIJ Series A/B, N<sup>o</sup> 53, 21, 44 y 63.

El Tribunal rechazó la posibilidad de que las tierras tribales, como el Sahara Occidental, sean apropiadas como *terra nullius* a través de la ocupación durante la colonización del siglo XIX. Por lo tanto, se opuso a la *communis opinio* de los juristas internacionales del siglo XX. La CIJ señaló que “al margen de las diferencias de opinión que pueda haber habido entre los juristas, la práctica de los Estados del período en cuestión parece señalar que el territorio habitado [sic] por las tribus o pueblos con alguna organización social o política, no era considerado como *terra nullius*”. Por otro lado, en muchos casos el poder colonial llegó a concluir acuerdos con los gobernantes locales y tribales, y adquirió la soberanía por medio de cesión, o por otras maneras derivadas.<sup>56</sup> De esta manera, la CIJ también rechazó la afirmación de que la ocupación haya sido una forma válida de adquirir territorios habitados que no estaban bajo la autoridad de un Estado –lo que significa un Estado según la tradición occidental– y exigió una interpretación más estricta de la *terra nullius*.<sup>57</sup>

En casos posteriores, el Tribunal de La Haya también se refiere a la ocupación de *terra nullius* en relación con la doctrina del *uti possidetis juris*.<sup>58</sup> En la controversia fronteriza (1986) entre Burkina Faso y Malí, la Corte alegó que los Estados independientes de América Latina invocaron esta doctrina durante el siglo XIX para impedir que las potencias coloniales declararan soberanía sobre “territorios deshabitados o sin explorar”. Al adoptar las fronteras entre las diferentes partes administrativas del extinto imperio colonial español como sus fronteras internacionales, los nuevos Estados podrían aferrarse a las mismas reivindicaciones relativas a las tierras “deshabitadas e inexploradas” dentro de esas fronteras que el colonizador español había delimitado. Esas tierras habían sido sometidas a la soberanía de un Estado durante un largo periodo de tiempo. Por lo tanto, no eran *terrae nullius*.<sup>59</sup>

56. [1975] ICJ Rep 39; véase también la opinión del Juez Ammoun en el caso *Legal Consequences of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* [1971] ICJ Rep 86. En cuanto a la función de los tratados en las colonizaciones del Siglo XIX véase ALEXANDROWICZ, “The Role of Treaties in the European-African Confrontation in the Nineteenth Century” en A. K. MENSAH-BROWN (ed.), *African International Legal History* (1975), 27; ANDREWS, “The Concept of Statehood and the Acquisition of Territory in the Nineteenth Century”, 94 *LQR* (1978) 408; ANGHIE, “Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law”, 40 *Harvard ILJ* (1999) 36.

57. J. CRAWFORD, *The Creation of States in International Law* (1979), 176; SHAW, “The Western Sahara Case”, 49 *BYbIL* (1978) 119, y *Title to Territory in Africa: International Legal Issues* (1986), at 31.

58. Véase CASTELLINO y ALLEN, *supra* nota 3; MUNKMAN, “Adjudication and Adjustment – International Judicial Decisions and the Settlement of Territorial and Boundary Disputes”, 46 *BYbIL* (1972) 22; RATNER, “Drawing a Better Line: *Uti possidetis juris* and the Borders of New States”, 90 *AJIL* (1996) 593; SHAW, “The Heritage of States: The Principle of *Uti possidetis juris* Today”, 67 *BYbIL* (1996) 98.

59. *Frontier Dispute (1986)* [1986] ICJ Rep 554, y 566. CASTELLINO y ALLEN, *supra* nota 3, muestra como desde su adopción en derecho internacional, durante el proceso descolonizador en América Latina, el principio *uti possidetis* sirvió como una manera de detener el uso de la doctrina de la *terra nullius*: véase 64-87, 230, y 235.

En la disputa por fronteras terrestres, insulares y marítimas (1992) entre Guatemala y Honduras, el Tribunal reiteró este razonamiento, esta vez refiriéndose a un laudo arbitral de 1922 emitido por el Consejo Federal Suizo entre Colombia y Venezuela:

Este principio general [uti possidetis juris] ofrece la ventaja de establecer una regla absoluta que no existía en la legislación sobre la antigua América española, la cual no dejaba ninguna terra nullius, aun cuando podrían existir muchas regiones que nunca habían sido ocupadas por los españoles y muchos rincones sin explorar o habitar por nativos no civilizados. Estas regiones tenían fama de pertenecer a cualquiera de las Repúblicas que sucedieron a las provincias españolas en estos territorios que estaban unidos por la virtud de las antiguas ordenanzas reales de la madre patria española.<sup>60</sup>

Aunque la CIJ había encontrado poco uso práctico para la ocupación de *terra nullius*, lo había sostenido como uno de los modos teóricos de adquisición de soberanía sobre territorio en el derecho internacional.<sup>61</sup> Es un claro ejemplo de adopción por parte del derecho internacional de un concepto que tenía base en el derecho romano. En este caso, la analogía con el derecho romano se remonta al período de formación del derecho internacional.

*Terra nullius* no es una noción clásica del derecho romano. La ocupación, sin embargo, sí lo es. Según los juristas de la época clásica (50 AC-250 DC) la *occupatio* fue uno de los modos naturales de adquisición de territorio. No pertenece al *ius civile* ni al *ius praetorium* (cuya aplicación se limitaba a los ciudadanos romanos) sino al *ius gentium*: el derecho aplicado en los tribunales romanos a los casos en que extranjeros se veían involucrados. Sin embargo, la *occupatio* no fue originalmente concebida como una forma de adquirir título alguno sobre la tierra. Hubo tres situaciones jurídicas en las que se podía invocar la *occupatio*. En primer lugar, era una forma de adquisición de *res nullius*. En la práctica, esto sólo se aplica a los animales silvestres, peces y *res hostilis*, la propiedad enemiga tomada en suelo romano durante la guerra.<sup>62</sup> Gayo (hacia el año 160) formuló la regla general de que todo lo que no pertenecía a nadie se podía adquirir mediante la ocupación. Según él, se podía llevar a cabo sobre todo lo que se encuentra en tierra, mar y aire. La tierra misma no estaba incluida.<sup>63</sup> La única referencia explícita a la tierra que se recoge

60. RIAA 1, 223, 228. Citado en [1992] ICJ Rep 351, 387.

61. Recientemente, en el caso *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (2002)*, ambas partes sostenían que las islas no debían ser consideradas *terrae nullius*. La CIJ no analizó el concepto: véase [<http://www.icj-cij.org>], párr. 108.

62. GAYO Inst. 2.66-69; Dig. 41.1.3-6; Dig. 41.2.1.1.

63. GAYO Inst. 2.66; Dig. 41.1.3 pr.: “Lo que a nadie pertenece se convierte por motivo natural propiedad del primero que la toma”: *The Digest of Justinian* (trad. A. Watson, 1998), Inst. 2.1.12.

en este contexto es el caso de una isla que surge del mar (*ínsula in mari nata*).<sup>64</sup> La aplicación de la regla de la ocupación en esta situación poco frecuente es, probablemente, resultado de una interpretación analógica de la adquisición de pescado y otras cosas extraídas del mar.

En segundo lugar, también los *res derelictae* o bienes abandonados podrían ser objeto de *occupatio*.<sup>65</sup> Esta categoría podía incluir a la tierra sólo si la cosa derelicta era *res Mancipi*. Los terrenos en Italia estaban, por lo tanto, excluidos.<sup>66</sup> En el marco del *ius civile* las tierras provinciales siempre fueron de propiedad estatal, por lo que un título de propiedad en el derecho civil no era posible allí. Este tipo de tierras sólo podían ser adquiridos en el marco del *ius gentium*. En cualquier caso, la cosa derelicta fue, al igual que la tercera, una categoría distinta de la *res nullius*. En tercer lugar, se podía adquirir la propiedad por ocupación de un tesoro perdido y encontrado. El tesoro se debía perder por un período de tiempo que haga imposible determinar quién era el legítimo propietario.<sup>67</sup>

No hay mucho más por descubrir en el derecho romano que pueda servir de base para la ocupación de *terra nullius* en el derecho internacional. La *occupatio* como una forma de adquirir terrenos baldíos salió a la luz sólo en la era de la migración de los pueblos germánicos y la caída del Imperio Romano (siglo V y posteriores).<sup>68</sup> La ocupación de *terra nullius* tuvo una fuerte implantación en el derecho de las naciones durante la Era de los descubrimientos (siglos XVI a XVII). El descubrimiento del Nuevo Mundo obligó a las potencias europeas a desarrollar normas sobre la atribución de las tierras recién descubiertas. A tal efecto, el derecho consuetudinario feudal y local utilizado para las divisiones territoriales en el Occidente latino resultaron inadecuados. No hubo títulos feudales o consuetudinarios respecto de los nuevos territorios que puedan llegar a justificar el reclamo de un príncipe *vis-à-vis* para con sus homólogos europeos, mientras que los sistemas de derecho feudal y locales eran completamente irrelevantes para los pueblos nativos. La autoridad del Papa para disponer de las tierras no cristianas, que tenía sus fundamentos en algunos preceptos tomados del Derecho canónico medieval (en particular de los escritos del cardenal Ostiense (c. 1200-1270))<sup>69</sup> fue igualmente insatisfactoria. Entre 1493 y 1506, los papas Alejandro VI (1492-1503) y Julio II (1503-1511) promulgaron varios edictos, entre ellos la bula *Inter Caetera* (1493),

64. Inst. 2.1.22 = Dig. 41.1.7.3.

65. Dig. 41.7.1.

66. Para adquirir un bien *res Mancipi*, la consecución de la prescripción era necesaria.

67. Inst. 2.1.39. W.W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (1921), 207-210; M. KASER, *Das Römische Privatrecht* (2° ed., 1971), i, 425-427.

68. J. P. LÉVY y A. CASTALDO, *Histoire du droit civil* (2002), 534.

69. Hostiensis 3.34.8.



que atribuye todos los territorios más allá de una línea de cien millas al oeste de las Azores y las islas de Cabo Verde a España o a Portugal. Mientras que España y Portugal más tarde invocaban los edictos papales para defender sus títulos en los territorios recién descubiertos y su derecho exclusivo de navegar los océanos “más allá de la línea”,<sup>70</sup> lejos estaba de ser cierto que los papas tuvieran intención alguna de otorgar poder político a los poderes de la Península Ibérica. Según una lectura, las decisiones papales sólo les concedieron a los monarcas de la Península Ibérica el derecho de extender la fe cristiana a las indias.<sup>71</sup> En cualquier caso, la autoridad papal para dividir el mundo exterior-europeo fue cuestionada desde el principio, tanto por Ibéricos escritores católicos como Vitoria,<sup>72</sup> y por otros no ibéricos, católicos y protestantes, como los escritores Gentilis y Grocio.<sup>73</sup> Por lo tanto, se hizo necesario formular nuevos títulos en los territorios en las Indias. Uno de estos títulos alternativos fue la *occupatio* de las *terra nullius*.

Vitoria expresamente sostuvo que las tierras de los indígenas no podían ser consideradas *terra nullius*. Afirmó que “los bárbaros tenían cierto dominio público y privado”.<sup>74</sup> Pero al mismo tiempo, reconoció que la ocupación de *terra nullius* fue, en general, un título válido para el territorio bajo derecho de gentes:

El derecho de gentes, por el contrario, señala expresamente que los bienes que no pertenecen a ningún propietario pasan al ocupante. Dado que los productos de que se trata aquí había un propietario, no caen bajo este título.<sup>75</sup>

70. A. HELPS, *The Spanish Conquest in America* (1900), i, 264; TRUYOL y SERRA, “Staatsräson und Völkerrecht in der Zeit Karls V.”, en F. A. VAN DER HEYDTE (ed.), *Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross* (1960), 273, y “The Discovery of the New World and International Law” [1971], *U Toledo LR* 305.

71. Respecto a este debate véase GREWE, *supra* nota 35, 233-237.

72. DE VITORIA, Francisco, *De Indis* 2.2.

73. S. J. ANAYA, *Indigenous People in International Law* (1996), at 9-19; COHEN, “The Spanish Origin of Indian Rights in the Law of the United States”, 31 *Georgetown LJI* (1942) 1; J. FISCH, *Die europäische Expansion und das Völkerrecht* (1984), 187-263; GREWE, *supra* nota 35, 240-250; L. HANKE, *The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America* (1965); DICKASON, “Jus Gentium Takes on a New Meaning”, en L. C. GREEN y O. P. DICKASON, *The Law of Nations and the New World* (1989), 227; A. PAGDEN, *Lords of All the World. Ideologies of Empire in Spain, Britain and France c. 1500-c. 1800* (1995); R. J. WILLIAMS, *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest* (1990), 59-232; ZIEGLER, “Völkerrechtliche Aspekte der Eroberung Lateinamerikas”, 23 *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* (2001) 1.

74. VITORIA, *De Indis* 2.3, trad. en A. Pagden and J. Lawrence, *Vitoria. Political Writings* (1991).

75. VITORIA, *De Indis* 2.3. Véase también PAGDEN, “Introduction”, en PAGDEN y LAWRENCE, *supra* nota 74, pp. xxiv-xv; PAGDEN, *supra* nota 73, 80.



A finales del siglo XVI, la ocupación de *terra nullius* fue establecida como un modo de adquirir territorio en virtud de la doctrina de la mayoría de los escritores del derecho de las naciones.<sup>76</sup> Escritores de la escuela neo-escolástica española como Domingo de Soto (1495-1560), así como juristas protestantes, como Gentilis y Grocio, aceptaban que la ocupación constituía una forma válida de adquisición de *terra nullius*. Sus argumentos, así como los de la mayoría de los escritores de los siglos XVII y XVIII, se referían a lo que constituía *terra nullius* y si las tierras indígenas se consideraron *terra nullius* o no. La propia norma no fue puesta en duda. Contrariamente a lo que había sostenido Vitoria, Grocio y algunos escritores posteriores del siglo XVII encontraron que en algunas circunstancias las tierras indígenas, aun habitadas, se consideraban *terra nullius*.<sup>77</sup>

Vitoria fundamentaba el derecho a ocupar tierras ociosas en el derecho natural.<sup>78</sup> Se refirió a un fragmento de las Institutas de Justiniano (2.1.12), donde se afirma que el derecho a ocupar *res nullius* fue dictado por la razón natural. Los compiladores del libro de Justiniano habían tomado el fragmento de las Institutas de Gayo.<sup>79</sup> Para Gentilis también “la incautación de plazas vacantes se considera ley de la naturaleza”.<sup>80</sup> Él incluyó referencias al digesto (41.1.3), así como a algunos textos jurídicos medievales y romanos del siglo XVI, textos de derecho canónico, así como (de acuerdo con la tradición humanista) ejemplos históricos tomados de los historiadores romanos, como Tito Livio o Tácito.

Al hacer referencias a la Recopilación y la tradición medieval del derecho romano, Gentilis se encontró con el problema de que la ocupación, como se entendía por los juristas y canonistas de la Edad Media y del siglo XVI, no se aplicara a las tierras. El humanista Alciatus Andreas (1492-1550) había defendido la idea de que el derecho romano no sancionara la expropiación de tierras, ya que toda la tierra tenía que pertenecer a alguien. Por lo menos, era común y correctamente

76. Al igual que en la práctica: A. S. KELLER, O. J. LISSITZYN, and F. J. MANN, *Creation of Rights of Sovereignty through Symbolic Acts 1400-1800* (1938).

77. FISCH, *supra* nota 73, 187-263 y 297-298; TUCK, *supra* nota 8, 47-50, 89-93, 102-108, 120-126, 156-158, 175, 181-183. La aplicación de la doctrina fue, sin embargo, discutida durante el siglo XVI. Véase VAN DER HEYDTE, “Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law”, 29 *AJ* (1935) 459.

78. Entre algunos juristas y canonistas medievales tardíos, la ocupación de *res nullius* estaba ampliamente aceptada como una norma de derecho natural. Esto era de importancia para la doctrina medieval, ya que probaba que la propiedad individual estaba protegida por el derecho natural. Véase K. PENNINGTON, *The Prince and the Law 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition* (1993), 124-125; B. TIEMEY, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625* (1997), 135-145.

79. GAYO Inst. 2.66. Las Institutas de Gayo se obtuvieron en el siglo XIX.

80. ALBERICUS GENTILIS, *De jure belli libri tres* 17.131 (*Classics of International Law* 16 (1933)).

sostenido que la ley romana determinaba que toda tierra pertenecía a un amo, y que suyo era el derecho de disponer de esa tierra.<sup>81</sup> Un abogado canónico del siglo XV, Franciscus Aretinus, aceptó que los particulares podrían obtener el título de terrenos baldíos mediante el cultivo de ellos.<sup>82</sup> Pero como observó recientemente Richard Tuck, ninguno de los juristas y canonistas de la tradición *ius commune* ha aceptado que la tierra “vacante” podrían tomarse de esta forma en contra de la voluntad del gobernante.<sup>83</sup>

En su obra principal, *De jure belli ac pacis libri tres*, el humanista holandés Grocio distingue propiedad (privada) (*Dominium*) de competencia (pública) (*Imperium*). Las tierras desechadas eran plausibles de ocupación. Grocio considera a las tierras sin cultivar o carentes de cazadores nómadas o pastores como dichas tierras. La propiedad podría ser adquirida por cualquier persona física que decida establecerse en la tierra o cultivarla. El gobernante, quien detentaba la competencia, no tenía permitido evitar que un individuo, sea un extranjero o no, lo haga ya que se trataba de un derecho natural del individuo. Como tal, estaba en el mismo nivel que el derecho de libre paso, en el que Grocio había fundado la libertad de navegación. Al hacer esta distinción, Grocio no tenía como objetivo adaptar su doctrina con el *ius commune*. Sus propósitos eran oportunistas. El doble enfoque de Grocio permitió a las empresas de comercio holandés reclamar el derecho natural a reclamar terrenos baldíos —en las que también se entiende sin cultivar y sin colonizar, como los cotos de caza y pastizales de los pueblos nómadas— sin tener que desafiar en todo momento a la autoridad política de los gobernantes locales, que se referían a lo positivo comprendido por el derecho doméstico.<sup>84</sup> Lo que es más importante, Grocio también detalló la distinción entre la propiedad y la competencia de negar la posibilidad de propiedad sobre el alta mar, sin rechazar del todo la posibilidad de tener competencia respecto de determinados tramos de agua. Su doble enfoque se adecuaba a las políticas de las empresas Indo-Holandesas en detrimento de sus competidores europeos, así como de los gobernantes nativos en el siglo XVII.<sup>85</sup>

81. ANDREAS ALCIATUS, *Consilia* 52.20 en *Opera omnia* (1571), vi, 143-144, según apuntara GENTILIS, *De jure belli* 17.131.

82. FRANCISCUS (Accolti) ARETINUS, *Consilia* 15.3 (1536), según apuntara GENTILIS, *De jure belli* 17.131

83. TUCK, *supra* nota 8, 49.

84. GROCIO, Hugo, *De jure belli ac pacis libri tres*, 2.2.17, 2.3.4, y 2.3.19.2 (1625). Este doble estándar de derecho positivo y natural aun servía para justificar la apropiación de tierra sin cultivar, según EMER DE VATEL, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle* (1758), 3.37-38 (*Classics of International Law* 4 (1916)). Véase PAGDEN, *supra* nota 73, 78-79.

