

PRUDENTIA IURIS N° 88

Revista de la Facultad de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica Argentina
“Santa María de los Buenos Aires”



Diciembre 2019
Buenos Aires, Argentina.

ISSN: 0326-2774 (impresa)
ISSN: 2524-9525 (en línea)

**Autoridades de la Pontificia Universidad Católica Argentina
“Santa María de los Buenos Aires”**

Rector

Dr. Miguel Ángel Schiavone

Vicerrector de Integración

Pbro. Gustavo Boquín

Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica

María Clara Zamora de Najún

Secretario Académico

Gabriel Limodio

Administrador General

Horacio Rodríguez Penelas

FACULTAD DE DERECHO

Pablo Garat

Decano

Daniel Herrera

Director de Carrera

Dr. Carlos Muñiz

Secretario Académico

Fernando Ubiría

Prosecretario Académico

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Gustavo Costa Aguilar

Director de Posgrado

Dra. Cristina Marín Henriquez

Directora de la carrera de Martillero/Gestión y Dirección de Bienes

Dr. Néstor Raymundo

Director de Relaciones Institucionales

Director de la Revista

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere
(Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina,
Buenos Aires, Argentina)

Secretaria de Redacción

Dra. Débora Ranieri de Cechini
(Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina,
Buenos Aires, Argentina)

Asistente Editorial

Estefanía Rogora

Comité Editorial

Gabriel Limodio

(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Daniel Herrera

((Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Francesco D'Agostino

(Universidad de Roma Tor Vergata, Roma, Italia)

Carlos I. Massini Correas

(Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)

Raúl Madrid

(Pontificia Universidad Católica de Chile,
Santiago de Chile, Chile)

Joaquín García Huidobro

(Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia)

Rafael Santa María D'Angelo

(Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú)

Andrés Ollero

(Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España)

Consejo Académico

Eduardo Quintana

(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Rodolfo Vigo

(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Eduardo Ventura
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Félix Adolfo Lamas
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Florencio Hubeňak
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Jorge Guillermo Portela
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Pedro Coviello
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Eugenio Palazzo
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Laura Corso de Estrada
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Fernando Ubiría
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Marcelo U. Salerno
(Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Luis Fernando Barzotto
(Universidad Federal de Porto Alegre,
Porto Alegre, Brasil)

Wambert Gomes Di Lorenzo
(Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul,
Porto Alegre, Brasil)

Claudio Sartea
(Libera Università Maria SS. Assunta, Roma, Italia)

José Chávez Fernández Postigo
(Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú)

Gabriella Gambino
(Universidad de Roma Tor Vergata, Roma, Italia)

Fernando Toller
(Universidad Austral, Pilar, Argentina)

Alfonso Santiago
(Universidad Austral, Pilar, Argentina)

Renato Rabbi Baldi Cabanillas
(Universidad de Buenos Aires, Ciudad
Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Héctor Iribarne
(Universidad de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Juan Cianciardo
(Universidad Austral, Pilar, Buenos Aires)

Ligia de Jesús
(Ave María Law School, Florida, Estados Unidos)

Iván Garzón Vallejo
(Universidad de La Sabana, Chía, Colombia)

Ángela Vivanco
(Universidad de Santo Tomás de Aquino, Santiago de Chile, Chile)

Francesco Viola
(Universidad de Palermo, Palermo, Italia)

Mauro Ronco
(Universidad de Padova, Padua, Italia)

José Tobías
(Universidad de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Hernán Mathieu
(Universidad Católica de La Plata, La Plata, Buenos Aires)

Ilva Myriam Hoyos
(Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colombia)

Carlos Barbé Delacroix
(Universidad Católica de Uruguay, Montevideo, Uruguay)

Carlos Martínez de Aguirre
(Universidad de Zaragoza, Zaragoza, España)

PRUDENTIA IURIS

Prudentia Iuris es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, que tiene por objeto la elaboración de un pensamiento jurídico coherente con los principios fundamentales de la Justicia y el orden natural, iluminados por la Fe (*Prudentia Iuris*, Nro. 1, agosto 1980, pág. 3).

Su cobertura temática comprende: Filosofía del Derecho (Derecho Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas); Derecho Público (Constitucional, Administrativo, Penal, Laboral y Previsión Social, Tributario, Político, Internacional); Derecho Privado (Civil y Comercial); Historia del Derecho; Derecho Canónico y Eclesiástico; Derecho Comparado.

Entre nuestros destinatarios se encuentran profesores, investigadores, legisladores, jueces, abogados y estudiantes de las Ciencias Jurídicas, como así también bibliotecas de Universidades, Centros de Investigación y otros organismos. La publicación mantiene intercambio con aproximadamente 350 publicaciones, tanto nacionales como extranjeras.

En las últimas páginas del ejemplar se incluyen las Normas de Publicación para los autores junto con el sistema de evaluación empleado para la selección de las colaboraciones por publicar. Los autores de los artículos publicados, además, cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.

Prudentia Iuris se encuentra incluida en la base de datos ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Académico y REBIUN. Los contenidos también pueden ser encontrados en Open Journal System (OJS) en el portal de la Pontificia Universidad Católica Argentina (<http://revistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>) y en la Biblioteca Digital de la Universidad.

Datos de contacto para suscripciones, canjes, envíos de trabajos y correspondencia:

Revista *Prudentia Iuris*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, Avda. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107, Buenos Aires, Argentina, prudentia_iuris@uca.edu.ar; <http://www.uca.edu.ar/index.php/site/index/es/uca/facultad-derecho/publicaciones/prudentia-iuris/>.

Prudentia Iuris is a biannual Journal of the School of Law of the Pontifical Catholic University of Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, which is aimed at developing a framework of legal thinking consistent with the basic principles of justice and natural order, illuminated by faith (*Prudentia Iuris*, no. 1, August 1980, p. 3).

The Journal covers the following fields: Philosophy of Law (Natural Law, Legal Theory, Legal Principles and Concepts); Public Law (Constitutional, Administrative, Labor and Employment, Social Security), Private Law (Civil and Business Law); History of Law; Canon Law; Comparative Law.

Its subscribers include professors, researchers, legislators, judges, lawyers and students of legal science as well as university libraries, research centers and other public agencies. The journal maintains exchanges with approximately 350 national and foreign publications.

In the last pages we include the Publication Standards for authors with the evaluation system used for the selection of the articles that are included for publishing (peer-review system). The authors of published articles also transfer their rights to the publisher, in a non-exclusive basis, to incorporate its digital version to the institutional repository of the Pontifical Catholic University of Argentina as well as other relevant databases.

Prudentia Iuris is included in the database ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Scholar, and REBIUN. All content can also be found in the Digital Library of the University and in the Open Journal System (OJS) of the University (<http://revistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>).

For subscriptions, swaps, paper submissions and correspondence:

Revista *Prudentia Iuris*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, Avda. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107, Buenos Aires, Argentina, prudentia_iuris@uca.edu.ar, <http://www.uca.edu.ar/index.php/site/index/es/uca/facultad-derecho/publicaciones/prudentia-iuris/>

ISSN: 0326-2774 (versión impresa)

ISSN: 2524-9525 (versión en línea)

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Buenos Aires, Argentina

PRUDENTIA IURIS

SUMARIO

DICIEMBRE 2019 – N° 88

Presentación 15

PARTE I. Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana

MAINO, Carlos Alberto Gabriel
Origen y desarrollo de las políticas de género en educación.
(*Origin and Development of Gender Policies in Education*)..... 21

PARTE II. Artículos de investigación

RASCHETTI, Franco
Procedimiento y sanciones administrativas en materia de consumo.
(*Process and Administrative Sanctions in Consumer's Law*) 55

TREJO, Ramón
Análisis económico del federalismo. El caso del Río Atuel.
(*Economic analysis of federalism. The case of the Atuel River*)..... 81

VIAR, Ludmila Andrea
La relación entre la capacidad contributiva y la discapacidad a la luz de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Constitución Nacional. (*The Relationship Between Contributory Capacity and Disability by the Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the National Constitution*)..... 111

BERTI GARCÍA, María Bernardita
Normas relativas al consentimiento informado y su interpretación, en un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
(*Laws Related to Informed Consent and It's Interpretation, in a Decision of the Inter-American Court of Human Rights*) 125

SUMARIO

BALTAR, Leandro La autonomía de la voluntad en las obligaciones alimentarias conforme el Derecho Internacional Privado argentino. <i>(The autonomy of the Will in the Alimentary Obligations According to the Argentine Private International Law)</i>	149
SACRISTÁN, Estela B. Los <i>smart meters</i> y la <i>smart grid</i> : desafíos jurídicos en materia de privacidad y salud. <i>(Smart Meters and Smart Grid: Legal Challenges Regarding Privacy and Health)</i>	177
ROMERO BERDULLAS, Carlos Manuel De los delitos y los conflictos. <i>(Of Crimes and Conflicts)</i>	203
FEUILLADE, Milton C. Persona Jurídica en el Derecho Internacional Privado. <i>(Legal Person in Private International Law)</i>	233

PARTE III. Documentos y crónicas

Homenaje al Padre Fray Domingo Basso O.P. (A cinco años de su fallecimiento y veinte de la finalización de su mandato como Rector de la UCA). <i>Tribute to Father Fray Domingo Basso O.P. (Five Years After his Death and Twenty Years After the End of his Term as Rector of UCA)</i> , por Eduardo Martín Quintana.....	265
--	-----

RECENSIONES

HAREL, Alon, <i>Why Law Matters</i> , Oxford, Oxford University Press, 2014. De la traducción: Vitetta, Mariano, Por qué el Derecho importa, Madrid, Marcial Pons, 2018 (por Tomás Guido).....	277
MOUFFE, Chantal, <i>Por un populismo de izquierda</i> , trad. S. Laclau, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018 (por Carlos I. Massini Correas).....	285
FOS MEDINA, Juan Bautista, <i>Santiago de Liniers. Un caballero cristiano</i> , Buenos Aires, Bella Vista, 2018 (por Juan Pablo Riganti)..	289

SUMARIO

ZAMBRANO, Pilar - SAUNDERS, William L. (Coords.), <i>Unborn Human Life and Fundamental Rights: Leading Constitutional Cases Under Scrutiny</i> , Peter Lang GmbH, 2019 (por Roger Kiska)	291
Normas de publicación	297

PRESENTACIÓN

Con alegría presentamos el nro. 88 de la Revista *Prudentia Iuris* de nuestra Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. El presente número, al igual que sus antecesores desde el año 2018, se publica bajo el sistema OJS en el sitio web de revistas electrónicas de la Universidad.

Esta edición ofrece en la sección “Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana” el trabajo del Dr. Gabriel Maino, profesor de nuestra Universidad, quien aborda pormenorizadamente los antecedentes jurídico-políticos de la educación sexual integral en Argentina.

A continuación, en la sección “Artículos de investigación”, Franco Raschetti, abogado especialista en Derecho de Daños, escribe sobre el procedimiento y sanciones administrativas en relación al Estatuto de Defensa del Consumidor. Continuamos con el artículo de Ramón Trejo, quien a la luz del federalismo estudia el caso del “Río Atuel” que enfrentó a las provincias de Mendoza y de La Pampa por su aprovechamiento, siendo el caso finalmente dirimido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ludmila Viar escribe sobre los principios establecidos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, analizando la relación de la capacidad contributiva con respecto a la discapacidad como característica subjetiva de un grupo de contribuyentes. Luego, Bernardita Berti García, tomando como punto de partida una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación a la realización de una intervención quirúrgica practicada por funcionarios de un hospital público sin mediar el consentimiento de la víctima, analiza su impacto sobre el proyecto de legalización de aborto rechazado por el Senado el 8 de agosto de 2018.

Leandro Baltar aborda una temática propia del Derecho Internacional Privado. Se trata de la novedosa inclusión en el Código Civil y Comercial de la Nación de una regulación autónoma de las obligaciones alimentarias devenidas de una unión matrimonial o como consecuencia de la responsabilidad parental.

Por su parte, la Dra. Estela Sacristán presenta un trabajo sobre las ventajas y desventajas tanto de los *smart meters* como de la *smart grid* y su interacción con la salud o la privacidad de las personas, siendo estos bienes protegidos por la Constitución Nacional.

Carlos Manuel Romero Berdullas contribuye con nuestra Revista en el marco de la actual discusión sobre una reforma al Código Penal, abordando el fenómeno por el cual se tiende a cambiar la palabra “conflicto” por “delito”. Esto conduce en el plano social a consecuencias que llaman a reflexionar si este nuevo dialecto jurídico penal se ajusta o no a la medida de razonabilidad del bien común político.

Finaliza la sección con el artículo de Milton Feuillade, quien analiza la figura de las personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado argentino y cómo la estructura legislativa interna parece ser suficiente para esclarecer aspectos esenciales como la actuación en actos aislados de las sociedades extranjeras.

La sección “Documentos y crónicas” incluye el homenaje que realizara el Dr. Eduardo Quintana al Padre Fray Domingo Basso O.P. al cumplirse cinco años de su fallecimiento. El Padre Fray Domingo Basso O.P., quien fuera Rector de nuestra Universidad, es especialmente recordado aquí por su visión sobre la universidad católica y su finalidad específica como sitio de formación que propicia el diálogo interdisciplinario entre teología, filosofía y ciencias.

El presente número se cierra con las reseñas de Tomás Guido al libro *Why Law Matters*, de Alon Harel, sobre algunas cuestiones actuales de Filosofía del Derecho. Por otro lado, el Dr. Carlos Massini Correas reseña críticamente el libro de Chantal Mouffe, *Por un populismo de izquierda*, una obra que conceptualiza el llamado populismo de izquierda como superador y solución a los sistemas político-económicos clásicos que para la autora afectan a Occidente.

Juan Pablo Riganti se refiere al libro *Santiago de Liniers. Un caballero cristiano*, del profesor de nuestra Facultad de Derecho, Juan Bautista Fos Medina. La obra biográfica revive el recuerdo de Don Santiago de Liniers y Bremond, olvidado héroe de la Reconquista y Defensa de la ciudad de Buenos Aires durante las Invasiones Inglesas. Finalmente, Roger Kiska reseña el libro *Unborn Human Life and Fundamental Rights: Leading Constitutional Cases Under Scrutiny*, de Pilar Zambrano and William L. Saunders. El libro coordina un relevamiento hecho por expertos en Derecho Constitucional y abarca doce países, tratando el estatus legal del niño por nacer y sus derechos fundamentales en contraposición a la evolución desde la década del noventa en un pretendido derecho al aborto que, además, busca presentarse como integrante de los llamados Derechos Humanos.

PRESENTACIÓN

Como siempre, agradecemos el trabajo de Estefanía Rogora en la edición y preparación de este número, de los árbitros en la revisión de los artículos, de la Biblioteca de la Universidad, de EDUCA y de todo el personal de la Facultad de Derecho.

DR. JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE
Director

DRA. DÉBORA RANIERI DE CECHINI
Secretaria de Redacción

PARTE I

**CÁTEDRA INTERNACIONAL
LEY NATURAL
Y PERSONA HUMANA**

**ORIGEN Y DESARROLLO DE LAS POLÍTICAS
DE GÉNERO EN EDUCACIÓN**
Origin and Development of Gender Policies in Education
Origine e sviluppo delle politiche di genere nell'istruzione

Carlos Alberto Gabriel Maino¹

Recibido: 4 de octubre de 2019
Aprobado: 31 de octubre de 2019

Resumen: El trabajo aborda los antecedentes jurídico-políticos de la educación sexual integral en Argentina, vinculados a las políticas de población, tanto a nivel nacional como internacional, para luego realizar un análisis de sus fundamentos filosóficos y de la situación jurídica actual en la materia. Para tal fin se analizan las políticas públicas en materia de sexualidad, los fundamentos ideológicos de la política de género, la regulación de la educación sexual en el Derecho argentino y el material oficial que se ha desarrollado en la temática. También se analiza la problemática del uso de la palabra “género”. El texto demuestra cómo a través del Derecho y la política la educación sexual se ha ideologizado.

Palabras clave: Educación Sexual Integral; Población; Ley N° 26.206; Ley N° 26.105; Ideología de género.

Abstract: This work addresses the legal-political background of comprehensive sexuality education in Argentina, linked to population policies, both nationally and internationally, then performs an analysis of its philosophical foundations and the current legal situation. For this purpose, we will analyze public policies regarding sexuality, the ideological foundations of

¹ Profesor Titular con dedicación especial en la Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, Argentina) - Profesor adjunto regular en la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina). Correo electrónico: gabrielmaino@uca.edu.ar.

gender policy, the regulation of sex education in Argentine law and the official material that has been developed on the subject. The problem of the use of the word “gender” is also analyzed. The text demonstrates how sexual education has been ideologized through law and politics

Keywords: Sex Education; Population; Law N° 26.206; Law N° 26.105; Gender Ideology.

Sommario: Il testo affronta il background politico-legale dell’educazione sessuale globale in Argentina, collegato alle politiche della popolazione, sia a livello nazionale che internazionale, per poi eseguire un’analisi delle sue basi filosofiche e dell’attuale situazione legale nel campo. A tal fine, vengono analizzate le politiche pubbliche relative alla sessualità, i fondamenti ideologici della politica di gender, la regolamentazione dell’educazione sessuale nella legge argentina e il materiale ufficiale che è stato sviluppato sull’argomento. Viene anche analizzato il problema dell’uso della parola “gender”. Il testo dimostra come attraverso la legge e la politica l’educazione sessuale sia stata ideologizzata.

Parole chiave: Educazione sessuale integrale; Popolazione; Legge 26.206; Legge 26.105; Ideologia di gender.

Para citar este texto:

Maino, C.A.G. (2019). “Origen y desarrollo de las políticas de género en educación”. *Prudentia Iuris*, N. 88, pp. 21-51.

1. Introducción

Es indudable que corresponde a la prudencia política determinar los medios idóneos para alcanzar el bien común de los ciudadanos de un país. Aristóteles, en las primeras líneas de *La Política*, establece con acierto que lo que hoy llamaríamos –con cierta licencia– “el fin del Estado” es buscar el bien que está por encima de los bienes particulares de los ciudadanos. Es decir que desde esta perspectiva clásica, el fin que deben perseguir los que gobiernan es buscar un bien que está por encima de todos los bienes particulares². Es a la prudencia política a quien le está reservado dictar la conclusión concreta que contiene la verdad realizable para alcanzar el bien común de la nación³.

2 Aristóteles. *Política*, L I, C1, 1252a.

3 Palacios, L. E. (1957). *La prudencia política*. Madrid. Rialp.

En este marco, en el año 2006 el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 26.150, que lleva el nombre “Programa de Educación Sexual Integral”. En realidad, dicha ley no forma parte de una agenda estrictamente educativa, sino de una “agenda de género” en la cual se insertan distintas leyes que son un instrumento para el fin buscado por el poder político, que es el objetivo de cambiar un aspecto importante de nuestra sociedad y sus miembros, especialmente los menores que se encuentran en formación. Este proceso se acentuó especialmente a partir del año 2003.

Sucintamente, las leyes que se han sancionado en ese sentido son las siguientes⁴:

- Ley N° 25.673/2003 - Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, que fomenta de diversos modos la anticoncepción en todo su articulado.
- Ley N° 26.130/2006 - Ley Nacional de Anticoncepción Quirúrgica.
- Ley N° 26.150/2006 - Ley que instauro el Programa Nacional de Educación Sexual Integral, que establece en su artículo 2° la implementación de la Educación Sexual de acuerdo al *Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable* (2003), antes mencionada.
- Ley N° 26.206/2006 - Ley de Educación Nacional, que menciona el género en distintas partes de su articulado, especialmente en su artículo 92, inc. f, al establecer que los contenidos de la educación deben ajustarse al Protocolo de la CEDAW y la Convención de Belém do Pará. Además, es la primera en mencionar la palabra *género*. En el inciso d del artículo 48, se señala: “[...] la organización curricular e institucional de la Educación Permanente de Jóvenes y Adultos responderá a los siguientes objetivos y criterios: d) Incorporar en sus enfoques y contenidos básicos la equidad de género y la diversidad cultural”. Lo mismo en la educación rural (art. 50), en las políticas de promoción de la igualdad educativa (arts. 79 y 84) y en el ingreso sin discriminaciones de género (art. 11).
- Ley N° 26.413/2008 - Establece que todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En la práctica, ordena que un niño pueda ser inscripto en el Registro Civil con dos co-madres o dos co-padres.

4 Lafferriere, J. N. (2015). “Ideología de género y sus consecuencias en la legislación: las etapas del caso argentino”. *Revista Zoom*, año VIII, n. 17, 23-27.

- Ley N° 26.618/2010 - Ley de Matrimonio Civil llamado *igualitario*.
- Ley N° 26.743/2012 - Ley de Identidad de Género.

En cumplimiento de estas leyes y de esta agenda, el poder administrador ha tomado distintas medidas que se orientan a su implementación en el campo educativo. A modo de ejemplo se puede mencionar el “Manual de Formación de Formadores en Educación Sexual y Prevención del VIH/Sida (2007)”, con una extensa fundamentación teórica de capacitación de los docentes en educación sexual y propone la perspectiva de género como enfoque para todos los niveles educativos, o los “Lineamientos Curriculares para la Educación Sexual Integral (2007)”, establecidos por el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, que pautan el “piso común obligatorio” de los contenidos de la educación sexual. La perspectiva de género subyace en todos ellos⁵.

Pero de efectos más inmediatos para la educación argentina han sido los materiales que los gobiernos han elaborado a partir de estos lineamientos. En especial se ha producido gran cantidad de material audiovisual, láminas, instructivos, y contenidos educativos, para su implementación en todo el sistema educativo argentino, de cualquier jurisdicción, de gestión estatal o privada, desde el nivel inicial hasta el nivel terciario.

Todo ello constituye una política pública. Las políticas públicas son susceptibles de un análisis desde el punto de vista jurídico, tanto desde el punto de vista del Derecho Político, Constitucional, convencional de los Derechos Humanos, y desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho.

Si analizamos las prioridades educativas desde un punto de vista antropológico, la educación de la sexualidad es un aspecto muy importante de la formación de la persona. Todo en el hombre es educable, por tratarse de un ser libre, y más aún la conducta que se encuentra regulada por la moralidad. Así como la honestidad o la laboriosidad, también la sexualidad recae dentro de esta categoría de conductas vinculadas a las virtudes del ciudadano, en este caso, la virtud de la templanza.

Es indudable que hay un aspecto de la formación de la persona que atañe a su ser más íntimo, a su ser varón o mujer, y al sentido que ello da a su vida. Asimismo, ese ser varón o mujer, y el sentido que el sexo da a la vida del individuo, determinará una conducta educable. Así como el descubrir al otro implica una conducta educable en aspectos como no dañar, no mentir o no robar, también implica el respeto de la intimidad y del respeto del cuerpo

5 Periaux de Videla, J. (2010). “Educación sexual: ¿perspectiva de género o perspectiva personalista?”. Buenos Aires. Educa. Recuperado de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/educacion-sexual.perspectiva-genero.pdf>.

del otro, y del propio cuerpo, la finalidad de la sexualidad en la vida y la normatividad que la realidad nos marca en relación con ella.

Es pertinente ubicarse entonces frente a la cuestión de la educación integral de la sexualidad que la ley manda por la importancia que tiene para el desarrollo armónico de la persona. La pregunta siguiente es cuál será el sentido de esa educación. Es decir, qué contenidos se elegirán para esa educación, y en qué medida el Estado puede determinarlos y dónde encuentra sus límites.

Este trabajo busca describir, en primer lugar, la dirección adoptada por la legislación y las políticas públicas recientes de la Argentina en materia de educación sexual y su relación con la política internacional, para luego reseñar sus fundamentos filosóficos, y finalmente, analizar el Derecho Positivo y la actividad de la Administración Pública atinente a esta cuestión.

2. Políticas públicas en materia de población y las influencias de política internacional en la materia

En lo que se refiere a políticas públicas en materia de sexualidad, la Argentina dio un giro de 180° desde los comienzos de este siglo. En efecto, desde el mismo nacimiento de la patria hasta fines del siglo pasado, una de las preocupaciones más grandes de los argentinos ha sido la de aumentar su población, y todo el sentido y los contenidos de la educación respondían a esta necesidad.

Por no mencionar el célebre “gobernar es poblar” que Juan Bautista Alberdi inmortalizó en su obra, *Bases y puntos de partida para la organización nacional*, recordemos que en 1904 Juan Bialet-Masé escribía: “En el vientre de las mujeres está la fuerza y grandeza de la Nación. No arranquemos de la frente de la mujer argentina esta corona de gloria”. En la década de 1930, cuando se interrumpe el flujo inmigratorio europeo y disminuye drásticamente el crecimiento demográfico, Alejandro Bunge promovió el Primer Congreso de Población –un evento al que acudió lo más granado de la política nacional, desde el conservadurismo al socialismo–, en cuyas Actas se reivindica el papel de la mujer como madre en aras a fomentar la natalidad en el país⁶.

Estas ideas se prolongaron durante todo el siglo XX. Siendo la Argentina un país prácticamente despoblado, se consideraba que dicha situación generaba cierta inestabilidad económica y política que ponía en peligro su

6 Ramacciotti, K. I. (2003). “El Museo Social Argentino y el Primer Congreso de Población de 1940”. *Sociohistórica* (13-14), 231-236. Recuperado de: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.385/pr.385.pdf.

supervivencia. Hacia 1974, una Argentina despoblada en un mundo cada vez más superpoblado era vista como una presa fácil para los países necesitados de recursos naturales y excedidos de habitantes. De esta forma el Estado se embarcó en políticas públicas orientadas a proteger a la mujer y al niño y a dar cobertura y apoyo a la familia, considerada asimismo célula básica de la sociedad y promotora de la educación, el trabajo y el crecimiento del país. En efecto, una mayor población equivale a una mayor fuerza productiva, un mercado interno más relevante en términos relativos, y una mayor capacidad de invención, de diversificación y de defensa.

A guisa de ejemplo, podemos señalar la legislación de aquel tiempo. El Decreto N° 659/1974 dispuso la realización de una campaña de educación sanitaria que destacara los riesgos que amenazan a las personas que se someten a métodos y prácticas anticonceptivas y estableció el control sobre la comercialización de anticonceptivos con triple receta.

Ese mismo año, se llevó adelante la primera Conferencia Mundial sobre Población de la ONU, entre el 19 y el 30 agosto, en Bucarest. En orden a nuestra participación, en Argentina se creó la Comisión Nacional de Política Demográfica (CONAPODE). Según los documentos emanados de la Conferencia celebrada en Hungría, debía promoverse el control de la natalidad como solución ante los problemas de escasez de alimento y bajo nivel de desarrollo de ciertos países. Frente a ello, la Argentina postuló el principio según el cual debía respetarse la soberanía de las naciones para fijar sus propias metas en políticas demográficas de acuerdo a su realidad histórica.