85. E. KEENE, *Beyond the Anarchical Society. Grocio, Colonialism and Order in World Politics* (2002), at 52-57; TUCK, *supra* nota 8, 89-93 y 103-108; YANAGIHARA, “Dominium and Imperium”, en Y. ONUMA (ed.), *A Normative Approach to War: Peace, War and Justice in Hugo Grocio* (1993), 151 y 164. Sobre otros escritores del siglo XVII que se pronunciaron sobre *terra nullius* véase PAGDEN, *supra* nota 73, 76-77.

La colonización de los siglos XVIII y XIX, en particular en África y Australia, puso en tela de juicio a la doctrina de la ocupación de terrenos baldíos.<sup>86</sup> La mayor parte del debate se refería a la cuestión de lo que iba a ser considerado como *terra nullius* y cuáles eran las condiciones para una ocupación efectiva. Los abogados internacionalistas positivistas del siglo XIX, sostenían que sólo reconocían como sujetos de derecho internacional a los Estados en su forma occidental, sostuvieron que las entidades no estatales no podían detentar soberanía, de modo que sus tierras eran *terra nullius*. Las investigaciones recientes sobre la colonización de África durante el siglo XIX han demostrado que, a diferencia de lo que la Corte Internacional de Justicia afirmó en su dictamen sobre el Sáhara Occidental, de 1975, la doctrina de *terra nullius* fue invocada con frecuencia.<sup>87</sup> El segundo debate, sobre las condiciones de la ocupación, se desarrollaba en relación con la cuestión de si el descubrimiento constituye un título válido o no.<sup>88</sup> Aceptar el descubrimiento como título suficiente por lo menos suponía una interpretación muy amplia del elemento corporal en el concepto romano de ocupación. Pero el concepto básico sobre *terra nullius* se mantenía intacto.<sup>89</sup>

La ocupación de terrenos baldíos como un modo de adquisición de territorio se introdujo en el derecho internacional durante la Edad de los Descubrimientos. El concepto de *occupatio* fue tomado desde el derecho romano clásico y la noción de *terra nullius* estaba estrechamente relacionada con otro concepto de derecho romano: el *res nullius*. Inst. 2.1.12 y Dig. 41.1.3 pr. declaraban que, de acuerdo a la razón natural, algo que no pertenecía a nadie puede ser “ocupado”. Los escritores de la

86. GREWE, *supra* nota 35, 548; KEENE, *supra* nota 85, 60-96.

87. CASTELLINO y ALLEN, *supra* nota 3, 96-118; FISCH, “Africa as *Terra nullius*: The Berlin Conference and International Law”, en S. FORSTER, W.J. MOMMSEN, y R. ROBINSON (eds.), *Bismarck, Europe and Africa* (1988), 349, 360.

88. Bajo normas federales de los Estados Unidos, los nativos americanos no fueron reconocidos como plenos sujetos de derecho internacional, pero se les concedieron algunos derechos para que el mero descubrimiento y arribo de europeos en el nuevo mundo no fuera considerado como una violación y negación de absolutamente todos sus derechos. El descubrimiento solo sirvió para excluir a todos las restantes facultades que los europeos tenían para adquirir tierras de los indios: ANAYA, *supra* nota 74, 16-18; COHEN, *Felix S. Cohen's Handbook of Federal Indian Law* (2º ed., 1989), 46-66 y 291-294; GREEN, “Claims to Territory in Colonial America”, en GREEN y DICKASON, *supra* nota 73, 1, 81-84 y 99-124.

89. CASTELLINO y ALLEN, *supra* nota 3, 48-51; FISCH, *supra* nota 73, 87-91, 298-314, 349-377; GREWE, *supra* nota 35, 395-402 y 545-550; PAGDEN, *supra* nota 73, 80-86. Como ya fuera detallado, al mismo tiempo que su futura aplicación fuera bloqueada por los nuevos Estados independientes de Latinoamérica en los inicios del siglo XIX a través de la aplicación del principio *uti possidetis*. Esto, sin embargo, no sirvió completamente para evitar que se produzcan disputas con potencias europeas por territorios en Latinoamérica y ciertamente no ocasionó su desacreditación general bajo el derecho internacional: CASTELLINO y ALLEN, *supra* nota 3, esp. 77-79.

Edad Moderna articulaban este dominio sobre la base de una estrecha analogía con el derecho romano clásico.

Sin embargo, la aplicación de la norma a la tierra era un asunto distinto. El derecho romano no reconoció la ocupación de tierras. Ambos juristas, tanto medievales como modernos, han sido conscientes de esto y de haber acogido el concepto. Sólo en el derecho canónico la ocupación de los bienes raíces podría constituir título. Frente a este problema Gentilis y Grocio se dirigieron a una solución que Gayo había ofrecido y que Vitoria y otros neo-escolásticos habían estudiado. Los primeros escritores modernos de derecho internacional consideraban que la ocupación de tierras ociosas era un precepto de derecho natural. Tomaron el concepto romano de ocupación, lo despojaron de sus datos y detalles técnicos, los cuales fueron prohibidos desde la esfera del derecho positivo, y así se creó un principio general del derecho natural. A partir de ese momento, la exclusión de la tierra en el derecho romano podía considerarse una concreción en el derecho positivo del derecho natural.<sup>90</sup> Esto abordaba el problema para el cual los escritores del derecho de las naciones de los siglos XVII y principios del XVI intentaban formular una respuesta. En relación con los “indios” y otros pueblos no europeos, el *ius gentium* medieval como parte del *ius commune* era obsoleto. El derecho natural vino a sustituirlo, ya que tenía que servir como base para un nuevo *ius gentium* que trascendiera el Occidente latino. Sobre la base de algunos preceptos generales de derecho natural, un cuerpo de normas universales más detalladas debía de ser construido. En la práctica, estos preceptos generales se destilaron de la “experiencia jurídica” del cristianismo, lo que incluye a la tradición académica de la filosofía tomista de la moral y el *ius commune*. De la abundancia de normas técnicas y sofisticadas, procedimientos y conceptos que el derecho romano ofrecía, principios generales y normas se fueron derivando. Se había renunciado a sus aspectos técnicos como parte del derecho positivo, que ya no tenía la autoridad para la redacción de la ley de las naciones.

Este proceso de generalización era nada más que una continuación de un proceso largo y gradual iniciado en el contexto del *ius commune* de finales de la Edad Media, bajo la influencia del derecho canónico. En este proceso, la postura de Vitoria acerca de la *occupatio* en la ley natural fue fundamental, pero no definitiva. Su derecho natural no era aún un derecho natural verdaderamente universal en el sentido de que sea independiente de las nociones de la moral cristiana. Su objetivo era hacer un juicio sobre los indios de América a la luz de preceptos morales naturales que estaban en la tradición tomista de la filosofía moral y leyes naturales.<sup>91</sup>

90. Desde luego, no obstante la asociación realizada por Gayo sobre el *ius gentium* con el naturalismo racional, el *ius gentium* del cual la *occupatio* provenía era derecho positivo (privado).

91. A. PAGDEN, *The Fall of Natural Man. The American Indian and the Origins of Comparative Ethnology* (1982), 59-80; PAGDEN, “Dispossessing the Barbarian: The Language of Spanish Thomism and the Debate

Sin embargo, Vitoria rechazó la idea de que los indios estaban sujetos a la autoridad o ley imperial o papal, lo que justificaba divorciarse de los conceptos positivos del derecho romano y despojarlo de sus tecnicismos. Sólo a partir de Grocio el derecho natural se vuelve menos coincidente con la moral cristiana y la tradición tomista, para llegar a ser percibido como verdaderamente universal. Esto estimularía aún más el proceso de abstracción de viejas nociones jurídicas.<sup>92</sup>

Cuando los abogados internacionalistas de los siglos XVIII y XIX volvieron al concepto de ocupación del territorio en un concepto de derecho internacional positivo, el círculo de la historia se cerró. Fuera de la práctica específica del pretor romano *peregrinus* en relación a los animales silvestres, peces y otros similares, Gayo había interpretado un precepto general de la “razón natural” que hizo que todas las *res nullius* sean susceptibles de ocupación. Los escritores de los siglos XVI y XVII hicieron lo mismo otra vez. El puente entre el derecho romano privado y la nueva ley de las naciones era el derecho natural. De los datos del derecho romano, como era conocido en la tradición de *ius commune*, los fundadores del derecho moderno de gentes empleaban la regla general de la ocupación como un precepto de derecho natural. Solo a partir de entonces los abogados internacionalistas podrían interpretar las normas específicas del derecho internacional positivo a su alrededor. En otras palabras, los abogados internacionalistas modernos habían adoptado un principio general que los romanos habían articulado como un principio de “derecho natural”, pero dándosele un nuevo campo de aplicación en el derecho positivo.

La confusión terminológica milenaria en torno al *ius gentium* —¿Derecho privado o ley universal de las naciones?— fue decisiva para legitimar el uso del derecho romano y el *ius commune* para determinar cuáles son las reglas del derecho natural y el *ius gentium* nuevos. Pero fue su asociación al derecho natural la que verdaderamente cubrió esa brecha. El *ius gentium* nuevo (derecho de gentes) se basaba ahora en el derecho natural,<sup>93</sup> al igual que el *ius gentium* de los antiguos romanos (en el sentido del derecho privado) se había asociado al mismo por algunos juristas romanos.<sup>94</sup>

---

over the Property Rights of the American Indians”, en A. PAGDEN (ed.), *The Languages of Political Theory in Early Modern Europe* (1987), 79. Anghie y Onuma hicieron énfasis en la universalidad del derecho natural y del *ius gentium* postulado por Francisco de Vitoria: ANGHIE, “Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law”, *5 Socl and Leg Stud* (1996) 321; ONUMA, “Eurocentrism in the History of International Law”, en ONUMA, *supra* nota 85, 371.

92. Véase el famoso fragmento “Etiamsi daremos” de GROCIO, *De jure belli ac pacis*, Prol. 11. Sobre la posterior evolución del derecho natural en general, véase T. J. HOCHSTRASSER, *Natural Law Theories in the Early Enlightenment* (2000), así como ONUMA, *supra* nota 91; R. TUCK, *Natural Rights Theories. Their origins and development* (1979) y TUCK, *supra* nota 8, y sus citas.

93. VITORIA, *De Indis* 3.1.2.

94. GAYO Inst. 1.1, conocido a través de Inst. 1.2.1 y Dig. 1.1.9. Véase también RUBIN, “International Law

## V. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA - USUCAPIÓN

La prescripción adquisitiva se encuentra entre los cinco modos de adquisición de territorio en el derecho internacional. Se ha definido como “el resultado del ejercicio pacífico de soberanía de facto por un período muy largo en territorio sujeto a la soberanía de otro”.<sup>95</sup> No se aplica a la *Terra nullius*.<sup>96</sup> La doctrina distingue tres tipos diferentes de adquisición en razón del tiempo.<sup>97</sup> En primer lugar, está la “posesión inmemorial”. Se trata de una situación que ha estado vigente durante tanto tiempo que no hay certeza acerca de sus orígenes. Puede ser legal o ilegal, pero se presume legal. La “Posesión Inmemorial” no se deriva del derecho romano. Se deriva del derecho consuetudinario medieval y, por tanto, no es materia de discusión bajo el presente.<sup>98</sup> En segundo lugar, hay un tipo de prescripción adquisitiva, que los juristas internacionales han reconocido cercano a la *usucapio* romana. Las condiciones de adquisición en virtud de *usucapio* en el derecho romano eran, como los enumeró Johnson: “(a) Una cosa susceptible de propiedad (*res habilis*), (b) Un, si bien defectuoso, título de algún tipo (*justus titulus*), como la venta, donación, o legado; (c) La buena fe (*fides*), (d) La posesión (*possessio*), implicando el control físico (*corpus*) y la intención de poseer como propietario (*animus*), (e) La posesión debe ser ininterrumpida por un período de tiempo definido por la ley (*tempus*)”.<sup>99</sup> En tercer lugar, a partir de este segundo tipo, puede distinguirse la *usucapio mala fide*. Johnson afirmó que el derecho romano permitía este tipo en, al menos, un caso.<sup>100</sup> En ambos casos, *usucapio bona y mala fide*, la prescripción sirve para validar un título, que es (sin saberlo o sin ser conocido por el poseedor) defectuoso en origen.<sup>101</sup> Desde los días de Grocio ha habido un considerable debate sobre el contenido y la función de estos dos últimos tipos, mientras que algunos de los principales especialistas en derecho internacional del siglo XIX tales como Fedor von Martens (1845-1909) y Alfonso Rivier (1835-1898) discutieron sobre su lugar en derecho internacional.<sup>102</sup> Según Johnson, estaban en falta al hacerlo, porque “prestaban demasiada

---

in the Age of Columbus”, 39 *NRIL* (1992) 25; WINKEL, *supra* nota 42.

95. SHEARER, *supra* nota 52, 153.

96. J. VERZIJL, *International Law in Historical Perspective* (1970), iii, 381-382.

97. BROWNLIE, *supra* nota 51, 154; Johnson, “Acquisitive Prescription in International Law”, 27 *BYBIL* (1950) 332.

98. LÉVY y CASTALDO, *supra* nota 68, 612.

99. JOHNSON, *supra* nota 97, 334.

100. *Usucapio pro herede*: JOHNSON, *supra* nota 97, 338.

101. JENNINGS, *supra* nota 53, 21.

102. F. VON MARTENS, *Traité de droit international* (1883), 460-461; A. RIVIER, *Principes du droit des gens* (1896), i, 182-183. Véase también GROCIO: *De jure belli ac pacis*, 2.4.1, 7 y 9, y, mas recientemente,

atención al detalle y atención insuficiente al principio". Se refería a su argumento de que, a diferencia del derecho privado, el derecho internacional no ha establecido un tiempo necesario para la prescripción adquisitiva.<sup>103</sup>

A lo que Johnson, Brownlie y otros abogados internacionalistas se han referido como *usucapio*, provenía en realidad de antes de Justiniano, ergo, del derecho romano clásico. Era un concepto de *ius civile* y se refería a todos los bienes sujetos a la propiedad en virtud de dicho derecho. Como tal, incluye tanto *res Mancipi* como la tierra dentro de Italia (*praedia Itálica*).<sup>104</sup> Según la legislación de Justiniano, sin embargo, la *usucapio* sólo se aplica a bienes muebles. Para otros productos, como la tierra, no había *longi temporis praescriptio*, que también requería *justus titulus* y la buena fe. Un período de diez (por la tierra italiana) o veinte años (por la tierra provincial) tendría tal efecto. Además, estaba el *temporis praescriptio longissimi* de treinta años. Aquí ningún título era necesario, pero la prescripción solamente tendría un efecto adquisitivo si mediase buena fe. En caso contrario, la prescripción de treinta años era sólo extintiva.<sup>105</sup> Fueron estos conceptos de la obra de Justiniano lo que juristas tanto de la Edad Media como modernos retomaron. Tanto abogados continentales y canonistas de la Edad Media continuaron demandando la buena fe para la transferencia de la propiedad. Durante los siglos XVII y XVIII, algunos juristas como Antoine Loysel (1536-1617) y Joseph Pothier (1699-1772) la abandonaron como condición. A partir de entonces, la *praescriptio temporis longissimi* de mala fides ha encontrado su camino hasta verse consagrada en el *Code Civil*.<sup>106</sup>

La prescripción se ha invocado como un modo de transferir soberanía sobre el territorio mucho antes del siglo XVIII. En el siglo XIV, Bartolo aplicó la prescripción a la autoridad pública. Según el jurista de Bolonia, la autoridad universal del Emperador podría perderse en lo que respecta a un determinado territorio a través este instituto.<sup>107</sup> Bartolo no propuso este punto de vista en el contexto de un debate sobre los diferentes modos de transferencia de territorio. Sus declaraciones se situaban en un contexto de distinción entre jurisdicción y soberanía *de facto* y *de iure*, la cual

Juez MORENO QUINTANA en *Right of Passage over Indian Territory (1960)* [1960] ICJ Rep 88, 88.

103. JOHNSON, *supra* nota 97, 334.

104. KASER, *supra* nota 67, 418-425.

105. Cod. 7.31.1 y 7.39.8.1. Véase LÉVY y CASTALDO, *supra* nota 68, 608-609; M. KASER, *Romeins privaatrecht* (2° ed., 1971), 125, y *Das Römisches Privatrecht* (2° ed., 1975), ii, 285.

106. Art. 2262. Véase LÉVY y CASTALDO, *supra* nota 68, 614-615. También el argumento sostenido por CASTELLINO y ALLEN, *supra* nota 3, 52-53, citando a JOHNSON, *supra* nota 97, 338, sobre el hecho de que las doce tablas permitían la *usucapio* sin buena fe no aporta mucho a la discusión sobre el impacto histórico del derecho romano en la doctrina de la prescripción en derecho internacional, así como no fueron desde un primer momento las doce tablas las que dieron lugar a la discusión durante el periodo de formación del derecho internacional.

107. BARTOLUS ad Dig. 27.1.6. Véase Van der Heydte, *supra* nota 77, 449.



servió para defender la autonomía de los príncipes y las repúblicas italianas en la faz de la autoridad universal del emperador romano.<sup>108</sup> Muchos juristas y canonistas de la Edad Media y del siglo XVI repitieron esta postura.<sup>109</sup> Grocio expresó sus dudas acerca de la aplicación de la prescripción para la transferencia de la soberanía sobre el territorio. En primer lugar, declaró que la prescripción no entraba dentro del derecho natural. En segundo lugar, cuestionó si era aplicable en virtud del derecho positivo de las naciones. Argumentó que, como los legisladores-soberanos no estaban obligados ni por sus propias leyes ni por su voluntad, era difícil considerarlos obligados por su comportamiento. La prescripción adquisitiva, que pertenecía al *ius civile* romano, por lo tanto, no se podría aplicar al derecho de gentes.<sup>110</sup> Durante los siglos XVII y XVIII la aplicación de la prescripción amparada en el derecho natural y en el derecho de las naciones sigue siendo motivo de debate.<sup>111</sup> En los siglos XIX y principios del siglo XX, ganó aceptación como uno de los modos de adquisición de territorio entre muchos juristas especializados en derecho internacional, la mayoría de ellos de países del Common Law.<sup>112</sup> Dado que en el sistema del Common Law un plazo fijo no es constitutivo de prescripción, sino que el paso de tiempo sólo sirve como prueba de la regularidad de la situación, la adopción de la prescripción en derecho internacional resultaba más natural para los abogados del Common Law que para sus colegas provenientes de sistemas de Derecho Continental.<sup>113</sup> La prescripción, sin embargo, no

108. PENNINGTON, *supra* nota 78, 183; C. WOOLF, *Bartolus of Sassoferrato* (1913), 108.

109. GROCIO, *De jure belli ac pacis* 2.4.12.1

110. GROCIO, *De jure belli ac pacis* 2.4.12. Véase Y. BLUM, *Historic Titles in International Law* (1965), 15-16. OPPENHEIM, BLUM, 16-17, y Johnson acertadamente relata que Grocio aceptó a la posesión inmemorial como una parte del derecho de las naciones. Esto no servía para sanar a un título defectuoso, sino que aplicaba cuando no había certeza sobre el origen de una situación que existe desde tiempos inmemoriales. Como Grocio (de acuerdo con esta tradición) aceptaba ese tiempo como un siglo, queda probado que no se trata de tiempos de relevancia al derecho internacional actual. Asimismo, Blum accedió con Johnson en que la doctrina tenía poco valor en derecho internacional. GROCIO, *De jure belli ac pacis* 2.4.11; JOHNSON, *supra* nota 97, 334; L. OPPENHEIM, *International Law* (1905), ii, 705.

111. S. PUFENDORF, *De jure naturae et gentium libri octo* (1688), 4.12 (*Classics of International Law* 17 (1934)); C. WOLFF, *Ius naturae et gentium methodo scientifica pertractatum* (1749-1764), 3.7 (*Classics of International Law* 13 (1934)); VATEL, *Le droit des gens* 2.11.

112. P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public* (8° ed., 1925), ii, 760-761; W. E. HALL, *A Treatise on International Law* (8va ed., 1924), 143; M. LINDLEY, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law* (1926), 178; R. PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law* (3° ed., 1879), i; J. WESTLAKE, *International Law* (1904), i, 92-94; H. WHEATON, *Elements of International Law* (1860), párr. 164-165.

113. BLUM, *supra* nota 110, 8, 13-14, y 18. Recientemente, Harry Post discutió sobre la influencia del derecho romano y del *common law* sobre la prescripción adquisitiva en derecho internacional. No arriba a conclusión alguna que sea distinta a la que sostiene que el derecho romano se posiciona en las raíces de ambos sistemas de derecho, continental y del *common law*: POST, "International Law Between Dominium and Imperium: Some Remarks on the Foundation of the International Law of Territorial



fue considerado uno de los argumentos legitimantes de la expansión europea fuera del viejo continente, ni gozaba de mucho valor práctico en los tiempos del descubrimiento y la colonización.<sup>114</sup>

Esto no es diferente hoy en día. No existen instancias que den prueba de una aplicación pura de la *praescriptio* de buena o mala fe en la práctica jurídica internacional reciente.<sup>115</sup> La prescripción adquisitiva sirve para afirmar los derechos del titular de un título defectuoso. Supone atribuir al Estado un título, el cual puede llegar a probarse que supone una posesión del territorio apacible e ininterrumpida durante un largo período de tiempo.<sup>116</sup> No implica una evaluación de los reclamos o títulos de otros Estados, ante los cuales dicho título debe hacer caso omiso. Pero lo cierto es que en todos los casos llevados ante tribunales internacionales o arbitrales, los actos de soberanía o posesión entre diferentes Estados, tuvieron que ser sopesados comparativamente.<sup>117</sup> En consecuencia, no hay ningún ejemplo de adjudicación en derecho internacional a ser mencionado como “prescripción adquisitiva” en el sentido de la *usucapio* romana que sirviera como único título. En resumen, la “prescripción” en el sentido de la *usucapio* resultó ser un instituto demasiado estricto e insatisfactorio para los fines de solución de controversias relativas al territorio. Una categoría más amplia se necesitaba.

Esto no implica que la prescripción adquisitiva carezca de objeto en la conformación del derecho internacional. Se ha dicho que el derecho internacional en este contexto comenzó “a superar sus orígenes, ubicados en categorías de derecho romano”.<sup>118</sup> La prescripción adquisitiva ha evolucionado más allá de sus fuentes en algo diferente, conocido como “exposición pacífica y continua de la autoridad del Estado” u “ocupación efectiva”. En el desarrollo de esta doctrina, la prescripción se conjugaba junto con la ocupación *stricto sensu*. La doctrina jurídica internacional distingue a la prescripción adquisitiva de la ocupación. Mientras la ocupación se refiere a *terra nullius*, la prescripción se refiere a territorio sobre el que otro Estado

---

Acquisition”, in T. GILL y W. HEERE (eds.), *Reflections on Principles and Practices of International Law. Essays in Honour of Leo J. Bouchez* (2000), 147.

114. Bajo normativa de los Estados Unidos, un tipo de posesión inmemorial, sin embargo, se atribuye a los nativo-americanos: véase BERMAN, “The Concept of Aboriginal Rights in the Early History of the United States”, 27 *Buffalo Law Review* (1978) 637; COHEN, *supra* nota 88, 291-294; MORRIS, “International Law and Politics. Towards a Right of Self-Determination for Indigenous Peoples”, en M. A. JAIMES (ed.), *The State of Native America. Genocide, Colonization and Resistance* (1992), 53, 64.

115. S. SHARMA, *Territorial Acquisition, Disputes and International Law* (1997), 113.

116. Véase la definición de OPPENHEIM, *supra* nota 53, 294.

117. VERZIJL, *supra* nota 96, 381-383.

118. Por Hersch LAUTERPACHT: véase R. JENNINGS y A. WATTS (eds.), *Oppenheim's International Law* (9<sup>o</sup> ed., 1992) i, 708. Véase también PINTO, “La prescription en droit international”, 87 *RCADI* (1955) 387, 397.

tiene soberanía de manera previa.<sup>119</sup> Sin embargo, existe una zona gris entre los dos conceptos. En ambos casos, la ocupación efectiva del territorio tiene relevancia. Mientras que en el caso de la *terra nullius* existe una analogía con el concepto romano de *occupatio*, en el caso de la prescripción se hace referencia a una ocupación efectiva en lo relativo al concepto romano de la *possessio*.<sup>120</sup> La ampliación de la prescripción era ya evidente en el pensamiento de aquellos que avalaban a la prescripción adquisitiva, entre los cuales encontramos a Paul Fauchille (1858-1926).<sup>121</sup> Fauchille había marcado cuatro condiciones para la prescripción adquisitiva en el derecho internacional. Primero, la posesión tiene que ser ejercida bajo *à titre de souverain*. No es suficiente que el Estado exponga una hipotética soberanía, sino que también debía evitar reconocer la soberanía de cualquier otro Estado en el territorio en cuestión. En segundo lugar, la posesión debe ser pacífica y sin interrupciones. En su interpretación más extrema, esto significa que la posesión tuvo que quedar sin respuesta por la comunidad internacional. En tercer lugar, la posesión debe ser pública. Cuarto lugar, debe persistir.<sup>122</sup> Fauchille tomó estas condiciones del Código civil francés.<sup>123</sup> Estos postulados nos recuerdan a la máxima *nec vi, nec clam, nec precario* del instituto romano de la *possessio*.<sup>124</sup> Pero Fauchille no examinó si la posesión era de buena fe o no, ni si hubo un *justus titulus*. Al hacer el concepto más adecuado para los fines de los Estados, Fauchille recorrió un largo camino en emparentar al concepto de la prescripción adquisitiva con algo muy cercano a la ocupación efectiva, como fuera desarrollado posteriormente por los tribunales internacionales y árbitros. Posteriormente<sup>125</sup> los autores desecharon *justus titulus* y *bona fides* de las condiciones necesarias y fueron incapaces de prever un lapso de tiempo fijo.<sup>126</sup> Al final, solo la posesión pacífica y constante, en el sentido del ejercicio de la autoridad soberana *–corpore y animo–* se mantuvo.

Ya por los años 1900 en varios laudos internacionales de arbitraje y en diversos casos ante tribunales locales, la “prescripción” era invocada en disputas

119. BROWNLIE, *supra* nota 51, 139.

120. *Ibid.*, 138-139.

121. Respecto a otros ejemplos, véase BLUM, *supra* nota 110, 19-20.

122. FAUCHILLE, *supra* nota 112, 760-761. Las cuatro fueron adoptadas por JOHNSON, *supra* nota 97, 343.

123. Art. 2229.

124. KASER, *supra* nota 67, 396-397.

125. SHARMA, *supra* nota 115, 115

126. BECKET, “Questions d’intérêt général dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale”, 50 *RCADI* (1934) 192, 249; LINDLEY, *supra* nota 112, 178; H. LAUTERPACHT (ed.), *Oppenheim’s International Law* (8° ed., 1948), 526-527; SCHWARZENBERGER, “Title to Territory: Response to a Challenge”, en L. GROSS (ed.), *International Law in the Twentieth Century* (1969), 287; P. A. VERYKIOS, *La prescription du droit international public* (1934).

territoriales.<sup>127</sup> También en estos casos resultó ser una categoría más amplia que en el derecho romano y se acercó a la ocupación efectiva. A fin de considerar la prescripción, el plazo no era utilizado en sede internacional, ni tampoco aplicado por los tribunales ni por los propios árbitros. En el caso sobre *Límites entre la Guayana Británica y Venezuela* (1899) las condiciones expresadas por Phillimore para la prescripción fueron citadas de la siguiente manera: “publicidad, continuación de la ocupación, carencia de interrupción, a lo que contribuye la aceptación tanto moral como legal por el empleo de mano de obra y de capital... o la ausencia de cualquier intento de ejercer los derechos de propiedad por el anterior poseedor”.<sup>128</sup> En *Grisbadarna* (1909) las partes basaron sus posturas en la prescripción. Aunque los árbitros no usaron un plazo para su consideración, reconocieron que “es un principio establecido que es necesario que se abstengan, en lo posible, de cambiar el orden de las cosas”.<sup>129</sup> En *Chamizal* (1911) los EE.UU. reclamaron el título de unas vías en disputa que se encontraban en la frontera con México sobre la base de la prescripción, la cual definieron como una posesión “sin perturbaciones, sin interrupciones, y no impugnada” desde 1848. “Sin considerar que sea necesario discutir sobre la controvertida cuestión relativa a si el derecho de la prescripción... es un principio aceptado por el derecho de las naciones”, los árbitros rechazaron la demanda porque la posesión no estuvo a la altura de las condiciones expresadas por los EE.UU. Según ellos, la posesión del territorio tuvo que haber sido pacífica. Sin embargo, más que la simple ausencia de violencia debía entenderse por ese concepto; la protesta diplomática, por ende, resultaría suficiente para evitar la prescripción. La posesión debía involucrar la exposición de soberanía por el poseedor y la otra parte no debía haberse opuesto a ello. “Pacífico”, por lo tanto, significó la aquiescencia de la parte contraria.<sup>130</sup> En varios otros casos tanto locales como internacionales, la aquiescencia de la otra parte también ha resultado ser un elemento importante en la evaluación de una demanda basada en la prescripción.<sup>131</sup>

El caso *Isla de Las Palmas* (1928) es un punto de referencia clásico en la doctrina sobre ocupación efectiva. Max Huber, el árbitro, afirmó que existe un núcleo común entre la prescripción y la ocupación: la posesión pacífica. Huber atribuye a

127. Por un estudio al respecto véase BLUM, *supra* nota 110, 20-34. La prescripción también ha sido invocada en negociaciones bilaterales y adaptada en un tratado, pero esto sirve más como un indicador de que no resulta generalmente aceptada como una norma de derecho internacional en el siglo XIX. BLUM, *supra* nota 110, 34-37; *Settlement of the Boundary between British Guiana and Venezuela* del 2 de febrero de 1897, 89 *BFSP* 57.

128. 92 *BFSP* 944. Véase PHILLIMORE, *supra* nota 112, párt. 260.

129. RIAA 11, 155, 161. Véase H. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, 264-265.

130. RIAA 11, 309, 328.

131. MACGIBBON, “The Scope of Acquiescence in International Law”, 31 *BYBIL* (1954) 143, 154.

esta posesión un poder autónomo para crear título. Los actos de ocupación o posesión de esta manera fueron ascendidos por Huber a elementos constitutivos de título. En el contexto de la prescripción, estos actos constituyen pruebas de la posesión que, a su vez, es condición para la prescripción.<sup>132</sup> Al elemento de la posesión, ahora conocido como “continua exposición pacífica de la soberanía territorial”, se le permitió entonces trascender de sus fuentes de derecho romano.<sup>133</sup> En el caso *Groenlandia del este* (1931), la Corte Permanente de Justicia Internacional declaró que para constituir título, la “exposición continua de autoridad” también requiere “la intención y voluntad de actuar como soberano, y ejercicio y exposición real de dicha autoridad”.<sup>134</sup> El elemento volitivo, el *animus*, tiene tanto un aspecto positivo como un aspecto negativo: el Estado ocupante tiene que reclamar soberanía y no puede aceptar la soberanía de otro Estado.<sup>135</sup> La limitación que provee el elemento material de la ocupación o posesión, la “exposición continua de autoridad”, hace que la efectiva ocupación se vaya alejando aun más de sus orígenes de derecho privado.<sup>136</sup> Por otra parte, tanto el asentamiento de las personas privadas que operan en su propio nombre (salvo en el caso de autorización estatal posterior) como el descubrimiento caen dentro de la definición de la ocupación efectiva. Pero, como dijera Huber, lo que constituye una “pantalla de soberanía territorial” debe evaluarse a la luz de las circunstancias específicas del caso:

Las manifestaciones de la soberanía territorial pueden tomar, es cierto, distintas formas de acuerdo a las condiciones de tiempo y lugar. Aunque continua en principio, la soberanía no puede ser ejercida, de hecho, en cada momento en todos los puntos de un territorio.<sup>137</sup>

Huber parecía dar a entender que el derecho internacional no podría acercarse más al instituto de la prescripción del derecho privado, mientras indicaba a la continua y pacífica exposición de soberanía “conocida como prescripción”.<sup>138</sup>

132. JENNINGS, *supra* nota 53, 23-26.

133. RIAA 2, 829, 839.

134. PCIJ A/B No. 53, 45-46.

135. BROWNLIE, *supra* nota 51, 140; FITZMAURICE, *supra* nota 20, and 32 *BYBIL* (1955-1956) 56.

136. Sobre dicha evolución, véase SHARMA, *supra* nota 115, 97-98.

137. RIAA 2, 840. Véase también: BROWNLIE, *supra* nota 51, at 141-143; H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court of Justice* (1958), 240-242, y “Sovereignty over Submarine Areas”, 27 *BYBIL* (1950) 415.

138. RIAA 2, 840.

La doctrina de la ocupación efectiva ya recorrió un largo camino en la práctica jurídica internacional.<sup>139</sup> Se construye en elementos de las doctrinas tanto de la ocupación de *terra nullius* como de la prescripción adquisitiva y, al mismo tiempo, los comprende.<sup>140</sup> Los tribunales internacionales y los árbitros hacen uso de criterios bastante disímiles para ponderar los reclamos específicos de las partes y les atribuyen valor en función de las circunstancias específicas del asunto. Es decir que la posesión y el ejercicio de la soberanía son sólo dos elementos a valorar entre otros, tales como el reconocimiento, la aquiescencia, la preclusión, las afiliaciones de los habitantes y las condiciones geográficas, económicas e históricas.<sup>141</sup>

La prescripción adquisitiva tal como se derivara del derecho romano había servido de elemento constitutivo en la formación de la doctrina de la ocupación efectiva. ¿Esto también se desprende de la práctica de la Corte Internacional de Justicia? ¿Cuál es su papel actual en la aplicación de la doctrina por el Tribunal? En ninguno de los casos relacionados con el territorio los jueces se han referido a la prescripción adquisitiva. Algunas opiniones individuales muestran que sí se discute si la prescripción adquisitiva es reconocida por el derecho internacional. En su opinión separada sobre la Determinación de competencia y la admisibilidad en *Nicaragua* (1986), el juez Mosler declaró que la prescripción adquisitiva es “un principio general del Derecho en el sentido del art. 38, párrafo 1 (c) de los Estatutos, por el cual un lapso de tiempo puede subsanar las deficiencias de los actos jurídicos formales”.<sup>142</sup> Sin embargo, en su opinión separada en el caso sobre *Fronteras de tierra, insulares y marítimas* (1992), el juez Torres Bernárdez llamó a la prescripción adquisitiva como “un concepto muy controvertido que, por mi parte, tengo grandes dificultades para aceptar como un instituto establecido del derecho internacional”.<sup>143</sup>

Hay bastantes casos relativos a zonas terrestres en que la ocupación efectiva ha desempeñado un papel significativo. En *Minquiers y Ecrehos* (1953), los jueces de la CIJ pesaron los respectivos derechos históricos de Francia e Inglaterra en estos

139. El internacionalista belga Charles De Visscher introduce una categoría aun más amplia: consolidación de títulos históricos. La *ratio legis* para este concepto fue, de acuerdo a De Visscher, “el interés fundamental para la estabilidad territorial desde el punto de vista del orden y la paz”. “Consolidación” resulta mas amplio que prescripción en tanto no se encuentra limitado a casos de posesión controvertida. También podría tratarse de *terra nullius*: *supra* nota 21, 199. Fue aplicado por la CIJ en el caso *Anglo-Norwegian Fisheries (1951)* [1951] ICJ Rep 116, 138. Recientemente la CIJ señaló que la teoría no se había aplicado en otros casos y sostuvo que “es muy controvertido y no puede remplazar a los modos establecidos de adquisición de títulos bajo la orbita del derecho internacional”: *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (2002)*, disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párr. 65.

140. N. HILL, *Claims to Territory in International Law and Relations* (1945), 157.

141. MUNKMAN, *supra* nota 58, 95.

142. [1984] ICJ Rep 461, 464.

143. [1992] ICJ Rep 629, 678.

islotes del Canal, los cuales se remontan al siglo XIII.<sup>144</sup> El Tribunal analizó cuál de las partes ha mantenido la posesión, siendo este un concepto que equivaldría a soberanía. Diferentes tipos de elementos fácticos y jurídicos, que van desde los derechos feudales a estudios hidrográficos, se tuvieron en cuenta. Si bien la Corte no ha definido la “norma” en que se basó, a partir de las pruebas que consideró se pueden deducir los elementos que constituyen al título de acuerdo a la Corte. Como había sido establecido con anterioridad en jurisprudencia y doctrina, la posesión significaba el ejercicio de la soberanía. No era tanto un hecho sumado a un elemento intencional. Si bien la Corte se concentró en la actividad del Estado, también consideró que algunas cuestiones fácticas demostraban la voluntad del Estado para actuar como soberano. Lo que la Corte llama “posesión” y “soberanía” no era nada menos que “ocupación efectiva”.<sup>145</sup>

Alrededor de los años “60 la ocupación efectiva fue mencionada en varios fallos”.<sup>146</sup> La Corte Internacional de Justicia en gran medida sostuvo lo que hizo en *Minquiers y Ecrehos* hasta el punto de no definir claramente las condiciones para el título mediante la ocupación efectiva. Un ejemplo de la falta de definición que el Tribunal de Justicia ha creado en torno a la prescripción y la posesión puede encontrarse en el caso sobre *Derecho de paso por territorio indio* (1960). Portugal alegó un derecho de paso a favor de algunos pueblos sobre los cuales sostenía tener soberanía, y que estaban rodeados por territorio indio. El Tribunal aceptó la interpretación india del Tratado de 1779, sobre la base del cual Portugal defendió su soberanía. Según la India y la Corte, el Tratado había concedido sólo el derecho a aplicar un impuesto a los pueblos. Pero cuando los británicos reclamaron soberanía sobre la India, habían:

encontrado y dejado... a los portugueses en ocupación y en ejercicio de autoridad exclusiva sobre los pueblos. Los portugueses se extendieron como soberanos sobre los pueblos. Los británicos, como sucesores de los Marathas, no reclamaron soberanía, ni tampoco el reconocimiento expreso de la soberanía portuguesa, sobre ellos. La autoridad exclusiva de los portugueses sobre los pueblos nunca se ha presentado en cuestión. Así, la soberanía portuguesa sobre los pueblos fue reconocida por los británicos, de hecho y por implicancia y, posteriormente, tácitamente por la India. Como consecuencia

144. “The Court being now called upon to appraise the relative strength of the opposing claims...” [1953], ICJ Rep 47, 67.

145. *Ibid.*, 53.