El gobierno argentino de aquel entonces puntualizó los objetivos de la política poblacional del país en el Plan Trienal para la Reconstrucción y la Liberación Nacional (1974-1977), y allí se señalaba que nuestro país presentaba tendencias demográficas en declinación, semejantes a la de los países desarrollados, evaluándose como necesaria una “política de protección a la familia, por lo cual tener hijos no fuera económicamente gravoso”. Se reconocía “la necesidad de asegurar que todas las parejas puedan tener el número de hijos que deseen y la necesidad de preparar las condiciones sociales y económicas para la realización de este deseo”. Para que esto fuera posible se debía promover la condición de la mujer y su integración al desarrollo, asegurando la igualdad de oportunidades respecto a los varones. Si se mejoraban sus condiciones de vida, ellas podrían ejercitar sus derechos humanos a decidir, libre y responsablemente, sobre su fecundidad⁷.

7 Cepeda, A. (2008). “Historiando las políticas de sexualidad y los derechos en Argentina: entre los cuentos de la cigüeña y la prohibición de la pastilla (1974-2006)”. *Prácticas de oficio investigación y reflexión en Ciencias Sociales*, N° 2, 26.

Tres años después el nuevo gobierno estableció mediante el Decreto N° 3.938/1977 eliminar las actividades que promovieran el control de la natalidad para incrementar sensiblemente su ritmo de crecimiento demográfico, y tender al incremento del nivel de fecundidad mediante una política que facilitara la constitución de la familia y la protegiera.

Adviértase que se trató de una verdadera política de Estado que abarcó más de cien años, pues los ejemplos muestran actores de signo político totalmente diverso y hasta antagónico. Pero ya hacia fines del siglo comenzaron los primeros signos de cambio. En 1987, el Decreto N° 2.274/1987 derogó el Decreto N° 659/1974; luego se sancionó la ley de divorcio vincular y se comenzaron a propagar las políticas de control de la natalidad.

Este cambio en las políticas públicas sobre sexualidad y población no se debió a que se hubieran alcanzado los objetivos que dichas políticas perseguían, sino a un cambio de paradigma que parece haber resultado influido por cuestiones de política internacional.

En aquel mismo año de 1974, mientras la Argentina continuaba con su política de promoción de la población, en los Estados Unidos de América, el director del Consejo de Seguridad Nacional, Henry Kissinger, presentaba al Presidente de ese país el Memorando de Estudio de Seguridad Nacional 200: Implicaciones del Crecimiento de la Población Mundial para la Seguridad de EE. UU. e intereses de ultramar (National Security Study Memorandum 200: Implications of Worldwide Population Growth for U.S. Security and Overseas Interests), NSSM200⁸.

Lo que el informe recomendaba al Presidente estadounidense era declarar de máxima prioridad el control de natalidad en trece países. Brasil aparecía en primer lugar; los otros países eran India, Bangladesh, Paquistán, Nigeria, México, Indonesia, Filipinas, Tailandia, Egipto, Turquía, Etiopía y Colombia. El motivo es que el informe considera una amenaza para la seguridad nacional de los Estados Unidos el crecimiento demográfico en países subdesarrollados productores de materias primas, especialmente de alimentos.

Entre otras cosas, el informe recomienda a las agencias del gobierno de EE. UU. no usar el término “control de la natalidad” para evitar el rechazo de los políticos, sino expresiones como “planificación familiar” o “paternidad responsable”. El objetivo era garantizar el acceso de los Estados Unidos a las materias primas de esos países, minimizando el consumo interno en ellos. En efecto, en la medida en que hubiera más población en los países en desarrollo, estos consumirían más materia prima, haciendo subir su precio,

8 Disponible en la página oficial del gobierno de los Estados Unidos. Recuperado de: https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pcaab500.pdf.

mientras que si estos países se mantenían con baja natalidad y disminuía su población, al tener un mayor excedente, mantendrían bajo el precio de las materias primas.

Este razonamiento, y el enmascaramiento propuesto, ya está presente en la Conferencia Mundial de Población de Bucarest de ese mismo año y en todas las Conferencias de Población organizadas por la ONU en lo sucesivo. Dentro de estas políticas de control poblacional, se inscribe el afán por convertir el aborto en un derecho, porque este recurso aberrante funciona como una última instancia antinatalista frente al fracaso de la anticoncepción, y también las políticas de género en general.

Esta asociación no es una mera hipótesis, sino que se desprende de la misma evolución que ha tenido el tratamiento del tema por parte de la ONU, Unicef y el resto de los organismos internacionales, para quienes conjuntamente con el problema poblacional⁹, se pasó a tratar el problema de los derechos sexuales y reproductivos¹⁰; y del mismo modo en relación a la igualdad de derechos de la mujer¹¹, que fue reemplazada por la noción de derechos de género desde 1995¹². De modo que la reivindicación de las políticas de género es un objetivo ligado al poblacional en los organismos internacionales, y en los países y multinacionales que los financian¹³.

En nuestro país esa es la política de Unicef y de otros organismos internacionales. Unicef Argentina –por ejemplo– tiene una *guía para periodistas* sobre perspectiva de género, titulada “Periodismo, niñez y adolescencia. Herramientas para el cambio social”, un verdadero adoctrinamiento para

9 Bucarest (1974), Ciudad de México (1984) y El Cairo (1994).

10 La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo tuvo lugar en El Cairo en 1994, 179 gobiernos aprobaron un Programa de Acción e hicieron un llamamiento en favor de que los derechos en materia de salud sexual y reproductiva ocuparan un lugar central en las acciones nacionales y mundiales.

11 Ciudad de México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995). La inclusión e integración de la planificación familiar dentro del campo de los derechos reproductivos y de la salud sexual se produce por primera vez en la Conferencia Internacional para mejorar la salud de las Mujeres y los Niños por medio de la Planificación Familiar, en Nairobi, Kenia, en octubre de 1987.

12 En la Conferencia Internacional de la Mujer de Beijing de 1995 se discutieron temas acerca de la planificación familiar, la protección sexual (incluyendo la de jóvenes), el control de natalidad y el control demográfico. Rodríguez Martínez, Y. A. (2007). “Los derechos sexuales de las y los jóvenes en el contexto jurídico nacional e internacional”. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222932012>.

13 Disponible en la página oficial de la ONU. Recuperado de: <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/un-system-coordination/gender-mainstreaming>.

los comunicadores sociales de imposición de una ideología que se extiende a través de los medios de comunicación a toda la sociedad¹⁴.

En el último acuerdo arribado entre el Fondo Monetario Internacional y la Argentina en junio del año 2018, el punto C del Memorándum se titula: “Apoyo a la equidad de género”, y se dio a conocer el mismo día en que se aprobó en la Cámara de Diputados el proyecto de despenalización del aborto, luego rechazado en el Senado de la Nación¹⁵. En octubre de ese mismo año el BID entregó a la Argentina un préstamo de USD 200.000.000 para la implementación de políticas de género¹⁶.

Como resultado de las políticas de los Estados Unidos y los organismos internacionales bajo su influencia, los países en desarrollo, como la Argentina, han recibido una cantidad enorme de recursos y presiones para implementar políticas de control de la natalidad, la perspectiva de género y el aborto. Y estas políticas han resultado ser muy exitosas.

Su principal éxito consiste en que a pesar de que el informe Kissinger y el resto de las políticas de los organismos internacionales son de acceso público y esto es algo conocido por todo aquel que desee investigar el tema a través de internet, la agenda ha sido adoptada por nuestro país como si fuera propia y conveniente.

3. Fundamentos ideológicos de las políticas de género

Ahora bien, no es menos cierto que dichas políticas, y todos los recursos económicos y presiones que los países como la Argentina tienen para implementarlas, son promovidas y apoyadas por el pensamiento progresista vernáculo –al que calificaremos de neomarxista–, y están sostenidas por la mayoría de los actores políticos de nuestra sociedad de muy distinto signo.

Es que estas políticas son comunes al marxismo y al liberalismo, lo que puede corroborar el lector al advertir que son promovidas por actores políticos de casi todo el arco ideológico. Ello es así porque, en definitiva, ambos responden a la misma matriz filosófica del liberalismo iluminista del siglo XVIII prolongado en el liberalismo o neoliberalismo actual, que es la versión blanda de su exponente totalitario que es el marxismo. Este busca

14 Disponible en la página oficial de UNICEF. Recuperado de: https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org.argentina/files/2018-04/COM-1_PerspectivaGenero_WEB.pdf.

15 Disponible en la página oficial del gobierno argentino. Recuperado de: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/argentina_loi_-_mefm_-_tmou_-espanol3_0.pdf.

16 Disponible en la página oficial del Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado de: <https://www.iadb.org/es/noticias/el-bid-acompana-medidas-para-impulsar-la-igualdad-de-genero-en-argentina>.

por la imposición estatal lo que el primero busca a través de imposición económica: devolver al hombre a una situación original inexistente en la que el individuo habría estado entregado al desenfreno de su espontaneidad. Para Rousseau, esto solo podía ser recuperado a través de la instauración de una “religión civil”¹⁷; para el pensamiento político liberal –en cambio–, se lograría a través de un sociedad organizada con un gobierno mínimo¹⁸, y para el marxismo, a través de su imposición por parte del Estado¹⁹. Luego de 1989, cuando el antagonismo del comunismo y el capitalismo se agotó, la síntesis surgida es el *neomarxismo*, y su exponente más emblemático es la *ideología de género*²⁰.

El transformar la cuestión del género en una agenda política de raíz marxista ha mostrado sus consecuencias en distintos episodios recientes de características antidemocráticas, como el incendio de edificios públicos²¹, el condicionamiento a los docentes respecto de cómo expresarse²², la persecución penal de profesionales²³, la persecución ideológica a colegios y universidades²⁴, y la discriminación en el acceso a cargos públicos²⁵.

Para una cabal comprensión del origen e índole marxista de la perspectiva o ideología de género, me remitiré al excelente trabajo de De Martini, Siro M. A., “Raíces ideológicas de la perspectiva de género”²⁶. De sus conclu-

17 Rousseau, J. J. (1992). *Discurso sobre el origen de la desigualdad*. México. Porrúa; (1983) *Emilio o la educación*. Barcelona. Bruguera.

18 Nozick, R. (1988). *Anarquía, Estado y Utopía*. México. Fondo de Cultura Económica.

19 Marx, K. y Engels, F. (2014). *La ideología alemana*. Madrid. Akal; y Marx, K. (2000). *El Capital*. Madrid. Akal.

20 Muñoz Iturrieta, P. (2019). *Atrapado en el cuerpo equivocado*. Buenos Aires. Katejón, 35.

21 V. gr. En la ciudad de Trelew, el 14 de octubre de 2018, con bombas molotov, en el marco del 33° Encuentro Nacional de Mujeres.

22 V. gr. Página oficial del INADI, documento dirigido a docentes. Recuperado de: <http://www.inadi.gov.ar/contenidos-digitales/wp-content/uploads/2016/03/somos-iguales-y-diferentes-guia-didactica-para-docentes.pdf>.

23 V. gr. “Rodríguez Lastra s/ incumplimiento deberes funcionario público” (Legajo MPF-CI-00050-2017).

24 V. gr. El Colegio Santa Marta de la Provincia de Salta fue multado por incurrir en supuestos actos discriminatorios al no permitir el uso de simbología LGBT en sus alumnos, durante la jornada escolar.

25 V. gr. Alfredo Vitolo, eximio constitucionalista al que el gobierno retiró su pliego como candidato a ocupar un lugar en la Comisión Americana de Derechos Humanos (2019, 19 de febrero). Por una polémica entre grupos “pro-vida” y quienes apoyan el aborto legal, dieron de baja la candidatura argentina en la CIDH. *El Cronista*. Recuperado de: <https://www.infobae.com/politica/2019/02/19/tras-una-polemica-dieron-de-baja-la-candidatura-de-alfredo-vitolo-para-ocupar-un-lugar-en-la-cidh/>.

26 De Martini, S. M. A. (junio 2013). “Raíces ideológicas de la perspectiva de género”. *Prudentia Iuris*, N° 75. Recuperado de:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/raices-ideologicas-perspectiva-genero.pdf>.

siones, sintéticamente, se puede extraer que el llamado *feminismo radical* o *ideología de género* interpreta la diferencia entre varón y mujer como un conflicto en el seno mismo de la familia, como lo fuera la lucha de clases en el marxismo tradicional. La burguesía de otrora es ahora reemplazada por el “patriarcado”, y el proletariado por el colectivo *LGBTIQ+*. Las estructuras de dominación son la familia y el matrimonio, y sobre todo la maternidad. Como todas las ideologías, explica toda la realidad a través del color de su lente; en este caso, se niega la existencia misma de una naturaleza humana que es mostrada como un relato de dominación del patriarcado. Al no haber naturaleza, todo en el hombre es artificial y construido, incluido el sexo y el género. La revolución terminará con las estructuras mencionadas y su dominación, no habrá familia ni matrimonio, la reproducción estará desvinculada de la sexualidad, y –llegados a este punto– no habrá tampoco sexo, en el sentido de una manera propia de ser de cada uno, sino que cada uno desde una neutralidad primigenia se constituirá libre e individualmente en un género indeterminable²⁷.

Obviamente que semejante idea encuentra graves obstáculos en la realidad. La ideología de género libra una batalla contra la realidad para llegar al estadio utópico descrito. No importa tanto llegar a él como la revolución que conlleva su prosecución. No obstante, los avances tecnológicos y científicos están logrando desvincular la fecundidad de la sexualidad, y la maternidad de la gestación a través –por ejemplo– de la maternidad subrogada.

Finalmente, sin intención de agotar un tema que excede los fines de este trabajo, hay que señalar que tanto el marxismo como la ideología de género parecen inscribirse en la inveterada tradición gnóstica que acompaña a la humanidad desde sus albores, y que ha sobrevivido clandestinamente a la civilización cristiana para volver a aflorar en esta era poscristiana. Sintéticamente, la gnosis consiste en sostener un dualismo entre el cuerpo y lo psico-espiritual. Lo psico-espiritual sería nuestro verdadero yo, mientras que el cuerpo –lo biológico y material– no forma parte de la esencia de la persona. La idea central de la gnosis es que, mediante un conocimiento de índole salvífico, el individuo se puede liberar de las ataduras del cuerpo de distintas maneras. Las coincidencias con la ideología de género son evidentes, dado que en este caso podría la persona autoconstruirse independientemente de sus características sexuales²⁸. Otras formas de pensamiento

27 Para un mayor desarrollo de este tema me remito también al trabajo de Delbosco, P. (2019). “Bases filosóficas de la ideología de género”. *Revista Valores*. Academia del Plata, 3. Recuperado de: <https://www.academiadelplata.com.ar/contenido.asp?id=2744>.

28 Durand Mendioroz, J. (marzo 2019). “La gnosis como sustrato de la ‘ideología de género’ y de los cambios políticos que impulsa”. *Revista Valores*. Academia del Plata, 3. Recu-

contemporáneas, como el poshumanismo o transhumanismo, que plantea un mejoramiento del hombre a través de la tecnología –ingeniería genética y eugenesia–, son variantes de esta idea gnóstica.

4. La cuestión de la educación sexual en nuestro Derecho

A pesar de toda la descripción que antecede, hay que tener siempre en cuenta, a la hora de abordar esta temática tan compleja, que la ideología de género no responde a la objetividad de la persona humana considerada desde un punto de vista realista. Al contrario, el sexo de una persona –varón o mujer– es relevante para su desarrollo, su educación, su modo de vivir, y el sentido que dará a su vida. Tenemos nuestra identidad biológica como varón o mujer desde antes de nacer y nos acompaña hasta después de muertos, pues queda en los vestigios de ADN cadavéricos.

En el sexo de las personas hay una objetividad sobre la que descansa su existencia. Esta objetividad biológica –la morfología genital masculina y femenina, y sus hormonas específicas– nos coloca en un lugar en la vida, en el mundo y en nuestra relación con los otros²⁹.

Por este motivo, en todo el ordenamiento jurídico argentino, aún se preserva en forma bastante intacta aquel *sentido común* que la ideología de género busca cambiar a toda costa³⁰. Es cierto que se dan situaciones a veces ridículas, que nos avergüenzan a los juristas y provoca la indignación del pueblo, como el caso de aquel varón que cambió su sexo en el Documento Nacional de Identidad para obtener el beneficio jubilatorio cinco años antes³¹.

No obstante, se conservan en el edificio jurídico argentino las bases sólidas de una regulación racional y justa que aún no ha sido corroída. Y esto es especialmente importante en el ámbito educativo. Tanto las normas señaladas más arriba como otras de jerarquía constitucional protegen los derechos de los niños, sus padres y las comunidades educativas. Estos son

perado de: <https://valoresacademiadelplata.blogspot.com/2019/03/conexion-inter-historica-del.html>.

29 De Ruschi, M. (2019). “Nuestra condición sexuada. Vicisitudes que favorecen u obstaculizan nuestro crecimiento en el amor”. En *Creados para la unión de amor. Psicoterapia y crecimiento en el amor*. Buenos Aires. Didajé, 96.

30 De Martini, S. M. A. (2013). Ob. cit., 85.

31 Es el caso de Sergio Lazarovich, que en el año 2018 cambió su sexo y su nombre por “Sergia” y la ANSeS aceptó el pedido de jubilación a los 60 años, pues por la ley previsional, las mujeres pueden jubilarse con 30 años de aportes a partir de los 60 años, 5 años antes que los varones. Lazarovich –un contador que se desempeña en la delegación salteña de la AFIP– obtuvo el beneficio a través de la UDAI de Salta Norte.

derechos que debemos conocer y hacer conocer, para una mejor salvaguarda de la persona humana y sus derechos inherentes e inalienables.

En primer lugar, debemos ubicar a la Constitución Nacional, que establece el derecho de enseñar y aprender³², y los tratados internacionales de rango constitucional, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece que los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos³³; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ordena respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones³⁴; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ordena al Estado argentino respetar la libertad de los padres de escoger para sus hijos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, y de hacer que sus hijos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones³⁵, y además establece que nada de lo dispuesto en el artículo en cuestión se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado³⁶.

En el ámbito regional, la Convención Americana de Derecho Humanos ordena al Estado argentino cumplir con la libertad de conciencia y religión, de profesar libremente dicha religión públicamente y divulgarla, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. Prohíbe, además, cualquier medida que menoscabe la libertad de conservar la religión y establece que los padres “tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”³⁷.

Descendiendo a leyes de inferior jerarquía, pero de gran importancia para la educación de los niños argentinos, debemos reparar en la Ley de Educación Nacional N° 26.206. Más arriba destacamos que la ley realiza un reenvío en su artículo 92, inc. f, al Protocolo de la CEDAW³⁸ y la Convención

32 Art. 14.

33 Art. 26, inc. 3°.

34 Art. 18, inc. 4°.

35 Art. 13, inc. 3°.

36 Art. 13, inc. 4°.

37 Art. 12.

38 Este protocolo aprobado en la ONU el 10 de diciembre de 1999, conocido como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo, tiene particularidades notables. En efecto, crea un Comité integrado por 23 expertos elegidos por sufragio secreto de una lista de personas “de gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la Convención”, que son propuestas por los Estados Partes. Aunque estén propuestos por sus propios gobiernos, los miembros desempeñan el cargo

de Belém do Pará³⁹, que imponen la ideología de género en forma directa o indirecta, pero al mismo tiempo reconoce que el ejercicio del derecho constitucional de enseñar y aprender comprende a los municipios, las confesiones religiosas reconocidas oficialmente y las organizaciones intermedias de la sociedad; y la familia, como agente natural y primario⁴⁰.

Además, la ley madre de la educación argentina insiste en el reconocimiento de instituciones educativas de gestión privada, confesionales o no confesionales, en un contexto de respeto y libertad⁴¹, en especial la Iglesia Católica y las otras confesiones religiosas⁴², teniendo los padres el derecho a ser reconocidos como agentes naturales y primarios de la educación, y elegir para sus hijos la institución educativa cuyo ideario responda a sus convicciones filosóficas, éticas o religiosas⁴³.

Por su parte, la Ley N° 26.150 crea el Programa Nacional de Educación Sexual Integral, y lo establece en forma obligatoria para todo el país y en todos los niveles educativos no universitarios. Esta ley también acuerda a cada comunidad educativa el derecho –que como vimos tiene rango constitucional– de adaptarlo a su proyecto institucional en el marco del respeto a su ideario institucional y a las convicciones de sus miembros⁴⁴.

Hasta aquí tenemos entonces que la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de rango constitucional, y las dos principales leyes que regulan la materia educativa a nivel nacional, reconocen la plena libertad de las familias, de las comunidades locales, de las instituciones de gestión privada, y hasta de la Iglesia Católica y otras confesiones religiosas, de impartir educación sexual integral de acuerdo a sus convicciones e ideario institucional.

Ello no significa que no se presenten conflictos en el plano jurídico. Ello es así pues en el ordenamiento jurídico hodierno la ley no es la regla

a título personal y no como delegados o representantes de sus países de origen. Así este Comité ha cuestionado la existencia del “día de la madre”, ha urgido a distintos gobiernos a suplantar a los padres en el rol de enseñar valores tradicionales a sus hijos, y que incluya la Educación Sexual en todos los niveles escolares de forma sistemática, intensifiquen sus esfuerzos para mejorar la salud reproductiva de las mujeres, incluyendo “acceso, aceptabilidad y uso de modernos métodos de control de la natalidad” y la legalización de la prostitución, entre otras medidas.

39 Que tiene jerarquía constitucional e introdujo el concepto de género.

40 Art. 6°.

41 Art. 13.

42 Art. 63.

43 Art. 128.

44 Art. 5°.

que pone fin al conflicto social, sino más bien la arena en la que se libra el conflicto⁴⁵.

Por eso la Ley de Educación Nacional y la Ley de Educación Sexual Integral promueven la ideología de género al mismo tiempo que reconocen derechos a padres e instituciones. Lo mismo ocurre con otras leyes que veremos seguidamente, que resultan contradictorias unas con otras, generando inseguridad y la prevalencia de quien ostenta el poder a través de las instituciones administrativas como el INADI⁴⁶ o el mismo Poder Judicial, último intérprete de la Constitución y las leyes. Como señala Siro de Martini, la aceptación por parte de nuestra clase política, no sólo de algunos de los objetivos, sino de los mismos fundamentos de la ideología de género, es un hecho de una enorme gravedad institucional ya que transforma una ideología en norma jurídica, con el carácter ejemplar y pedagógico que toda ley tiene según su misma naturaleza⁴⁷.

Esto se ha logrado introduciendo en nuestro ordenamiento varias leyes y políticas públicas de orden administrativo. En primer lugar, me referiré a las leyes principales en relación con este tema y luego me referiré a las políticas públicas.

La primera es la Ley N° 26.618, llamada de “Matrimonio Igualitario”. Como ha sostenido Trillo-Figueroa, el matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido quizás el paso más importante en la imposición social de la ideología de género. Esa institución era el signo jurídico y social más fuerte en el que se manifestaba la diferencia sexual y su fin propio, que es la procreación. Por su interés social ordenado al bien común, el Derecho lo protegía⁴⁸. Como el matrimonio no se podía abolir sin evitar una confrontación social muy grande, se lo vació de contenido. La obra fue terminada con la aprobación de la Ley N° 26.994 que sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación, al permitir la disolución del vínculo a través de un trámite, incluso unilateral, sin sujeción temporal alguna; de este modo, los deberes de cohabitación y de fidelidad desaparecieron. Como afirma De Martini, “la legislación argentina vació al matrimonio de contenido. Lo transformó en

45 Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil*. Madrid. Trotta, 37.

46 Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo creado por la Ley N° 24.515 de 1995.

47 De Martini, S. M. A. (octubre 2018). “Penetración de la ideología de género en el orden jurídico argentino”. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. Año LXIII. Segunda Época, 56, 23.

48 Trillo Figueroa y Martínez Conde, J. (2007). *Una revolución silenciosa: La política sexual del feminismo socialista*. Madrid. Libroslibres, 241.

una cáscara vacía. En definitiva, lo destruyó, dejando en su lugar un nombre y una apariencia”⁴⁹.

La otra ley que despliega su influencia en la educación sexual integral, y en este caso de modo más directo y distorsivo, es la Ley N° 26.743 de “Identidad de Género”. Ya mencionamos el caso de Sergio Lazarovich, que hoy es Sergia y está jubilado a los 60 años, a pesar de ser público y notorio que su conducta externa y su vida privada expresan una identidad totalmente masculina. El caso mueve a risa, pero en realidad es serio. Grafica de modo elocuente cómo funciona la aplicación de la ley, que por más descabellada que pueda parecer, es de gran importancia para el ordenamiento jurídico argentino, pues regula nada menos que los atributos de la persona humana. La desarrollaré brevemente.

En primer lugar, da una definición legal de lo que es el género: “[...] la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”⁵⁰.

Luego, se establece que toda persona tiene derecho a cambiar su género del Documento Nacional de Identidad y de cualquier otro registro público, al mismo tiempo que puede cambiar fotografías y otros modos de identificación de las personas. Para ello, sólo debe presentarse en el Registro Nacional de las Personas y completar un formulario requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y un nuevo Documento Nacional de Identidad con el nuevo nombre elegido. Sólo se conservará el número del documento. Se requiere ser mayor de edad, pero ninguna prueba de su condición, ni tampoco acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico⁵¹. Es de destacar que se prohíbe cualquier referencia a la ley en la partida de nacimiento rectificadas y en el Documento Nacional de Identidad expedido, es decir que no debe quedar ningún vestigio de quién era la persona antes de hacer el trámite. Es una persona totalmente nueva cuya único vínculo con la anterior es el número del documento.

A los fines de la actividad educativa es de singular importancia el artículo 5° de la ley que establece el procedimiento para los menores de edad.

49 De Martini, S. M. A. (octubre 2018). Ob. cit., 27.

50 Art. 2°.

51 Arts. 1°, 3° y 4°.

La solicitud debe ser realizada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor. Asimismo, el menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño creado por la Ley N° 26.061. Pero cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de los representantes legales del menor, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los jueces correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes⁵².

Esto quiere decir que si un niño decide –inducido por terceros o no– convertirse de varón en mujer o de niña en varón, y los padres se niegan a llevar adelante dicha conversión, un juez deberá obligarlos a aceptar tal medida y procederá a realizar el cambio. Pero no sólo eso, la ley establece en su artículo 11 que un juez también podrá, en contra de la voluntad de los padres, autorizar intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida⁵³.

En todos estos casos, incluido el de los menores, el resto de los ciudadanos se ve obligado legalmente a utilizar el nombre elegido, incluso si este no ha sido consignado en el Documento Nacional de Identidad; y aun así deberá consignarse este nombre en los registros y legajos, tanto en los ámbitos públicos como privados⁵⁴. Finalmente, el artículo 13 eleva este derecho a la categoría suprema de derecho humano.

Una mirada holística sobre todo este complejo plexo normativo mostrará inmediatamente sus contradicciones profundas. El derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones morales, filosóficas y religiosas, recogido en todas las declaraciones relevantes de Derechos Humanos y de rango constitucional, se da de bruces con esta ley que autoriza a un juez en contra de la voluntad paterna, nada menos que a cambiar el género de su hijo.

Del mismo modo, la libertad de enseñanza y la libertad de cultos, también de rango constitucional, y el reconocimiento de la Ley de Educación Nacional y del Programa Nacional de Educación Sexual Integral del derecho a adaptar los contenidos vinculados a la sexualidad al ideario y convicciones

52 Art. 5°.

53 En todos los casos, el sistema público de salud, ya sea estatal, privado o del subsistema de obras sociales, deberá garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce, quedando a su vez incorporados al Plan Médico Obligatorio que deben cumplir las medicinas prepagas.

54 Art. 12.

de las comunidades e instituciones, parecen no ser del todo compatibles con las obligaciones que se desprenden de la Ley de Identidad de Género.

Una mirada liminar al problema podría hacer suponer que, dado que las primeras son normas de rango constitucional, prevalecen sobre la segunda, y –en algún caso concreto– podrían ameritar su declaración de inconstitucionalidad. Lamentablemente, con ser cierto lo dicho, la solución no es tan sencilla.

Ello es así por dos motivos. El primero se debe a la última ley que mencionaremos en el trabajo, para ofrecer un panorama completo de la situación en la que se está cuando se enfrenta a una política de corte totalitario como la que estamos describiendo. Aunque habitualmente se sostiene que en la Argentina no existe el crimen de odio o delito de odio, sino sólo como un agravante de otros delitos más graves como, por ejemplo, el homicidio⁵⁵, sí existe la Ley N° 23.592 del año 1988. Dicha ley fue sancionada para combatir la discriminación injusta en cualquier supuesto, pero funciona en la práctica como instrumento de persecución por *delito de odio*. Establece en su artículo 1°: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”. En el resto del articulado la norma establece otras obligaciones y agravantes de penas. El problema se presenta con uno de los verbos enumerados: *menoscabar*.

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, *menoscabar* es un verbo que significa: 1. *Hacer que disminuya una cualidad positiva de cierta cosa*, y 2. *Causar descrédito en la honra o la fama de una persona*. El colectivo LGBTIQ+ utiliza esta ley como un arma contra todo aquel que piense distinto, pues todo el que no adhiere a la ideología de género *menoscaba* –de algún modo– al que sí lo hace. Esto resulta muy sencillo de formular argumentativamente por la amplitud del texto legal: impedir, obstruir, restringir o de algún modo menoscabar comprende una variedad de acciones de gran alcance interpretativo.

En el ámbito educativo, la Ley N° 26.206 en el inciso f del artículo 92 –ya mencionado– establece: “Los contenidos y enfoques que contribuyan a generar relaciones basadas en la igualdad, la solidaridad y el respeto entre los sexos, en concordancia con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, con rango constitucional, y

55 Ley N° 26.791, modificatoria del art. 80 del Código Penal de la Nación.

las Leyes N° 24.632⁵⁶ y N° 26.171⁵⁷. El artículo 79 establece: “El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, en acuerdo con el Consejo Federal de Educación, fijará y desarrollará políticas de promoción de la igualdad educativa, destinadas a enfrentar situaciones de injusticia, marginación, estigmatización y otras formas de discriminación, derivadas de factores socioeconómicos, culturales, geográficos, étnicos, de género o de cualquier otra índole, que afecten el ejercicio pleno del derecho a la educación”. Y el artículo 11, que establece los *finés de la política educativa nacional*, consigna enunciativamente en su inciso f que uno de ellos es: “Asegurar condiciones de igualdad, respetando las diferencias entre las personas sin admitir discriminación de género ni de ningún otro tipo”. Los operadores jurídicos, al leer la palabra *discriminación* en una norma, inmediatamente se remiten a la Ley N° 23.592 de 1988.

Puede ser que el lector no advierta aún el resultado gravoso que arroja para el sistema educativo argentino la interacción de todas estas normas si son interpretadas de un modo incorrecto. Una interpretación armónica y jerarquizada de la Ley de Educación Nacional N° 26.206 es aquella que la subalterna a la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre la materia.

En efecto, la Constitución Nacional, los tratados internacionales de rango constitucional –regionales y universales– y la Ley de Educación Nacional, así como el Programa Nacional de Educación Sexual Integral, contemplan y protegen la libertad de enseñanza, la libertad de cultos y el derechos de los padres y de las comunidades educativas a impartir contenidos que estén de acuerdo a sus convicciones morales y religiosas⁵⁸.

Una interpretación inconstitucional e ideológica de las normas daría como resultado una distorsión en la armonía jerárquica del ordenamiento jurídico argentino, al introducir un factor distorsivo: el considerar que estas normas establecen –al mismo tiempo y contradictoriamente– criterios distintos a los que manda la Constitución, los tratados y leyes mencionados, es decir, si consideramos que obligaran a impartir contenidos contrarios a las convicciones morales y religiosas de muchos padres, de la Iglesia Católica y de otras confesiones religiosas. De acuerdo a esta interpretación inconstitu-

56 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –“Convención de Belém do Pará”–, suscripta en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.

57 Protocolos de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

58 Para un panorama de la situación en Europa véase Ranieri de Cechini, D. (2019). “La educación sexual integral y objeción de conciencia institucional”. *Revista Valores*. Academia del Plata, 3. Recuperado de: <https://www.academiadelplata.com.ar/contenido.asp?id=2753>.

cional no sólo se busca borrar cualquier elemento religioso de la educación sexual⁵⁹, sino que implicaría que los niños deben ser tratados de acuerdo con el concepto de género y no de sexo, e incluso tener estrategias de intervención escolar basadas en esta idea en contra del ideario de la escuela y de la voluntad de los padres. Finalmente, si siguiéramos esta interpretación inconstitucional, quien no actuara de esta manera, sería posible de haber cometido discriminación.

Si no se realiza una interpretación integral y armónica de estas normas en el contexto de todo el ordenamiento jurídico, podríamos caer en el ridículo resultado de que un docente cometiera un acto discriminatorio por el sólo hecho de enseñar v. gr. lo que enseña el Catecismo de la Iglesia Católica respecto del sexto mandamiento⁶⁰. En efecto, según este documento, el matrimonio es uno, heterosexual e indisoluble; afirma que cada uno debe aceptar su identidad sexual, la vocación de todo hombre a la castidad y al dominio de sí, y condena la lujuria, la masturbación, la pornografía, la fornicación, la prostitución y la violación. Además, indica que los actos homosexuales son intrínsecamente desordenados, y no pueden recibir aprobación por parte de los cristianos en ningún caso. Finalmente, junto con afirmar que las personas homosexuales merecen todo nuestro respeto y compasión, y que debe evitarse todo signo de discriminación injusta, afirma que están llamadas a la castidad. El Catecismo realiza estas afirmaciones no sólo de los cristianos, sino de todas las personas, por estar fundadas en la ley natural.

Pero este riesgo no recae sólo respecto del Catecismo de la Iglesia Católica, o sólo respecto de la educación católica, o sólo respecto de la educación confesional. Este riesgo de una interpretación inconstitucional y de resultados contradictorios con el ordenamiento jurídico argentino de las normas arriba desarrolladas, lo correría cualquier docente que utilizara cualquier documento que sostuviera ideas parecidas, incluso manuales oficiales utilizados por el Estado argentino en la educación primaria o libros de educación cívica del nivel medio de unos veinte años atrás.

Esta interpretación sería contraria a la Constitución, a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y a las propias leyes que regulan la materia educativa en el nivel federal. Es una interpretación que debe ser evitada no sólo porque sus resultados serían antijurídicos, sino también contrarios al sentido común y de justicia de los ciudadanos.

59 Ranieri de Cechini, D. (2018). "La interpretación judicial y el debilitamiento del orden social". *Prudentia Iuris*, N° 85, 19-34.

60 Núms. 2331 a 2391.

5. Acerca del material oficial sobre ESI

Las políticas públicas no se componen sólo de leyes emanadas del Poder Legislativo sino también de su implementación por parte del poder administrador. Estas medidas también son pasibles del control de constitucionalidad y convencionalidad, como la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido⁶¹.

En este caso, el complejo e inmenso aparato de la Administración Pública ha invertido cuantiosos recursos económicos y humanos en imponer dichas políticas en el sistema educativo argentino. En efecto, el Estado federal y los distintos niveles del gobierno han producido material, no sólo textos, sino también gráfico y audiovisual, que sirvan de soporte a los docentes en el ejercicio de su función pedagógica.

El Programa Nacional de Educación Sexual Integral (ESI) establecido por la Ley N° 26.150 establece legalmente que dicha educación consiste en una formación armónica, equilibrada y permanente de las personas en la que se transmitan conocimientos pertinentes, precisos, confiables y actualizados sobre los distintos aspectos involucrados en la educación sexual integral, promueva actitudes responsables ante la sexualidad, prevenga problemas relacionados con la salud en general y la salud sexual y reproductiva en particular y procure igualdad de trato y oportunidades para varones y mujeres⁶². Dicha educación debe articular aspectos biológicos, psicológicos, sociales, afectivos y éticos⁶³.

La misma ley establece que dicha educación debe impartirse obligatoriamente en los establecimientos educativos públicos, de gestión estatal y privada de las jurisdicciones nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal⁶⁴, desde el nivel inicial hasta el nivel superior de formación docente y de educación técnica no universitaria⁶⁵.

Dada su obligatoriedad y generalidad, encarga a los Poderes Ejecutivos de cada nivel del gobierno (federal, provincial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal) diseñar propuestas de enseñanza con secuencias y pautas de abordaje pedagógico, producir materiales didácticos que se re-

61 Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006; caso “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, sentencia del 24 de noviembre de 2006; caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, sentencia del 26 de noviembre de 2010; caso “Gelman vs. Uruguay”, sentencia del 24 de febrero de 2011.

62 Art. 3°.

63 Art. 1°.

64 Art. 1°.

65 Art. 4°.

comienden, dar seguimiento a las actividades que se desarrollen, realizar programas de capacitación para docentes y padres, entre otras acciones⁶⁶.

En cumplimiento de estas mandas, los distintos ministerios han producido material con fondos públicos destinados al efecto, que es repartido en forma gratuita en las escuelas para su utilización por parte de docentes y alumnos. Es notable que dicho material no sea generado sólo por los ministerios de educación sino por otras carteras no especializadas, como son la de salud y la de justicia. A modo de ejemplo puede mencionarse el material que ofrece el Ministerio de Educación de la Nación en su portal de internet, en la parte destinada a ofrecer material didáctico a los educadores⁶⁷.

Allí se ofrece una gran cantidad de material para todos los niveles. Pero este material ofrece contenidos inadecuados, de muy dudosa idoneidad para los niños. Por ejemplo, en el material destinado al nivel inicial se promueve la desnudez a través de la exhibición de cuadros de distintos autores, gráficos, y se indica que los niños se dibujen desnudos, se desalienta el pudor, se indica a los docentes que se debe promover que los niños se expresen al margen de cómo su familia les haya indicado en relación con cuestiones vinculadas a la sexualidad⁶⁸.

Para el nivel primario se exhiben figuras de cuerpos desnudos de niños y adultos, se continúa fomentando la desinhibición y la práctica de la masturbación. Se naturaliza el exhibicionismo y el voyerismo. También se introducen distintas organizaciones de familia y de ejercicio de la sexualidad impidiendo su distinción en base a convicciones morales o religiosas. Es notable también lo que el material omite. Las convicciones morales y religiosas de la familia son desvinculadas de la sexualidad, también se omite la mera mención de la continencia, la virginidad, la monogamia, la fidelidad.

Siempre en el nivel nacional, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en su sitio de internet ofrece una guía informativa y práctica: “Hablar de diversidad sexual y derechos humanos”, en la que se dan recomendaciones para hablar con los niños, insistiendo que se debe generar en ellos “una cultura que vaya más allá del paradigma binario y heteronormativo”⁶⁹.

Muchas de estas prácticas recomendadas están en evidente contradicción con las convicciones morales y religiosas de muchos ciudadanos y comunidades. Ello va en contra de la misma ley⁷⁰ y los tratados internacio-

66 Art. 8°.

67 Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/educacion/materiales-didacticos>.

68 Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/educacion/esi/recursos>.

69 Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/queer-rompiendo-las-categorias>.

70 Art. 5°.

nales de rango constitucional, como la Convención Americana de Derechos Humanos⁷¹, como ya hemos visto.

Más allá de la cuestión técnica jurídica, es indudable que con estas recomendaciones y materiales nos adentramos en el campo de lo traumático. Esto es así porque se presenta a los niños situaciones, imágenes o condiciones de vida, que no son capaces de comprender, y ello es generador de trauma. Hay que tener en cuenta que los niños se ven indefensos frente a los educadores, porque son los adultos en quienes confían. La indefensión es un importante factor del trauma, dado que los niños pequeños son incapaces de responder a un accionar para ellos impredecible y fuera de su control⁷². Al hablar de trauma nos referimos a distintas variables que deben ser tenidas en cuenta, a saber, trastornos emocionales, como la inseguridad y la angustia; físicos, como aquellos vinculados a la alimentación o la enuresis; conductuales, como la conducta agresiva, regresiva o la hiperactividad; cognitivos y también sociales⁷³. El exhibicionismo, el voyerismo, la exhibición de material pornográfico y la incitación a la masturbación son configuradores de trauma en los niños⁷⁴.

El material analizado es tan distorsivo porque trata la morfología sexual y genital de un modo inadecuado, desprovista de toda racionalidad. Si la morfología sexual no tiene un sentido y una finalidad originaria no son comprensibles para el niño. El material no ofrece un adecuado relacionamiento del niño con la sensibilidad y la voluntad de placer que se le vincula. En efecto, hay una sobrevaloración del placer, lo que se evidencia en la insistente promoción de la masturbación en edades muy tempranas⁷⁵.

Este mismo motivo es el que justifica las ausencias en el material: el fin de la fecundidad del acto sexual, la fidelidad conyugal, la heterosexualidad y la familia. Estos son los limitantes de la voluntad de placer desenfrenada. Entender la educación sexual en el marco de la ideología de género es *educación para el placer sin restricción*, es un modo de experimentar el placer cuya procura conlleva todo tipo de insatisfacciones y de daños físicos y psicológicos⁷⁶.

Los educadores están llamados a educar en la sexualidad no sólo porque la ley así lo indica, sino porque en el hombre todo es educable y aún más este aspecto fundamental de la persona. Pero este deber lleva ínsito el

71 Art. 12, 4.

72 Beigbeder de Agosta, C.; Barilari, Z. y Colombo, R. I. (2001). *Abuso y maltrato infantil. Inventario de frases*. Buenos Aires. Saint Claire Ed., 12.

73 Beigbeder de Agosta, C.; Barilari, Z. y Colombo, R. I. (2001). Ob. cit., 17-21.

74 Beigbeder de Agosta, C.; Barilari, Z. y Colombo, R. I. (2001). Ob. cit., 50.

75 De Ruschi, M. (2019). Ob. cit., 97.

76 De Ruschi, M. (2019). Ob. cit., 98.

respeto de la convicciones morales y religiosas de los padres y del ideario de las instituciones educativas, ambos tienen el derecho constitucional a que se respeten estas convicciones, y luego el respeto a la realidad misma de la persona humana, su objetividad corpórea y espiritual.

Es por ello que los educadores deben tener cuidado en la selección del material que se provee a tal fin, en especial, el material que es provisto por los distintos niveles del gobierno. La utilización de ese material puede llevar al educador a generar en los niños un daño que no quiere, obteniendo así un resultado contradictorio con el buscado. Debe existir un espíritu crítico y utilizar material de apoyo que mejor recoja las convicciones morales y religiosas de los padres y las instituciones, y el derecho de los niños a una educación adecuada a su edad y ayuna de ideologías que la distorsionan.

No se equivocará aquel educador que se apoye en las evidencias de la realidad al momento de impartir educación sexual: la primera de ellas es el fracaso estrepitoso de todo intento de ser feliz siguiendo los itinerarios que marca la voluntad de placer. Luego, los principios básicos del valor sagrado de la vida y del cuerpo, que existen varones y mujeres y ello tiene una finalidad definida, la belleza de la familia, ese amor largo y perseverante, esforzado pero gozoso en su comunicación de bienes, en su unidad en la diversidad y en el amor de los padres y los hijos⁷⁷.

6. Una palabra problemática

Como se ha señalado a lo largo de este trabajo, la utilización del término *género* se ha generalizado en nuestra legislación, y también es utilizado en la práctica docente y en el debate público. En particular, el término obtuvo carta de ciudadanía en el mundo jurídico a partir de la Cuarta Conferencia Internacional de la Mujer que se llevó a cabo en Beijing en 1995⁷⁸. Es del caso analizar cuál es su significado real, cuándo y cómo debe utilizarse, y cuáles son las dificultades que encierra. Ello es así porque se trata de una palabra que ofrece dos dificultades importantes: su ambigüedad y su contenido ideológico.

77 De Ruschi, M. (2019). Ob. cit., 101.

78 Basset, Ú. C. (2014). "La búsqueda de la igualdad y la inequidad de género, problemas lógicos, semánticos, axiológicos, convencionales, constitucionales y sus derivaciones". En Rivera, J. C. y otros. *Tratado de los Derechos Constitucionales*. T. I. Buenos Aires. La Ley, 945, menciona como la incorporación más remota la de la Conferencia de El Cairo (1994), aunque se impuso en Beijing. Este importante artículo hace un profundo estudio del tema desde la perspectiva de la igualdad.

En relación con su ambigüedad, se ha señalado que la misma ha sido y sigue siendo fuente de continuas confusiones y discusiones, y origen de dificultades interpretativas en el orden jurídico. Como señala Siro de Martini, a veces podría reemplazársela por la palabra “mujer” pero otras veces hace referencia a lo que hoy suele denominarse como colectivo LGBTIQ+ (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales, queer y cualquier otra). En ocasiones reemplaza a la palabra sexo (género masculino y género femenino), en otras aparece como contrapuesta al sexo.

Y desarrolla nuestro autor: “Podemos tomar como ejemplo –y sin necesidad de abundar en desarrollos dogmáticos– la reforma introducida al Código Penal Argentino por la Ley N° 26.791 conocida, sobre todo, por haber incorporado a nuestra legislación la agravante del femicidio.

En el nuevo texto del artículo 80 del CP aparece ahora varias veces utilizada la palabra ‘género’. Así, en el agravante del inciso 4°, relativo al móvil del autor, leemos que se agrava la pena del homicidio cuando es cometido: ‘[...] por odio [...] de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión’. En el primer caso la palabra ‘género’ parece significar sexo (masculino o femenino) ya que a continuación aparece la referencia a la ‘orientación sexual’ como cosa distinta. Pero cuando la palabra es empleada luego en la fórmula ‘identidad de género’, está haciendo referencia a la autopercepción de pertenecer a un sexo distinto al que se posee biológicamente (caso de los transexuales), lo que puede manifestarse o no en el aspecto exterior. Y decimos esto porque así aparece caracterizada la identidad de género por la Ley N° 26.743, como luego veremos.

En el inciso 11 aparece el femicidio descrito de este modo: ‘(al que matare) A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género’.

Es decir, que ahora ‘género’ se refiere al sexo femenino. Porque evidentemente no se trata del homicidio de una mujer, a secas, sino de una mujer por el hecho de serlo (lo que supone ser vista como un ser inferior, de cuya vulnerabilidad se abusa, en la línea –podríamos decir– del segundo sexo de Simone de Beauvoir). Tenemos entonces, en una misma y breve ley, la utilización de una misma palabra en tres sentidos distintos”⁷⁹.

Huelga señalar la gravedad de que una misma palabra tenga tres significados distintos, en una misma ley, y aún más grave, cuando se trata de una norma de índole penal. La segunda dificultad es el contenido ideológico que conlleva el término.

Para el análisis de dicha cuestión tomaré como referencia el documento de la Sagrada Congregación para la Educación Católica: “Varón y mujer los

79 De Martini, S. M. A. (2018). Ob. cit., 20.

creó. Para una vía de diálogo sobre la cuestión del *gender* en la educación”⁸⁰. Si bien se trata de un documento de la Iglesia Católica, consideramos que constituye un importante aporte al tema y que las partes de este, no referidas directamente a la revelación divina, son útiles para todo aquel que quiera adentrarse en la cuestión, aún desde una perspectiva laica.

La utilización del término en lengua inglesa ya muestra la dificultad que el mismo encierra, pues los redactores parecieran querer poner de manifiesto las dificultades de una adecuada traducción al castellano. En su introducción, el texto es abierto con el diagnóstico del problema en análisis: la estructuración de trayectos educativos que “transmiten una concepción de la persona y de la vida pretendidamente neutra, pero que en realidad reflejan una antropología contraria a la fe y a la justa razón”⁸¹. En este sentido se establece que reina la desorientación antropológica propia de la cultura de nuestro tiempo, lo que ha contribuido a desestructurar a la familia, y cancelar las diferencias entre el varón y la mujer, por considerarlas efecto de un condicionamiento histórico-cultural. Y denuncia “diversas formas de una ideología, genéricamente llamada *gender*, que niega la diferencia y la reciprocidad natural de hombre y de mujer. Esta presenta una sociedad sin diferencias de sexo, y vacía el fundamento antropológico de la familia. Esta ideología lleva a proyectos educativos y directrices legislativas que promueven una identidad personal y una intimidad afectiva radicalmente desvinculadas de la diversidad biológica entre hombre y mujer. La identidad humana viene determinada por una opción individualista, que también cambia con el tiempo”⁸².

Y más adelante aclarará que –efectivamente–, en relación al término género, existen dos significados posibles que es necesario distinguir. Por un lado, la ideología que hemos desarrollado en los acápites precedentes, y, por otro lado, las diferentes investigaciones que buscan estudiar el modo en el cual se vive en diferentes culturas la diferencia sexual entre hombre y mujer⁸³.

Este último significado del término, en efecto, obedece a una realidad humana e histórica, que estudiaran ciencias particulares tan diversas como la antropología en sus diversas ramas, la arqueología, la sociología, y la historia en general. Nos referimos a las implicancias culturales de ser varón o mujer en las distintas circunstancias históricas de tiempo y lugar. Indudablemente que este es un estudio válido y útil para la ciencia del Derecho

80 Ciudad del Vaticano, 2 de febrero de 2019.

81 N° 1, con cita de Benedicto XVI, Discurso al Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede, 10 de enero de 2011.

82 N° 2.

83 Nros. 6 y 11.

y para la educación, como para otros conocimientos en torno a la persona humana.

En relación con el documento, luego de realizar esta distinción, se aboca a desarrollar distintos aspectos del tema, entre los que se destacan los puntos de encuentro que existen entre la ideología de género y la realidad. En efecto, cuando las ideologías desembarcan en la mente de las personas, lo hacen enmascaradas en lo poco de noble y verdadero que tienen. Estos puntos de encuentro son: el rechazo a la discriminación de la mujer y al machismo, el respeto por cada persona sin importar sus diferencias, la riqueza de la femineidad y lo que la mujer aporta al mundo y en especial a la educación⁸⁴.

En su crítica de la ideología de género el documento destaca la contraposición entre la naturaleza y el sujeto, donde la sexualidad y la familia se vuelven líquidas, la confusión de la libertad con el deseo del impulso emocional y la voluntad individual, que en definitiva anidan en un dualismo antropológico: la separación entre cuerpo reducido y materia inerte y voluntad que se vuelve absoluta, manipulando el cuerpo como le plazca. Ello da origen al relativismo que gobierna la mente de quien es formado en la ideología de género. Incluso el texto habla de cómo el concepto genérico de “no discriminación” oculta esta ideología que niega la diferencia y la reciprocidad natural del hombre y la mujer⁸⁵. También el texto reivindica el derecho de los padres y las comunidades a educar de acuerdo con sus convicciones en línea con lo Tratados Internacionales de Derechos Humanos y lo que conocemos por la ley natural, y el derecho de los niños a crecer en una familia heterosexual⁸⁶.

Pero esta distinción en el significado de la palabra *género*, entre la ideología que separa estancamente cuerpo de identidad personal, por un lado, y el estudio de las implicancias culturales del sexo femenino o masculino en un momento y lugar determinados, por otro, no es siempre fácil de hacer. Ciertamente ya hemos visto que no se ha hecho en la legislación, donde la palabra permanece sumergida en la ambigüedad. Por este motivo, y por la carga ideológica que lleva el término, la posibilidad de realizar dicha distinción es ilusoria en el debate público, en la implementación de políticas educativas, y –casi imposible– en el contexto escolar.

En efecto, la mayor parte de los actores que intervienen en el debate acerca de una educación sexual integral no son académicos ni especialistas en la materia, y no tienen por qué serlo. Los políticos, los padres y los

84 Nros. 15 a 18.

85 Nros. 19 y 21.

86 Ver en especial nros. 37, 38 y 39.

educadores no son antropólogos ni se puede esperar de ellos una distinción terminológica que la misma ley no hace.

Además, la ambigüedad del término es aprovechada por quienes buscan imponer la ideología por sobre la realidad de la persona humana a través de las políticas educativas del Estado, con lo cual la confusión, ya de por sí ínsita al término, termina siendo potenciada.

Es por eso que cuando deseamos referirnos a las implicancias culturales de la sexualidad, debemos referirnos a ella de esa manera, pero evitar la utilización del término *género*, y cuando por imperativo legal o circunstancias ineludibles debemos utilizarlo, hay que intentar por todos los medios despojarlo de fuerte carga semántica que pesa sobre él, haciendo siempre todas las aclaraciones que se pueda.

7. Conclusión

A lo largo de este trabajo se ha intentado abordar un tema de gran complejidad y de índole interdisciplinaria. En primer lugar, el cambio en las políticas públicas del país en materia de población, su relación con la política internacional y sus fundamentos filosóficos, para luego mostrar cómo dicho cambio vino a desembocar en la promoción de la educación sexual fuertemente ideologizada.

En segundo lugar, se ha repasado todo el Derecho Positivo atinente a esta cuestión, cuya cúspide está habitada por la Constitución y los tratados que comparten su mismo rango. Luego, encontramos una serie de leyes, que regulan la cuestión de la educación sexual. Finalmente, encontramos la actividad de la Administración Pública, que produce materiales pedagógicos fuertemente ideologizados. Se aprecia que en la medida que descendemos en la pirámide normativa la ideología se muestra más virulenta.

Últimamente, hemos desaconsejado el uso de la palabra *género* debido a su ambigüedad y carga ideológica. Cuando necesitamos referirnos a las *implicancias culturales de la sexualidad*, es mejor hacerlo inequívocamente, y del mismo modo cuando nos referimos al *sexo*, masculino o femenino.

Pero es indudable que este es un trabajo de índole jurídica. Y ello estaría incompleto sin una aclaración importante. Hemos reiterado en distintas partes que la Constitución y los tratados de su mismo rango, la Ley de Educación Nacional y la Ley que establece el Programa Nacional de Educación Integral, reconocen la libertad de educación de la Iglesia Católica y de las otras confesiones religiosas, y la primacía de los padres como educadores naturales y su derecho a impartir a sus hijos una educación acorde con sus convicciones morales y religiosas.

Pero todas estas normas fundamentales están, a su vez, fundadas en el orden natural, que tiene una fuerza y vigencia independiente de la voluntad de quien ostenta el poder político. Este orden no sólo sirve de sustento a las leyes fundamentales de nuestra nación, sino que además nos permite distinguir las normas justas de las injustas.