146. Tales como *Sovereignty over Certain Land* (1959), *Right of Passage* (1960), *Temple of Preah Vihear* (1962).

de ello los pueblos comprendidos en la concesión de Maratha adquirieron el carácter de enclaves portugueses en el territorio indio.<sup>147</sup>

Según la sentencia, Portugal había ganado la soberanía sobre los pueblos a través de la aquiescencia de los gobiernos británico e indio en una situación que, en el mejor de los casos, los británicos malinterpretaron. Pero la Corte no especificó qué modo de adquisición de soberanía territorial aplicó. Elementos de la ocupación efectiva, incluida la aquiescencia (continua y pacífica exposición de soberanía) estuvieron presentes, pero la Corte decidió no entrar en el fundamento jurídico de su decisión.<sup>148</sup>

Además, en este y en posteriores casos, la Corte no ha sido coherente o clara en su uso de conceptos.<sup>149</sup> En sus sentencias, el Tribunal de Justicia responde a las pretensiones formuladas por las partes y con frecuencia no va más allá de la adopción de su terminología. *Effectivités*, posesión, exhibición de soberanía territorial, ocupación efectiva y la eficaz administración se han utilizado sin mayor distinción. Se puede decir que todos estos son términos que se refieren a una doctrina amplia de “ocupación efectiva”. Con el tiempo, *effectivités* se ha convertido en el término más preciso.

Durante las dos últimas décadas, la Corte ha arrojado más luz sobre la doctrina de la ocupación efectiva. En primer lugar, el Tribunal no hace uso de una definición estricta de las acciones que constituyen una ocupación efectiva, simplemente, porque no puede. Al igual que en *Minquiers y Ecrehos*, los jueces de la Corte se pronuncian sobre la ocupación efectiva en términos relativos. Su peso es el de las *effectivités* diferentes remitidas por las partes. Esto no sólo incluye una evaluación de las acciones positivas de las partes, sino también de sus reacciones a las acciones de la otra, o la falta de ella (tolerancia).<sup>150</sup> No hay requisitos previos absolutos, sino relativos. Esto, lógica y necesariamente, también se refiere a la condición “pacífica” de la posesión (aquiescencia). Esta es otra diferencia con la prescripción como

147. [1950] ICJ Rep 39.

148. Según Thirlway, debido a la existencia de un peor título (derecho a cobrar impuestos), la prescripción, tal como se la conoce en derecho privado, no tiene aplicación aquí. Mientras haya verdad en ello podría reclamarse también que el peor título serviría como base para un título defectuoso a ser mejorado a través de la prescripción. Esto acerca a la prescripción al instituto de derecho privado. De cualquier forma, la Corte no se entrevió en esta discusión: THIRLWAY, *supra* nota 20, 66 *BYbIL* (1995) 14.

149. Casos posteriores a 1962 que involucraron ocupación efectiva: *Frontier Dispute (1986)*, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (1992)*, *Territorial Dispute (1994)*, *Kasikili/Sedudu Island (1999)*, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (2001)*, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (2002)*, *Sovereignty over Pulau Litigan and Pulau Sipadan (2002)*.

150. JENNINGS, *supra* nota 53, 6 y 13; Post, *supra* nota 113, 154.



fuera interpretada por Fauchille y otros autores, así como por los árbitros en el caso *Chamizal*. La aquiescencia es sólo un elemento, importante desde ya, que debe tenerse en cuenta en la ponderación de las acciones de las partes.<sup>151</sup>

En segundo lugar, algunos casos recientes ofrecen un poco más de información sobre los criterios que la CIJ aplica en la evaluación de actuaciones objetivas. Las actividades que impliquen un ejercicio de jurisdicción deben pertenecer al territorio en disputa en sí mismo.<sup>152</sup> Pueden ser acciones por parte del Estado en el ejercicio de su soberanía,<sup>153</sup> o acciones de personas individuales autorizadas por el Estado,<sup>154</sup> o acciones de las empresas autorizadas por el Estado.<sup>155</sup> De acuerdo con lo sostenido en el caso *Groenlandia del este*, el Tribunal reconoció en varias ocasiones que en algunas circunstancias (como en una disputa sobre una isla muy pequeña) muy pocas acciones pueden ser suficientes.<sup>156</sup>

En tercer lugar, en la *Controversia fronteriza* (1986), el tribunal aclaró la posición relativa a los reclamos basados en la ocupación efectiva en lo que respecta a los reclamos basados en el título y la aquiescencia a un título ya existente. El Tribunal indicó que sólo recurre a la ponderación de actuaciones objetivas si ninguno de los litigantes goza de título.<sup>157</sup> Esto ha sido transparente en dos sentencias de la Corte a partir de 2002. En *frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (2002), la CIJ no ha atribuido gran valor a la ocupación efectiva, ya que uno de los litigantes gozaba de un título convencional sobre los territorios en disputa.<sup>158</sup> En *Soberanía sobre Pulau Sipadan y Pulau Litigan* (2002), la CIJ constató que ninguna de las partes tenía título y se volvió así a pesar las actuaciones objetivas (*effectivités*) como prueba de la ocupación efectiva.<sup>159</sup> Como tal, el concepto de ocupación efectiva parecería haber crecido como un modo distinto y autónomo del de adquisición.

En cuarto lugar, una lectura de los casos pertinentes de la CIJ nos indica que el elemento clave de la ocupación efectiva o *effectivités* (actuaciones objetivas) es el

151. SHARMA, *supra* nota 115, 100 y 108-110. Véase *Land, Island and Maritime Frontier* (1992) [1992] ICJ Rep 351, 577; *Territorial Dispute* (1994) [1992] ICJ Rep 6, 35.

152. *Sovereignty over Pulau Litigan and Pulau Sipadan*, disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párr. 136.

153. *Minquiers and Ecrehos* [1953] ICJ Rep 47, 65 y 69.

154. *Sovereignty over Pulau Litigan and Pulau Lipadan*, disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párr. 140.

155. *Kasikili/Sedudu Island* [1999] ICJ Rep 1045 y 1105.

156. *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (2001), disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párr. 197; *Sovereignty over Pulau Litigan and Pulau Sipadan* (2002), disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párr. 147, con referencia a *Eastern Greenland*, párr. 134. Véase también *Clipperton Island* (1931) sobre el caso de una isla deshabitada: RIAA 22, 1107.

157. [1986] ICJ Rep 587.

158. Disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párrs. 68-70 y 223-224.

159. Disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párrs. 134-149.



ejercicio efectivo de jurisdicción territorial o soberanía (*corpus*).<sup>160</sup> De las pruebas consideradas por el tribunal en los distintos casos, también es claro que la intención de actuar como soberano está implícita (*animus*). En *Soberanía sobre Pulau Sipadan y Pulau Litigan* (2002) la Corte declaró expresamente la necesidad de que las actividades sean “*acts à titre de souverain*” que reflejen la intención y voluntad de actuar en tal carácter.<sup>161</sup>

La ocupación efectiva en el sentido de ejercicio de la jurisdicción territorial que emana de la soberanía es muy similar a la “posesión” del derecho privado de bienes.<sup>162</sup> La doctrina de la ocupación efectiva toma más de la prescripción del derecho privado que el elemento de la posesión, equivalente a la soberanía. Aunque teóricamente la ocupación efectiva podría no implicar un lapso de tiempo y la ocupación momentánea podría ser suficiente, la CIJ (y la mayoría de los expertos) no tuvo este enfoque. Con el fin de determinar si un Estado tomó el control efectivo sobre un territorio, la Corte examina normalmente los actos realizados durante un cierto periodo de tiempo.<sup>163</sup> Por otra parte, en la valoración de hechos y pretensiones, no importa si el ejercicio de la soberanía ha sido pacífico o no, ininterrumpido o no, público o no, incluso si la Corte no ha sido explícita sobre estos puntos. La frase “demostración continua y pacífica ‘de soberanía’”, tal como se utiliza en la muy citada sentencia de *Las Palmas*, ya parece abarcar todas estas condiciones.

Pero, esto no constituye una prescripción facultativa en el sentido de (cualquier) derecho romano. No hay plazos fijos. Tampoco es el público o pacífico carácter continuo de la posesión una condición absoluta. Las alegaciones de las partes se pesan, y la que aporte las pruebas más convincentes así como mantenga el comportamiento más convincente como soberano (incluyendo la aquiescencia) gana el caso. Así, la ocupación efectiva se ha despojado de la mayor parte de los elementos del derecho romano, así como se encuentran adjuntos a la *usucapio*, *praescriptio Longi terminis* e incluso *terminis praescriptio longissimi*. Este proceso de generalización es históricamente análogo a lo sucedido en el derecho privado. Ya existía este tipo de evolución desde el derecho romano clásico al derecho romano Justiniano. Para el siglo XVIII, los abogados civiles aceptaron que la prescripción

160. “El efectivo ejercicio de jurisdicción territorial”: *Frontier Dispute* (1986) [1986] ICJ Rep 586. “Ejercicio de autoridad en su territorio”: *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (2001), disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párr. 96.

161. Disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párras. 141. La CIJ hizo referencia a *Eastern Greenland*, donde se sostenía que ambos *corpus* y *animus* eran necesarios, párr. 134.

162. Post, *supra* nota 113, 158 y 166-169. Brownlie se refiere a un “better right to possess familiar in common law”: *supra* nota 51, 124.

163. En *Right of Passage*, la CIJ aceptó una “práctica constante y uniforme” de paso por más de un siglo como una base sólida para el título en disputa relativo al derecho de paso sobre territorio indio: [1960] ICJ Rep 40.

podría llevar a título después de treinta años, aun cuando la posesión era de mala fe. Lo que los modernos y actuales abogados especializados en derecho internacional han hecho de la prescripción adquisitiva puede haber sido bastante irreconocible para los juristas de la época romana, pero el proceso de transformación es análogo a lo ocurrido en la tradición del derecho civil.

Queda por verse si la doctrina de la ocupación efectiva deja algún margen para la prescripción adquisitiva como una categoría distinta, más fiel al derecho privado. Mientras que algunos libros de texto siguen nombrando a la prescripción como a una categoría distinta, no está claro cuál podría ser su relación con la ocupación efectiva. Como se indicó anteriormente, no tiene ninguna utilidad práctica como medio para afirmar un título putativo o defectuoso.<sup>164</sup> ¿Y cuál sería su contenido exacto? La Corte Internacional de Justicia aún no ha derramado luz sobre el asunto. El caso *Kasikili/Sedudu* (1999) es interesante en este sentido. Namibia había invocado la “prescripción” como un título alternativo al tratado de 1890 sobre el cual versaba el litigio. Sin embargo, lo que quiere decir Namibia con prescripción adquisitiva no era otra cosa que lo que había entendido Fauchille que era en sus cuatro condiciones. Como se dijo antes, esta no era la “prescripción adquisitiva” del derecho privado, sino algo que se había diluido y adaptado al contexto del derecho internacional. Si el título que Namibia alegó tener con razón puede llamarse “prescripción” y si, como parece dar a entender Namibia, se diferencia de la ocupación efectiva, son cuestiones que no fueron abordadas por el tribunal. La Corte Internacional de Justicia eludió un debate sobre la cuestión al afirmar que las partes acordaron que la prescripción es una norma de derecho internacional. Entonces los jueces encontraron que Namibia, sin embargo, no había cumplido los cuatro requisitos que había llevado al estrado.<sup>165</sup>

## VI. CONCLUSIONES

Tres posibles funciones del derecho romano en el derecho internacional actual se han expuesto en una forma hipotética. En primer lugar, tanto la ocupación como la prescripción fueron debatidas por los padres del derecho de gentes moderno de los siglos XVI y XVII. En la medida en que estos precoces “abogados internaciona- listas” atravesaban aun el proceso de emancipación del *ius gentium* respecto del *ius*

164. De la misma manera que BROWNLIE, *supra* nota 51, 154. Brownlie no ve ningún uso practica para tal concepto: 159 (véase n. 17 en dicha pagina para ver una nomina de autores que piensan de la misma manera).

165. Disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párr. 90. Véase también CASTELLINO y ALLEN, *supra* nota 3, 145-146.

*commune*, al extraer al derecho de las naciones del marco intelectual del derecho en general, de manera natural se vieron obligados a inspirarse en el *ius commune* así como de su parte romana. Por otra parte, en ambos casos se siguieron aplicando las normas de derecho romano a las relaciones entre los príncipes y los pueblos, como se había hecho en la época medieval. Como tal, el derecho romano jugó un papel histórico en la formación del moderno derecho de las naciones. Sin embargo, bajo el encabezado de “Derecho Romano” debe entenderse al derecho civil aprendido como parte de la tradición medieval del *ius commune*. Este “Derecho Romano” cumple la primera de las tres funciones potenciales que han sido definidas.

En segundo lugar, desde el siglo XVI hasta el siglo XX, tanto la ocupación como la prescripción fueron moldeadas para adaptarse a las necesidades de las relaciones internacionales.<sup>166</sup> En general, esto significaba que los tecnicismos particulares que limitaban el alcance y la aplicación de las normas de Derecho Romano fueron desechados, mientras que los conceptos fueron reconstruidos como principios generales. Hasta el siglo XVIII, los doctrinarios del derecho de las naciones se sintieron obligados a legitimar sus afirmaciones derivadas del derecho romano. La construcción intelectual de la que se nutría el derecho natural tuvo un rol importante aquí. Se cernía como un cuerpo ideal y general de derecho sobre todos los sistemas del derecho positivo. Estaba lleno de conceptos y reglas tomadas de la tradición medieval del *ius commune* y, bajo la influencia de la jurisprudencia humanista, del derecho Romano clásico y Justiniano, que se transformaron luego en principios más abstractos y generales. A partir de ahí, estas normas fueron adaptadas al derecho de las naciones moderno. Como tal, el derecho natural se convirtió en más o menos lo que el *ius gentium* había sido para los romanos.<sup>167</sup> Más que solamente un interesante paralelo en la historia, basado en parte en la confusión terminológica, esto indica hasta qué punto el derecho de gentes se entrelazó con la tradición jurídica occidental del derecho en general. Los puntos de vista que expresa Lauterpacht en su *Fuentes del Derecho Privado y sus Analogías con el Derecho Internacional* respecto al rol del derecho natural durante los inicios del período moderno y sus relaciones con el derecho romano llevan a un mismo resultado.<sup>168</sup> Él, sin embargo, subestimó el hecho de que en muchos casos el proceso de generalización y abstracción que se realizó bajo el ala del derecho natural, continuó los procesos iniciados durante la Baja Edad Media bajo el ala del derecho canónico.

166. Algo similar ocurrió con *uti possidetis*: véase CASTELLINO y ALLEN, *supra* nota 3, esp. 13-20, 24-27 y 229-238.

167. Como se señalara en *Venezuelan Preferential Claim (1903)*, *supra* nota 30; véase H. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, 251.

168. *Ibid.*, 8-17.

Así, desde el siglo XVI al siglo XX, el derecho romano continuó alimentando de analogías con el derecho privado al derecho internacional. Su influencia era sobre todo indirecta. El derecho romano sirvió para inspirar al derecho natural y fue (junto con el derecho canónico) una zona gris entre los sistemas de derecho privado más importantes de Occidente. A medida que los conceptos y las normas adoptadas por el derecho romano eran adaptados a los propósitos de los Estados, el derecho romano clásico, justinianeo y medieval se usaba y abusaba sin el menor margen de dudas. En el siglo XVIII el derecho romano había perdido su autoridad, pero aún así mostraba su brillo como la veta dorada de la tradición occidental del derecho privado, donde todos los grandes principios y las ideas del derecho en general se encontraban.

En tercer lugar, no hay instancias en las sentencias de la Corte Internacional de Justicia en las que se recurra directamente al derecho romano como prueba de lo que es comúnmente aceptado como derecho, o como principios generales del derecho. El derecho romano históricamente ha inspirado a las analogías con el derecho privado, pero esto ha cesado. El derecho romano ha dejado de ser considerado *ratio scripta*.

Hoy, el derecho romano sólo tiene un lugar en el derecho internacional a través de la historia. En primer lugar, una gran cantidad de preceptos fueron adoptados del derecho romano durante el período formativo del moderno derecho de las naciones ya que pertenecían al *ius commune*, que durante siglos había sido el derecho aplicado a las relaciones entre los príncipes y los pueblos como individuos. En segundo lugar, una vez que el derecho de gentes se había convertido en una rama de derecho independiente, el derecho romano lo siguió alimentando. Muchas normas generales provenientes del derecho natural, que se dice que forman la base del derecho de las naciones, fueron extraídas del derecho romano a través del razonamiento inductivo. Es un ejemplo de lo que Lauterpacht llama “la generalización de la experiencia jurídica de la humanidad”. Al margen, estas conclusiones son paralelas a la función que Lauterpacht le había atribuido al derecho romano, dicho de una forma intuitiva.

Este análisis de la interacción entre el derecho romano y el derecho internacional confirma a la afirmación de Lauterpacht respecto a que el derecho internacional no es una rama totalmente autónoma del derecho. A través del derecho romano, el derecho internacional comparte gran parte de su historia con los principales sistemas internos de derecho privado. El hecho de que el derecho romano fuera radicalmente moldeado de acuerdo a las necesidades del derecho internacional no reafirma que el Estado sea diferente en una *manera absoluta* respecto de la personalidad del individuo como persona jurídica y moral, ni que el derecho internacional sea un sistema absolutamente voluntario como los positivistas de principios del siglo XX entendían. Los cambios no son diferentes de las adaptaciones que las mismas reglas sufrieron en los sistemas de derecho interno. La mayoría implica un grado

de abstracción necesario para aplicar la regla a un contexto diferente del contexto original del derecho romano.

Así como el derecho internacional moderno tuvo que adaptar las normas que tomó del derecho privado en toda su extensión, la investigación de estas afiliaciones históricas colaborará, aunque someramente, en el estudio (no tan de moda) de la propia historia del hombre. Pero al mismo tiempo, esta historia nos recuerda que las normas que rigen las relaciones entre hombres y cuerpos políticos se derivan de las mismas fuentes y comparten las mismas reglas y conceptos básicos.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AKEHURST, "Equity and General Principles of Law", 25 *ICLQ*, 1976.
- ALCIATUS, Andreas, Consilia 52.20 en *Opera omnia*, 1571.
- ALEXANDROWICZ, "The Role of Treaties in the European-African Confrontation in the Nineteenth Century", en A.K. MENSAH-BROWN (ed.), *African International Legal History*, 1975.
- ANAYA, S. J., *Indigenous People in International Law*, 1996.
- ANDREWS, "The Concept of Statehood and the Acquisition of Territory in the Nineteenth Century", 94 *LQR*, 1978.
- ANGHIE, "Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law", 40 *Harvard ILJ*, 1999.
- "Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law", 5 *SocL and Leg Stud*, 1996.
- ANZILOTTI, D., *Cours de droit international*, traducción. G. Gidel, 1929.
- BALDUS, C., *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*, 2 vols., 1998.
- BATTAGLINI, "Il riconoscimento internazionale dei principi generali del diritto" en *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, 1987.
- BECKET, "Questions d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale", 50 *RCADI*, 1934.
- BELLOMO, M., *The Common Legal Past of Europe 1000 - 1800*, 1995.
- BERMAN, "The Concept of Aboriginal Rights in the Early History of the United States", 27 *Buffalo Law Review*, 1978.
- BLUM, Y., *Historic Titles in International Law*, 1965.
- BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, 4° ed., 1980.
- BUCKLAND, W. W., *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 1921.
- CASTELLINO, J. y ALLEN, S., *Title to Territory in International Law. A Temporal Analysis*, 2003.
- CHENG, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1987.