Al ver cómo la ideología se ciñe sobre nuestro orden jurídico, y aplasta junto con él los derechos de padres, educadores y niños, sabemos que esta no es la opinión de un grupo, sino la convicción que se desprende de la objetividad de la persona humana y sus derechos inalienables, que muestran la existencia de un orden jurídico natural.

Por ello, tampoco este es un problema privativo de la educación confesional o de las personas de Fe. Es cierto que la libertad de cultos está comprometida en estas políticas, pero este no es sólo un problema religioso. Todos los niños argentinos tienen derecho a una educación libre de ideologías y basada en la verdad y el bien. Los niños educados en el subsistema estatal también, y aún más considerando la situación de vulnerabilidad de muchos de ellos. Ello es así no sólo porque lo disponen nuestras normas más importantes sino también por una exigencia del Derecho Natural, que puede ser conocida por todos a la luz natural de la razón.

En efecto, el Derecho Natural es el fundamento de todo derecho justo y el criterio de identificación del derecho injusto. No es una cuestión moral sino jurídica, de una juridicidad fundamental⁸⁷.

El Derecho Natural contiene aquellas conductas que debemos a otros en razón de su naturaleza. El término naturaleza nos remite a la cuestión de la estructura de la realidad, y del sentido que tienen las cosas⁸⁸. El concepto de naturaleza, y específicamente el de naturaleza humana, es –justamente– el que ataca y corroe la ideología de género.

La naturaleza es el denominador común de todo hombre de cualquier tiempo y lugar. Ello nos permite calificar de *inhumanas* algunas conductas. Las conductas que consideramos inhumanas son aquellas que muestran una degradación, son antinaturales, nos deshumanizan. Las palabras *antinatural* o *inhumano* solo son comprensibles si hay naturaleza humana y la podemos conocer⁸⁹.

Sin el concepto de naturaleza nada es bueno ni malo, nada es recto o torcido, todo depende de la arbitrariedad del sujeto. Esta arbitrariedad

87 Soaje Ramos, G. (1980). “Sobre Derecho y Derecho Natural. Algunas observaciones epistemo-metodológicas”. *Revista de Filosofía Práctica Ethos*, nros. 6/7, Buenos Aires, 99-106.

88 Portela, J. G. (2007). “¿Qué es el Derecho Natural?”. En Botero Bernal, A. *Vivencia y pervivencia del Derecho Natural*. IV Seminario Internacional de Teoría General del Derecho. Colección Memorias Jurídicas nro. 6. Universidad de Medellín, 57.

89 Portela, J. G. (2007). Ob. cit., 59.

no nos permite dialogar ni pensar juntos, porque todo resulta indiferente en el relativismo que no permite distinguir lo que nos hace bien de lo que nos daña. Cuando a esa arbitrariedad le sumamos el poder de los que nos gobiernan, estamos frente a la tiranía. El hombre puede soportar muchas desgracias, pero la injusticia de la tiranía es verdaderamente insoportable.

Bibliografía

- Aristóteles. *Política*, L I, C1, 1252a.
- Basset, Ú. C. (2014). “La búsqueda de la igualdad y la inequidad de género, problemas lógicos, semánticos, axiológicos, convencionales, constitucionales y sus derivaciones”. En Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –“Convención de Belém do Pará”–. Suscripta en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.
- Beigbeder de Agosta, C.; Barilari, Z. y Colombo, R. I. (2001). *Abuso y maltrato infantil. Inventario de frases*. Buenos Aires. Saint Claire Ed., 12.
- Cepeda, A. (2008). “Historiando las políticas de sexualidad y los derechos en Argentina: entre los cuentos de la cigüeña y la prohibición de la pastilla (1974-2006)”. *Prácticas de oficio investigación y reflexión en Ciencias Sociales*, N° 2, 26.
- De Martini, S. M. A. (octubre 2018). “Penetración de la ideología de género en el orden jurídico argentino”. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. Año LXIII. Segunda Época, 56, 23.
- De Martini, S. M. A. (2013). “Raíces ideológicas de la perspectiva de género”. *Prudentia Iuris*, N° 75. Recuperado de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/raices-ideologicas-perspectiva-genero.pdf>.
- De Ruschi, M. (2019). *Nuestra condición sexuada. Vicisitudes que favorecen u obstaculizan nuestro crecimiento en el amor, en Creados para la unión de amor. Psicoterapia y crecimiento en el amor*. Buenos Aires. Didajé, 96.
- Durand Mendioroz, J. (2019). “La gnosis como sustrato de la ‘ideología de género’ y de los cambios políticos que impulsa”. *Revista Valores. Academia del Plata*, 3. Recuperado de: <https://valoresacademiadelplata.blogspot.com/2019/03/conexion-inter-historica-del.html>.
- Lafferriere, J. N. (2015). “Ideología de género y sus consecuencias en la legislación: las etapas del caso argentino”. *Revista Zoom*. Año VIII, n. 17, 23-27.
- Marx, K. y Engels, F. (2014). *La ideología alemana*. Madrid. Akal.
- Marx, K. (2000). *El Capital*. Madrid. Akal.
- Muñoz Iturrieta, P. (2019). *Atrapado en el cuerpo equivocado*. Buenos Aires. Katejón, 35.
- Nozick, R. (1988). *Anarquía, Estado y Utopía*. México. Fondo de Cultura Económica.
- Palacios, L. E. (1957). *La prudencia política*. Madrid. Rialp.
- Periaux de Videla, J. (2010). *Educación sexual: ¿perspectiva de género o perspectiva personalista?* Buenos Aires. Educa. Recuperado de:

- <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/educacion-sexual.perspectiva-genero.pdf>.
- Portela, J. G. (2007). “¿Qué es el Derecho Natural?”. En Botero Bernal, A. *Vivencia y pervivencia del Derecho Natural*. IV Seminario Internacional de Teoría General del Derecho. Colección Memorias Jurídicas nro. 6. Universidad de Medellín, Colombia.
- Protocolos de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.
- Ramacciotti, K. I. (2003). “El Museo Social Argentino y el Primer Congreso de Población de 1940”. *Sociohistórica* (13-14), 231-236. Recuperado de: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.385/pr.385.pdf.
- Ranieri de Cechini, D. (2018). “La interpretación judicial y el debilitamiento del orden social”. *Prudentia Iuris*, N° 85, 19-34.
- Ranieri de Cechini, D. (2019). “La educación sexual integral y objeción de conciencia institucional”. *Revista Valores*. Academia del Plata, 3. Recuperado de: <https://www.academiadelplata.com.ar/contenido.asp?id=2753>.
- Rivera, J. C. y otros (2014). *Tratado de los Derechos Constitucionales*. T. I. Buenos Aires. La Ley, 945.
- Rousseau, J. J. (1992). *Discurso sobre el origen de la desigualdad*. México. Porrúa.
- Rousseau, J. J. (1983). *Emilio o la educación*. Barcelona. Bruguera.
- Soaje Ramos, G. (1980). “Sobre Derecho y Derecho Natural. Algunas observaciones epistemo-metodológicas”. *Revista de Filosofía Práctica Ethos*, nros. 6/7, Buenos Aires.
- Trillo Figueroa y Martínez Conde, J. (2007). *Una revolución silenciosa: La política sexual del feminismo socialista*. Madrid. Libroslibres, 241.

PARTE II

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

PROCEDIMIENTO Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE CONSUMO

Process and Administrative Sanctions in Consumer's Law

Procedura e sanzioni amministrative nel consumo

Franco Raschetti¹

Recibido: 28 de febrero de 2019

Aprobado: 25 de marzo de 2019

Resumen: El presente artículo estudia las sanciones en el procedimiento administrativo cuyo origen se encuentra en la inobservancia, por parte de los proveedores, de lo establecido en el Estatuto de Defensa del Consumidor. En primer lugar, veremos cómo se lleva a cabo el acto administrativo y quiénes intervienen en él. En segundo lugar, trataremos los eventuales recursos judiciales disponibles para los proveedores sancionados. Finalmente, analizaremos la responsabilidad civil del Estado por la imposición de sanciones administrativas.

Palabras clave: Administración Pública; Derecho del Consumidor; Poder de Policía; Procedimiento administrativo.

Summary: The purpose of this article is to find guidelines on a series of aspects related to the administrative sanction procedure as a result of the non-observance by the suppliers of the Consumer Defense Statute. Thus, it will be studied which subject is competent to substantiate the procedure and, finally, to issue the administrative act of sanction, how this procedure

1 Abogado graduado con Diploma de Honor (Pontificia Universidad Católica Argentina, Santa Fe, Argentina). Especialista en Derecho de Daños (Pontificia Universidad Católica Argentina). Profesor de Contratos Parte General y Contratos Parte Especial (Pontificia Universidad Católica Argentina). Profesor invitado en la Especialización en Derecho de Daños (Pontificia Universidad Católica Argentina). Correo electrónico: francoraschetti@hotmail.com.

is carried out, what happens with the conciliatory instance and what decalogue of possible sanctions is presented to the Public Administration. Then the study will continue with the possible judicial remedies that the sanctioned providers may impede and which would be, where appropriate, the competent judge, to finally arrive at the development of a particular topic which is the feasibility or not of the civil responsibility of the State for the imposition of administrative sanctions in what would be a hypothesis of responsibility for its lawful activity.

Keywords: Public Administration; Consumer Law; Police Power; Administrative procedure.

Sommario: Questo articolo intende trovare quali sono le linee guida che regolano gli aspetti relativi alla procedura amministrativa che sanziona il mancato rispetto dello Statuto della difesa del consumatore. Pertanto, sarà studiato quale soggetto è competente a comprovare la procedura e, infine, a emettere l'atto amministrativo di sanzione, come viene eseguita questa procedura, cosa succede con l'istanza conciliante e quale decalogo di possibili sanzioni viene presentato alla Pubblica Amministrazione. Quindi lo studio continuerà in risposta ai possibili rimedi giudiziari che i fornitori sanzionati potrebbero impedire e che, se del caso, sarebbero il giudice competente per le loro conoscenze e risoluzione, per arrivare finalmente allo sviluppo di un particolare argomento che è il fattibilità o meno della responsabilità civile dello Stato per l'imposizione di sanzioni amministrative in quella che sarebbe un'ipotesi di responsabilità per la sua legittima attività.

Parole chiave: Pubblica amministrazione; Diritto dei consumatori; Potere di polizia; Procedura amministrativa.

Para citar este artículo:

Raschetti, F. (2019). "Procedimiento y sanciones administrativas en materia de consumo". *Prudentia Iuris*, N. 88, pp. 55-79.

I. Introducción

Pocas son las temáticas jurídicas capaces de igualar la transversalidad que representa la defensa de los consumidores y usuarios. Lejos de ceñirse a un ámbito particular y definido, la materia aquí tratada irroga sus principios y normas a múltiples ramas del Derecho. El Derecho del Consumidor

no sólo ha revolucionado la concepción clásica del contrato, sino que ha incidido en verdad en la teoría general del negocio jurídico².

A modo de ejemplo, más allá del propio Derecho Contractual, el Derecho Procesal, el Comercial o el Derecho Internacional Privado se han visto compelidos a readecuar sus postulados en pos de incluir en ellos la tutela consumeril. Pero resulta más sorprendente, quizás, la incidencia alcanzada en el Derecho Público en general y el Derecho Administrativo en particular, por temáticas tradicionalmente consideradas de Derecho Privado, Civil o Comercial, según el caso³. Ya sea en uno u otro sentido, esta mutua alimentación se vio trastocada con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN), el cual contiene una multiplicidad de disposiciones atinentes a la defensa del consumidor y que, a su vez, al derogar y modificar numerosas leyes especiales, impone reestructurar los conocimientos y las opiniones hasta el momento vigentes.

Es en este escenario en donde pasaremos revista, primero, a la situación actual de la normativa del consumidor para desde allí extraer las posibles sanciones que la autoridad administrativa de aplicación está facultada para imponerle a aquel proveedor que vulnere el mencionado estatuto. Luego, viraremos el análisis a una breve exposición sobre el eventual *iter* judicial que puede intentar el afectado por esta sanción lo que, a nuestro criterio, debe diferirse a los ámbitos jurisdiccionales respectivos para, finalmente, arribar a una consecuencia colateral y particular de la actuación del Estado en pos de la tutela de los consumidores, tal como es la posible responsabilidad civil del mismo con causa en la aplicación de las mentadas sanciones administrativas.

II. La normativa consumerista hoy en día. Valoración crítica

Para comprender cabalmente cuáles son las sanciones pasibles de aplicación por la parte de la autoridad administrativa, se impone entender, primero, cómo ha quedado dispuesto, en el Derecho Positivo actual, el Estatuto de Defensa del Consumidor, pues es de allí de donde emana no sólo el decálogo de remedios sancionatorios, sino también quién es el ente legitimado

2 Santarelli, F. G. (2001). “La protección del consumidor frente a la publicidad engañosa en la República Argentina”. En Ameal, O. J. (Director); Tanzi, S. Y. (Coordinadora). *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 922.

3 Pulvirenti, O. D. (2010). “La jurisprudencia en material de Derecho del consumidor, o de cómo el Derecho Administrativo avanzó sobre el Derecho Privado”. En Sup. Adm. 2010 (agosto), *La Ley*, Cita Online: AR/DOC/5246/2010.

para aplicarlos, su graduación, la prescripción y otros aspectos igualmente relevantes.

El Derecho del Consumidor es la respuesta del campo jurídico a las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas que atravesaron y atraviesan las sociedades de Occidente como consecuencia de la consolidación de la llamada “sociedad de consumo”⁴. Una de las tantas notas tipificantes de este escenario mundial es la superioridad económica y negocial de las empresas en sus relaciones con los consumidores⁵, situación que redundaba en una vulnerabilidad del consumidor, sujeto a quien se le reconoce un conjunto de derechos básicos que permitan nivelar las asimetrías que le aquejan⁶.

Esta tendencia protectoria se verifica, a su vez, en el orden público de protección establecido en la normativa del consumo (artículo 65, Ley N° 24.240), vale decir, aquel tendiente a resguardar la debilidad jurídica de una de las partes y a mantener el equilibrio interno del contrato. Esto es troncal en el Derecho del Consumidor ya que se ha sostenido que la superioridad técnica induce la superioridad jurídica (III Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil y Comercial, Junín, 1988). Al respecto, Alterini se inclina por hablar de orden público “de coordinación” ya que, habiendo pasado de moda la función estatal de firme dirección de la economía, pero subsistiendo necesariamente su función de protección de la debilidad jurídica, la coordinación parecería ser un medio más apropiado para llevarla a cabo⁷.

Sobre esta base ha operado en el Derecho nacional un fenomenal avance que dio sus primeros pasos en la década del ochenta desde la doctrina para recién, en la década siguiente, verse plasmada en sendos cuerpos normativos⁸, el primero de ellos la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor de 1993, la cual se vio reafirmada por la reforma constitucional de 1994,

4 Barocelli, S. S. (2015). “Principios y ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”. *DCCyE, La Ley*, 2015 (febrero), Cita Online: AR/DOC/412/2015.

5 Sobre el particular, ampliar en Diez-Picazo, L. (1991). “Masificación y contrato”. En Mosset Iturraspe, J. y otros. *Daños*. Buenos Aires. Depalma, 7 y sigs. A su turno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido gráficamente que el consumidor tiene una posición de subordinación estructural en “Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios”, *Fallos*: 324:677 (2001).

6 Frustagli, S. A. (2016), en Nicolau, N. L. - Hernández, C. A. (Directores); Frustagli, S. A. (Coordinadora). *Contratos en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires. La Ley, 429.

7 Alterini, A. A. (2012). *Contratos civiles, comerciales y de consumo. Teoría general*. 2ª edición. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 44.

8 No caben dudas de que aquí el Estado recurrió un *orden público económico de protección*, aquel que está destinado a la defensa y protección de la población que, en general, pueda sufrir los efectos de la desigualdad y subordinación económicas. Cfr. Nicolau, N. L. (2009). *Fundamentos de Derecho Contractual*. T. I. Buenos Aires. La Ley, 246.

que incorporó el Capítulo Segundo a la parte dogmática de la Constitución Nacional titulada “Nuevos derechos y garantías”, en particular, el artículo 42, el cual, a través de sus tres párrafos, demuestra que el sistema democrático con su plexo de derechos apuntala la presencia del Estado para evitar desigualdades injustas y para mantener o recuperar, si es preciso, el equilibrio en las relaciones de consumidores y usuarios⁹.

Todavía más, jurisprudencialmente se ha sostenido que “desde la vigencia del nuevo texto constitucional, la protección del consumidor ha sido admitida como principio general informador del ordenamiento jurídico de Derecho Privado”¹⁰ y que “el artículo 42 de la Carta Magna no sólo impone la sanción de normativa con arreglo a sus postulados, sino que inclusive obliga a interpretar los preceptos existentes en armonía con el mismo, lo cual guía a los operadores jurídicos a rever interpretaciones clásicas que contradicen el *standard* tuitivo de los consumidores”¹¹.

Sin perjuicio de las sucesivas reformas que sufrió la Ley original de Defensa del Consumidor¹², tal fue el panorama normativo que imperó en el Derecho nacional hasta la entrada en vigencia del CCCN. Hasta ese momento, nuestro país se enrolaba en aquellos ordenamientos que habían consolidado leyes independientes y especiales de defensa del consumidor por fuera de sus Códigos Civiles o Comerciales, tal como ocurre en España. En el Derecho Comparado, ciertos países sancionaron sus leyes protectorias en un “Código de Defensa y/o Protección al Consumidor”, como Brasil, Perú o Italia, a diferencia otros, en donde se han receptado normas consumeriles dentro de los Códigos Civiles, como acontece en el BGB alemán y el Código Civil de Quebec.

Ahora bien, tras la sanción del CCCN es dable admitir la existencia de un cuarto grupo de “tendencias normativas internacionales” dado que, hoy en día, se presenta una situación inédita en el Derecho nacional ya

9 Bidart Campos, G. J. (1997). *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*. T. IV. Buenos Aires. Ediar, 306.

10 Cám. Civil y Comercial Rosario, Sala III, 28-2-1997, “Moriconi, Marcelo y otra / Banco Argencoop. Ltda.”, *La Ley* 1999-B, 273.

11 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, “Greco, Gabriel c/ Camino del Atlántico S.A. y otro s/ daños y perjuicios”; “Borneo, Mario Blas Andrés c/ Camino del Atlántico S.A. s/ cobro de sumas de dinero”, votos de la Dra. Highton de Nolasco, citados por Barocelli, S. S. (2009). “El comodato y el régimen de defensa del consumidor”. *Doctrina Judicial*, Año XXV, N° 33, *La Ley*, 2277.

12 Luego de la reforma constitucional, Gelli destaca las Leyes Nros. 24.568 (BO 31-10-1995), 24.787 (BO 2-4-1997), 24.999 (BO 30-7-1998) y en 2008 se sancionaron importantes reformas, mediante la Ley de Protección al Consumidor N° 26.361 (BO 7-4-2008). Gelli, M. A. (2015). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 4ª edición. T. I. Buenos Aires. La Ley, 584, nota 1460.

que el CCCN regula al contrato de consumo en el Libro Tercero (Derechos personales), Título III, denominado justamente “Contrato de consumo”. En adición a que el CCCN no ha derogado la Ley de Defensa de Consumidor, esto redundaría en una legislación múltiple, o en palabras de Lorenzetti, una “singularidad asistemática”¹³ que no encaja en ninguna de las categorías clasificatorias del Derecho Comparado antes reseñadas, toda vez que estamos en presencia de una ley especial, independiente y vigente (la N° 24.240, con sus respectivas modificatorias) y una regulación de fondo incluida dentro del CCCN.

En los Fundamentos al Anteproyecto, sus autores justificaron esta inclusión basándose en que las referidas disposiciones constituyen una “protección de mínima” para el consumidor sobre las cuales una ley especial podría establecer condiciones superiores, pero nunca derogar los mínimos allí normados. Luego, ponderan el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común.

Si bien la impulsan nobles motivos, resulta opinable esta apuesta a la “inflación normativa” ya que es harto conocido por todos los operadores jurídicos que legislaciones vastas, fragmentadas, repetitivas y constantemente modificadas llevan a incertidumbres, contradicciones y desconocimiento del sistema, vulnerando en consecuencia la idea de “estatuto” o “microsistema” de protección al consumidor. La normativa consumeril debe ser única y orgánica, yendo en detrimento de la misma la existencia de dos productos legales autónomos y separados.

Creemos que lo ideal hubiese sido una modificación integral y definitiva a la ley especial guiada por los principios del CCCN, ya que la pretendida ventaja de la remisión a las nociones generales (prescripción, responsabilidad y demás) es plenamente operativa para cualquier ley especial, en tanto ésta no modifique legítimamente esos institutos jurídicos generales, con lo cual tal ventaja se desdibuja. Lo mismo ocurre con la aludida mejoría de la técnica legislativa que permite y hace fluir el consabido diálogo de fuentes¹⁴ sobre el cual también se hace mención en los Fundamentos: tenemos para nosotros que más provechoso que recurrir a una interpretación dialógica de dos o más fuentes dispersas es contar con una pauta rectora y única como sería, en este caso, la Ley especial de Defensa del Consumidor debidamente

13 Lorenzetti, R. L. (2006). *Consumidores*. Santa Fe. Rubinzal Culzoni editores, 72.

14 Término acuñado por el jurista Erik Jayme, que propende a la aplicación simultánea, coherente y coordinada de fuentes legislativas convergentes. Ampliar en Jayme, E. (1995). “Identité culturelle et intégratio: le droit international privé postmoderne”. En *Recueil de Tours*. T. 251, 136 y sigs.

aggiornada a los preceptos y principios del CCCN y manteniendo los preceptos ordenadores del artículo 42 de la Constitución Nacional y del artículo 1094 del CCCN¹⁵.

Habiendo reseñado sucintamente el estado de situación actual de la normativa consumeril en el Derecho argentino, la cual, puede apreciarse, no está exenta de críticas, corresponde ahora extraer de ella, a continuación, el detalle sobre quién está facultado para imponer sanciones, cuál es el contenido y la extensión de las mismas.

III. Autoridad de aplicación. Poderes concurrentes entre la autoridad nacional, la Ciudad Autónoma de Buenos y los gobiernos provinciales

La respuesta al interrogante de qué autoridad debe aplicar la normativa del consumidor la encontramos dentro de la Ley N° 24.240, en particular en su Título II, Capítulo XI, artículo 41¹⁶, en los siguientes términos: “La Secretaría de Comercio Interior, dependiente del Ministerio de Economía y Producción, será la autoridad nacional de aplicación de esta ley. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones”.

Precisamente, el artículo determina quién tendrá a su cargo bregar por el cumplimiento de la legislación tuitiva de los consumidores y, por ende, aplicar las sanciones que pudieran corresponder¹⁷. Como surge claramente del texto, estamos en presencia de un poder concurrente o “subdelegación acumulativa”¹⁸, lo cual alude a las facultades que pueden ser indistintamente ejercidas por la Nación o las provincias en la realización de fines de la

15 “Artículo 1094.- *Interpretación y prelación normativa.* Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable”.

16 El texto original del artículo (anterior a la reforma dispuesta por la Ley N° 26.361) contenía una innecesaria mención a la posibilidad de que las provincias deleguen sus funciones en los gobiernos municipales. La supresión es correcta ya que la previsión resultaba irrelevante, va de suyo que cada provincia según su propio diseño constitucional es la que establecerá si es factible esta delegación en los entes municipales o no.

17 Mosset Iturraspe, J. - Wajtraub, J. H. (2010). *Ley de Defensa del Consumidor. Ley N° 24.240 (modif. por Leyes Nros. 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361)*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni Editores, 251.

18 Vázquez Ferreyra, R. A. - Romera, O. E. (1994). *Protección y defensa del consumidor. Ley N° 24.240*. Buenos Aires. Depalma, 112.

organización constitucional, como consecuencia de la unidad de propósitos y concordancia de objetivos que supone dicho régimen institucional¹⁹, pero con un aditamento particular ya que, como señala Farina, el artículo 41 impone a los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la obligación de actuar como autoridades locales de aplicación, pues no dice que las faculta, sino que emplea el modo imperativo “actuarán”²⁰.

A renglón seguido, el artículo 42 de dicha ley apuntala el entendimiento que citamos al regular: “La autoridad nacional de aplicación, sin perjuicio de las facultades que son competencia de las autoridades locales de aplicación referidas en el artículo 41 de esta ley, podrá actuar concurrentemente en el control y vigilancia en el cumplimiento de la presente ley”. Los dos artículos reseñados actúan como fuente positiva que legitima el ejercicio del poder de policía de consumo²¹ y esto no es un dato menor ya que define acabadamente la naturaleza de la facultad que pone en marcha la autoridad competente al imponer una sanción. En otras palabras, la Ley N° 24.240 inviste a la Secretaría de Comercio Interior, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los gobiernos provinciales de un poder de policía que, si bien lo tienen reconocido constitucionalmente de modo genérico en los artículos 14 y 121 de la Carta Magna, en materia de consumidor requiere un reconocimiento normativo expreso.

Consideramos acertada la opción del legislador en torno a la concurrencia de facultades toda vez que “las garantías privadas del ciudadano y del hombre son las mismas en la provincia que en la Nación: toda autoridad local o general les deben igual amparo y protección”²² y al haber constitucionalizado la tutela al consumidor en el apartado “Nuevos derechos y garantías” de la Constitución Nacional no cabría un entendimiento distinto. Por otro lado, es sabido que los poderes concurrentes son aquellos que simultáneamente pueden ejercerlo tanto el gobierno federal (en lo que aquí respecta vía Secretaría de Comercio Interior) como el de provincia, siempre que su ejercicio no sea incompatible²³. Tal incompatibilidad se verá refleja-

19 Permuy Vidal, G. (2003). “El reparto de competencias entre Nación y Provincias en el ejercicio del poder de policía de consumo”. En Lorenzetti, R. L. - Schotz, G. J. (Directores). *Defensa del Consumidor*. Ábaco, 525.

20 Farina, J. M. (2008). *Defensa del consumidor y del usuario*. 4ª edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Astrea, 500.

21 Ghersi, C. A. - Weingarten, C. (2011). *Manual de los derechos de usuarios y consumidores*. 1ª edición. Buenos Aires. La Ley, 264.

22 Alberdi, J. B. (1917). *Derecho Público provincial argentino*. Buenos Aires. La Cultura Argentina, 82.

23 Iturrez, A. H. (2011). “La provincia en la Nación”. En Hernández, A. M. - Barrera Buteler, G. E. (Coordinadores). *Derecho Público provincial*. 2ª edición. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 201.

da, fundamentalmente, en la superposición contradictoria del ejercicio del poder de policía de consumo, habida cuenta de que la mera superposición no debe hacer presumir la incompatibilidad de dicho ejercicio.

En este sentido, ante el supuesto de que una misma e idéntica infracción pueda ser objeto de sumario tanto a nivel nacional como local y se hayan iniciado sumarios en distintas jurisdicciones, compartimos parcialmente la solución aportada por Vázquez Ferreyra, quien estima que sería procedente una excepción de litispendencia y en su caso remitir todas las denuncias, ya sea a la autoridad que haya recibido la primera presentación (o que haya actuado de oficio en primer lugar) o a la autoridad de aplicación a nivel nacional²⁴. Disentimos justamente en este último punto ya que entendemos que la acumulación debería darse en cabeza de la autoridad que previno, ya sea a petición de parte o por actuación de oficio, sin preferencia por la autoridad nacional, como sostiene el autor. Un respeto acabado a la concurrencia de facultades impone que la solución se encamine en el sentido que proponemos.

Para finalizar con el tratamiento de la autoridad administrativa responsable, con respecto a las provincias son ellas las que decidirán al sujeto integrante de su composición que titularizará la función de autoridad de aplicación provincial. En este tren argumental, es dable señalar que, a guisa de ejemplo, en la provincia de Santa Fe, la autoridad de aplicación de la Ley N° 24.240 es la Dirección General de Comercio Interior y del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Industria y Comercio, en virtud del Decreto N° 850, de fecha 8 de abril de 1994 del Poder Ejecutivo Provincial, asignándole las funciones de control, juzgamiento y sanción de las transgresiones previstas en la norma nacional.

IV. Procedimiento y sanciones administrativas en materia de consumo

a) El procedimiento administrativo sancionatorio

La Ley de Defensa del Consumidor detalla en su kilométrico artículo 45 las particularidades que posee el procedimiento administrativo en el ámbito del Derecho del Consumidor. Sin perjuicio de la reglamentación, a dicho procedimiento le resultan aplicables, asimismo, los principios y las reglas que la doctrina administrativista ha esbozado en torno al procedi-

²⁴ Vázquez Ferreyra, R. A. (2008). “La reforma a la Ley de Defensa del Consumidor. Autoridad de aplicación y sumario administrativo”. En Vázquez Ferreyra, R. A. (Director). *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires. La Ley, 148.

miento administrativo como género, algunas de las cuales detallaremos a continuación.

Asumida la relevancia del procedimiento administrativo como instrumento formal destinado a encauzar jurídica y racionalmente el ejercicio de la función administrativa²⁵ y caracterizándose el mismo como un elemento ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la citada función administrativa²⁶, la Ley de Defensa del Consumidor normativiza las sucesivas etapas y requisitos que se deben cumplir ineludiblemente para desembocar en el acto administrativo que emane de la autoridad competente (nacional o provincial), mediante el cual se imponga al responsable de transgredir las disposiciones del Estatuto de Defensa del Consumidor la pertinente sanción. Vemos cómo se plasma en la realidad aquella definición de procedimiento administrativo que lo delinea como conjunto de formas que se cumple por la Administración y ante ella, con el fin de preparar la emisión de actos dirigidos a la satisfacción directa e inmediata del interés público²⁷.

Según el artículo 45 de la Ley N° 24.240, el inicio de este procedimiento administrativo puede tener lugar de oficio, por denuncia de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores²⁸, o por comunicación de autoridad administrativa o judicial. A partir de allí se abre un expediente administrativo, el cual se inaugura con las actas labradas al momento de la denuncia o actuación de oficio, en donde se deja constancia del hecho denunciado o verificado y de la disposición presuntamente infringida. Posteriormente, en el expediente se agregará la documentación acompañada y se citará al presunto infractor para que, dentro del plazo de cinco días hábiles, presente por escrito su descargo y ofrezca las pruebas que hacen a su derecho.

Si bien el artículo aquí citado habla sólo del proceso ante la autoridad “nacional” de aplicación, lo allí disciplinado es operativo vía analógica a las

25 Tawil, G. S. (2012). *Estudios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 39.

26 Comadira, J. R. - Monti, L. M. (Colaboradora) (2001). *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativo anotada y comentada*. T. I. Buenos Aires. La Ley, 3.

27 Comadira, J. R. - Escola, H. J. - Comadira, J. P. (2012). *Curso de Derecho Administrativo*. T. 2. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1135.

28 La actuación, potestades y facultades de las asociaciones de consumidores y usuarios se encuentran detallados en los artículos 55 y 58 de la Ley N° 24.240. Asimismo, ampliar en Calderón, M. R. - Cornet, M. - Tinti, G. - Márquez, J. F. (2009). “Proceso judicial del consumo. Análisis de los arts. 52 y 53 de la Ley N° 24.240”. *La Ley Córdoba* 2009, 459; Caplán, A. R. (2010). “Legitimación activa de las asociaciones para preservar el Derecho Constitucional de los consumidores”. *La Ley* 2010-D, 130, Cita Online: AR/DOC/4779/2010.

diversas jurisdicciones provinciales en la medida en que las mismas no se hayan dado una normativa especial sobre el t3pico. Asimismo, y adun3ndose a la eventual regulaci3n espec3fica que se mencionara, tambi3n entrar3n en juego las disposiciones locales del procedimiento administrativo que cada provincia se d3e en ejercicio de sus competencias constitucionales.

Por caso, el art3culo 45 de la Ley N3 24.240 precitado es predicable para la provincia de Santa Fe de un modo particular ya que, al no existir al d3a de la fecha normativa local que modifique el r3gimen general de la Ley de Defensa del Consumidor, dicho art3culo podr3a colmar satisfactoriamente el vac3o normativo de nuestra provincia. Sin perjuicio de ello, la Direcci3n de Comercio Interior y Servicios cuenta con un procedimiento interno propio (que de hecho figura en la p3gina web de la provincia) que no ha sido plasmado en una ley provincial pero que respeta, en l3neas generales, el diagrama propuesto por el art3culo 45 de la Ley N3 24.240. De all3 la particularidad de la operatividad de dicho art3culo.

b) Quid sobre la instancia conciliatoria dentro del procedimiento

El art3culo 45 de la Ley N3 24.240 plasmaba en su antigua redacci3n una “instancia conciliatoria” que, en los hechos, se traduc3a en la realizaci3n de una audiencia de conciliaci3n entre el consumidor o usuario denunciante y el proveedor o proveedores denunciados, brindando una soluci3n m3s r3pida y eficaz al primero y evit3ndole una eventual sanc3n al segundo; este era el eje central y medular del procedimiento administrativo reglado en la norma²⁹.

Una vez recibida la denuncia, la autoridad de aplicaci3n fija una fecha de audiencia y la misma se notifica al proveedor con copia del reclamo, a fin de que el mismo pueda acercar alguna propuesta de composici3n. En caso de que se arribe a un acuerdo, se firma un acta conjunta en la que constan los detalles del mismo, concluye el procedimiento y se ordena su archivo, siendo el acuerdo de cumplimiento obligatorio para las partes. Adem3s, el acuerdo confiere al consumidor un t3tulo que habilita a reclamar judicialmente su cumplimiento.

Ahora bien, en el a3o 2014, mediante la Ley N3 26.993 se modific3 el art3culo 45 de la Ley N3 24.240, quit3ndole las disposiciones atinentes a la etapa conciliatoria ya que la citada ley cre3 el “Sistema de Conciliaci3n Previa en las Relaciones de Consumo” (COPREC) y la “Auditor3a en las relaciones

²⁹ Gianzone, L. (2015). “Procedimientos judiciales y administrativos (sanciones): R3gimen vigente y experiencia habida en la Provincia de Santa Fe”. En Stiglitz, G. - Hern3ndez, C. A. (Directores). *Tratado de Derecho del Consumidor*. T. IV. Buenos Aires. La Ley, 895.

de consumidor”, y ambos organismos pasaron a ser los encargados de llevar adelante la conciliación previa al acto sancionatorio, quitándole esta atribución conciliatoria a la autoridad nacional de aplicación. Sin entrar en mayores detalles, el deslinde de competencias entre ellos es fundamentalmente en virtud de la cuantía del reclamo: el COPREC tiene un tope de cincuenta y cinco Salarios Mínimos, Vitales y Móviles y la Auditoría entiende hasta la suma equivalente al valor de quince Salarios Mínimos, Vitales y Móviles.

¿Podemos afirmar que la etapa conciliatoria ha desaparecido para las autoridades locales habida cuenta de la modificación del artículo 45? Creemos que no por dos motivos. Primero, desde un punto de vista constitucional, la Ley N° 26.993 no rige en el ámbito provincial pues cada provincia deberá dictar su propia adhesión y/o reglamentación por tratarse de cuestiones no delegadas³⁰. En efecto, a la luz de los artículos 75, inciso 12, y 121 de nuestra Carta Magna, el sistema de conciliación previa es, en virtud del reparto de competencias, una cuestión procesal y, como tal, no delegada por las provincias a la Nación.

En segundo lugar, y siguiendo a Gianzone³¹, la reforma dejó intacto el artículo 46 de la Ley de Defensa del Consumidor, lo que, a todas luces, juega en favor de sostener intacta la facultad de las autoridades de aplicación locales de realizar la audiencia de conciliación. Dicho artículo reza: “El incumplimiento de los acuerdos conciliatorios se considerará violación a esta ley. En tal caso, el infractor será pasible de las sanciones establecidas en la presente, sin perjuicio del cumplimiento imperativo de las obligaciones que las partes hubieran acordado”. Claramente se puede vislumbrar cómo la opción conciliatoria sigue vigente dado que mal puede sostenerse su inexistencia cuando la propia norma consumeril faculta a sancionar el incumplimiento de tales acuerdos. En definitiva, las autoridades locales podrán, en ejercicio de sus facultades, continuar aplicando e instrumentando la etapa conciliatoria como paso necesario previo al dictado del acto administrativo definitivo que sancione al proveedor o proveedores en falta.

De hecho, la autoridad de aplicación santafesina mantiene la vigencia de esta audiencia ya que, efectuada la denuncia, la autoridad de aplicación fija la fecha y la hora para una audiencia de conciliación en la que se cita a las partes, a fin de intentar alcanzar un acuerdo y, en caso de no llegar a uno, se cierra la instancia conciliatoria y el expediente es derivado al Área de Legales de la Dirección General de Comercio Interior y Servicios para

30 Junyent Bas, F. - Garzino M. C. (2014). *Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo: Ley N° 26.993*. Buenos Aires. Erreius, Suplemento Especial, 10.

31 Gianzone, L. (2015). “Procedimientos judiciales y administrativos (sanciones): Régimen vigente y experiencia habida en la Provincia de Santa Fe”. En Stiglitz, G. - Hernández, C. A. (Directores). *Tratado de Derecho del Consumidor*. Ob. cit., 898.

que, mediante una Disposición, se fije si existió o no transgresión a la normativa consumeril y, en su caso, la sanción correspondiente.

Finalmente, ha sido apuntado que podría darse el caso en que el denunciante y el denunciado lleguen a un acuerdo, antes o durante la instancia conciliatoria. El incumplimiento de los acuerdos conciliatorios celebrados ante la autoridad de aplicación o de las resoluciones emitidas por esta, hace al infractor pasible de las sanciones establecidas en la ley, sin perjuicio del cumplimiento imperativo de las obligaciones que las partes hayan acordado. Agrega la reglamentación del artículo: “En caso de incumplimiento de los acuerdos conciliatorios, lo acordado podrá ejecutarse mediante el procedimiento de ejecución de sentencia regulado por el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (artículo 14 del Anexo I del Decreto N° 714/2010)³².

c) Sanciones factibles: naturaleza jurídica y decálogo

Una vez cumplimentados los pasos previamente reseñados, la autoridad de aplicación nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el caso, emitirá un acto administrativo mediante el cual se impone al infractor o infractores de la normativa consumeril una sanción por dicha inobservancia al estatuto protectorio.

Jurisprudencialmente³³ se ha destacado que por la simple realización de la acción calificada de ilícita, siendo consideradas formales, sin que sea necesario que ella se encuentre vinculada a un resultado separado o separa-

32 Debe aclararse que ni la ley ni su reglamentación se refieren expresamente al fuero competente en la materia cuando estén en juego resoluciones emitidas por la autoridad de aplicación que lleven insertas indemnizaciones al denunciante, en base al daño directo que este último sufrió a raíz de los hechos denunciados. De los Santos Siatecki relata que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió este extremo en relación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante sentencia del 6-2-2018, recaída en autos “Mizrahi, Daniel F. c/ Empresa Distribuidora Sur S.A. Edesur s/ otros procesos especiales”, declarando por mayoría la competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad. Ver De los Santos Siatecki, N. M. (2018). “La ejecución de las resoluciones dictadas en el marco del procedimiento de defensa del consumidor en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. *RDA* 2018-118, 620, Cita Online: AP/DOC/430/2018.

33 CCont. Adm. y Trib. CABA, Sala II, 28-2-2007, causa 1400/0, “Banco Cetelem Argentina c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones”, sentencia 140 Juristeca, base de datos del Consejo de la Magistratura de la CABA; CCont. Adm. y Trib. CABA, Sala I, 21-11-2008, “Banco de la Ciudad de Buenos Aires c/ GCBA”, *LLCABA* 2009 (junio), 284; CCont. Adm. y Trib. CABA, Sala II, “Telecom Arg. S.A. c/ GCBA”, 1-6-2010, Sup. Adm. 2011 (febrero), 11. Fallos citados en el trabajo: Tambussi, C. E. (2018). “Sanción administrativa para la ‘venta atada’ como práctica abusiva”. *La Ley* CABA 2018 (diciembre), 3, Cita Online: AR/DOC/2530/2018.

ble, basta entonces con que el proveedor no cumpla con el deber legal para que se configure la infracción, más allá de cuáles sean los resultados concretos que pudieran haberse seguido de dicho incumplimiento. Alcanza con que se configure un formal incumplimiento para merecer reproche y sanción legal, y no resulta necesario evaluar la intencionalidad del infractor, ni la producción de un daño, sino que se requiere solamente la constatación del hecho.

Sabido es que en el ámbito del Derecho Administrativo el poder de policía comprende dentro de sí, como un complemento natural e inseparable, la facultad de imponer penas por contravenciones a disposiciones policiales o municipales³⁴. El Máximo Tribunal santafesino tuvo oportunidad de expedirse al respecto al sostener que “la aplicación de las consiguientes sanciones constituye, en definitiva, el ejercicio del poder propio de la Administración, cuya razonabilidad cae bajo el control de los jueces para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad”³⁵. Como podrá apreciar el lector, apuntamos a entender que las sanciones que impone la autoridad de aplicación, independientemente de consistir ellas, individualmente consideradas, en actos administrativos³⁶, obedecen a la puesta en marcha o ejercicio por parte de la Administración del poder de policía.

En otras palabras, el Estado actualiza su potestad, en principio abstracta, de limitación de derechos a través del dictado de actos concretos y específicos que practica el Ejecutivo. De esta manera nos acercamos tangencialmente a la diferenciación que hiciera, siguiendo a Bielsa, Villegas Basavilbaso, y luego compartida por Cassagne³⁷, que escindía al “poder de policía” de la “policía administrativa”, entendiéndola a ésta última como una función administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad y salubridad públicas y de la economía pública en cuanto afecta directamente a la primera; y en cuanto al “poder de policía”, se argüía que es la potestad legislativa que tiene por objeto la promoción del bienestar general, regulando a este fin los derechos individuales, expresa o implícitamente reconocidos por la Ley Fundamental. Si bien tal doctrina merecería un más

34 Cfr. Bielsa, R. (1956). *Derecho Administrativo*. 6ª edición. T. IV. Buenos Aires. La Ley, 76.

35 CSJSF, “Vicentín S.A.I.C. c/ Municipalidad de San Lorenzo s/ Recurso Contencioso Administrativo”. Expte. CSJ nro. 433, año 1997 del 22-12-1999, A. y S. T. 160, 17-23.

36 Dada la amplitud y variedad de definiciones sobre lo que debe entenderse por acto administrativo, remitimos a la obra Cassagne, J. C. (1978). *El acto administrativo*. 2ª edición. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

37 Cassagne, J. C. (2008). *Derecho Administrativo*. 9ª edición. T. II. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 444-445; Cassagne, J. C. - Galli Basualdo, M. (2009). “Reflexiones acerca de la implementación del Sistema de evaluación permanente de conductores”. En *La Ley*, Suplemento especial “Sistema de evaluación permanente de conductores”, febrero de 2009, 122.

detallado desarrollo, comprensivo incluso de las críticas que le endilgara, por ejemplo, Gordillo³⁸, la breve mención a ella es ilustrativa para entender cómo la Administración despliega mediante una actividad concreta, singular y operativa³⁹, viabilizada a través de actos administrativos, el poder de policía que el Estado ostenta.

Más allá de la pluralidad de prerrogativas que posee el Estado, existe una parcela o porción de dichas atribuciones que limitan la libertad individual según ciertas valoraciones pragmáticas y jurídicas de justicia, como orden, seguridad, paz y poder⁴⁰; luego, tal potencia cobrará entidad acabadamente a través de actos que adquieran existencia jurídica singular y separable en el momento en que se opera la incidencia de la Administración sobre los derechos de los administrados⁴¹ utilizando, como técnica principal, la de la coacción.

Este pasaje de potencia a acto en el Estatuto de Defensa del Consumidor se cristaliza con la aplicación de sanciones administrativas, las que buscan remediar tanto el incumplimiento de un acuerdo conciliatorio como una infracción al interés general de los consumidores por parte de algún proveedor o proveedores. En el artículo 47 de la Ley N° 24.240 (según texto actualizado por la N° 26.994 del año 2014) detalla el decálogo de sanciones posibles, las cuales podrán endilgarse al responsable tanto de manera independiente como conjunta. Así, detalla seis tipos de sanciones: “a) Apercibimiento; b) Multa de pesos cien (\$) 100 a pesos cinco millones (\$) 5.000.000); c) Decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción; d) Clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta treinta (30) días; e) Suspensión de hasta cinco (5) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado; f) La pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare”.

Todas éstas son plausibles de publicación, a costa del infractor, dispuesta por la autoridad de aplicación que otorgó la sanción, en un diario de gran circulación en el lugar de comisión de la infracción con la posibilidad de que lo sea en un diario de circulación nacional si la falta es cometida en varias jurisdicciones. Solamente es posible eximir la publicación si la sanción es únicamente de apercibimiento, por lo tanto, es dable colegir que la norma tipifica tanto el apercibimiento privado como el público.

38 Gordillo, A. A. (2014). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. T. II. Buenos Aires. F.D.A., 221.

39 Comadira, J. R. - Escola, H. J. - Comadira, J. P. Ob. cit. T. I, 646.

40 Linares, J. F. (1986). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Astrea, 424.

41 Conf. García de Enterría, E. - Fernández, T. R. (1981). *Curso de Derecho Administrativo*. 2ª edición. T. II. Madrid. Civitas, 94.

El régimen sancionatorio previsto por la Ley N° 24.240 tiene como objetivo, en primer término, desalentar conductas o prácticas abusivas por parte de los proveedores profesionales y en detrimento de los derechos de los consumidores⁴²; luego, equilibrar la relación de consumo; y, finalmente, mediante la publicación se tiene como fin ilustrar a los consumidores sobre las contravenciones a sus derechos, quienes de esta manera podrán hacer elecciones más racionales al momento de contratar un servicio o adquirir un bien⁴³.

Compartimos aquella crítica que señala la doctrina⁴⁴ en torno al artículo 47 y la ausencia de reglas claras y concisas en tal norma, dado que se puede observar que la ley no establece qué conductas concretas llevan a la autoridad de aplicación a aplicar una u otra sanción, sino que deja a criterio de ella la libre elección de la misma, así como su graduación o aplicación. La técnica legislativa carece de una casuística que podría resultar de utilidad en el caso concreto. Esta cuestión se evidencia claramente con relación a la multa, que queda al arbitrio de la autoridad administrativa con una brecha que al menos debería segmentarse en la tipificación de conductas.

Así sobre esto ha puesto de resalto Tambussi⁴⁵ que, en lo atinente al monto, la graduación de la multa es una facultad discrecional de la Administración sólo sujeta al examen de razonabilidad. Dicho test corresponde al Poder Judicial, el cual no debe sustituir el criterio de la Administración, debe controlar que el mismo se encuentre dentro de los márgenes razonables y no se trate de una conducta que configure una arbitrariedad manifiesta. En la misma línea, la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que “en lo que concierne al *quantum* de la multa impuesta y teniendo en cuenta los parámetros indicados en la norma, el poder administrador cuenta con un margen de ponderación, por lo que dicha facultad sólo se encuentra sujeta al límite de la razonabilidad. La graduación de la sanción queda librada a la prudente discrecionalidad de la autoridad de aplicación” (*Dictámenes*: 261:121).

Por último, el artículo 49 de la Ley N° 24.240 fija una serie de pautas agravantes y atenuantes que se deben tener en cuenta a la hora de la gra-

42 Moeremans, D. E. (2013). “Facultades sancionatorias e indemnizatorias en la Ley de Defensa del Consumidor”. En *La Ley* NOA 2013 (diciembre), 1205, Cita Online: AR/DOC/4451/2013.

43 Berstein, H. L. (2003). *Derecho Procesal del Consumidor*. Buenos Aires. La Ley, 19.

44 Taller, A. - Antik, A. (2015). “Procedimiento y sanciones administrativas en materia de consumo”. En Stiglitz, G. - Hernández, C. A. (Directores). *Tratado de Derecho del Consumidor*. Ob. cit. T. IV, 687-689.

45 Tambussi, C. E. (2018). “Sanción administrativa para la ‘venta atada’ como práctica abusiva”. Ob. cit.

duación de la sanción en los siguientes términos: “[...] se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho”. La fórmula genérica empleada *in fine* indica el carácter enunciativo y no vinculante de las circunstancias antes reseñadas.

V. Recursos judiciales posteriores y tribunales competentes. Remisión a los respectivos ordenamientos

Si bien se trata de un aspecto que excede este trabajo, ya que aquí hemos encorsetado el análisis a la faz tocante al procedimiento administrativo sancionador, deseamos destinar unas breves líneas a otro extremo íntimamente relacionado a éste como es el *iter* recursivo judicial que se abre para el proveedor sancionado luego de sustanciarse el procedimiento administrativo.

Primeramente, ¿es procedente el conocimiento de la justicia federal en materia de las sanciones administrativas aquí tratadas? En primer término, no caben dudas de que las decisiones de las autoridades administrativas de cada provincia no son revisables por los tribunales federales de conformidad con los artículos 2º y 3º de la Ley Nº 48 y artículos 49, 50 y 51 del Decreto Ley Nº 1.285/1958 y, además, por la estrictez que la competencia federal lleva ínsita. Luego, será competente la justicia federal cuando aquello que se recurre es una sanción impuesta por la autoridad nacional de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a diferencia de la situación analizada en el presente opúsculo.

En contraposición a lo apuntado, las provincias pueden normar sobre el Tribunal competente, el que conocerá en el recurso judicial posterior en los supuestos de sanciones provenientes de la autoridad provincial de aplicación. Una inteligencia diversa importaría avasallar la autonomía de las provincias consagrada en los artículos 121 y siguientes de la Constitución Nacional, como así también, desconocer lo dispuesto en el artículo 75, inciso 12, de la Carta Magna⁴⁶. No caben dudas de que la materia en cuestión

⁴⁶ Tal es el entendimiento que se extrae del Dictamen del Procurador Fiscal, luego seguido por la Corte Nacional, en “Flores Automotores S.A. s/ recurso Ley Nº 2.268/1998”, *Fallos*: 324:4349 (2001), en donde dicho cuerpo zanjó la discusión sobre el punto. Lorenzetti reafirmará el criterio expuesto en su disidencia de autos “Telefónica Argentina S.A. s/ deduce inhibitoria”, *Fallos*: 327:5771 (2004).

constituye una competencia de resorte provincial, producto de no haberse producido delegación alguna por parte de los Estados locales hacia el gobierno central, en un adecuado respeto al federalismo argentino, el cual supone la existencia de más de un centro territorial con capacidad normativa, en el que se equilibran la unidad de un solo Estado con la pluralidad y autonomía de muchos otros⁴⁷; existiendo, en otras palabras, una unidad creada por la cesión total (confederación) o parcial (federalismo) de la individualidad de sus integrantes preexistentes, que culmina en una división del poder en dos o más órdenes de gobierno que actúan directamente sobre sus ciudadanos, pero unidos institucionalmente por una Constitución en donde consta la distribución de las atribuciones políticas y jurídicas esenciales.

Lejos de representar una lid resuelta, existen en el ámbito provincial profundas discusiones en derredor de este tópico. A guisa de ejemplo, en la provincia de Santa Fe, con basamento en la letra del artículo 45 de la Ley N° 24.240, podría ser procedente un recurso de apelación ante la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de radicación en el lugar en donde se cometió la infracción dado que, al momento actual, no han sido instrumentadas en la provincia de Santa Fe, las Cámaras de Apelaciones en las Relaciones de Consumo o tribunales asimilables a ellas. Luego, cabría la posibilidad de incoar un recurso contencioso administrativo (reglado por la Ley provincial N° 11.330) ante la Cámara de lo Contencioso Administrativo competente en función del domicilio del recurrente (artículo 59 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley N° 10.160), por estar en juego el ejercicio de la actividad limitativa de derechos por parte de la Administración materializada a través de un acto administrativo que busca impugnarse judicialmente.

Puede apreciarse que la elección entre los caminos recursivos fluctúa entre el campo de lo público y lo privado, del Derecho Administrativo y del Derecho Civil y Comercial. Los límites entre ellos nunca han surgido prístinos, y ello ha motivado una reciente serie de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe⁴⁸, en donde el Máximo Tribunal provincial, por unanimidad, ha resuelto este conflicto negativo de competencia en uso de la facultad otorgada por el artículo 93, inciso 5° de la Constitución

47 Gelli, M. A. (2015). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Ob. cit. T. I, 31.

48 CSJSF, “Dirección General de Comercio Interior y Servicios c/ Falabella S.A. – Presunta infracción Ley N° 24.240”, 1-8-2017, T. 276, 224-229, Cita: 412/17; “Dirección General de Comercio Interior y Servicios c/ Autoahorro Volkswagen – Presunta infracción Ley N° 24.240”, 1-8-2017, T. 276, 244-246, Cita: 415/17; “Dirección General de Comercio y Servicios c/ Francisco Pesado Casto y otros – Presunta infracción Ley N° 24.240”, 1-8-2017, T. 276, 241-243, Cita 414/17; “Reviglione, Blanca Beatriz c/ HSBC Seguros de Vida – Presunta infracción Ley N° 24.240”, 1-8-2017, T. 276, 247-249, Cita: 416/17.

provincial y el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe (Ley N° 10.160), entendiendo que le corresponde a las Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial el conocimiento del recurso judicial posterior ante sanciones impuestas por la autoridad administrativa con motivo de incumplimientos a las disposiciones del Estatuto de Defensa del Consumidor.