- COHEN, "The Spanish Origin of Indian Rights in the Law of the United States", 31 *Georgetown LJI*, 1942.
- *Felix S. Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 2° ed., 1989.
- CRAWFORD, J., *The Creation of States in International Law*, 1979.
- DE VISSCHER, C., *Théories et réalités en droit international public*, 4° ed., 1970.
- DICKASON, "Jus Gentium Takes on a New Meaning", en L.C. GREEN y O.P. DICKASON, *The Law of Nations and the New World*, 1989.
- EMER DE VATEL, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle*, 1758.
- FAUCHILLE, P., *Traité de droit international public*, 8° ed., 1925.
- FISCH, "Africa as *Terra nullius*: The Berlin Conference and International Law", en S. FORSTER, W.J. MOMMSEN, y R. ROBINSON (eds.), *Bismarck, Europe and Africa*, 1988.
- FISCH, J., *Die europäische Expansion und das Völkerrecht*, 1984.
- FITZMAURICE, "The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law", 27 *BYBIL*, 1950.
- "The Problem of Non Lique: Prolegomena to a Restatement" en R. Ago *et al.* (eds.), *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, 1974.
- FRIEDMANN, "The Use of "General Principles" in the Development of International Law" en L. Gross (ed.), *International Law in the Twentieth Century*, 1969.
- GENTILIS, Albericus, *De jure belli libri tres*, 1758.
- GILL, T. y HEERE, W. (eds.), *Reflections on Principles and Practices of International Law. Essays in Honour of Leo J. Bouchez*, 2000.
- GRAVESON, "Hersch Lauterpacht", 10 *ICLQ*, 1961.
- GREWE, W. G., *The Epochs of International Law*, Trad. de M. Byers, 2000.
- GROCIO, Hugo, *De jure belli ac pacis libri tres*, 1625.
- *Mare liberum*, 1609.
- GUGGENHEIM, P., *Traité de droit international public*, 1967.
- HALL, W. E., *A Treatise on International Law*, 8° ed., 1924.
- HANKE, L., *The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America*, 1965.
- HELPS, A., *The Spanish Conquest in America*, 1900.
- HERCZEGH, G., *General Principles of Law and the International Legal Order*, 1969.
- HILL, N., *Claims to Territory in International Law and Relations*, 1945.
- HOCHSTRASSER, T.J., *Natural Law Theories in the Early Enlightenment*, 2000.
- HOLLAND, H. E., *Studies in International Law and Diplomacy*, 1898.
- JENKS, "Hersch Lauterpacht: The Scholar as a Prophet", 36 *BYBIL*, 1960.
- JENNINGS, R. y WATTS, A. (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9° ed., 1992.
- JENNINGS, R., *The Acquisition of Territory in International Law*, 1963.
- KASER, M., *Das Römische Privatrecht*, 2° ed., 1971.
- KEENE, E., *Beyond the Anarchical Society. Grocio, Colonialism and Order in World Politics*, 2002.

- KELLER, A. S., LISSITZYN, O.J. and MANN, F. J., *Creation of Rights of Sovereignty through Symbolic Acts 1400-1800*, 1938.
- KELLEY, "Civil Science in the Renaissance: Jurisprudence in the French Manner", 2 *J Hist of Ideas*, 1981.
- KISCH, G., *Studien zur humanistischen Jurisprudenz*, 1972.
- KOSKENNIEMI, M., *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, 2001.
- LAMMERS, "General Principles of Law Recognized by Civilized Nations" en F. Kalshoven (ed.), *Essays on the Development of the International Legal Order*, 1980.
- LAUTERPACHT, E., "Sir Hersch Lauterpacht, 1897-1960", 8 *EJIL*, 1997.
- , *International Law*, 1973.
- LAUTERPACHT, H. (ed.), *Oppenheim's International Law*, 8° ed., 1948.
- "General Rules of the Law of Peace", en LAUTERPACHT E. (ed.), *International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, 1970.
- "Some Observations on the Prohibition of "Non Liqueet" and the Completeness of the Law", en VAN ASBECK, F.M. al. (eds.), *Symbolae Verzijl*, 1958.
- "The So-Called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law", 12 *BYbIL*, 1931.
- *Private Law Sources and Analogies of International Law (With Special Reference to International Arbitration)*, 1927.
- *The Development of International Law by the International Court of Justice*, 1958.
- *The Function of Law in the International Community*, 1933; 2° ed., 1973.
- LESAFFER, "An Early treatise on Peace Treaties: Petrus Gudelinus between Roman Law and Modern Practice", 23 *J Legal Hist*, 2002.
- "Charles V, *monarchia universalis*, and the Law of Nations (1515-1530)", 71 *Legal Hist Rev*, 2003.
- "The Grotian Tradition Revisited: Change and Continuity in the History of International Law", 73 *BYbIL*, 2002.
- "*The Scholar as a Judge*: Romeins recht en algemene beginselen van privaatrecht bij sir Hersch Lauterpacht (1897-1960)", en E. J. BROERS y B. VAN KLINK (eds.), *De rechter als rechtsvormer*, 2001.
- "The Medieval Canon Law of Contract and Early Modern Treaty Law", 2 *J. Hist. Int'l L*, 2000.
- LÉVY, J. P. y CASTALDO, A., *Histoire du droit civil*, 2002.
- LINDLEY, M., *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, 1926.
- MACGIBBON, "The Scope of Acquiescence in International Law", 31 *BYbIL*, 1954.
- MCNAIR, "Hersch Lauterpacht", *Proceedings of the British Academy*, 1961.



- “The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations”, 33 *BYbIL*, 1957.
- MORENO QUINTANA en *Right of Passage over Indian Territory*, 1960.
- MORRIS, “International Law and Politics. Towards a Right of Self-Determination for Indigenous Peoples”, en M.A. JAIMES (ed.), *The State of Native America. Genocide, Colonization and Resistance*, 1992.
- MULDOON, “Medieval Canon Law and the Formation of International Law”, 81 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, kanonistische Abteilung*, 1995.
- “The Contribution of the Medieval Canon Lawyers to the Formation of International Law”, 28 *Traditio*, 1972.
- MUNKMAN, “Adjudication and Adjustment – International Judicial Decisions and the Settlement of Territorial and Boundary Disputes”, 46 *BYbIL*, 1972.
- OPPENHEIM, L., *International Law*, 1905.
- PAGDEN, “Dispossing the Barbarian: The Language of Spanish Thomism and the Debate over the Property Rights of the American Indians”, en A. PAGDEN (ed.), *The Languages of Political Theory in Early Modern Europe*, 1987.
- PAGDEN, A., *Lords of All the World. Ideologies of Empire in Spain, Britain and France c. 1500-c. 1800*, 1995.
- *The Fall of Natural Man. The American Indian and the Origins of Comparative Ethnology*, 1982.
- PENNINGTON, K., *The Prince and the Law 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, 1993.
- PHILLIMORE, R., *Commentaries upon International Law*, 3° ed., 1879.
- PINTO, “La prescription en droit international”, 87 *RCADI*, 1955.
- PUFENDORF, S., *De jure naturae et gentium libri octo*, 1688.
- RATNER, “Drawing a Better Line: *Uti possidetis juris* and the Borders of New States”, 90 *AJIL*, 1996.
- RIVIER, A., *Principes du droit des gens*, 1896.
- ROSENNE, “Sir Hersch Lauterpacht’s Concept of the Task of the International Judge”, 55 *AJ*, 1961.
- SCHOECK, “Humanism and Jurisprudence”, en A. RABIL (ed.), *Renaissance Humanism: Foundations, Forms and Legacy*, 1988.
- SCHWARZENBERGER, “Title to Territory : Response to a Challenge”, en L. GROSS (ed.), *International Law in the Twentieth Century*, 1969.
- SCHWARZENBERGER, G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 3° ed., 1957.
- SCOBIE, “The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht’s Concept of the International Judicial Function”, 8 *EJIL*, 1997.
- SHARMA, S., *Territorial Acquisition, Disputes and International Law*, 1997.



- SHAW, "The Heritage of States: The Principle of *Uti possidetis juris* Today", 67 *BYbIL*, 1996.
- "The Western Sahara Case", 49 *BYbIL*, 1978.
- *Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, 1986.
- SHEARER, I. A. (ed.), *Starke's International Law*, 11° ed., 1994.
- SÖRENSEN, "Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées", 101 *RCADI*, 1960.
- STONE, "Non Liqueur and the Function of Law in the International Controversy", 35 *BYbIL*, 1959.
- TAMMELO, "Logical Aspects of the Non Liqueur Controversy in International Law", 5 *Rechtstheorie*, 1974.
- THIRLWAY, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989", 61 *BYbIL*, 1990.
- TIEMEY, B., *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural. Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, 1997.
- TRUCK, R., *The Rights of War and Peace. Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, 1999.
- TRUYOL y SERRA, "Staatsräson und Völkerrecht in der Zeit Karls V.", en F. A. VAN DER HEYDTE (ed.), *Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross*, 1960.
- TUCK, R., *Natural Rights Theories. Their origins and development*, 1979.
- TUNKINS, G., *Theory of International Law*, traducción de W. E. Butler, 1974.
- VAN DER HEYDTE, "Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law", 29 *AJ*, 1935.
- VERYKIOS, P. A., *La prescription du droit international public*, 1934.
- VERZIJL, J., *International Law in Historical Perspective*, 1968.
- *International Law in Historical Perspective*, 1970.
- VITANYI, "Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées"", 86 *RGDIP*, 1982.
- VON MARTENS, F., *Traité de droit international*, 1883.
- WALDOCK, "The Common Law of the International Community - General Principles of Law", 106 *RCADI*, 1962.
- WEIL, "The Court Cannot Conclude Definitively...? *Non Liqueur* Revisited", 36 *Columbia J Transnat'l L*, 1997.
- WESTLAKE, J., *International Law*, 1904.
- WHEATON, H., *Elements of International Law*, 1860.
- WILLIAMS, R. J., *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest*, 1990.
- WOLFF, C., *Ius naturae et gentium methodo scientifica pertractatum*, 1749-1764.
- WOOLF, C., *Bartolus of Sassoferrato*, 1913.

- YANAGIHARA, “*Dominium and Imperium*”, in Y. ONUMA (ed.), *A Normative Approach to War. Peace, War and Justice in Hugo Grotius*, 1993.
- ZIEGLER, “Die römische Grundlagen des europäischen Privatrechts”, 4 *Ius Commune*, 1972.
- “The Influence of Medieval Roman Law on Peace Treaties”, en R. LESAFFER (ed.), *Peace Treaties and International Law in European History*, 2004.
- “Völkerrechtliche Aspekte der Eroberung Lateinamerikas”, 23 *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 2001.
- ZIEGLER, K. H., *Völkerrechtsgeschichte*, 1994.
- ZIMMERMANN, R., *Roman Law, Contemporary Law*, European Law, 2001.

# ENTREVISTAS



## ENTREVISTA AL DR. MARTÍN DIEGO FARRELL\*

**Lecciones y Ensayos:** —*Si bien es un cliché, ya es una tradición comenzar nuestras entrevistas con la pregunta: ¿qué es el Derecho?*

**Martín Diego Farrell:** —Yo creo que, en Filosofía del Derecho, no es una buena pregunta; así que, en realidad, lo que voy a hacer es esquivarla y pasar a dar una serie de explicaciones que no requieren una definición. La vida en sociedad sería imposible si ciertos comportamientos humanos no estuvieran motivados para converger de una forma determinada, tal que la convivencia fuera posible, y la mejor posible. Por supuesto que hay ciertas técnicas de motivación de conducta que podrían ser eficaces: la religión, por ejemplo, es eficaz. Pero no para todo el mundo. La moral es eficaz, pero no para todo el mundo. Y llega un momento en el cual la vida en sociedad es imposible si no existe una motivación específica, que es la amenaza de una sanción. Una sanción que en un principio era descentralizada, porque cualquiera podía aplicarla, pero que en el Derecho contemporáneo es centralizada y es aplicada después de un procedimiento determinado y por un órgano determinado. Porque para motivar a la gente existen dos alternativas posibles: el premio y el castigo. El premio, desde el punto de vista de la eficacia, es insostenible. Una sociedad no puede administrar un sistema burocrático para otorgar premios. Bentham lo dijo con toda claridad: una sociedad que elige el sistema de premios no dura una semana. En cambio, dijo, el castigo es perfectamente administrable. De manera que el Derecho es esto, el Derecho motiva conductas, amenazando con una sanción y de esta manera consigue que la vida en sociedad sea viable. Creo que he tratado, por lo menos deliberadamente, de excluir una definición y explicar más

\* Martín Diego Farrell es Abogado y Doctor en Derecho, ambos por la Universidad de Buenos Aires. Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires y Profesor y Director de Investigaciones y Doctorado de la Universidad de Palermo. Investigador Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Ex Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Fue Vicepresidente de la Sociedad Iberoamericana de Estudios Utilitaristas. Es miembro y fue tesorero y secretario de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico. En 1996 obtuvo el premio Konex de Platino en Ética.

Entrevista realizada el 9 de octubre de 2013 en el Salón Avellaneda del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, por los estudiantes de Abogacía e integrantes del Consejo de Redacción de la Revista Lecciones y Ensayos: Jonathan Matías Brodsky, Federico Eduardo Olivera, Antonio Ribichini y María Julieta Sarmiento.

bien para qué sirve, porque me parece que es una pregunta que no podría tener una buena respuesta.

**LyE:** —*¿Qué lo llevó a estudiar Derecho? ¿Pensó en seguir otra carrera?*

**Martín Diego Farrell:** —A estudiar Derecho me llevó, lamento tener que confesarlo, mi odio por las matemáticas. Tenía que elegir alguna carrera que no contuviera matemáticas. Como tampoco me gustaba la biología ni la anatomía, quedaban excluidas entonces la ingeniería y medicina. Pero en cambio tenía una cierta afición por la historia y por la instrucción cívica y eso me llevó, sin un gran entusiasmo al comienzo, a elegir la carrera de Derecho, en la cual supuse que iba a tener un solo problema, con una sola materia de la cual desconfiaba y que pensaba que iba a encontrar tremendas dificultades para aprobar. Curiosamente, era Filosofía del Derecho.

**LyE:** —*¿Cómo era el ambiente en su casa respecto a que estudiara Derecho? ¿Lo alentaban?*

**Martín Diego Farrell:** —El ambiente en mi casa era muy sencillo. Era obligatorio tener un título universitario, pero podía tener cualquier título universitario que yo deseara. Y mientras estudiara para estar entre los alumnos más destacados, iba a tener todo el apoyo de mi casa, y si no lograba estar entre los alumnos más destacados, iba a tener los más feroces castigos en mi casa. Así que ésa era mi vida estudiantil.

**LyE:** —*¿Cómo se enseñaba Filosofía del Derecho cuando usted la cursó?*

**Martín Diego Farrell:** —Filosofía del Derecho se enseñaba asombrosamente bien. Para eso tengo que compararla un segundo con la enseñanza de las demás materias. En primer lugar, cuando yo entré a la Facultad de Derecho, desde el principio, realmente me enamoré de la Facultad y de la carrera. De manera que, por casualidad, encontré mi vocación sin saber antes de qué se trataba. Las materias se enseñaban de un modo dogmático mediante clases magistrales: el profesor dictaba la clase —buenas clases, dictadas por buenos profesores— pero sin ser interrumpido por nadie. Durante una hora, dos veces por semana, el titular y después el adjunto, una hora por semana, daban sus clases y el alumno tomaba nota. No discutía, no cuestionaba y no pedía aclaraciones. Cuando el alumno consideraba que estaba en condiciones de rendir examen, había turnos mensuales de exámenes. Es decir, de marzo a diciembre, uno podía dar la materia completa, que usualmente había memorizado, en el examen mensual. De todas formas, el grado de exigencia de los exámenes era grande; es decir, si bien uno trabajaba mucho con la memoria, se

exigía una enorme cantidad de material para memorizar y las mesas examinadoras eran severas. De manera que ésa era la forma en que se enseñaba en la Facultad durante, por lo menos, mis primeros tres años como alumno. Después comenzaron a incorporarse los cursos de promoción sin examen. Pero los cursos de promoción sin examen eran muy pocos. Si bien los alumnos también eran muy pocos, los cursos de promoción sin examen no alcanzaban. Entonces había que distribuir las vacantes, la mitad por número de materias y la mitad por promedio. En el curso de promoción la enseñanza era distinta, es decir, en cuarto y quinto año el profesor, en general, se sentaba en una mesa con veinte alumnos y dialogaba con ellos, preguntaba. Dejaba de haber por un lado la clase magistral y por supuesto, por el otro, dejaba de haber el examen mensual.

Desde un comienzo Filosofía del Derecho se enseñó de manera diferente. Gioja organizó un sistema por el cual todos los alumnos cursaban la materia. Era un curso informal, que no estaba aprobado por la Facultad. No había ningún obstáculo legal para que uno se presentara a dar examen, salvo que Gioja pedía que nadie se presentara a dar examen sin haber cursado antes y prometía que en el examen iban a repetir automáticamente la nota del curso. Aunque los alumnos eran pocos, recuerden que yo les dije que los cursos de promoción legales no alcanzaban para todos y en filosofía tenían que alcanzar para todos. Entonces Gioja nombró una cantidad de profesores auxiliares que eran los que dictaban los cursos, acompañados también por ayudantes alumnos. Y él recorría los cursos dando algunas charlas en todos ellos. El asunto resultó, para mí por lo menos, un descubrimiento asombroso, porque era una manera de enseñar polémica, dialogada, en la cual el alumno intervenía permanentemente y no había ningún tipo de memorización. De manera que fue un *shock* didáctico el que produjo la enseñanza de Filosofía del Derecho en la Facultad. Y tal es así que nunca logré desentrañar si mi afición por la Filosofía del Derecho se debió al contenido de la materia o a la forma novedosa de su enseñanza. De manera que en verdad era un sistema didáctico maravilloso.

**LyE:** —*¿Cómo lo compararía con la forma en la que se enseña hoy Filosofía del Derecho?*

**Martín Diego Farrell:** —Muchas de las personas que enseñan hoy Filosofía del Derecho fueron discípulos directos de Gioja o discípulos de discípulos de Gioja, así que se enseña de una manera, en muchas de las comisiones, similar a la forma como la enseñaba Gioja en cuanto al tipo de enseñanza, y en muchos casos incluso en cuanto al contenido de la enseñanza. Por supuesto, ninguno de nosotros tiene, ni pretende tener, ni podría tener las condiciones didácticas y académicas de Gioja. En ese sentido, siempre la Filosofía del Derecho se va a enseñar peor a partir de la muerte de Gioja. Yo he estado en contacto con profesores de universidades inglesas, alemanas, sin duda españolas, y muchas universidades norteamericanas

—universidades de primer nivel, como Yale, Columbia, NYU— y en ellas he estado en contacto con profesores que han hecho Filosofía del Derecho. En ninguna universidad del mundo encontré a ningún profesor de Filosofía del Derecho que tuviera la calidad didáctica y la calidad docente de Gioja.