VI. ¿Responsabilidad del Estado por la aplicación de sanciones?

a) Un supuesto de responsabilidad por acto lícito. Los requisitos propios de la figura

La responsabilidad del Estado por su actividad lícita es quizás una de las construcciones lógicas más interesantes que han surgido a lo largo de la historia del Derecho como producto de la convergencia del Derecho Público Administrativo y del Derecho Privado. Ciertamente, su desarrollo implicó una superación a los estándares jurídicos imperantes en el pasado toda vez que requería aceptar la existencia de un deber de reparación de perjuicios⁴⁹, producidos como consecuencia de un obrar que no había sido contrario a Derecho, por lo que no cabía tildarlo de ilícito o antijurídico, obviándose, en consecuencia, un presupuesto de la responsabilidad civil que, junto a la relación de causalidad adecuada entre la conducta antijurídica y el daño, el factor de atribución que permita la imputabilidad del hecho al autor y el daño debidamente acreditado, debía, inexcusablemente, estar presente a la hora de atribuir responsabilidad.

Sabido es que la responsabilidad del Estado por las consecuencias dañosas que su actividad legítima irroge sobre los administrados importa un menoscabo, una lesión a los derechos e intereses de estos últimos que excede la normal tolerancia exigible a los ciudadanos como consecuencia de la vida en sociedad. El hecho de que se despliegue la actuación estatal dentro de los límites de la legitimidad y regularidad de sus competencias, no impide que el Estado deba cargar con la reparación de los daños que esto genere; no debe confundirse la conducta con el daño ya que, en este caso, la primera es legítima y se encuentra justificada (en rigor, no es antijurídica) y el segundo

⁴⁹ Destacamos la tesis de Alessi, quien utiliza una denominación diversa para identificar, por un lado, la obligación del Estado en los casos de daños derivados de la actuación estatal ilícita como “responsabilidad” y, por el otro, aquellos que sean consecuencia del obrar lícito administrativo como de “resarcir”, dado que en éste último no se propende a un resarcimiento pleno siendo excluido del mismo el lucro cesante y el daño moral. Alessi, R. (1970). *Instituciones de Derecho Administrativo*. T. II. Barcelona. Bosch, 485 y sigs.

sólo estará justificado en la medida en que no vulnere la igualdad ante las cargas públicas consagrada en el artículo 16 de la Constitución Nacional. En caso contrario, el Estado igualmente estará habilitado para actuar, pero cargando con la debida indemnización si en su despliegue ocasiona perjuicios en los particulares.

El inconveniente de pretender responsabilizar al Estado por la imposición de sanciones en el ámbito del consumo reposa, a nuestro criterio, en dos extremos: por un lado, los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación demuestran que el cuerpo ha sido cauteloso a la hora de admitir la responsabilidad estatal por su actividad limitativa de derechos, conociendo en casos específicos y de ribetes particulares pero sin visos de generalidad o amplitud; por el otro, en los requisitos especiales de la institución.

En este sentido, hacemos alusión a la necesidad de acreditar la ausencia del deber jurídico de soportar el daño por parte del administrado y un sacrificio especial en cabeza de este último, dos requisitos cuyos perfiles y contornos son borrosos y no existen certezas sobre el contenido que debe dárseles a ambos⁵⁰, sin perjuicio de lo cual las sucesivas legislaciones sobre la materia los han mantenido⁵¹.

Y aquí es donde, a nuestro criterio, se complejiza la configuración de la responsabilidad estatal, ya que resultará muy dificultoso para el proveedor no sólo alegar sino fundamentalmente acreditar estos dos requisitos

50 Nos hemos expedido largamente sobre el particular en Raschetti, F. (2018). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Santa Fe. Editorial Librería Cívica.

51 En cuanto a la ausencia del deber jurídico de soportar el daño, la Ley N° 26.944, en su artículo 4°, inciso d), incluye como requisito particular para la procedencia de la responsabilidad del Estado por actividad lícita la “ausencia de deber jurídico de soportar el daño” por parte del administrado. Idéntica conclusión se impone para la provincia de Santa Cruz que ha adherido a la ley nacional mediante la Ley Provincial N° 3.396 y para la provincia de Santiago del Estero en virtud de su adhesión mediante Ley Provincial N° 7.179. Luego, se recepta de idéntica manera el requisito en el artículo 5°, inciso d), de la Ley N° 10.636 de la provincia de Entre Ríos; en el artículo 11, inciso d), de la Ley N° 8.968 de la provincia de Mendoza; en el artículo 4°, inciso d), de la Ley N° I-560 de la provincia de Chubut y en el artículo 11, inciso d), de la Ley N° 5.339 de la provincia de Río Negro. Luego, sobre el sacrificio especial, la Ley N° 8.968 mendocina exige en su artículo 11, inciso e): “Sacrificio especial del damnificado, configurado por la existencia de un desigual reparto de las cargas públicas”; la Ley N° 26.944, en su artículo 4°, inciso e), en orden a la responsabilidad estatal por actividad lícita, cuando describe al sacrificio especial en la persona dañada consistente en la afectación a un “derecho adquirido”. También ha seguido esta senda la ley entrerriana en su artículo 5°, inciso e): “Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”; la ley chubutense en el artículo 4°, inciso e): “Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido” y la Ley N° 5.339 de la provincia de Río Negro en su artículo 11, inciso e), con idéntica fórmula a los anteriores.

especiales, no sólo en base a la conflictiva conceptualización de la cual los mismos son tributarios sino, asimismo, con motivo de la improbabilidad de aplicar una hipótesis de responsabilidad que ha sido acogida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como veremos a continuación, pero que ha merecido su reconocimiento en situaciones de hecho puntuales y específicas. En base a esto, parece ser más útil para el proveedor iniciar el *iter* recursivo judicial posterior y en base a las resultas del mismo eventualmente analizar la viabilidad del reclamo de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la sanción impuesta por la Administración.

b) Antecedentes jurisprudenciales sobre responsabilidad estatal por su actividad limitativa de derechos

Como primer precedente de relevancia, en 1989, el Máximo Tribunal falla en “Motor Once”⁵², donde reclamada que fue la nulidad, con más daños y perjuicios, de actos administrativos que habían culminado en la clausura de una estación de servicio en ejercicio de facultades de policía de seguridad y con basamento en una disposición municipal que prohibía el expendio de combustibles en estaciones que estuvieran instaladas en inmuebles en cuyos pisos superiores existieran unidades destinadas a vivienda, la Corte excluyó el lucro cesante de la indemnización siguiendo en su totalidad el dictamen de la Procuradora General Reiriz a excepción de la disidencia de Petracchi. Asimismo, en “Rebesco”⁵³, el Tribunal Cintero dijo que el ejercicio de funciones estatales atinentes al poder de policía, como el resguardo de la vida, la salud, la tranquilidad y aun el bienestar de los habitantes, no impide la responsabilidad del Estado en la medida en que prive a alguno de ellos de su propiedad o los lesione en sus atributos esenciales.

Otro ejemplo de la factibilidad del control jurisdiccional sobre el poder de policía desplegado por el Estado lo encontramos en la causa “Malma Trading S.R.L.”⁵⁴, en la que la actora promovió demanda contra el Estado nacional a fin de que se le indemnizaran los daños y perjuicios derivados de la decisión de este último, a través de la Resolución N° 790/1992 del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, de no autorizar la importación

52 CSJN, “Motor Once, SAC e I. c/ Municipalidad de Buenos Aires”, *Fallos*: 312:659 (1989).

53 CSJN, “Rebesco, Luis Mario c/ Policía Federal Argentina (Estado Nacional - Ministerio del Interior) s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 318:385 (1995).

54 CSJN, “Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 15-5-2014, consultada en la página web: www.csjn.gov.ar.

de una cantidad determinada de motocicletas usadas cuando la empresa ya había acordado un contrato con una firma japonesa, reclamación que fue admitida parcialmente por la Corte Suprema nacional (salvo el voto en disidencia de Petracchi), en lo que respecta al “anticipo a cuenta no recuperado”, en tanto se trata de un daño sufrido específicamente por la importadora, sin que exista el deber jurídico de su parte de soportarlo pero desestimada en orden al daño emergente (inversiones de publicidad e infraestructura), al considerarlos riesgos propios del giro comercial, dado que respecto a ellos, como del pretendido lucro cesante, no se encuentra acreditada tal condición de especialidad.

Finalizamos esta breve y no exhaustiva enunciación de casos sobre el poder de policía estatal con el tan mentado “El Jacarandá”⁵⁵, en donde se puso en crisis la decisión del Ejecutivo Nacional de revocar la ya adjudicada licencia para explotar la frecuencia radiofónica LT 14 Radio General Urquiza, de la ciudad de Paraná (provincia de Entre Ríos). Este último fallo es realmente llamativo en el sentido de que la Corte admitió en los considerandos 4º y 5º que no existe fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante⁵⁶, pero finalmente, el Tribunal rechazó la pretensión de la recurrente con motivo de no haberse acreditado los daños reclamados.

En definitiva, cuando nos referimos a la responsabilidad estatal por el ejercicio que éste haga del poder de policía, debemos recurrir a lo sustentado esquemáticamente por la Corte en “Carucci”⁵⁷, cuando dijo que la puesta en funcionamiento de dichas competencias, dentro de los márgenes de actuación legítimos y razonables, constituye actividad lícita del poder público, pero ello no impide la responsabilidad del Estado si con dicho ejercicio se priva a un tercero de su propiedad o se lo lesione en sus atributos esenciales.

VII. A modo de colofón

De lo desarrollado hasta aquí puede verificarse que el tan añorado diálogo entre lo público y privado dista mucho de verse plasmado con éxito, por lo menos en el ámbito de las sanciones a los proveedores incumplidores

55 CSJN, “El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicio de conocimiento”, *Fallos*: 328:2654 (2005).

56 Elena Highton de Nolasco votó en disidencia sobre este entendimiento, basándose en la aplicación analógica de la Ley de Expropiaciones, la cual excluye claramente el lucro cesante en su artículo 10.

57 CSJN, “Carucci viuda de Giovio, Filomena c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 324:1253 (2001).

de la normativa de tutela al consumidor. Es que la transgresión del amplio plexo protectorio arraigado en los últimos tiempos debe transitarse a través de un procedimiento administrativo que efectivice la potestad limitativa de derechos que titulariza el Estado.

No obstante ello, hemos procurado brindar ciertas directrices sobre las pautas a tener en cuenta sobre las etapas, los principios y ejes a la hora de analizar el devenir del mentado procedimiento administrativo, en un estudio que no puede desconocer que se trata de normas de Derecho Público local que pueden y han de variar en las diversas jurisdicciones donde es pasible aplicarlas. En este orden de ideas, del desarrollo que antecede pueden extraerse líneas rectoras que disciplinan y explican la intervención del Estado en aras de satisfacer la impostergable consolidación de la manda constitucional que impone no sólo el reconocimiento sino el efectivo goce de los derechos de los consumidores y usuarios.

VIII. Bibliografía citada

- Alberdi, J. B. (1917). *Derecho Público provincial argentino*. Buenos Aires. La Cultura Argentina.
- Alessi, R. (1970). *Instituciones de Derecho Administrativo*. T. II. Barcelona. Bosch.
- Alterini, A. A. (2012). *Contratos civiles, comerciales y de consumo. Teoría general*. 2ª edición. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- Ameal, O. J. (Director); Tanzi, S. Y. (Coordinadora). *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Barocelli, S. S. (2015). "Principios y ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial". *DCCyE, La Ley*, 2015 (febrero), Cita Online: AR/DOC/412/2015.
- Berstein, H. L. (2003). *Derecho Procesal del Consumidor*. Buenos Aires. La Ley.
- Bidart Campos, G. J. (1997). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. T. IV. Buenos Aires. Ediar.
- Bielsa, R. (1956). *Derecho Administrativo*. 6ª edición. T. IV. Buenos Aires. La Ley.
- Calderón, M. R. - Cornet, M. - Tinti, G. - Márquez, J. F. (2009). "Proceso judicial del consumo. Análisis de los arts. 52 y 53 de la Ley N° 24.240". *La Ley Córdoba* 2009, 459.
- Caplán, A. R. (2010). "Legitimación activa de las asociaciones para preservar el Derecho Constitucional de los consumidores". *La Ley* 2010-D, 130, Cita Online: AR/DOC/4779/2010.
- Cassagne, J. C. (1978). *El acto administrativo*. 2ª edición. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- Cassagne, J. C. (2008). *Derecho Administrativo*. 9ª edición. T. II. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

- Cassagne, J. C. - Galli Basualdo, M. (2009). “Reflexiones acerca de la implementación del Sistema de evaluación permanente de conductores”. En *La Ley*, Suplemento especial “Sistema de evaluación permanente de conductores”, febrero de 2009.
- Comadira, J. R. - Escola, H. J. - Comadira, J. P. (2012). *Curso de Derecho Administrativo*. T. 2. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- Comadira, J. R. - Monti, L. M. (Colaboradora) (2001). *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativo anotada y comentada*. T. I. Buenos Aires. La Ley.
- De los Santos Siatecki, N. M. (2018). “La ejecución de las resoluciones dictadas en el marco del procedimiento de defensa del consumidor en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. *RDA* 2018-118, 620, Cita Online: AP/DOC/430/2018.
- Farina, J. M. (2008). *Defensa del consumidor y del usuario*. 4ª edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Astrea.
- García de Enterría, E. - Fernández, T. R. (1981). *Curso de Derecho Administrativo*. 2ª edición. T. II. Madrid. Civitas.
- Gelli, M. A. (2015). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 4ª edición. T. I. Buenos Aires. La Ley.
- Gherzi, C. A. - Weingarten, C. (2011). *Manual de los derechos de usuarios y consumidores*. 1ª edición. Buenos Aires. La Ley.
- Gordillo, A. A. (2014). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. T. II. Buenos Aires. FDA, 221.
- Hernández, A. M. - Barrera Buteler, G. E. (Coordinadores). *Derecho Público Provincial*. 2ª edición. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- Jayme, E. (1995). “Identité culturelle et intégratio: le droit international privé post-moderne”. En *Recueil de Tours*. T. 251, 136 y sigs.
- Junyent Bas, F. - Garzino M. C. (2014). *Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo: Ley N° 26.993*. Buenos Aires. Erreius, Suplemento Especial.
- Linares, J. F. (1986). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Astrea.
- Lorenzetti, R. L. (2006). *Consumidores*. Santa Fe. Rubinzal Culzoni editores.
- Lorenzetti, R. L. - Schotz, G. J. (Directores). *Defensa del Consumidor*. Ábaco.
- Moeremans, D. E. (2013). “Facultades sancionatorias e indemnizatorias en la Ley de Defensa del Consumidor”. En *La Ley* NOA 2013 (diciembre), 1205, Cita Online: AR/DOC/4451/2013.
- Mosset Iturraspe, J. - Wajntraub, J. H. (2010). *Ley de Defensa del Consumidor. Ley N° 24.240 (modif. por Leyes Nros. 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361)*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Nicolau, N. L. (2009). *Fundamentos de Derecho Contractual*. T. I. Buenos Aires. La Ley.
- Nicolau, N. L. - Hernández, C. A. (Directores); Frustagli, S. A. (Coordinadora), *Contratos en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires. La Ley.
- Pulvirenti, O. D. (2010). “La jurisprudencia en material de Derecho del Consumidor, o de cómo el Derecho Administrativo avanzó sobre el Derecho Privado”. En *Sup. Adm.* 2010 (agosto), *La Ley*, Cita Online: AR/DOC/5246/2010.
- Raschetti, F. (2018). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Santa Fe. Editorial Librería Cívica.

- Stiglitz, G. - Hernández, C. A. (Directores). *Tratado de Derecho del Consumidor*. T. IV. Buenos Aires. La Ley.
- Tambussi, C. E. (2018). “Sanción administrativa para la ‘venta atada’ como práctica abusiva”, *La Ley CABA 2018* (diciembre), 3, Cita Online: AR/DOC/2530/2018.
- Tawil, G. S. (2012). *Estudios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- Vázquez Ferreyra, R. A. - Romera, O. E. (1994). *Protección y defensa del consumidor. Ley N° 24.240*. Buenos Aires. Depalma.
- Vázquez Ferreyra, R. A. (Director). *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires. La Ley.

**ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FEDERALISMO.
EL CASO DEL RÍO ATUEL**

Economic analysis of federalism. The case of the Atuel River

Analisi economica del federalismo. Il caso del fiume Atuel

Ramón Trejo¹

Recibido: 12 de marzo de 2019

Aprobado: 13 de abril de 2019

Resumen: El texto analiza el conflicto entre la provincia de Mendoza y la provincia de La Pampa sobre el aprovechamiento del Río Atuel, a través de la jurisdicción dirimente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que se expidió en dos ocasiones sobre el tema. Se hará hincapié en las notas tradicionales e históricas que caracterizan al federalismo, contrastadas con el paradigma de la sustentabilidad. Para ello se utilizarán las herramientas del análisis económico del Derecho. Asimismo, se formulan reflexiones sobre el acierto de la competencia dirimente de la Corte Suprema y, por último, se señalan los desafíos que plantea el cambio de enfoque sobre el conflicto.

Palabras clave: Federalismo; Río Atuel; Jurisdicción dirimente; Sustentabilidad; Eficiencia.

Abstract: The text analyzes the conflict between the province of Mendoza and the province of La Pampa on the use of the Atuel River, through the jurisdiction of the Supreme Court of Justice of the Nation, which was issued on two occasions on the subject. Emphasis will be placed on the traditional and historical notes that characterize federalism, contrasted with the sus-

1 Abogado. Magíster en Derecho y Economía. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina y en la Universidad Nacional de La Matanza, Buenos Aires, Argentina. Secretario Letrado del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación.

tainability paradigm. To do this, the tools of economic analysis of law will be used. Likewise, reflections are made about the correctness of the supreme jurisdiction of the Supreme Court and, lastly, the challenges posed by the change of focus on the conflict.

Keywords: Federalism; Atuel River; Jurisdiction diriment; Sustainability; Efficiency.

Sommario: Il testo analizza il conflitto tra la provincia di Mendoza e la provincia di La Pampa sull'uso del fiume Atuel, attraverso la giurisdizione della Corte Suprema di Giustizia della Nazione, che è stata emessa in due occasioni sull'argomento. L'accento sarà posto sulle note tradizionali e storiche che caratterizzano il federalismo, in contrasto con il paradigma della sostenibilità. Per fare ciò, verranno utilizzati gli strumenti dell'analisi economica della legge. Allo stesso modo, vengono fatte delle riflessioni sulla correttezza della giurisdizione suprema della Corte Suprema e, infine, sulle sfide poste dal cambiamento di concentrazione sul conflitto.

Parole chiave: Federalismo; Fiume Atuel; Dirizio di giurisdizione; Sostenibilità; Efficienza.

Para citar este texto:

Trejo, R. (2019). "Análisis económico del federalismo. El caso del Río Atuel". *Prudentia Iuris*, N. 88, pp. 81-110.

I. Introducción

El sistema federal se sustenta en la existencia de razones políticas para lograr una unidad territorial con el fin de cumplir y asegurar las metas comunes de las entidades que se agrupan y, a la vez, la coexistencia de motivos para promover un gobierno subnacional con otros propósitos, denominados provincias. En la Argentina, el Estado Federal constituye la columna vertebral del edificio constitucional y así se encuentra incorporado en el art. 1° de la Constitución Nacional.

Constitucionalmente, se ha traducido esta circunstancia en un sistema de reparto de competencias en virtud del cual se han asignado algunas al gobierno federal para aquellos fines comunes, y otras a las unidades subnacionales para los objetivos vinculados a la expresión de una voluntad provincial. Ahora bien, la forma específica de asignación de las diferentes competencias ha variado en función de la distinta importancia y tipología de los intereses comunes y del grado de diversidad de las administraciones

provinciales², que en muchas ocasiones presentan ciertos déficits en lo relativo a la asunción de responsabilidades por cada una de las partes de la relación federativa, derivados, por lo general, de la dificultad de discernir con claridad a quién corresponde la titularidad y el ejercicio de determinadas competencias³.

En la actualidad se presenta un nuevo reto que atraviesa esta tradición federal: el paradigma de la sustentabilidad. La noción de desarrollo sustentable, producto de la adaptación teórica de este paradigma, ha impactado de lleno tanto en el reparto de competencias territoriales como en la dimensión de los conflictos que se suscitan. Uno de los aportes relevantes de la nueva concepción de los procesos socioambientales es la idea de concebir al territorio, no como un mero reparto administrativo, sino como un recurso y factor de desarrollo. Este aporte se ha manifestado en la dimensión territorial, inserto en las grandes tendencias marcadas por procesos transnacionales, como pueden ser la globalización económica o la internalización creciente del Derecho, el cual cambia la escala local-nacional de los conflictos.

Con estas nuevas condiciones, las provincias se encuentran ante fuerzas internas y exógenas –otras provincias, nacionales e internacionales– que se dan de cruces con la política ambiental, generando una conflictividad que debe ser resuelta bajo el paradigma de la sustentabilidad, abandonando la visión administrativista. Concomitante a este proceso, la opinión de la ciudadanía es creciente en la formación de un consenso en materia ambiental, cariz participativo que se ha incorporado a la hora no sólo de diseñar políticas públicas, sino además en la discusión en los procesos judiciales, mediante la inclusión de debates en audiencias públicas.

Este cambio de paradigma se vio reflejado con claridad a través de las dos oportunidades donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Corte Suprema) se expidió sobre el conflicto del Río Atuel, y el propósito de este trabajo es analizarlo con ópticas diferenciadas. El conflicto ambiental suscitado respecto del Río Atuel puso en jaque al sistema federal tradicional como forma administrativa de organizar el territorio, extremando las posibilidades de un instituto consagrado para la cooperación intraprovincial, como lo es la jurisdicción dirimente de la Corte Suprema; y atravesó diver-

2 En Argentina, las provincias tienen la competencia constitucional dentro de su territorio de establecer por vía legislativa las normas que hacen al ordenamiento físico y al uso del suelo, fijándole pautas reglamentarias a los Municipios en relación con las restricciones administrativas a la propiedad privada.

3 Arroyo Gil, A. (2019). “El federalismo alemán a comienzos del siglo XXI”. *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e historia constitucional*, Nro. 10, 59.

sos órdenes normativos, como el Derecho de Aguas, el Derecho Ambiental e inclusive convenios internacionales que se integran como normas operativas en el caso⁴.

El tema es sencillo. La cuenca del Río Atuel se encuentra al sur de la provincia de Mendoza (Mendoza) y noroeste de la provincia de La Pampa (La Pampa) e integra el sistema del Desaguadero⁵. A lo largo del conflicto, La Pampa se ha quejado sobre los usos hidráulicos que llevó adelante Mendoza, lo que redundó en un menor caudal del río cuando llega a su territorio, con el consiguiente efecto negativo sobre el desarrollo de esa zona. Por el lado de Mendoza, es justamente este argumento –la utilización del río para el riego de la zona sur de su provincia– lo que justifica su actuar. Lo que para Mendoza es una utilización razonable y fuente de progreso, para La Pampa es un daño medioambiental, y como externalidad, representa una amenaza no solo para la eficiencia de asignación y la maximización de su bienestar social, sino también un desigual ejercicio del derecho de propiedad. Como corolario, el sentido de la justicia y la imparcialidad pampeanos se vieron ofendidos cuando la sobreutilización del río por parte de Mendoza no fue controlada, acusándoles de “haberles robado el Río Atuel”.

A este conflicto se le dará una particular atención, ya que, por un lado, los daños al medio ambiente representan un conjunto diverso de amenazas para la salud de los ecosistemas de los que dependemos para el sustento o de los que nos preocupamos por alguna otra razón sociológica, histórica o estética, muchas veces difícil de mensurar y en eso se basa el reclamo pampeano⁶. Pero por otro lado, los recursos ambientales (en este caso, un

4 Un aspecto del conflicto para resaltar son las normas utilizadas, ya que se toman los convenios internacionales como fuentes. La Corte Suprema aplica en la segunda sentencia convenios internacionales (“Convenio sobre Diversidad Biológica” –aprobado por Ley N° 24.375– y la “Convención de Lucha contra la Desertificación” –aprobada por Ley N° 24.701–) como si fueran “presupuestos mínimos”, con el mismo carácter de una ley, obligatorios para todos los integrantes de la federación, sean el gobierno nacional, las provincias, las autoridades de la cuenca del Río Atuel.

5 Conf. Bojanich Marcovich, E.; Cotta, R.; Pontussi, E. (1980). *El Río Atuel es interprovincial*. Gobierno de la Provincia de La Pampa. El Río Atuel nace en la laguna homónima de origen glaciar y su red de drenaje se extiende desde el Paso de Las Leñas, al norte, hasta el portezuelo de Las Lágrimas, al sur. La superficie de la cuenca abarca una extensión de 3.979 km². Conf. Informe de la Cuenca del Río Atuel, Provincia de Mendoza. Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, Autoridad Nacional de Aplicación – Ley N° 26.639, diciembre de 2015.

6 Citando a su par norteamericana, la Corte Suprema expresó que “en oposición al proceso ordinario que es juzgado por una pauta de ‘predominio de evidencia’ (*preponderance of the evidence*), para decidir sobre la regulación sobre el uso de las aguas es necesaria una prueba terminante del Derecho porque ‘el daño que puede resultar de romper con los usos establecidos es indudable e inmediato, mientras que los beneficios potenciales pueden ser especulativos y

río) no sólo son un elemento del bienestar, sino que son insumos en todos los procesos de producción, y como tales, fuente de progreso como para ser defendidos por parte de Mendoza, algo que no puede satisfacer *a priori* el concepto de eficiencia paretiana⁷. Como resultado, si el bienestar social se maximiza mediante la asignación de recursos con una eficiencia óptima, los recursos ambientales deben valorarse adecuadamente a la luz de los costos sociales marginales totales. Este bien puede ser una hipótesis de trabajo para observar un conflicto que parece interprovincial, pero que examinado en su totalidad, no lo es.

Por lo tanto, se llevará a cabo una reseña de cómo ha sido el abordaje tradicional en materia de reparto de competencias mediante el sistema federal de gobierno (punto II); luego se hará una breve reflexión sobre la utilización del concepto de eficiencia en el federalismo (punto III), para pasar a delinear los aspectos de la competencia dirimente de la Corte Suprema (punto IV). En el punto V se resaltarán las sentencias comentadas y finalmente se realizará una integración de los argumentos, a modo de conclusión (punto VI).

II. La tradición federalista

En oportunidad del nacimiento de Argentina, se debatieron las distintas concepciones sobre cómo organizar el territorio y fue el responsable de que se prolongue casi cuarenta años (1816-1853) el armado institucional de lo que hoy vemos reflejado en la Constitución Nacional. El mismo debate se dio en los Estados Unidos al momento de producirse su independencia de Gran Bretaña, por lo cual, los criollos incorporaron esa experiencia a su modelo⁸. Estos argumentos trataron al federalismo como un dispositivo en

remotos” en “North Dakota vs. Minnessota”, 263 U.S. 365. Citado por la Corte Suprema en el primer caso de “Provincia de la Pampa c/ Provincia de Mendoza”, Cons. 65°, y en la segunda sentencia de 2017 en el consid. 9°, donde expresó que la utilización de aguas compartidas ha sido una frecuente preocupación que motivó la jurisdicción de un Tribunal como árbitro, citando al precedente “Connecticut v. Massachusetts”, 282 U.S. 660 –1931– y “New Jersey v. New York”, 283 U.S. 336 –1931–. Ver supra §IV.