**LyE:** —*¿Cómo ve a los estudiantes argentinos comparados con los del resto del mundo?*

**Martín Diego Farrell:** —El problema es que tendría que compararlo con distintos tipos de universidades. Hay universidades donde el número de alumnos es elevado, como ocurre en la UBA. Eso pasa, por ejemplo, en las universidades italianas, en las alemanas, en las españolas, donde el alumno argentino hace muy buen papel. Dentro del promedio de alumnos argentinos, siempre encuentra uno en cada comisión y en cada curso alumnos muy destacados y yo no sé si llegarían a ese nivel en otras universidades del mundo. Ahora, si uno pasa a la universidad norteamericana, el tema es distinto. Porque la selección es tan rigurosa que, en realidad, un alumno que no sea inteligente no puede entrar a una universidad de primer nivel. No puede entrar a Yale, no puede entrar a Columbia, no puede entrar a NYU. De manera que todos los alumnos son inteligentes y, a su vez, salvo los cursos de los primeros años o los cursos inmensamente populares —como puede ser, típicamente en las universidades norteamericanas, Derecho Constitucional— las materias se desarrollan con muy pocos alumnos y, en ese caso, con discusiones fructíferas y el alumno está compelido a preguntar, compelido a interrumpir, compelido a objetar. Eso es muy importante. Eso es lo que yo trato de conseguir en los cursos, que los alumnos sean los protagonistas, y específicamente que polemiquen con el profesor. Porque es la única manera de que el alumno conozca el empleo de los argumentos que, en definitiva, es lo que lo hará destacar en la profesión de abogado. Tiene que argumentar contra una contraparte; bueno, que argumente contra el profesor. Es lo que yo creo que hay que estimular en la Facultad. El nivel filosófico de la Facultad siempre ha sido muy bueno y la fama de la UBA en términos académicos en Filosofía del Derecho siempre ha sido muy alta. Yo siempre se lo recuerdo a los sucesivos Decanos de la Facultad para que pongan énfasis especial en mantener esa calidad en Filosofía del Derecho y siempre he encontrado buena receptividad en todos ellos.

**LyE:** —*¿Cuándo comenzó su actividad docente y en qué cátedra o con quién?*

**Martín Diego Farrell:** —En el año 59, en el segundo cuatrimestre, yo cursé Filosofía del Derecho en uno de los cursos que organizaba Gioja, antes de que hubiera ningún otro tipo de curso en la Facultad. Debo haber tenido una actuación acertada en el curso, porque cuando rendí el examen obtuve una nota que es muy



curiosa, y por eso se los comento, una nota que a lo mejor ustedes no saben que en la Facultad existe. Por eso se lo pregunto yo a ustedes: ¿saben que existe una nota que se llama “sobresaliente felicitado”?

**LyE:** —*No.*

**Martín Diego Farrell:** —Muy poca gente lo sabe, uno de los que no lo sabía era yo. Sobresaliente felicitado es una nota legal: se computa como un diez, pero a su vez en el legajo del alumno consta que ha sido felicitado. ¿En qué consiste la felicitación en esa nota? Consiste en que el tribunal examinador se pone de pie y felicita al alumno. Gioja lo hizo de manera informal: lo único que dijo es “muy lindo, Farrell, muy lindo”. Así que yo me retiré sabiendo que había sacado un diez e ignorando que eso significaba un sobresaliente felicitado, hasta que para conseguir una beca en alguna oportunidad tuve que pedir un certificado de estudios y me dijeron en Bedelía —asombrados— “usted es uno de los pocos individuos que tiene un sobresaliente felicitado”, “no, yo no tengo ninguno, no es cierto”, “sí, tiene uno que consta en Filosofía del Derecho”, y ahí reconstruí que la escena de la puesta de pie y de decirme “muy lindo, muy lindo”, estaba incorporada al resultado en mi legajo. Esto a su vez llevó a que me pidieran que fuera ayudante alumno y fui ayudante alumno, entonces, a partir de 1960 y durante todo el 60 y el 61 hasta que me recibí de Abogado en diciembre del 61 y allí me pidieron que fuera ayudante graduado. Fui ayudante graduado hasta el año 66 en que Gioja me dijo si no quería ser profesor adjunto interino de Introducción al Derecho en la cátedra de Entelman, que en su momento había sido su adjunto, y le dije, por supuesto, que sí; ahí fui adjunto interino de Entelman hasta el año 70 en que gané el concurso, fui adjunto regular y ahí siguió toda la historia porque en realidad nunca abandoné la Facultad desde el año 57 en que empecé a cursar como alumno.

**LyE:** —*¿Qué nos puede contar de la época de la vuelta a la democracia en el 83? ¿Cómo se vivió?*

**Martín Diego Farrell:** —Para mostrar lo que significó la vuelta a la democracia habría que hacer una breve referencia de las interrupciones que tuvo el procedimiento democrático en la Universidad y por qué la vuelta a la democracia se vivió, entonces, como algo especial. Cuando yo entré en la Facultad en 1957, la Facultad todavía estaba intervenida y el decano era Gioja. La Facultad era antiperonista. Yo por “peronismo” entiendo lo que me parece que corresponde entender, es decir, el gobierno de Perón entre el 46 y el 55, en donde el partido del poder se llamaba Partido Peronista. Después, a partir de la Revolución del 55, se prohibió colocar nombres propios en los partidos, entonces aparece el Justicialismo. Respecto al Justicialismo, no tengo nada que decir: no voy a decirlo. Respecto del

Peronismo, yo era antiperonista y lo sigo siendo. Creo que el gobierno del 46 al 55 fue un gobierno autoritario y que significó realmente una posición desfavorable para Argentina y un retroceso institucional para la Argentina. Así que en el 57, la Facultad estaba intervenida pero todos éramos antiperonistas así que no vivíamos la intervención como un acotamiento, aunque mirándolo desde el punto de vista institucional tiene que haber sido un acotamiento pero uno no se daba cuenta porque estaba del lado ganador. En la Facultad no había ningún peronista: ningún profesor peronista –porque los habían echado a todos– y ningún alumno peronista. No había ninguna agrupación estudiantil peronista. Yo no conocí a ninguna persona en toda mi carrera que me dijera que era del peronismo. No les hubiera gustado decir que eran peronistas aunque hubieran sido peronistas. El movimiento estudiantil mayoritario era el Movimiento Universitario Reformista, el MUR, que tenía una gran influencia del Partido Comunista y sus principales dirigentes estaban vinculados al Partido Comunista. Enfrentándolo, obteniendo la minoría en el Consejo Directivo, estaba el Movimiento Humanista de Derecho, que era un movimiento de orientación demócrata-cristiana, con alguna influencia religiosa. El radicalismo figuraba en tercer lugar, con la Agrupación Reformista de Derecho, ARD, y había un movimiento nacionalista católico muy belicoso en su accionar que se llamaba Sindicato Universitario de Derecho. En el año 60 se fundó el Movimiento Universitario de Centro. Era exactamente eso: un movimiento de centro, en el cual yo participé y por el cual fui electo Consejero Suplente en el período 61-62, en donde conseguimos casi inmediatamente la minoría en el 61 y la mayoría en el 62 y después mantuvimos varios años más la mayoría, teniendo como minoría al Movimiento Universitario Reformista y desapareciendo prácticamente el Movimiento Humanista de Derecho.

Esos años, del 57 en que entré hasta la presidencia de Frondizi, que tuvo simplemente alguna connotación universitaria con la Ley de Enseñanza Privada, no tuvieron mayores dificultades, especialmente para el profesorado. La Facultad fue ocupada algunos días cuando la Ley de Enseñanza Privada fue aprobada por el Congreso porque se presentó de un modo equivocado: como una opción entre enseñanza laica y enseñanza religiosa, y por tanto yo estaba a favor de la enseñanza laica y contra la enseñanza religiosa. Pero hay un error, porque en realidad tendría que haberse presentado como monopolio estatal de enseñanza o pluralidad de instituciones educativas, con lo cual yo hubiera estado a favor de la pluralidad de instituciones educativas, pero no tuvo incidencia una vez que quedó claro que el Congreso insistiría y el presidente estaba a favor –Frondizi estaba a favor de la Ley de Enseñanza Privada–.

Pero en el año 66 se produjo un *shock* importantísimo porque el gobierno de Onganía no solo intervino la Universidad de un modo totalmente innecesario, sosteniendo que estaba en manos de comunistas –lo que no estaba– sino que también apaleó a los profesores de la Facultad de Ciencias Exactas, además de echarlos. Y esto produjo en los profesores de la Facultad de Derecho una situación muy

conflictiva, porque la gran mayoría de los profesores en el 66 eran los profesores que en el 45 habían renunciado cuando el peronismo intervino la Universidad y habían defendido la autonomía universitaria con total buena fe y se encontraban ahora de vuelta con la Facultad intervenida. Muy pocos profesores, sin embargo, se encontraron, en paralelo, lo suficientemente fuertes como para renunciar: muy pocos renunciaron. Genaro Carrió fue uno de los que renunció, pero no Gioja. Así que nosotros vivimos por un lado la idea de que la situación era anómala porque la Facultad estaba de vuelta intervenida y sin autonomía universitaria, pero por otro lado estaba la Facultad con todos los profesores que habían estado desde que yo había entrado en ella, y a su vez yo comencé a ser profesor en ella, rodeado de todos mis antiguos profesores. Era una situación extraña.

Cuando Onganía dejó de ser presidente, el gobierno hizo un esfuerzo serio para tratar de organizar sin intervención la Universidad y llamó a concurso en el 70. Y los concursos del 70 yo creo que fueron correctos, que no fueron parciales y que estuvieron bien organizados, con una excepción: el Decano de la Facultad estaba autorizado a prorrogar todos los períodos de los profesores titulares de la casa que tenían la designación por concurso. Y el Decano, que en esa época era Abel Fleitas, prorrogó los términos de todos los profesores menos dos, sin explicar por qué. Uno era Francisco Laplaza, que era profesor de Penal, y el otro Ambrosio Gioja. Fleitas renunció al poco tiempo y fue reemplazado por otro Decano –eran decanos interventores en esa época– que era Juan Carlos Luqui, que renovó el contrato de Laplaza pero no el de Gioja. Ésta fue una situación triste, no solo para Gioja, que sintió tristeza, y no solo para nosotros, que sentimos tristeza por Gioja, sino que fue triste para la Facultad porque realmente no había ningún motivo y sólo podía entenderse como una persecución. Y a su vez se llamó a concurso, que estaba evidentemente perjudicado en contra de Gioja porque el jurado era parcial. Afortunadamente, un participante por entonces menor en el concurso, un participante periférico y que después tuvo un enorme protagonismo en la Filosofía del Derecho y en la vida de la Facultad, Eugenio Bulygin, mostró dotes proféticas e impugnó el concurso, sin ninguna esperanza de que tuviera éxito en el Poder Judicial. Debe haber sido el único caso en que actuó como abogado, pero con gran éxito, porque lo ganó, y la Cámara en lo Contencioso Administrativo lo anuló y se llamó entonces a un nuevo concurso con un jurado imparcial. Trágicamente, sin embargo, antes de que este concurso hubiera podido sustanciarse de manera total –porque sí salió el dictamen del jurado donde, obviamente, Gioja salió primero–, Gioja murió como consecuencia de un cáncer de hígado a los 58 años.

De manera que la normalización de la Facultad en los 70 fue ambivalente. Por un lado, creo que el Rector de la Universidad tuvo una intención honesta de normalizar la institución, y creo que lo consiguió. Por el otro, la Facultad se hubiera normalizado de acuerdo al segundo concurso, incluso con Gioja, pero tuvo ese sabor amargo de la persecución a Gioja al comienzo de los 70. En el 73, repuesta la

Universidad normalizada en la época de Onganía, fue intervenida de vuelta por el gobierno de Cámpora, es decir, por la izquierda. Ahora la voy a llamar “la izquierda justicialista”.

La izquierda justicialista en la Facultad de Derecho hizo mucho daño porque tenían el Decano, el actual defensor de la Ciudad, Mario Kestelboim. Era un militante de extrema izquierda, un simpatizante montonero que tenía poca calidad académica. Estoy seguro de que si lee el reportaje no va a resentir el hecho de que diga que tenga poca calidad académica, no es una cuestión personal; cuando yo era Consejero por los alumnos, por la lista de Centro, él era Consejero por los alumnos por el Movimiento Reformista y no tuvimos ningún problema personal, pero académicamente no sabía conducir la Facultad y hubo un enorme deterioro desde el punto de vista de la enseñanza. Ese deterioro de la enseñanza era difícil de revertir porque después, cuando renunció Cámpora, llegó la derecha justicialista. La derecha justicialista llegó con gente que también tenía pocas condiciones para la enseñanza académica del Derecho. El Decano era un hombre, que ya murió, de la derecha católica nacionalista, que supongo que habrá sido a la vez justicialista, que era Francisco Bosch. Tampoco tenía un plan claro, salvo –desde luego– expurgar cualquier eventual infiltración marxista que hubiera habido durante la época de Cámpora. Es difícil saber si uno se sentía acotado o no por la izquierda justicialista o por la derecha justicialista porque yo no era marxista y entonces, claro, en un principio tenía dificultades para enseñar en la época camporista, pero duró poquísimo, y como no era marxista, no experimentaba ningún acotamiento en mi enseñanza durante la época de la derecha peronista. Pero tiene que haber habido un acotamiento porque es obvio que nadie hubiera podido dictar un curso con las ideas de Marx, claramente. Todo esto, a su vez, no duró tampoco mucho porque la Facultad volvió a ser intervenida en el año 76. Esta vez, el gobierno militar se preocupó por saber si por casualidad quedaba algún marxista después de la expurgación que había hecho la derecha justicialista, y no quedaba ninguno, pero aun así encontraron a algunos sospechosos de marxismo y también provocaron una expulsión de profesores y lo que haya sido también un acotamiento para alguien que hubiera querido enseñar alguna idea marxista.

Los concursos con los cuales después el Proceso quiso normalizar la Universidad, a mi juicio, no fueron concursos imparciales, pero me comprenden las generales de la ley, porque yo perdí, además de perder Carlos Nino y Eugenio Bulygin. Pero creo que no fueron concursos imparciales y que estaban teñidos a favor de individuos que simpatizaban más con nociones filosóficas –no voy a decir políticas– que no eran las nuestras. De todos modos, hubo dos excepciones, dos inobjectables que mostraron que la parcialidad no era absoluta. En Introducción al Derecho ganó inobjetablemente Carlos Alchourrón, que obviamente tenía que ganar, y en Filosofía del Derecho ganó Roberto Vernengo, que obviamente tenía que ganar, que no fueron objeto de ninguna parcialidad favorable. Vernengo pasó,

después de haber sido echado durante la época del Proceso en esta Facultad, buena parte de su carrera académica en México porque no tenía lugar para enseñar en Argentina, así que no tenía ninguna simpatía por el Proceso.

Pero fue una normalización también amarga. Y de golpe llegó la vuelta de la democracia. Pero yo no soy imparcial respecto de la vuelta de la democracia, porque tengo simpatía radical. Todas las personas que llegaron en el '83 al manejo de la Universidad y al manejo de la Facultad eran amigos míos y tenían la misma ideología. Entonces, cómo no voy a describir como un sueño hecho realidad nuestra vuelta a la democracia, si yo participaba de él porque estaba rodeado de amigos y estaba encantado con lo que había pasado. La verdad que sí, fue un sueño hecho realidad. Por otro lado, voy a tratar de ser imparcial a pesar de que tengo un notorio favoritismo por esa época. Creo que tuvo una influencia decisiva, en términos académicos, por la reforma del plan de estudios. Y en la reforma al plan de estudios hay que nombrar a tres personas: Eugenio Bulygin, porque tuvo la valentía de impulsar la reforma del plan de estudios que nadie había tocado en la Facultad por décadas – todas estas materias optativas del CPO son una idea que él tenía desde un comienzo como una de las metas del plan de estudios–, y dos personas más que son los que estructuraron el plan de estudios y los que lo trabajaron y redactaron, que fueron Carlos Nino y Julio Cueto Rúa. La enseñanza actual en la Facultad –muy superior en su estructura a la que existía cuando yo entré acá–, la enseñanza con materias optativas, la enseñanza que trata de despertar el interés del alumno, se debe a tres personas: Bulygin, Nino y Cueto Rúa. El impacto decisivo de la vuelta de la democracia para nosotros, para la Facultad de Derecho, no fue sólo el retorno de muchos profesores, sino que fue básicamente el cambio en el plan de estudios.

**LyE:** —*En relación al plan de estudios, ¿qué le parece la reforma de 2004 en función de aquel plan del 85?*

**Martín Diego Farrell:** —Me gustaba más el plan original. Puede ser un poco más exigente, pero está pensado básicamente para ser un plan en el cual el alumno tenga siempre contacto con el profesor, que el alumno básicamente busque el curso como la única opción posible. La obligación de la Facultad es proporcionar cursos. Creo que los Decanatos han sido exitosos en eso y han tratado de proporcionar cursos en horarios diferentes, en días diferentes y, si bien yo no puedo decir que con este número de cursos todos los profesores merezcan un nivel de excelencia o de 10, porque sería imposible, creo que todos los cursos han tenido un nivel decoroso, que el sistema de enseñanza por curso es un sistema exitoso que redundaba en beneficio del alumno. Yo no tocaría más nada.

**LyE:** —*¿Para usted debería quedar así?*

—Yo hubiera dejado, realmente, el plan de estudios que si no me equivoco se comenzó a redactar en el 84.

**LyE:** —*Queríamos preguntarle por la importancia de que los profesores titulares den clases.*

**Martín Diego Farrell:** —No estoy propiciando reformar reglamentariamente la idea de que los titulares estén exentos de dar clases. Creo que voluntariamente deberían ellos optar por dar clases al alumno de grado, porque la Facultad tiene que tratar de acercar la teoría a la realidad. Los nombres que tenemos entre los profesores titulares son muy importantes, sin duda, y en teoría el alumno de grado tiene que recibir una enseñanza de ellos. Creo que tenemos que hacernos cargo en la práctica y que el titular debe acercarse al alumno dictando cursos. Por supuesto que el titular tiene muchos otros trabajos para realizar: tiene que organizar su cátedra y realizar allí no sólo la tarea administrativa sino la tarea docente en su control de los adjuntos e intentando uniformar la enseñanza de la cátedra. Muchos de ellos tratan de actualizar —y lo hacen desde el punto de vista académico— a sus ayudantes de cátedra. Parte de su trabajo, sin embargo, creo que deberían desviarlo hacia la enseñanza del alumno de grado. Yo he tratado de realizar esto en los últimos años y me he sorprendido muy gratamente por el nivel de los alumnos de grado en la Facultad de Derecho. Estoy muy contento y, realmente, no lo tomo como una obligación sino que lo disfruto.