7 Si tomamos como eficiente el óptimo desde el punto de vista de Pareto; no sería posible introducir ningún cambio en la solución que permitiera mejorar el bienestar de algún consumidor sin empeorar el de otro (u otros).

8 García Mansilla, J. y Ramírez Calvo, R. (2006). *Las fuentes de la Constitución Nacional*. 1ª ed. Buenos Aires. Lexis Nexis. Los antifederalistas se oponían a la Constitución Norteamericana basándose en que sólo una elite aristocrática estaba en condiciones de competir en un gran distrito electoral requerido para la nación continental. Los demócratas jacksonianos se opusieron a una amplia construcción del poder del Congreso para fundar una infraestructura sobre un terreno similar donde unos “monopolistas” ricos ejercerían un poder desproporcionado en los centros metropolitanos, en el cual el gobierno federal se iría a asentar.

el cual lo primordial fue reducir el costo de monitoreo entre los agentes (los gobernantes elegidos) y el principal (los votantes), y hoy se pueden replantear en el paradigma de la sustentabilidad.

Dado el carácter histórico del sistema federal, se puede afirmar que las provincias primigenias que dieron origen a la Nación Argentina, renunciaron a facultades propias –medidas en costo de oportunidad– para formar un sistema más vasto e integrado que, en el agregado, les proveyó de un mayor beneficio que la pérdida de llevar a cabo por sí determinadas políticas públicas. En el caso argentino, el proceso de formación ha puesto énfasis, por lo general, en especificar un bloque limitado de competencias federales exclusivas y concurrentes con la atribución de competencias residuales –no especificadas, como resalta el art. 121, Constitución Nacional– a las unidades constituyentes⁹.

Ese federalismo aseguró la existencia de varias “voces” locales que podrían estar en contra de la política unificada que llevaba adelante el Estado Nacional, asegurando de esta manera una cercanía con los votantes. La Constitución buscó además el equilibrio en el reparto de competencias entre las provincias¹⁰. La forma clásica estableció que cada provincia fuera capaz de actuar independientemente dentro de su propia esfera de competencias¹¹, aunque no pudo evitar en la práctica que existan solapamientos y superposición entre ellas¹².

En materia de aguas, la superposición de facultades ha hecho que sean constitucionalmente asignadas como concurrentes, con la ventaja de que por propia iniciativa de las provincias pueden llevar adelante la política, además de que el gobierno central puede legislar sobre cuestiones comunes a todo el Estado. Esta superposición de facultades –aparte del texto de la Constitución Nacional– se plantea a nivel constitucional local en materia de recursos. Algunas Constituciones locales ratifican expresamente la titu-

9 Wats. R. (2006). *Sistemas Federales Comparados*. Trad. Esther Villadangos. Madrid, Marcial Pons, 136.

10 Dicho reparto se ve reflejado en las habilitaciones con las que cuenta el Congreso Nacional para legislar, las facultades del Presidente de la Nación y los alcances del Poder Judicial Federal. El trato igualitario a todas las provincias se ve reflejado tanto en la composición de la Cámara de Senadores al establecer un número fijo de senadores por provincia, como en la incorporación de nuevas provincias.

11 Arts. 5° y 123.

12 Este criterio se extendió a las provincias que se fueron incorporando, dejando de ser territorios nacionales. En tal sentido, la CSJN sostuvo en el caso “Carlos H. Bressani c/ Provincia de Mendoza” (*Fallos*: 178:9) siguiendo a su par norteamericana y su doctrina del “*equal footing*” en “Pollard’s Lessee v. Hagan” 44 U.S. 212 –1845– que ellas son iguales en derechos a sus hermanas históricas.

laridad de los recursos naturales¹³, hacen mención especial a los cursos de agua¹⁴, uso integral de los recursos hídricos¹⁵, o establecen casos puntuales como el Acuífero Guaraní¹⁶, el Río Bermejo¹⁷, o el del Río de La Plata y el Riachuelo¹⁸. Como corolario, las provincias argentinas son iguales, autónomas –crean su propio derecho– y cuentan con el dominio originario sobre sus recursos naturales, entre los que se encuentran, obviamente, sus cursos de agua. A la vez, le corresponde al gobierno federal de manera exclusiva la reglamentación de la navegación de los ríos interprovinciales –artículo 75 inc. 10, CN–, pero en todo lo demás, son las provincias las que pueden decidir exclusivamente sobre la utilización y el aprovechamiento de esos ríos.

Para resolver los conflictos jurisdiccionales que se puedan suscitar, se incluyó el art. 125, CN, donde las provincias pueden “celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover [...] la construcción de ferrocarriles y canales navegables [...] la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios [...]”.

Estos acuerdos permiten resolver los conflictos entre las provincias cuando se susciten problemas en el aprovechamiento de los cursos de agua que comparten entre sí. En caso de no llevar a una solución la CN establece en el art. 127 la jurisdicción *dirimente* de la Corte Suprema, una función más arbitral que jurisdiccional, ya que la competencia contenciosa originaria se encuentra establecida en el art. 117, CN.

13 Art. 50 de la Const. de la provincia de Chaco; art. 8° de la Const. de la Ciudad de Buenos Aires; art. de la Const. de la prov. de Corrientes.

14 Art. 50 de la Const. de la provincia de Chaco; art. 8° de la Const. de la Ciudad de Buenos Aires; art. de la Const. de la prov. de Corrientes y art. 58 de la prov. de San Luis.

15 Art. 50 de la Const. de la provincia de Chaco; art. 8° de la Const. de la Ciudad de Buenos Aires; art. 58 de la Const. de la provincia de Corrientes; art. 58 de la Const. de la provincia de San Luis; art. 85 de la Const. de la provincia de Entre Ríos y art. 109 de la Const. de la provincia de Santiago del Estero.

16 La Const. de la provincia de Corrientes refiere en el art. 58 al Acuífero Guaraní y sus islas que quedan entre sus costas y los canales principales de los ríos Paraná y Uruguay, que la separan de las provincias de Chaco y Santa Fe y de la República Federativa de Brasil y de la República Oriental del Uruguay, respectivamente.

17 La Constitución de la provincia de Santiago del Estero reivindica en el art. 236 los “derechos inalienables que, por razones jurídicas, geográficas e históricas le corresponden sobre las aguas del Río Bermejo”.

18 La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires declara que ésta “es corribereña del Río de la Plata y del Riachuelo, los cuales constituyen en el área de su jurisdicción bienes de su dominio público”. Se asume el compromiso de proteger el uso integral y racional de los recursos hídricos, preservando su calidad; o de promover la “protección, saneamiento, control de la contaminación y mantenimiento de las áreas costeras del Río de la Plata y de la cuenca Matanza-Riachuelo, de las subcuencas hídricas y de los acuíferos” (artículo 27, inc. 6°).

III. La eficiencia en el sistema federal

Así como la competencia entre los oferentes de productores y servicios limita la codicia, la teoría del federalismo competitivo postula que la competencia entre los gobiernos, y entre un gobierno y los particulares, constituye un obstáculo significativo al comportamiento de los políticos y burócratas que conforman el gobierno¹⁹.

La eficiencia del sistema federal presenta dos dimensiones para el análisis de la estructura gubernamental: la eficiencia intrajurisdiccional, es decir, la maximización de la utilidad en cada comunidad; y la eficiencia interjurisdiccional, o sea, la asignación eficiente de las personas y del capital a las distintas jurisdicciones del país²⁰. Los costos fijos, los costos de toma de decisiones colectivas y los de administración ponen un límite al número de gobiernos locales que, debido a esos costos, se organizarán para proveer una canasta de bienes.

En cambio, y en esto hacemos especial referencia, la eficiencia interjurisdiccional requiere que las personas y el resto de los factores productivos se asignen eficientemente entre las regiones. En varias situaciones, la libre movilidad no conduce a la distribución eficiente dentro del territorio nacional. La diferencia entre la regulación del uso de las aguas de una provincia a otra, constituye una externalidad en la medida en que lo que se regule en una provincia determinada, afecta a las demás²¹. La posibilidad de internalizar las externalidades interjurisdiccionales es mayor cuanto mayor es el tamaño de la comunidad. Estas externalidades son importantes porque redundarán en tantos derechos sobre el Río como regulaciones locales haya, aunque no debemos olvidar que a una mayor centralización regulatoria –que se da a nivel nacional–, mayor influencia política y burocrática y menor control por parte de la comunidad, hecho que se vio en el primer caso resuelto por la Corte Suprema. Si la única función de bienestar social se encuentra asignada a nivel nacional, se niega la autonomía política de las provincias e

19 Sobre la historia del concepto de *race-to-the-bottom*, Kirsten, H. E. (1997). “State Environmental Standard-Setting: Is There A ‘Race’ And Is It ‘To The Bottom’”. *Hastings Law Journal*, Nro. 48, 271.

20 Porto, A. (Director) (2004). *Disparidades Regionales y Federalismo Fiscal*. La Plata. ULP, 44.

21 Cabe recordar que la Constitución Nacional baja los costos de transacción para la libre movilidad dentro del territorio nacional en muchas de sus disposiciones, al eliminar las aduanas internas (art. 9°), garantizar la libre navegabilidad de los ríos (art. 25); la plena fe de todos los actos públicos provinciales (art. 7°); el goce de todos los derechos, privilegios e inmunidades plenos en todo el territorio (art. 8°); libre circulación de bienes y mercancías (art. 10); prohibición de imposición de derechos de tránsito (art. 11); o la igualdad de comercio en todos los puertos (art. 12).

inclusivo puede llegar a impactar negativamente en la participación política local. Una mayor descentralización permite obtener ganancias derivadas de eficiencia económica y de participación política al posibilitar la participación local más activamente, y un mayor control sobre los políticos²².

Pero esta descentralización encuentra una valla en la Constitución Nacional, cuyo art. 14 delega en el Congreso Nacional la regulación de los derechos, por lo cual, la correspondencia local entre regulación y rendición de cuentas únicamente al electorado local está constitucionalmente limitada. La correspondencia perfecta resulta cuando la jurisdicción que determina el nivel de provisión de un bien público incluye precisamente el conjunto de individuos que consumen y financian dicho bien²³.

La autonomía local se puede definir en cuanto a la posibilidad de regular todas las aristas de los derechos reconocidos por la Constitución. Su punto máximo (o mínimo) se encuentra cuando el gobierno local puede (o no puede) elegir bases y formas de establecer el goce del derecho. Con ventajas y desventajas, una autonomía local amplia es favorable porque se corresponden las decisiones públicas con su electorado, junto al control del sector público, pero pueden originar trabas a la integración nacional e imponer altos costos de transacción al existir disímiles regulaciones en un espacio territorial común, que representan una externalidad para el resto de la Nación. Con una centralización regulatoria se pueden evitar estos problemas, pero aparece la diferencia entre la correspondencia y los problemas de acción colectiva²⁴.

Si pensamos las implicancias del federalismo bajo el paradigma de la sustentabilidad, este presenta otros problemas²⁵.

En el conflicto planteado, catalogar que los efectos del uso del Río Atuel son “daños” o “externalidades” no es una cuestión de verdad objetiva. Como

22 Conf. Porto, *ibíd.*, 46. La descentralización promueve las autonomías locales y aloja en ellas esferas de decisión relativas a la regulación del uso de sus recursos. La principal razón para ello es que los oficiales públicos locales responden con su propia responsabilidad, no la pueden diluir tan fácilmente. El propio electorado local influye en los alcances de la regulación y de los recursos, promoviendo una asignación eficiente en los alcances del derecho involucrado, minimizando los costos, y controlando a los políticos y los burócratas que elige.

23 Oates, W. (1977). *Institutos de Federalismo Fiscal*. Madrid. Instituto de Estudios de Administración Local. Así, la forma óptima de federalismo para proveer un conjunto de n bienes públicos locales contiene un nivel de gobierno para cada subconjunto de la población total sobre el cual se define el consumo de cada bien. De este modo, en la medida que cada nivel de gobierno posee un conocimiento completo de los gustos de sus ciudadanos, cuyo objetivo es la maximización de bienestar, se proveerá a nivel Pareto eficiente de cada bien público.

24 Conf. Porto, *ibíd.* nota 21, 49.

25 Sullivan, K. (1989). “Unconstitutional Conditions”. *Harvard Law Review*, V. 102, N° 7, 1413.

explica el teorema de Coase²⁶, las externalidades son recíprocas: si bien se puede decir que Mendoza le impone un costo a la comunidad de La Pampa mediante la utilización del curso de agua, sería tan exacto como decir que La Pampa le impone un costo a Mendoza exigiendo que deje correr las aguas. Y como la Constitución garantiza la elección individual para promover objetivos particulares, en la cual el gobierno debe ser neutral ante las elecciones individuales, el hecho de que los resultados beneficien a un grupo no puede ser considerado como una reglamentación razonable²⁷. En este caso, cualquier decisión que tome el Gobierno central implica tomar partido por alguna de las provincias –y sus habitantes– y, por lo tanto, arbitraria para unos u otros.

Para Mendoza, la utilización del Río Atuel en la zona de Alvear ha generado un desarrollo altamente beneficioso para sus pobladores, es decir, se transformó en un bien público, creció en muchos aspectos y logró la radicación de sectores productivos. Por el contrario, La Pampa ha visto cómo sus municipios se fueron despoblando ante la falta de uno de los recursos esenciales para la producción como lo es el agua. Esta situación ha sido llamada por Tiebout “votar con los pies”²⁸, y explica la movilidad de los agentes como una revelación de las preferencias por el consumo de bienes públicos locales²⁹. En ciertas circunstancias, las decisiones individuales de emigrar hacia una comunidad particular –de una provincia a otra– revelan cómo el individuo valúa los servicios provistos por la comunidad al costo promedio de la comunidad de proveer esos servicios³⁰. Esto trae como consecuencia un

26 Coase, R. (1960), “The Problem of Social Cost”. *Journal of Law and Economic*, 1-44. El desarrollo del teorema de Coase que he utilizado en este punto, lo he tomado de Demsetz, H. (1967). “Toward a Theory of Property Rights”. *The American Economic Review*, Vol. 57, No. 2, Mayo, 347-359.

27 Tushnet, M. (1985). “Federalism and the Traditions of American Political Theory”. *Georgia Law Review*, Nro. 19, 981.

28 Cashin, S. D. (1999). “Federalism, Welfare Reform, and the Minority Poor: Accounting for the Tyranny of State Majorities”. *Columbia Law Review*, Nro. 99, 552.

29 El problema es aún más difícil si se supone que los ciudadanos tienen diferentes niveles de preferencias para los diferentes bienes públicos. Entonces, los bienes públicos deben ser proporcionados por los municipios en los casos de superposición de los límites que se pueden individualizar (bomberos, policía, educación, etc.). El ciudadano emigrará a la intersección de los municipios que ofrecen conjuntamente la mezcla ideal de los bienes y derechos. Cooter, R. y Ullen, T. (1998). *Derecho y Economía*. México. FCE, 475-480.

30 Si los gobiernos locales compiten por los residentes, un sistema descentralizado de gobiernos locales puede impedir la redistribución de los ingresos: los ricos pueden aislarse en sectores de riqueza a través de zonas de exclusión y evitar el pago de los impuestos que se utilizan para proporcionar beneficios a los pobres. Conf. Branfman, Cohen & Trubek (1973). “Measuring the Invisible Wall: Land Use Controls and the Residential Patterns of the Poor”. *Yale Law Journal*, Nro. 82, 483, 500-03.

dilema que, en términos de Olson, podríamos llamar de equivalencia fiscal, en la medida en que no hay una relación entre el beneficio y su costo³¹. El problema de equivalencia fiscal requiere un compromiso, algo desordenado, entre la creación de un número de jurisdicciones que negocian imperfectamente las externalidades que se imponen mutuamente y un número pequeño de jurisdicciones que no son genuinamente competitivas³².

Al presentarse entonces el conflicto, debe ser resuelto ante una instancia que sea equidistante en la formulación de una política regulatoria y la Constitución ha establecido para ello la jurisdicción *dirimente* de la Corte Suprema.

IV. La jurisdicción dirimente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema es el único órgano judicial creado por la Constitución Nacional, cuya composición y remoción es distinta a la de los demás tribunales *inferiores*. Sus funciones jurisdiccionales son privativas y se encuentran establecidas en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, sin que los demás poderes constitucionales puedan arrogarse las mismas funciones.

Ahora bien, por razón de los sujetos en conflicto –provincias iguales entre ellas–, la Constitución Nacional le otorga una función arbitral, distinta a la competencia *sobre puntos regidos por esta Constitución* –art. 116, CN– y lo hace en instancia originaria³³.

Dado el carácter de *Suprema*, las interpretaciones que realiza la Corte son *inales*³⁴, dan por terminados los conflictos, y particularmente en la ma-

31 Olson, M. (1969). “The Principle of ‘Fiscal Equivalence’: The Division of Responsibilities among Different Levels of Government”. *The American Economic Review*, V. 59, N° 2, 479.

32 La competencia entre los gobiernos estatales y locales para negocios e industria es intensa y es parte del trasfondo del conflicto. Las provincias y los municipios ofrecen una amplia variedad de incentivos para atraer empresas a sus jurisdicciones, tales como las exenciones impositivas o reducciones del impuesto a la propiedad, la financiación de bonos industriales, el suministro de sitios desarrollados en los parques industriales, por debajo del valor de mercado de las ventas o donaciones directas de tierra, mejoras de infraestructura, el aflojamiento de las restricciones reguladoras, las subvenciones a la hipoteca y la casa para los empleados. La competitividad de este mercado “para el empleo” se pone de manifiesto no sólo por los actos extremos que gobiernos estatales y locales están dispuestos a hacer para atraer negocios, sino también por las actitudes de los funcionarios estatales y locales, tornándose su conducta en una verdadera estrategia.

33 Conf. Bidart Campos, G. y Sandler, H. (coord.) (1995). *Estudios sobre la Reforma Constitucional de 1994*. Buenos Aires. Depalma.

34 Cabe aclarar que esta función no surge expresamente de ningún artículo de la Constitución; sin embargo, surge implícitamente de la estructura general de la Constitución Nacio-

teria que aquí se trata, no existe otro órgano de instancia superior dentro de la estructura estatal argentina. Esto conlleva a que las reglas que impregnan el sistema federal también se hallen subordinadas, y donde la Corte Suprema juega un rol fundamental en la relación federal como garante de la Constitución Nacional, propiciando un arreglo pacífico, que asegure la disminución de los costos que implica la celebración de todo acuerdo interjurisdiccional. Los pactos, acuerdos o tratados que se celebran para la coordinación de las potestades compartidas exigen ineludiblemente la presencia de un tercero imparcial e independiente que dirima los inevitables conflictos que este sistema lleva ínsito. Como advirtiera Madison, “compartir poderes significa una permanente controversia”³⁵.

En su faz política³⁶, el art. 127 le confiere a la Corte Suprema competencia en asuntos que no son judiciales, sino conflictos derivados de la *unión* nacional y la *paz interior* consagrada en el Preámbulo³⁷. Les prohíbe a las provincias declarar o hacer la guerra, potestad reservada al Poder Ejecutivo con autorización del Congreso y *somete* sus quejas a la Corte Suprema³⁸. No son *causas* entre las provincias entres sí, lo que habilitaría la competencia originaria del art. 117, CN, sino que viene a ser una función de negociación para arreglar controversias, un tribunal arbitral con distintas reglas que las gobernadas por el Derecho Público, sin perjuicio de respetar sus reglas procesales y en la cuales la Corte tiene “amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio”³⁹. Por este motivo, se requiere que se otorguen a la Corte Suprema amplias facultades para determinar el derecho aplicable,

nal que la erige como “suprema” (arts. 53, 59, 75 inc., 20, 99 inc. 4º, 108, 110 a 113, 116, 117 y 127) y ha sido, desde sus orígenes, la postura tomada por la Corte al autocalificarse como “intérprete final de la Constitución” y “supremo custodio de garantías constitucionales” (CSJN, “Pérez de Smith”, *Fallos*: 297:338).

35 Putnam, R. (1994). *Cómo hacer que la democracia funcione*. Venezuela. Galac, 57.

36 Spota, A. A. (1990). “La Corte Suprema de Justicia de la Nación como parte del poder político del Estado”, *La Ley*, T. B, 979. Expresa el autor: “Los tres supuestos que habilitan el recurso extraordinario muestran bien claro, que ese recurso no tiene por objetivo ‘hacer justicia’ sino obligar a respetar la distribución de competencias entre lo federal y lo local, para así mantener la unión nacional [...] importa un verdadero medio político para cuidar la distribución de competencias entre lo federal y lo local, y así preservar la Unión. Así vemos, en profundidad, el poder político reservado a la Corte Suprema, que tiene por ‘telos’ mantener la unión nacional”.

37 CSJN, *Fallos*: 178:9: “La Constitución quiso hacer un solo país para un solo pueblo, pero no en forma de Nación centralizada, sino que ha fundado ‘una unión indestructible de Estado indestructibles”.

38 En una interpretación de la Constitución a la luz de los hechos actuales, las “quejas” y “hostilidades” no son precisamente ataques armados, sino más bien aquellas contiendas políticas y económicas entre las provincias, que diluyen los principios federales de respeto, cordialidad y buena fe, poniendo en serio peligro la relación federal.

39 CSJN, *Fallos*: 166:356. Dictamen del Procurador General.

lo que la Corte norteamericana llama “*common law* federal”. No se discute el respeto de sus actos a la Constitución, sino que toma en cuenta a las provincias como órganos constituyentes determinantes de la creación de la propia Constitución. En esta instancia, las provincias se reservaron un espacio de discusión que evite la guerra intestina previa a la conformación de la Argentina, cuyos actos son calificados de sedición o asonada, y erigiendo a la Corte Suprema como un órgano neutral, de arbitraje. Si no se acude a esta instancia conciliadora, se habilita la intervención federal dispuesta en el art. 6º, CN, en tanto garantía federal de las autoridades locales, “para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia”, inclusive en el terreno económico, por aplicación estricta del art. 75, inciso 18⁴⁰.

La aplicación de esta competencia parte entonces del hecho crucial de la igualdad interprovincial y, por tanto, ninguna puede imponerse sobre las demás, de allí que se consagre la instancia dirimente del art. 127, ya que “si los dos Estados fueran naciones absolutamente independientes, sería fijada por un Tratado o por la fuerza”⁴¹, a la vez que constituye el principio rector que debe presidir las decisiones de la Corte Suprema: “[...] la norma cardinal que rige las decisiones de la Suprema Corte en las controversias entre Estados es la misma que controla los fallos de los Tribunales Internacionales, a saber, la de la igualdad de derechos entre las partes contendientes. El Alto Tribunal, como un Tribunal Internacional, debe arreglar de tal manera que reconozca los derechos iguales de ambas partes, y a la vez, establezca justicia entre ellas”⁴².

A la vez, la materia sometida a análisis en este tipo de jurisdicción coloca a la Corte Suprema en el medio de los posibles conflictos que puedan surgir con “amplias facultades para determinar el derecho aplicable”, aunque se deduzcan en forma de demanda judicial y con los requisitos de ésta, como ha dicho la Corte Suprema en el caso “Gobernador de la Provincia de Mendoza c/ Provincia de San Juan”⁴³, y no precisan que se funden

40 Linares Quintana, S. V. (1987). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. T. IX. Buenos Aires. Plus Ultra, 804. El art. 75, inciso 18, establece que corresponde al Congreso “Proveer lo conducente a la prosperidad del país [...] promoviendo [...] *la exploración de los ríos interiores*, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

41 “Kansas v. Colorado”, Linares Quintana, S. Ob. cit., 811.

42 Linares Quintana, S. Ob. cit., 812.

43 *Fallos*: 165:83. La Corte, citando el anterior art. 109 de la Constitución, hoy 127, sostuvo que “no estableciéndose la presente queja en la forma establecida por la ley de procedimientos nacionales, que esta Corte considera aplicable a toda clase de contiendas, ya que no existe establecida por ley de Congreso una especial para el presente caso, es decir, como una demanda judicial y con los requisitos de esta, único medio de que este tribunal pueda ejercitar

en el Derecho común. Es así que los elementos normativos que nutren su análisis involucran no sólo el Derecho derivado de la Constitución Nacional, sino que incluye al Derecho Comparado Medioambiental⁴⁴. Con cita al Tribunal norteamericano, expresó que en estos casos se plantea un daño o gravamen a la capacidad cuasi-soberana de una provincia, la *carga de la prueba* pesa sobre el Estado demandante de manera más acabada que si se tratara de igual exigencia en un juicio ordinario entre particulares, de forma tal que para que la Corte ejerza su extraordinario poder para juzgar la conducta de un Estado demandado por otro, la lesión a esos derechos amenazados debe ser de seria magnitud y establecida por una prueba clara y convincente⁴⁵.

En el sistema de la Constitución, el arbitraje *está impuesto* a las provincias o “se diría, quizá, que lo está por propia voluntad, por el llamado pacto de las entidades provinciales, y en suma, como un acto emanado de la soberanía del pueblo de la Nación, expresado por sus representantes, según declaración expresa del Preámbulo”⁴⁶.

Respecto al art. 127, sostuvo que “la atribución dada a este Tribunal tiende a resolver los conflictos entre Estados por diferencias de orden político, o sea, aquellas que no tienen solución dentro de cada provincia y con los resortes de gobierno organizados por la misma, de suerte que ya no es el caso de amparar la autonomía de las provincias, que es el fundamento de la doctrina mencionada”, pues “ello saldría de la órbita de su competencia, invadiendo los poderes reservados a los tribunales provinciales”⁴⁷.

Las “quejas” que menciona el art. 127 pueden referirse a la violación del derecho a la existencia, a la igualdad, a la indestructibilidad, a la integridad territorial, al respeto recíproco y a la cortesía institucional de las provincias “que pueden llevar a la guerra entre ellas, no sólo por la fuerza de las armas sino también en el campo económico”⁴⁸. Pueden manifestarse en la determinación del aprovechamiento del caudal de un río interprovincial o en cuestiones sobre libre circulación de personas o bienes, entre otros; son,

la jurisdicción originaria que le confieren los artículos 100, 101 y 109 de la Constitución Nacional y artículo 1° de la Ley N° 48”.

44 De todas formas, de la primera sentencia emitida por la Corte Suprema a la segunda, se puede observar claramente la irrupción de la materia ambiental en los aspectos de la jurisdicción dirimente, que incluyó audiencias públicas, presentación de *amicus curiae* y terceros, alejándose estrictamente de un conflicto provincial bilateral.

45 Del caso “North Dakota vs. Minnessota”, citado *ut supra* nota §5.

46 Bielsa, R. *Derecho Constitucional*. T. II, 795, citado por el Juez Fayt, Cons. 3° en el primer fallo “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza” (voto en disidencia), ver *ut supra* § Capítulo V.

47 CSJN, “Díaz Vélez c/ Prov. de Buenos Aires”, *Fallos*: 166:356, del 25-11-1930.

48 Linares Quintana, S. Ob. cit., 815.

en definitiva –al decir de Sagüés–, actos contrarios a la cortesía interprovincial o de diferencias de programas políticos que pueden perjudicar a otra provincia⁴⁹.