**LyE:** —*¿Qué es lo que hace a un buen docente de Derecho?*

**Martín Diego Farrell:** —Mi modelo de docente es, y va a ser siempre, Gioja. El buen docente de Derecho es una imitación de Gioja. El mejor docente es una buena imitación de Gioja, los malos docentes son malas imitaciones de Gioja, y los que ni siquiera tratan de imitar a Gioja son pésimos docentes. ¿Qué es lo que hacía Gioja? Algo que nosotros no podemos hacer porque depende de una cantidad de carisma que no podemos poseer, que es difícil pedirle a un ser humano promedio o por encima del promedio que posea. Es entusiasmar al alumno haciéndole ver lo interesante de lo que va a decir en la clase de ese día y en la clase de los días siguientes, y para chequear que el alumno esté realmente entusiasmado hacerlo participar en la clase. Considerar cada pregunta del alumno como una pregunta valiosa que merece ser reconstruida a la luz de los mejores argumentos posibles, sobre la base de que nadie pregunta tonterías, y concederle a cualquier pregunta el mismo tiempo y el mismo interés, lo que no significa darle la razón al alumno, sino mostrarle muchas veces que está equivocado, y muchas veces mostrarle que está equivocado de un

modo duro pero siempre respetuoso y siempre afectuoso. El buen profesor siente afecto por los alumnos. Los alumnos perciben el afecto del profesor y retribuyen ese afecto. Desde luego que no se puede transmitir el nivel de entusiasmo que generaba Gioja. Para poner un solo ejemplo, los dos años del curso de doctorado yo lo tuve a él como profesor. Fueron los años 66 y 67. Gioja dictaba clases de 9 a 11, un día por semana, y las clases nunca, pero nunca, en ningún día de clase, terminaban antes de la una de la tarde porque nosotros le pedíamos desesperadamente que siguiera su clase, que nos explicara más cosas y él no tenía ningún inconveniente. Así que las clases de dos horas se transformaban en clases de cuatro horas. La Facultad ya sabía que no podía disponer de esa aula hasta la una de la tarde porque nunca nos íbamos a ir antes de esa hora, y nos íbamos a la una de la tarde, supongo que nosotros con hambre y él con cansancio, pero nunca queríamos irnos. Eso es un buen profesor: el profesor que quiere que el alumno se quede en clase y el alumno que quiere quedarse en clase porque ahí está el profesor.

**LyE:** —*Usted a la par que fue docente comenzó una carrera también en el Poder Judicial.*

**Martín Diego Farrell:** —Sí.

**LyE:** —*¿Cómo vivió la magistratura?*

**Martín Diego Farrell:** —Yo entré en el Poder Judicial para poder seguir de un modo ordenado la carrera académica. Toda mi actuación judicial fue muy larga porque arrancó en el '67 y terminó el año pasado.

Siempre creí que tenía una obligación con el Poder Judicial, que era descargar todos mis deberes puntualmente. Es decir, cumplir con mi tarea y cumplirla en término. Pero mi vocación —todo el mundo lo sabe— nunca fue primariamente el ejercicio de la magistratura sino el ejercicio de la docencia. Creo que en la magistratura hay que saber para qué tarea fue uno designado y simplemente llevarla a cabo. Parece muy sencillo, parece un lugar común, pero poca gente lo lleva a cabo. Yo entré como secretario, no fui empleado judicial; y como secretario la obligación era hacer interlocutorios. Básicamente ésa es la obligación del secretario. En el caso mío, el juez, como yo entré siendo una persona de edad (y en esa época la Justicia federal estaba organizada de un modo equivocado: cada juez tenía cinco secretarías, y ningún juez puede manejar cinco secretarías), nos pedía que hiciéramos algunas sentencias. Por supuesto, las hacía con mucho gusto; pero la tarea del secretario no era ésa. El secretario no revisa el despacho: el secretario es el que hace interlocutorios y si tiene que hacer alguna sentencia sencilla la hace. El despacho lo revisa el prosecretario. Y el que hace el despacho es un empleado. Y la mesa de entradas la



controla un jefe de mesa de entradas. Así que cuando trabajé como secretario trabajé de secretario.

Cuando me nombraron juez, era una cosa clarísima. El juez tiene que hacer sentencias, no se las pueden hacer. Yo no tenía cinco secretarías sino tres, así que las tres secretarías generaban sentencias que tenía que hacer yo. Por supuesto que ya eran sentencias, no interlocutorios. No controlo el despacho, ni reviso las cédulas, ni reviso los exhortos. El secretario hace las interlocutorias y el jefe de mesa de entradas se ocupa del resto. Las sentencias tienen que salir en término. Porque el litigante tiene derecho a que las sentencias salgan en término, y no hay sentencia que no pueda salir en término. Yo recibí el juzgado con noventa expedientes de atraso, no porque el juez anterior nos hubiera dejado las sentencias sino por el período de vacancia, y en tres meses lo puse al día y cuando dejé el juzgado tenía un solo expediente a sentencia que no quise sacar porque ya me habían dado el acuerdo para camarista y pensé que podía sospecharse que yo tenía un interés especial en esa última causa, y ahí la dejé.

¿Y el camarista qué hace? El camarista vota. Él no hace interlocutorios ni regula honorarios. Los honorarios los regula un prosecretario, yo nunca regulé honorarios. Ahora que no estoy en el Poder Judicial puedo decirles, además, que no sé regular honorarios. No los regulé como secretario de joven, no los regulé como juez porque se los daba al secretario porque no sé hacer cuentas –porque odio las matemáticas– y no tengo la menor idea de cómo se regulan honorarios en cámara y tenía una sola norma que conversaba siempre con la prosecretaria que hacía la regulación de honorarios. Si el honorario es importante, cuénteme, porque yo le voy a decir cómo valoro la actuación de los abogados y de los peritos en el expediente y usted ajustará el porcentaje a la valoración que yo haga. Nada más que eso. Si uno hace eso, la tarea se puede llevar a cabo perfectamente bien. Y no hubo día que no tuviera tiempo, pero sin apremio, para desarrollar mi actividad académica: ningún inconveniente. Lo que yo pensaba que iba a ser la Justicia, lo fue. Un lugar amable, cordial, con gente con la cual da gusto tratar, un ambiente realmente acogedor, un sueldo digno y tiempo suficiente para realizar la actividad docente y académica que a uno se le dé la gana. Es exactamente lo que yo hice, lo que creo que hay que hacer, y es saber aprovechar el tiempo libre que da el Poder Judicial.

No estoy sugiriendo que todo el Poder Judicial sea como la Justicia del fuero federal. Si alguien de algún otro fuero quiere rebatirme y decir que el tiempo no alcanza para trabajar es muy posible que me vea obligado a darle la razón. Lo único que les cuento es la experiencia que hay en el fuero federal. En el fuero federal se puede trabajar perfectamente como secretario o como juez o como camarista y tener tiempo sobrado para realizar cualquier tipo de actividad judicial y a la vez académica que a uno le interese. En el mismo fuero, recuerden, estuvo también Eugenio Bulygin y está hoy Ricardo Guarinoni: confronten con ellos y seguramente les van a dar un panorama parecido al que les estoy dando yo.



**LyE:** —*¿Y cuáles son los desafíos más importantes que tiene en la actualidad el Poder Judicial argentino?*

**Martín Diego Farrell:** —En este momento, el Poder Judicial tiene situaciones delicadas en juicios en los cuales el gobierno es parte. Algunos, no voy a decir todos los funcionarios del gobierno, creen que el Poder Judicial es susceptible de ser presionado. No todos: hay funcionarios del gobierno que han entendido perfectamente que eso no debe hacerse. Pero en algunos casos se trata de hacer sentir incómodo al Poder Judicial con métodos extrajudiciales. El desafío es hacer comprender al gobierno que esos métodos extrajudiciales no tienen éxito, entonces muy posiblemente dejen de emplearse. Tengo que reconocer que hay funcionarios del gobierno que ya lo han entendido. Hay otros que todavía les cuesta más entender, pero seguramente —en esto el papel de la Corte es decisivo— si la Corte muestra su independencia y que no es susceptible de ningún tipo de presiones, posiblemente volvamos a recuperar la situación de normalidad. Y digo de normalidad, porque hasta el año pasado nunca había yo experimentado ningún tipo de presión por parte de ningún gobierno, e incluyo en esto al gobierno militar. Cierto es que el gobierno militar no tendría interés en la justicia federal civil, y posiblemente haya reservado sus presiones para la justicia federal penal. Sin duda ha sido así. Y sin embargo, yo les podría contar mi experiencia como secretario: incluso en la época de Onganía, hemos tenido amparos por libertad de expresión que sin duda molestaban al gobierno. Sin duda. En el año 67 había amparos de libertad de expresión que al gobierno de Onganía le molestaban porque habían clausurado un diario. Y yo lo viví como secretario pero al lado del juez, que por supuesto me contaba todos los avatares que tenía el suceso, y jamás en la vida ningún funcionario del gobierno de Onganía se acercó al juez ni después a la cámara para influenciarlo de ninguna manera. El juez hizo lugar al amparo y luego la cámara lo confirmó, pero sin que hayamos sentido en ningún momento la menor presión. La menor presión.

En el propio gobierno militar, los únicos problemas que había eran algunas indemnizaciones por algunos accidentes o algunos desbordes que habían tenido algunas guardias militares que a lo mejor de vez en cuando en su celo por encontrar subversivos se les escapaba un tiro y herían a algún inocente que obviamente les reclamaba su indemnización. El gobierno, reconozco, tenía poco interés en el resultado del juicio, jamás nadie se acercó para hacer la menor, la menor sugerencia. En el gobierno de Alfonsín, obviamente, el respeto por el Poder Judicial fue impecable. Impecable. Y en el gobierno de Menem, desde luego, la manipulación que se hizo con el aumento del número de miembros de la Corte fue imperdonable a la par de innecesaria. Una vez que logró eso, ciertamente, jamás ningún funcionario menemista se acercó, jamás, para realizar ningún tipo de presión.

Espero que esta situación que, repito, resultó normal a lo largo de mi carrera judicial, pueda recuperarse si la Corte muestra simplemente que es un tribunal que,

por autorespeto valora su independencia y dicta los fallos que cree que tiene que dictar. Lo cual no es necesariamente sinónimo de fallos contrarios al gobierno. La independencia del Poder Judicial no se muestra decidiendo en contra del gobierno sino simplemente decidiendo de acuerdo a derecho; el gobierno, de vez en cuando, sin presiones, gana juicios, como quedó demostrado en todos los gobiernos. A la vez, consigue ganar juicios y mantener la independencia del Poder Judicial.

**LyE:** —*¿Qué opinión le merece la Corte actual y el rol que viene jugando en las últimas causas?*

**Martín Diego Farrell:** —Es difícil realizar una evaluación sobre el rol de la Corte, porque son jueces muy distintos. Ustedes saben que la ley de organización de la Corte dice que “la Corte está integrada por jueces”. Yo creo que ser juez de la Corte es un inmenso honor. No solamente por la palabra “de la Corte”, sino para la palabra “juez”. Por eso me parece que es irregular la denominación de “ministro”: porque no está prevista en la ley, pero a su vez, creo que el máximo honor al que una persona puede aspirar, es ser designado como “juez de la Corte”. Así que los llamo “jueces” para demostrar el respeto que les tengo, además de que es realmente la designación legal. Creo que es más honroso ser juez de la Corte que ser ministro de la Corte. Ministro puede ser del Ejecutivo. Juez de la Corte, solamente pueden ser ellos.

Son personalidades muy distintas. Por suerte, me parece que hoy la Corte ha logrado algo que no habíamos conseguido en ninguno de los gobiernos anteriores: tener jueces designados por distintos presidentes. La Constitución no prevé que los presidentes designen jueces de la Corte imparciales. De ninguna manera. La Constitución no está diseñada para eso. La Constitución está diseñada para que el presidente nombre jueces que simpaticen con él. Y esto no tiene nada de malo. Al contrario, yo estoy de acuerdo con esto. Con una advertencia importante: que después del primer nombramiento, no vuelva a haber nunca un reemplazo general de la Corte. Entonces la única persona que hubiera tenido la obligación de designar algunos jueces que no simpatizaban con él porque había nombrado a todos, idealmente debería haber sido Bartolomé Mitre, que tuvo la prudencia de designar al menos un opositor, porque como ustedes recuerdan, Salvador María del Carril había sido el vicepresidente de Urquiza. Los restantes presidentes se supone que pueden nombrar uno o dos jueces, y lo correcto es que nombren personas que simpaticen ideológicamente con ellos, y no tiene absolutamente nada de malo. La corte norteamericana funciona *usualmente* bien, no perfectamente bien, como demostró en Bush vs. Gore pero moderadamente bien. Ya se sabe a quién nombra Bush y a quién nombra Obama; se sabe perfectamente bien cómo van a votar y no pasa nada, el sistema está previsto para eso. Nadie nombra individuos cuya ideología no conoce o no comparte. Este es el primer momento en el cual tenemos jueces nombrados por

Alfonsín, Duhalde, y Kirchner. Y esto es bueno, porque muestra una diversidad de origen. La diversidad de origen muestra alguna diversidad ideológica, y la diversidad ideológica es buena en la Corte. A lo largo del tiempo, las preferencias de la población mostradas en las elecciones presidenciales, se reflejan indirectamente en las designaciones en la Corte. Y no me parece mal: el sistema constitucional está previsto para eso. Ahora, como tenemos jueces designados por tres presidentes, es prácticamente imposible dar una visión de la Corte como una institución, porque sus integrantes tienen ideologías muy distintas.

**LyE:** —*¿Piensa que la ética va junto con la ciencia jurídica? Y en caso de que no, ¿cómo se podría hacer para lograr una práctica jurídica que sea concorde con la ética?*

**Martín Diego Farrell:** —Es parte indispensable de la ciencia del Derecho, y voy a arrancar con una posición extrema que no comparto, pero que muestra aunque sea por reducción al absurdo lo que quiero decir. Dworkin, en sus dos últimas obras, especialmente en *Justice for Hedgehogs*, dice que el Derecho es una rama de la moral. No es cierto. Pues fíjense que la afirmación, por extrema que sea, podemos no compartirla, pero ilustra. A veces uno tiene que mostrar el blanco y negro aunque la situación sea gris. El Derecho no es moral; es independiente de la moral. El Derecho tiene la misma tarea que la moral: el Derecho colabora para que muchas ideas morales tengan un sustento jurídico y tengan una motivación jurídica. La primera parte del siglo XX, hasta la década del 60, 70, se perdió en una discusión estéril: una discusión entre iusnaturalistas, que decían que nada podía ser derecho si antes no era moral, y los positivistas que decían que se podía identificar al derecho con independencia de la moral. La polémica es estéril porque es cierto que se puede identificar al derecho con independencia de la moral. Absolutamente se puede. No solamente se puede, es la *mejor* manera de identificar al derecho. Pero se oscurece el acuerdo entre las dos posiciones. Los iusnaturalistas lo que nos quieren decir es que no tenemos una obligación moral de defender al derecho inmoral; los positivistas piensan lo mismo, pero la única diferencia está en esto: los iusnaturalistas no llamarían “derecho” al derecho inmoral; los positivistas, dirían que es derecho pero no lo obedecerían. Los positivistas tienen una ventaja: la expresión “derecho inmoral” no parece contradictoria, no es un absurdo; sin embargo, debería ser contradictoria si los iusnaturalistas tuvieran razón. Pero de que algo sea derecho, no se sigue que haya una obligación moral de obedecerlo, lo que se sigue es algo trivial: hay una obligación *legal* de obedecerlo, pero no hay una obligación *moral* de cumplir con todas nuestras obligaciones *legales*. De manera que invocar la obediencia al derecho para una conducta inmoral no es una buena excusa, como quedó mostrado en los juicios de Nürenberg: los jueces en Nürenberg invocaron todos como excusa la obediencia al derecho. Les dijeron: “Sí, pero ¡estabas obedeciendo a las leyes de Nürenberg! Las leyes de Nürenberg eran profundamente inmorales, y vos tenías que

saber que eran inmorales, porque tu propia moral, la propia moral alemana hasta el año 33 consideraba que esas conductas eran inmorales, las que vos no podías ignorar”. Entonces, por un lado, ¡claro que identificamos al derecho sin recurrir a la moral! Pero después viene la parte importante: ¿qué contenido queremos que tenga el derecho? ¿Cuándo vamos a poder decir que al derecho tenemos que obedecerlo moralmente? ¿Para qué es indispensable enseñarle ética al alumno de Derecho? No hay que enseñarle ética judicial o ética del abogado, en términos de mandamientos –por bien redactados que puedan estar–, o en términos de lugares comunes, como “el juez no debe recibir coimas”, “el juez no debe atender a los amigos”, etc. No. El abogado, vaya a ejercer la profesión, vaya a dedicarse a la política, vaya a dedicarse al Poder Judicial, tiene que recibir una enseñanza de teoría ética, tiene que conocer las grandes teorías éticas, optar por una gran teoría ética y regir su vida de acuerdo a esa teoría que le va a permitir testear sus intuiciones morales que constituyen la moral del sentido común –que todo el mundo posee– y que ha aprendido en su casa y en su escuela, pero seguramente plagada de contradicciones y sin coherencia teórica. Es indispensable. La facultad lo hace, me parece bien que lo haga; yo muchas veces he dictado cursos de ética, estoy muy contento de hacerlo, y creo que son imprescindibles.

**LyE:** —*Se advierte una creciente internacionalización del Derecho. Los jueces hacen referencia a ello constantemente en sus sentencias: dejan de lado normas del Código Civil para aplicar principios más abstractos y generales del Derecho Internacional.*

**Martín Diego Farrell:** —Sí.

**LyE:** —*Queríamos preguntarle –sabemos que lo ha tratado en alguno de sus libros– cuál es su opinión sobre la importación de derecho en general y su rol en la ética judicial argentina.*

**Martín Diego Farrell:** —El proceso de la importación de derecho me parece que tiene un límite. Nosotros podemos importar y –por qué no– podemos tener la ambición de exportar también nuestro derecho, pero siempre teniendo cuidado de controlar que provenga de países que tienen convicciones morales y legales similares a las nuestras. Es decir: yo soy un relativista moral. No tiene sentido importar derecho islámico. No es ni mejor ni peor, es relativo a sociedades islámicas. Por supuesto, puede haber normas de importación de derecho que sean valiosas, de sociedades de Europa occidental, de sociedades como la norteamericana, y de muchos países latinoamericanos como Uruguay o Chile, que pueden tener convicciones y creencias similares a nosotros. En ese caso puede enriquecernos. La importación de

derecho –y su exportación– está siempre acotada por el relativismo moral y por el relativismo cultural.

**LyE:** —*O sea, en la medida en que se comparte el discurso moral.*

**Martín Diego Farrell:** —Si se comparte el discurso moral, enriquece, no hay ninguna duda. No hay que desdeñar la enseñanza del Derecho Comparado, porque ésta nos ayuda a mejorar las soluciones jurídicas dentro del sistema argentino.

**LyE:** —*¿Y en cuanto al tema de la deferencia? Por ejemplo, la de la Corte frente a pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o en ocasiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. ¿Qué opinión le merece en este sentido?*

**Martín Diego Farrell:** —La opinión que me merece es la siguiente. Cuando Argentina adhirió a estos tratados de Costa Rica, fue un gran avance desde el punto de vista de la democracia y de los derechos humanos, porque Argentina venía de un gobierno totalitario, y entonces estaba tratando de incorporar todos los elementos que robustecían la democracia y la preocupación por los derechos humanos era –me consta– una preocupación primaria en el pensamiento del presidente Alfonsín.

El problema que yo veo es que la Corte Interamericana tendría que autolimitarse, en sus decisiones, a grandes casos de derechos humanos y está interviniendo en detalles y pequeñeces para los cuales yo, cuando Argentina adhirió, no me imaginé que estaba concebida. Entonces, la deferencia depende en parte del autocontrol que tenga la CIDH sobre sus propias decisiones. Punto número uno.

Punto número dos: los precedentes de la Corte deberían aplicarse solamente en los países que originaron esos precedentes. Yo no creo que tenga que haber una deferencia al precedente de la Corte cuando no estaba la República Argentina involucrada en eso porque es una importación de derecho que no sabemos exactamente en concreto qué tipo de problema pretendía resolver. Por ejemplo: les voy a plantear como pregunta (y no la voy a contestar, pero la dejo al menos como pregunta): ¿es correcto que la Corte haya invocado como precedente en el caso de la nulidad de la ley de obediencia debida, el caso Barrios Altos que era un caso peruano? Y, adrede, no voy a contestar la pregunta.

**LyE:** —*Y respecto del Proyecto de Reforma del Código Civil, ¿tiene alguna opinión que quisiera compartir con nosotros?*

**Martín Diego Farrell:** —Es imposible tener *una* opinión sobre la reforma del Código Civil, y permítanme hacer una comparación para que vean ustedes por dónde podría ir mi opinión.

Cuando Mitre le encomendó a Vélez Sarsfield redactar el Código Civil, ¿qué hizo Vélez Sarsfield, una personalidad pública de gran importancia, que había sido ministro, que era un prócer en Buenos Aires y en Córdoba? Dijo: si tengo que redactar el Código Civil, me tengo que retirar de la vida pública. Se fue con su hija a su quinta de Almagro, que estaba en la calle Victoria, y redactó el Código Civil. A Vélez no se le hubiera ocurrido hacer otra cosa mientras redactaba el Código Civil, porque entre otras cosas *tenía que redactar el Código Civil*. Lo consideraba como una tarea suficiente.

Y el Código –que a mí me parece una gran obra–, a pesar de haber sido redactado por una sola persona y de enorme talento, tenía inconsistencias. Por ejemplo: el Código respeta la autonomía en materia contractual. A mí realmente me gusta: estoy de acuerdo con eso. Creo que mientras el contrato era soberano las cosas funcionaban mejor que cuando comenzó a interferirse con el contrato –básicamente, con el de locación–. Pero, sin embargo, no es un Código totalmente consistente: la autonomía no se respeta en materia sucesoria. No le puedo dejar la plata a quien quiero salvo una mínima porción que me corresponde a mí, y el resto se lo llevan mis herederos forzosos. Esto vulnera claramente mi autonomía. Para no hablar de que además ni siquiera puedo ser pródigo, porque una de las reformas incorpora la prodigalidad (que Vélez había rechazado consistentemente). Pero una sola persona redactando el Código es partidaria de la autonomía en materia de contratos y sin embargo de proteger a cualquier costo la familia en términos de sucesiones. Mucha gente no lo siente como una restricción: mis herederos forzosos son las personas a las cuales yo les dejaría mi dinero de todas maneras, pero *es* una restricción a la autonomía.

Y lo hizo una sola persona que estuvo concentrada en el Código Civil, y entonces: si una sola persona produce inconsistencias en un Código, ¿qué va a ocurrir cuando intervienen ochenta personas? ¿Qué va a pasar allí? Si una persona no puede ser consistente, y uno se lo puede disculpar, porque si tiene que redactar más de cuatro mil artículos –obviamente– puede escapársele alguna inconsistencia –pero se le escaparon varias–, ¿qué va a ocurrir? Si lo redactó una persona uno entiende que lo tienen que aprobar a libro cerrado: ¡claro! un trabajo magistral como el de Vélez, realizado por él solo, merece que nadie más lo toque. Pero ¿en qué medida nos podemos quejar si empiezan a tocar un código que desde el principio tocaron ochenta personas?

Desde luego, claro está, que los retoques que le hizo el Gobierno, especialmente en materia de responsabilidad estatal, fueron tremendamente malos: de eso no cabe ninguna duda. Pero ¿qué opinión puede uno tener sobre un código donde ochenta personas colocaron su ideología mientras, dicho sea de paso, se dedicaban a otras tareas además de redactar su porción del Código Civil? Ninguno de los redactores del Código Civil que yo sepa se retiró a ninguna quinta para trabajar en ello. Entonces, ¿qué hay en el Código? Muchas cosas. Por ejemplo: se aumenta el

porcentaje de la porción disponible: ahora uno tiene el 30%. ¿Por qué? La verdad que no se entiende bien. Entonces, la autonomía es buena; pero, ¿esto qué quiere decir? ¿Que es un poquito más buena de lo que creía Vélez, pero no lo suficientemente buena para asegurar que yo pueda testar como se me dé la gana? Está bien: no se entiende por qué. De todos modos está un poco mejor –¡no me puedo quejar!– pero ¿cuál es el argumento doctrinario que está detrás de esto? No lo entiendo.

Por otro lado, uno dice: pero están respetando más la autonomía. No: no la están respetando más, de ninguna manera, la están respetando menos. ¿Cómo menos? Sí: porque en la parte de régimen de bienes, resulta que ahora se va a regular también los bienes del concubinato. ¿Cómo los bienes del concubinato? Justamente, la gente no se casa, entre otras cosas, para no tener los problemas de regulación de bienes del matrimonio, que es tremendamente malo porque el régimen de bienes del matrimonio debía dejarse a cargo de los cónyuges y de la autonomía de los cónyuges al momento de contraer matrimonio. Ahí Vélez también se alejó terriblemente de la autonomía, y fue inconsistente. Bien: pero al menos no se refirió a los bienes de los concubinos. Pero si regulamos los bienes de los concubinos igual que los bienes matrimoniales, no solamente la gente no se va a querer casar: tampoco va a querer vivir en concubinato, de manera que en realidad ni siquiera van a poder vivir en pareja. Entonces, ¿cuál es la doctrina que hay atrás de esto? Obviamente no es el sexo ocasional ni la castidad, pero ¿cuál es? Directamente no hay manera, *no hay manera* de convivir sin tener un problema económico que las partes no desean tener. ¿Por qué? Porque estoy seguro de que una persona redactó la parte testamentaria y otra persona redactó la parte de régimen de bienes. Entonces, ¿qué es esto? Son ideologías distintas, provenientes de personas distintas.

¿Qué habría que hacer con la reforma? Yo no la aprobaría. No la trataría. Tal como está en este momento, realmente, prefiero el Código Civil actual. Respecto del cual tengo varias objeciones –la mayoría de las cuales provienen de la Ley 17.711–, pero no importa: el Código actual, sin duda, es mejor que lo que viene. Lo que viene, si viene y como viene, entre otras cosas significaría –me parece– la extinción del fuero federal civil y comercial donde estuve yo tantos años. Porque si el Estado es irresponsable sólo se lo podría demandar ante el fuero contencioso administrativo por un tipo determinado de responsabilidad. Y el Estado puede hacer exactamente lo que se le dé la gana y cometer cualquier tipo de irresponsabilidad, en tanto sujeto de derecho privado, sin que nadie pueda reclamárselo. ¿Es esta barbaridad lo que queremos sancionar? ¿A cambio de qué, poder disponer de un 10% más de nuestros bienes en la herencia? Me parece que el costo es demasiado grande: la relación costo-beneficio me dice que lo mejor que podemos hacer ahora es dejar todo esto, encontrar una persona que quiera retirarse a alguna quinta y encargarle que redacte alguna reforma al Código Civil y conseguir, si es posible, a otro Vélez Sarsfield.



**LyE:** —*¿Como puede lograrse el consenso político necesario en la Argentina para aplicar lo que usted explica en el libro Una sociedad relativamente justa?*

**Martín Diego Farrell:** —Este es un asunto paradójico. Por un lado yo planteo en el libro la necesidad de construir una teoría del mundo real y, si hubiera un mínimo de voluntad, los seres humanos están conformados de un modo tal que esto sí puede lograrse. Pero desgraciadamente ésta es una teoría real para seres humanos no políticos. La vida política ha llegado —no solamente en Argentina, sino también en los países donde existen gobiernos organizados de un modo similar al nuestro, es decir, gobiernos que son elegidos democráticamente— a un nivel de confrontación tal que ninguna idea puede ser expuesta sin que sea sometida a una crítica despiadada. Todo esto es una exacerbación de lo que ocurre en el origen del sistema democrático, que es la política de la que era la primera nación del mundo a mediados del siglo XIX, Inglaterra. Allí, hasta el siglo XIX, mientras el gobierno estaba en manos de políticos como Robert Peel, la idea era la siguiente: el gobierno propone; si la oposición cree que está bien, vota por el gobierno y si cree que está mal, le dice que no. Así que, por supuesto, lo que yo digo en *Una sociedad relativamente justa* tiene sus chances y se puede aplicar en el mundo real. Pero cuando Peel en el Partido Conservador fue reemplazado por Disraeli, la política adoptó otra forma. La postura de Disraeli, expuesta públicamente, era la siguiente: si estamos en la oposición y el gobierno propone, nosotros nos oponemos lo consideremos bueno o lo consideremos malo, porque lo que queremos es que el gobierno caiga. Y si alguien le hubiera preguntado a Disraeli “¿Para qué quiere ser gobierno?”, él hubiera contestado: “¡Para ser gobierno!, porque ésta es mi tarea”. Esto me parece que de alguna manera ocurre ahora sin duda en Inglaterra, Francia, Italia, España y en los países de Latinoamérica.

Si ustedes se fijan y quieren hacer un test, el mejor test está puesto en los nombres de las agrupaciones políticas. Los nombres dicen algo de la agrupación. El Partido Peronista, sin careta, era eso: un partido peronista. Entonces, sin Perón no era nada. ¿Qué tenía que hacer el partido? No engañaban a nadie, eran peronistas y sin Perón no tenían nada que hacer ni nada que decir. La Unión Cívica Radical enfatizaba que quería reformas radicales en un contexto civil y no militar: unión cívica radical. Quería cambios a los cuales se oponía obviamente el Partido Conservador que quería retener el orden anterior. No hay ninguna duda. Y por supuesto, también es transparente lo que nos pasa hoy en día: ¿quién nos gobierna? El Frente Para la Victoria. ¿Cuál es su objetivo? ¡La victoria!, y por eso se conformaron como Frente Para la Victoria, tampoco quieren engañar a nadie. No hubiera podido realmente ningún partido identificarse sólo con la victoria en los comienzos de la democracia argentina. Y en este sentido, en este panorama de confrontación, donde además simplemente cuenta la encuesta, la encuesta revela sólo un sentimiento transitorio, toda reforma encuentra siempre una resistencia por ser una reforma, es imposible lograr



una encuesta que favorezca lo que propongo yo en *Una sociedad relativamente justa* que requiere de un par de años de aplicación para empezar a dar sus frutos. Si las encuestas son las encuestas de los últimos cinco minutos, me parece que no está dado el consenso; pero es una idea que se puede aplicar en el mundo real y me gustaría, no ya que se aceptara pero, al menos, sí que se discutiera. Por eso yo lo que les pido a los alumnos no es que estén de acuerdo conmigo, sino que discutamos juntos.

**LyE:** —¿Qué experiencia tuvo con la Revista *Lecciones y Ensayos*?

**Martín Diego Farrell:** —Excelente. Mi ambición era publicar ahí mi primer trabajo, yo era ayudante alumno de cátedra y como ayudante me encargaban dar una clase semanal. En ese tiempo los cursos se daban tres veces por semana, y dábamos la Teoría General del Derecho y del Estado de Kelsen. Y a medida que yo leía acerca de la teoría de Kelsen, encontraba dudas que consultaba con los profesores a cargo del curso, que consultaba también con Gioja, y de esas dudas surgieron tres temas y publiqué este artículo como “Tres temas de teoría pura del Derecho”, de los cuales me ocupaba básicamente de: si el acto antijurídico tenía que involucrar siempre conducta humana, si la norma retroactiva era una norma jurídica o no, y si la multa podía o no considerarse una sanción. Debo decir que es posible que haya habido cierto nepotismo en la publicación del trabajo en *Lecciones y Ensayos* porque yo era amigo de Enrique Petracchi, que era el Director. Pero no lo estoy acusando a él de nepotismo sino de caridad con las fallas que seguramente debe haber tenido el trabajo. Después publiqué siendo profesor adjunto un trabajo sobre lagunas del derecho y, siendo ya titular, en un número especial (que no sé si seguirán haciendo) que se editó en la década del 80 sobre Filosofía del Derecho,<sup>1</sup> publiqué un trabajo sobre intuiciones morales discrepantes. Y estoy a disposición de ustedes para publicar cuando lo deseen, porque es mi revista favorita de la Facultad. *Lecciones y Ensayos* fue una gran creación, una espléndida idea que sobrevino en la Facultad cuando cayó el gobierno peronista que se debe —como ustedes perfectamente saben— a Ignacio Winizky, que no quiso crear —como lo dice en su presentación y con toda justicia— en *Lecciones y Ensayos* una revista más, sino una revista *dirigida por alumnos*, exactamente como se hacía en las universidades norteamericanas. Los mejores alumnos de las universidades norteamericanas, ¿en dónde están? En las “law reviews”. ¿Dónde están en la UBA? En *Lecciones y Ensayos*. ¿De dónde vino la fama académica de Barack Obama? De la *Harvard Law Review* ¿Qué es lo que

1. N. de la R.: se refiere el Dr. Farrell a los *Dossier* que edita en ocasiones *Lecciones y Ensayos*, dedicando ya una sección, ya un volumen a una rama o temática jurídica determinada e invitando a publicar en él a destacados especialistas en la materia. En efecto, esta tradición sigue vigente: los dos números inmediatos anteriores al presente son el *Dossier de la Igualdad* (N° 89) y el *Dossier de Derecho Civil* (N° 90).

siempre dice él de su carrera en Harvard? “Hice Law Review”. ¿De dónde salen las mejores ofertas para los alumnos en las universidades norteamericanas? De los que hicieron Law Review. Y los alumnos de Lecciones y Ensayos siempre me han impresionado a mí como lo que son: como los mejores alumnos de la Facultad de Derecho.

**LyE:** —*Muchísimas gracias, Doctor Farrell. Y respecto de otras publicaciones jurídicas de la UBA y de la Argentina, ¿qué comparación tiene para hacer respecto de publicaciones del extranjero?*

**Martín Diego Farrell:** —La UBA tiene revistas muy buenas que resisten cualquier comparación con el extranjero. Deben acostumbrarse a una sola cosa, que es un defecto argentino y no solamente de la UBA: tienen que acostumbrarse a la regularidad. Las revistas argentinas pierden regularidad; esto lo he visto yo en universidades públicas, en universidades privadas... siempre revistas que se atrasan y tienen dificultades. La revista de SADAF es un ejemplo porque siempre se ha mantenido de manera regular.

Mi único consejo a la revista argentina y al Departamento de Publicaciones —que tiene una excelente Directora— es tratar de hacer un esfuerzo enorme para mantener la regularidad. Las revistas se prestigian no sólo por su contenido, sino también porque uno espera su aparición y la aparición llega. Yo estoy suscripto a revistas filosóficas —no jurídicas— extranjeras y yo estoy seguro que tienen que llegar en un determinado mes del año. Y en ese mes llegan; las estoy esperando, y cumplen. De manera que el contenido es impecable, pero la regularidad, quizás, sea la asignatura pendiente.

**LyE:** —*¿Tiene alguna reflexión final que quisiera compartir con nosotros?*

**Martín Diego Farrell:** —Antes de terminar, yo tengo que reconocer una deuda intelectual con una persona y una deuda intelectual con una institución que no mencionamos, pero que yo no puedo dejar pasar por alto. En la década del 60 se fundó en Buenos Aires la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico, que es una institución que contribuyó decisivamente en mi formación académica. Cuando era muy poco lo que se podía hacer en la Facultad de Derecho porque había muchas ideas que estaban excluidas —eso pasó desde la izquierda justicialista a la derecha justicialista y al gobierno militar— ninguna idea que se tratara con seriedad estuvo excluida de SADAF. Hubo personas en SADAF que contribuyeron decisivamente a mi formación intelectual y que fueron grandes filósofos. Por SADAF pasaron en sus seminarios Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, Carlos Nino, Eduardo Rabossi, José Vilanova... y me estoy olvidando de muchos. Pero especialmente, la formación mía en términos de filosofía analítica y en términos de la influencia anglosajona no

se hubiera podido producir si yo no hubiera asistido a los maravillosos seminarios que dictó en SADAF Genaro Carrió. Genaro Carrió hizo muchísimo por nosotros, personas jóvenes que estábamos en ese momento en SADAF. Ni Carlos Nino ni yo hubiéramos podido desarrollar ninguna teoría jurídica importante ni ninguna teoría moral importante si no hubiéramos recibido la influencia de Genaro Carrió.

Así como Gioja fue el mejor filósofo argentino que se haya conocido, de lejos, el mejor jurista argentino que he conocido –y también he tratado con varios– fue Genaro Carrió. Y desde el punto de vista académico hasta que volvió la democracia, la mejor institución académica de la cual yo formaba parte fue la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico. Yo tengo varios defectos, pero soy una persona agradecida.

**LyE:** —*Doctor Farrell, muchas gracias.*



## CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*

### PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto –preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior– en fuente Times New Roman tamaño 12 pts., interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (21 x 29,7 cm.) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm.; izquierdo y derecho 3 cm.). La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de veinte (20) a treinta (30) páginas. Por carácter inédito se entiende que el texto no debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye aunque no se limita a: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.
2. Deberá seguirse el siguiente orden en la presentación:
  - a. Título del trabajo en español;
  - b. Pseudónimo escogido por el autor, que no deberá dar lugar a la inducción de su identidad;
  - c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas);
  - d. Palabras clave en español;
  - e. *Abstract* del trabajo en inglés (de ser posible);
  - f. *Key words* en inglés (de ser posible);
  - g. Cuerpo del trabajo;
  - h. Referencias bibliográficas.
3. Las notas a pie de página se consignarán sucesivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento. Deberán utilizarse tanto para los comentarios que el autor considere ilustrativos o secundarios como para las citas bibliográficas (sin perjuicio de consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo).
4. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:
  - a. **Libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

De haber cuatro autores o más, deberá consignarse el que primero aparezca en la publicación seguido de la fórmula “*et al.*”.

De tratarse de una compilación, deberá indicarse el nombre del compilador, seguido de la fórmula “(comp.)”. Lo mismo en el caso del director y/o coordinador, con las fórmulas “(dir.)” y “(coord.)”.

Ejemplo: PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 1, 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*, Buenos Aires, Eudeba, 2007, t. 1, 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 hs. se contestará con un acuse de recibo.

8. El envío de trabajos para su publicación en Lecciones y Ensayos implica la autorización para su publicación en la Revista y en cualquier soporte físico o digital que determine la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Los autores asumen exclusiva responsabilidad por los reclamos de cualquier naturaleza que pudieran efectuar terceros respecto de la originalidad del ensayo o por cualquier otra causa sobre el texto presentado.



## PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos al sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción –tres (3) en la presente edición– bajo seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Estos miembros se expiden a través un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

De formarse el voto unánime de los dictaminantes a favor de la publicación de la asignación, ésta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si todos los dictaminantes se expiden en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el autor recibe los votos fundamentados de los dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de los miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, sin manifestación al autor de los fundamentos.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista –reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etc.– son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al momento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación física y digital. Todo escrito restante –es decir, no incluidos– es tenido por preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor así lo desea.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la revista Lecciones y Ensayos, tanto en su versión en papel como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.



## **CÓMO PARTICIPAR**

Lecciones y Ensayos es una Revista Jurídica semestral dirigida por estudiantes dependiente del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue fundada en el año 1956 y desde entonces ha cumplido el papel de foro editorial de profesores y alumnos, sin más requisito que la excelencia académica.

Si querés participar de Lecciones y Ensayos, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20 hs.

Las reuniones tienen lugar en nuestra oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho.

También podés comunicarte con nosotros por teléfono (+54 11) 4809-5668 o enviándonos un e-mail a [direccionlye@derecho.uba.ar](mailto:direccionlye@derecho.uba.ar).

El único requisito para formar parte de Lecciones y Ensayos es ser alumno regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.