Debemos resaltar que las relaciones entre las provincias –paridad– no son de la misma naturaleza que las relaciones entre las provincias y el Estado Nacional. En las relaciones Estado Nacional-provincias, no debemos olvidar que existe, por imperio de la Constitución Nacional, un deslinde de competencias, que en casos de conflictos prima el *interés federal* en razón de que sin desconocer la posición que ocupan las provincias en el régimen constitucional, “[...] deben observar una conducta que no interfiera, ni directa ni indirectamente, la satisfacción de servicios de interés público nacional, con independencia de los defectos transitorios de su prestación. Las facultades de las provincias, por importantes y respetables que sean, no justifican la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de los demás Estados autónomos y de la Nación toda”⁵⁰.

V. El caso del Río Atuel, irreductible a una disputa provincial

a) La primera vez que se expidió la Corte Suprema en “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza”⁵¹

En la primera oportunidad que la Corte Suprema dirimió en el conflicto, La Pampa reclamaba un uso razonable del caudal del Río Atuel por parte de Mendoza, impedido por la realización de un dique construido por esta provincia, solicitando se condene a la demandada a no turbar la posesión que ejerce y le atañe sobre las aguas públicas interjurisdiccionales que integran la subcuenca del Río Atuel y sus afluentes.

Basó su pedido en el principio de igualdad provincial que tuvo al momento de ser provincializada⁵² y, en razón de ello, expresó que las relaciones se debían regir por las formas y principios del Derecho Internacional Público, entre los cuales se encuentra el de no usar abusivamente un derecho alterando las condiciones de un recurso natural, hecho que había llevado a cabo Mendoza, ya que utilizaba las aguas del Río Atuel en forma irracional y deficiente sin respetar los principios de buena fe, que hacen a las buenas

49 Sagüés, N. P. (2003). *Elementos de Derecho Constitucional*. 3ª ed. T. 2. Buenos Aires. Astrea, 35.

50 CSJN, “Provincia de Misiones c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 263:437 (1965).

51 CSJN, “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza”, *Fallos*: 310:3520.

52 Mediante la Ley N° 14.037, en 1951, La Pampa dejó de ser un Territorio Nacional, administrado por el Gobierno Federal, y logró el estatus de Provincia.

costumbres entre los vecinos⁵³. Por su parte, Mendoza alegó que mediante la Ley Nacional N° 12.650 y un contrato celebrado con el Gobierno Federal el 17 de junio de 1941 –cuando La Pampa era aún Territorio Nacional–, se le concedía el aprovechamiento exclusivo del Río.

La Corte Suprema declaró en esa oportunidad que el Río Atuel era interprovincial y que el acuerdo de 1941 celebrado entre el Estado Nacional y la provincia de Mendoza no tenía efecto vinculatorio para La Pampa; rechazó la acción posesoria promovida por La Pampa⁵⁴ y las pretensiones de que se regule la utilización en forma compartida entre ambas provincias de la cuenca del Río Atuel y sus afluentes, pero exhortó a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río en disputa, sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en los considerandos de la sentencia.

En esa oportunidad, la Corte Suprema tuvo la oportunidad de precisar el alcance la función dirimente, “[...] la índole de estas quejas, el sentido de su decisión por ella y los medios conducentes a esa decisión”⁵⁵, constituyendo un precedente en materia de ese tipo de jurisdicción, el cual fue “afortunadamente muy poco frecuente”, en donde tiene “la trascendente misión de dirimir los conflictos interprovinciales, propósito inspirado, sin duda, en la penosa y prolongada secuela de discordias entre las provincias que siguió al inicio de nuestra vida independiente”⁵⁶. Con cita a Joaquín V. González, sostuvo que los conflictos interprovinciales podían comprometer la tan trabajosa unidad nacional y su competencia tiene su razón de ser en

53 Mediante la Res. N° 50/49, dictada por la empresa Agua y Energía Eléctrica, en el marco de la Ley Nacional N° 13.030 –por la cual la Nación tenía jurisdicción sobre cuencas interprovinciales–, se ordenó a Mendoza tres sueltas anuales de agua para evitar el desecamiento de la región, que nunca se cumplió y motivó un airoso reclamo de los pobladores de La Pampa. Se llevaron a cabo asambleas populares, notas, reclamos, solicitudes en apoyo cuando todavía era un Territorio Nacional. Uno de los argumentos esgrimidos era que Mendoza era Provincia y La Pampa no, lo que redundaba en una desventaja en la negociación, principalmente que el propio Gobierno Nacional había financiado la construcción del dique El Nihuil. En el año 1973 surgió la Comisión Pampeana de Defensa de los Recursos Hídricos.

54 Por ser disposiciones del Derecho Privado inaplicables a este tipo de causas. En este sentido, argumentó que “este instituto parece inconciliable con las cosas que forman parte del dominio público del Estado y que, por consiguiente, están fuera del comercio (art. 2400 del Código Civil), y tal principio no resulta invalidado ni siquiera en el supuesto de admitirse defensas posesorias derivadas de relaciones nacidas del ejercicio de Derechos Reales Administrativos como la concesión y el permiso; así lo ha establecido esta Corte en antiguos pronunciamientos (*Fallos*: 141:307; 146:363; 181:111). Por lo demás, gravitan en favor de tal opinión las modalidades que caracterizan a esta controversia entre personas de Derecho Público en el marco del art. 109 de la Constitución Nacional”, Cons. 72.

55 CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:3520, voto en disidencia del Ministro Fayt.

56 CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:3520, Cons. 61.

impedir que, apelando a las armas, se disolviese el vínculo federativo⁵⁷ y el “[...] delicado equilibrio del sistema federalista, que asegura la armonía y el respeto recíproco de los Estados provinciales –y la de éstos con el poder central– requería que, como medio de garantizar la paz interior, la Corte Suprema interviniese para resolver las querellas entre estos organismos autónomos partes del cuerpo de la Nación, en ejercicio de las facultades que le conciernen como intérprete final de la Constitución y con la sola exigencia de que tales quejas asumieran la calidad formal de una demanda judicial (*Fallos*: 165:83, entre otros)”⁵⁸. Expresó que “la jurisdicción está limitada a las disputas que entre Estados enteramente independientes podrían ser materia de un arreglo diplomático”⁵⁹, al igual que la doctrina sostenida por la Corte norteamericana al momento de interpretar una cláusula similar a la nuestra⁶⁰. Para ello, la Corte Suprema realizó una reconstrucción de los orígenes del art. 127, CN, recorriendo al precedente constitucional norteamericano señalado⁶¹. La igualdad administrativa se puso en el tapete,

57 CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:3520, Cons. 62.

58 CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:3520, Consid. 63. El voto en disidencia del Juez Fayt, con cita de Montes de Oca, expresó: “[...] las relaciones interprovinciales están regladas por una norma invariable de gobierno. Las provincias no pueden celebrar tratados entre sí, si no es acerca de los objetivos netos y explícitos determinados en la Constitución. En cuanto a sus diferencias políticas, lo hemos dicho ya, las provincias no tienen personería para discutir las por su propia autoridad; en consecuencia, sus cuestiones deben ser sometidas al gobierno federal, deben ser sometidas a alguna autoridad superior que prevenga las conflagraciones armadas, y esa autoridad no puede ser otra que la Corte Suprema. El art. 109 es fruto de nuestros antecedentes; está impuesto por nuestra luctuosa historia civil; sin él la tranquilidad del país peligraría y, como sabemos, ha sido uno de los primordiales objetivos que la Constitución se propuso alcanzar. La facultad dada a la Corte de dirimir los conflictos de las provincias entre sí es una garantía de paz, cuya eficacia ha podido demostrarse después de nuestra organización [...]” (Manuel A. Montes de Oca, ‘Lecciones de Derecho Constitucional. T. 2, 455’) (Cons. 5º, párr. 5º).

59 CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:3520, Cons. 65º.

60 Ver cita infra nota §5. Expresó la Suprema Corte Norteamericana, en “North Dakota vs. Minnesota”, que esa jurisdicción “es mucho más de naturaleza política y diplomática que judicial” y que “la jurisdicción y el procedimiento ante esta Corte en las causas entre Estados difiere de los casos de demandas entre particulares [...] nace de la propia génesis de la creación de los poderes que la Constitución le confirió como sustituto para el arreglo diplomático de las controversias entre entes soberanos y una posible respuesta al uso de la fuerza. Jurisdicción [...] limitada a las disputas que entre Estados enteramente independientes podrían ser materia de un arreglo diplomático [...] ante un daño o gravamen a su capacidad cuasi soberana” (263 U.S. 365).

61 CSJN, “Provincia...”. Agregó el Juez Fayt a la Constitución de Nueva Granada entre los antecedentes. *Fallos*: 310:3520, Cons. 5º del voto en disidencia de Fayt.

en razón de que si bien no conllevaba una igualdad económica⁶², se veía reflejada en la adjudicación de estas causas a la Corte Suprema⁶³.

En su voto en disidencia, sostuvo el Juez Fayt: “[...] la competencia originaria en aquellas quejas requiere tan solo la existencia de un conflicto entre diferentes provincias producido como consecuencia del ejercicio de los poderes no delegados, que son el resultado del reconocimiento de su autonomía”⁶⁴, aclarando que “dirimir no es juzgar”, sino “[...] ajustar, fenecer, componer una controversia (Academia)”⁶⁵.

Velando por los intereses de cuasi-soberanos de las provincias, la Corte Suprema extremó la prudencia judicial en adjudicar los derechos de los Estados y llevar a cabo una negociación⁶⁶ que involucre una resolución pacífica por medio de acuerdos celebrados de buena fe entre estos y mediante una cooperación plena y amistosa entre los Estados⁶⁷. Estos han de reflejar la *buena voluntad* y no han de encubrir una mera formalidad. No podría reducirse a exigencias puramente formales, como la de tomar nota de las reclamaciones, protestas o disculpas presentadas por un Estado y que “consisten no sólo en entablar negociaciones, sino también en proseguir éstas lo más lejos posible con miras a concertar acuerdos, aun cuando la obligación de negociar no implica la de llegar a un acuerdo”⁶⁸.

Con estas premisas, la Corte Suprema exhortó a *las partes a celebrar convenios* tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del Río Atuel, sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en los considerandos de esta sentencia⁶⁹, entre ellos, que la “cooperación ha de procurarse a través de negociaciones que, para cada caso concreto, precise cuál es la participación equitativa y razonable a que tiene derecho cada Estado y, de ser conveniente, determine cuáles han de

62 CS USA (339 U.S. 706), citado por la Corte Suprema en “Provincia...”, Cons. 82.

63 CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:3520, Cons. 62. La cita pertenece a Joaquín V. González. Sostenía este autor que “su adjudicación a la Suprema Corte está fundada en la necesidad de establecer la más perfecta igualdad entre ellas, desde que ninguna puede ser a la vez juez y parte, como resultaría si sus propios tribunales pudiesen entender en sus pleitos o querellas”. Conf. González, Joaquín V. *Manual de la Constitución Argentina*, 632, citado en el cons. 5º, párr. 6º del voto en disidencia del Juez Fayt.

64 CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:3520, Cons. 2º del voto en disidencia del Juez Fayt.

65 CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:3520, Cons. 5º del voto en disidencia del Juez Fayt.

66 CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:2520, Cons. 67.

67 CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:2520, Cons. 134, párr. 4º. Segundo Informe sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua (año 1980), del relator especial de la C.D.I., Schwebel, Stephen M.

68 CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:2520, Cons. 134. Resolución de la C.P.J.I. en el caso del Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia, Serie A/B, nº 42, 1931, p. 116.

69 *Ibíd.* nota anterior.

ser los mecanismos o procedimientos adecuados para la administración y gestión del curso de agua”⁷⁰.

b) La segunda oportunidad de “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”⁷¹

A pesar de la sentencia de la Corte Suprema, es de esperar que un conflicto de tan larga data no se solucione de un día para otro, sino que encuentre un cauce cooperativo en el problema común, algo que no sucedió⁷².

Tanto es así que, años más tarde, La Pampa volvió a presentarse ante la Corte Suprema, quejándose del incumplimiento de la sentencia antes comentada y en la cual expresó la desobediencia por parte de Mendoza, además de reclamar que se realicen obras para asegurar que llegue el caudal adecuado del Río Atuel a La Pampa, sumando en el reclamo la reparación del daño colectivo que se originó con la práctica de Mendoza.

Cabe señalar que entre ambos casos se suscitaron acuerdos y se realizaron múltiples presentaciones vinculadas con la ejecución de la sentencia. En 1989 se firmó el Protocolo de Entendimiento Interprovincial⁷³, en 1992 se suscribió un Convenio entre ambas provincias⁷⁴, y en 2008 se acordaron obras donde intervino además el Gobierno Nacional⁷⁵. En el camino, ade-

70 CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:2520, cons. 134.

71 CSJN, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/uso de aguas”, *Fallos*: 340:1695.

72 Señalado como una *guerra sin fin*. Conf. <https://www.lanacion.com.ar/2105479-guerra-sin-fin-por-el-rio-atuel-la-pampa-y-mendoza-no-llegan-a-un-acuerdo-por-el-caudal> (acceso: 2-3-2019). En igual sentido, los pobladores del General Alvear señalaron el “robo” del río, <http://losandes.com.ar/article/view?slug=alvear-preparan-abrazo-simbolico-para-reclamar-por-el-rio-atuel> (acceso: 2-3-2019).

73 En esta oportunidad se creó la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI) con el objeto de ejecutar acciones tendientes a lograr una oferta hídrica más abundante que permitiera la creación de nuevas áreas bajo riego y el restablecimiento del sistema ecológico fluvial del curso inferior del río.

74 En este Convenio, Mendoza se comprometía a entregar el caudal necesario de agua potable para satisfacer la demanda de uso humano de Santa Isabel y Algarrobo del Águila hasta un máximo de 6000 habitantes.

75 El Acuerdo entre los gobernadores provinciales y los ministros nacionales del Interior y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (del 7-8-2008), donde se previeron obras para incrementar la disponibilidad de agua del río y distribuir los volúmenes por partes iguales entre ambas provincias. Este acuerdo fue ratificado por la Legislatura pampeana mientras que la Legislatura mendocina no lo ratificó.

más se presentaron acciones ante la Corte Suprema por parte de vecinos de La Pampa⁷⁶ y actores de la sociedad civil⁷⁷.

En el aspecto resolutivo, en este nuevo pronunciamiento la Corte Suprema ordenó a las partes que fijen un caudal hídrico apto en el plazo de treinta (30) días para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de La Pampa (pto. II del resolutorio); que en forma conjunta con el Estado Nacional elaboren y presenten en ciento veinte (120) días un *programa de ejecución de obras* (pto. III del resolutorio), exhortando a que aporten los recursos necesarios para el fortalecimiento institucional de la CIAI (pto. IV del resolutorio)⁷⁸.

En este caso, para evitar el *non bis in idem*, la Corte Suprema determinó el conflicto incorporando nuevos elementos fácticos y jurídicos que no existían en 1987, entre los que señaló la incorporación de “derechos de incidencia colectiva”, género del cual el “ambiente” resulta ser una especie expresamente reconocida en el art. 43, CN⁷⁹.

Al introducir el bien jurídico “ambiente”, cambió el enfoque administrativo que primó en el caso judicial de 1987, ya que aparece como “bien colectivo”, de “pertenencia comunitaria”, de “uso común” e “indivisible” y que no depende de ambas provincias, sino que comprende a una región y excede a las partes, inclusive, al mismo concepto de “queja interprovincial” enmarcada en el art. 127, CN⁸⁰.

76 “Palazzani, Miguel Ángel c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ amparo ambiental”. CSJN 732/2010 (46-P) ICS1. Esta causa se inició por el Sr. Miguel Á. Palazzani en su condición de “afectado” y de vecino de la provincia de La Pampa, por daño ambiental colectivo, en los términos de los arts. 41 y 43, CN, y 30 de la Ley N° 25.675 General del Ambiente, contra la provincia de Mendoza, a fin de que se le ordene que cese en las actividades generadoras de la disminución del caudal fluvial ecológico del Río Atuel Inferior y que adopte en un plazo razonable las medidas pertinentes que garanticen el uso equitativo de sus aguas respecto de los habitantes pampeanos.

77 Fueron presentadas por la “Fundación Chadileuvú - Movimiento Popular Pampeano para la Defensa de Nuestros Recursos Hídricos y Ecosistemas (FUNCHAD)” y la “Asociación Civil Alihuen (árbol de pie)”.

78 CSJN, “La Pampa, Provincia...”, *Fallos*: 340:1695. Resolutorios del voto mayoritario.

79 CSJN, “La Pampa, Provincia...”, *Fallos*: 340:1695. En el consid. 5° establece “que si bien en el *sub examine* se configura un conflicto entre las dos provincias involucradas acerca del uso del Río Atuel —que ha sido calificado como interprovincial—, las cuestiones sometidas a decisión de esta Corte en el caso, presentan aspectos diferentes de los que se describen en la sentencia del 3-12-1987 (*Fallos*: 310:2478), dado que con el paso de los años, el conflicto involucra ahora cuestiones de mayor alcance y derechos de incidencia colectiva incorporados en la reforma de la Constitución Nacional producida en el año 1994”. No es la primera vez que la Corte Suprema justifica el cambio de su jurisprudencia a partir de la reforma Constitucional operada en 1994, ver el caso “Arriola”, *Fallos*: 332:1963, especialmente consid. 16. De allí que en el resolutorio rechace la oposición realizada por Mendoza de “cosa juzgada”.

80 La Corte Suprema reitera la calificación del ambiente como bien colectivo, indivisible, de uso común, y pertenencia comunitaria, efectuada en el marco de la causa “Mendoza-Riachuelo”, *Fallos*: 331:1622.

De esta forma, centró su visión en el Derecho Ambiental como bien jurídico colectivo, compuesto por sistemas más allá de los bienes individuales que lo integren, destacando que la controversia del Río Atuel no se reduce al reclamo de las ONG en instancia originaria. Quedó rezagada la visión administrativista que otrora había dado origen al federalismo. No se trata de un conflicto entre las provincias o las personas que allí habitan, irreducible al marco procesal resuelto en la sentencia de 1987 o de acuerdo a los acuerdos interprovinciales, sino en *ecosistemas*, en el cual el caudal del río es una parte no reducida al interés de los que participan en el litigio, sino de las generaciones futuras.

c) El cambio en la segunda oportunidad, ¿un federalismo ambiental, cultural?

¿Hay, o puede haber, un federalismo cultural? Esta pregunta formuló el maestro Bidart Campos con motivo de la reforma constitucional de 1994⁸¹. La Corte Suprema zanjó esas dudas al describir el sistema federal como un *sistema cultural de convivencia*, una práctica, un modo de desenvolverse, que *debe ser ponderado como una interacción articulada* de los principios de *lealtad federal o buena fe federal*⁸². Es una *funcionalidad* en plena evolución. La alusión al federalismo como una funcionalidad común resalta algo evidente: cuando los recursos compartidos se vuelven escasos, se apodera una dinámica conocida como la tragedia de los bienes comunes⁸³. Debido a que, por definición, Mendoza no soporta el costo marginal total del uso del Río Atuel, tiene un incentivo para un consumo excesivo. Al no haberse definido con claridad los derechos de uso sobre el Río entre la primera sentencia y la última, el consumo excesivo resultante dejó a La Pampa en una situación peor que la que hubieran tenido si hubieran acordado una división de recursos adecuada de las aguas, en un juego de suma cero. El argumento centrado en *metas comunes, bien común general, en colaboración mutua*, pone al concepto de “Estado ambiental de Derecho” en el centro de

81 Expresaba: “¿Hay, o puede haber, un federalismo cultural? ¿La reforma constitucional de 1994 nos da pie para contestar, aunque sea a modo de balbuceo, afirmativamente? ¿Y si hay un federalismo cultural, qué significa ello en perspectiva constitucional? ¿Podemos hacer un hilván entre federalismo y cultura?”. Bidart Campos, G. (2004). “¿Un federalismo cultural?”. *A 10 años de la Reforma Constitucional*. Buenos Aires. Lexis Nexis.

82 CSJN, “La Pampa, Provincia...”, *Fallos*: 340:1695, consid. 6°.

83 El desarrollo del tema inaugurado por G. Hardin lo he tomado de Ostrom, E. (2009). *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México. Fondo de Cultura Económica.

la escena, tomando como fuente del Derecho los convenios internacionales en la materia.

El federalismo cultural así inaugurado, al derribar la concepción meramente administrativa, pone en la misma línea la salud de los ecosistemas con los que no tenemos conexión física directa en el cálculo de utilidad. Las personas ajenas al conflicto político del Río Atuel que nunca lo utilizarán valoran su conservación. Del mismo modo que las violaciones de Derechos Humanos son importantes para aquellos cuyos derechos no se violan, un desprecio total por el impacto en los ecosistemas puede llevar a concluir en un fracaso del Estado al haber perdido su derecho a una política ambiental soberana. En el contexto actual sobre el federalismo ambiental, este argumento de “fracaso del Estado” no es una preocupación académica de algunos juristas, sin que esto signifique abogar por una mayor sensibilidad popular a los daños ambientales físicamente distantes, sino que tales daños figuran cada vez más en las evaluaciones de utilidad y desutilidad, no sólo para los habitantes de La Pampa y Mendoza. La interconexión de la vida moderna es mucho más extensa y compleja de lo que sugiere un enfoque simplista sobre los impactos de la contaminación dentro del espacio físico inmediatamente compartido o las fronteras provinciales estrechamente definidas. A medida que las personas se consideran a sí mismas como parte de una comunidad ecológicamente definida, también se definen a sí mismas como una comunidad política, en ocasiones, en mayor medida de lo que exigiría la mera interdependencia física.

El análisis de una escala óptima de la regulación ambiental debe reflejar este hecho. La existencia de valores compartidos es lo que define a una comunidad en la que no existe una línea clara entre “nosotros” y “ellos” o “mendocinos vs. pampeanos”, ello “[...] porque los conflictos ambientales no coinciden con divisiones políticas o jurisdiccionales [...]”⁸⁴. A medida que se reconoce la interdependencia en una dimensión y la comunidad política se redefine en consecuencia, esa misma redefinición creará dimensiones adicionales de interdependencia. El fortalecimiento de la comunidad política conduce a proyectos comunes no económicos, como la protección del medio ambiente, que hacen posible una integración “más profunda”. En ciertos aspectos importantes, la biosfera no puede subdividirse y el Río Atuel muestra que la interdependencia ecológica es un hecho que exige un programa integrado de protección ambiental a través de las fronteras provinciales, y un fracaso en la negociación bilateral provincial. Dados estos elementos de identidad comunitaria, una presunción a favor de una regulación ambiental descentralizada no puede justificarse porque

84 CSJN, “La Pampa, Provincia...”, *Fallos*: 340:1695, Consid. 13.

prejuzga la cuestión crítica de la comunidad política relevante en relación con el problema ambiental en cuestión. La existencia de la gestión de recursos compartidos, los problemas ambientales de diferentes escalas y de las comunidades de interés de distintos tamaños hacen evidente el caso de una jerarquía reguladora diversa de un Gobierno Central⁸⁵. Finalmente, aunque no es menos importante, un aspecto para agregar es el marco formal indefinido. En el caso, la Corte Suprema utiliza en la sentencia convenios internacionales en materia de diversidad biológica y de lucha contra la desertificación como si fueran “presupuestos mínimos”⁸⁶ y lo hace dentro del marco propio de la competencia dirimente. Esto puede ocasionar una dispersión normativa mayor que confunda aún más el problema e infunda a las partes a ampliar el marco de pretensiones contrapuestas.

Si bien la primera sentencia fue valiosa al calificar al Río Atuel y su cuenca como interprovincial, la sentencia del año 2017 se centró en la *recomposición del ecosistema* afectado en el noroeste de la provincia de La Pampa y la forma de hacerlo es, en sentido concreto, dejar pasar más agua para La Pampa o, lo que es lo mismo, dejarlo en su estado original⁸⁷. Empero, este tipo de conflictos escapan a las potestades regulares de los jueces y no siempre encuentran solución en las leyes. Ante ello, la misma Constitución Nacional establece algunas guías: “[...] como son las que surgen de su Preámbulo, en especial, para el caso, el constituir la unión nacional, asegurar la paz interior y promover el bienestar general. A esta guía normativa deberán los magistrados agregar el uso de la razón, el conocimiento de la realidad, la comprensión del pasado y la proyección de las consecuencias futuras”⁸⁸.

Como señalamos, es difícil de imaginar que un conflicto de tan larga data se defina en un solo marco de discusión, pero lo que cabe remarcar es que se ha redefinido la materia de discusión y el universo del conflicto⁸⁹.

85 Cohen, J. E. (1995). “A Constitutional Safety Valve: The Variance in Zoning and Land-Use Based Environmental Controls”. *Boston College Environmental Affairs Law Review*, N° 199, 307.

86 CSJN, “La Pampa, Provincia...”, *Fallos*: 340:1695, Consid. 12. Esta tesis se traduce en la obligación activa del Estado nacional de “destinar recursos para combatir la sequía grave o desertificación, con una visión que excede el ámbito del Río Atuel, para comprender toda la cuenca y la región”.

87 El caudal ecológico nace en EE. UU., donde se lo denominó *instreamflow*. Se trata de un caudal que permita el desarrollo de las funciones del ecosistema fluvial, y eso es lo que ha recibido diferentes nombres: caudal de mantenimiento, caudal mínimo, caudal ambiental, caudal reservado, caudal regulado.

88 CSJN, “La Pampa, Provincia...”, *Fallos*: 340:1695, Consid. 4°.

89 Posteriormente, la Corte Suprema emitió otro acuerdo sobre el cumplimiento de la segunda intervención, en razón de no haberse cumplido en el plazo estipulado un acuerdo entre ambas provincias y el Estado Nacional. CSJN, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, *Fallos*: 341:560.

VI. Reencauzando la discusión. Conclusión

El cambio de argumentación para referirse al manejo del conflicto evidencia que el territorio ambiental no coincide con el territorio político o jurisdiccional, y en razón de ello se define como unidad de gestión a la cuenca hídrica.

La falta de un acuerdo en común, en razón de no haberse delimitado con exactitud los derechos de uso sobre el Río Atuel, llevó a fallas directas del sistema federal, ya que Mendoza aprovechó la confusión normativa para utilizar el curso de agua a expensas de La Pampa. La necesidad de una acción colectiva para responder a esta dinámica de *dilema de los prisioneros* en la segunda intervención de la Corte Suprema se comprende bien y representa un fuerte argumento para la intervención de la competencia dirimente de la Corte Suprema⁹⁰. La presencia de un daño interprovincial exige alguna forma de acción gubernamental general en todo el alcance del daño. La falta de un mecanismo autónomo para facilitar la acción colectiva entre las jurisdicciones cuyos destinos están vinculados ecológicamente conduce a una dinámica de tragedia comunal con la consecuente pérdida de bienestar e infracciones a los derechos de propiedad⁹¹. Por lo menos, las jurisdicciones que comparten la cuenca, un recurso o problema ambiental deben establecer un proceso para aclarar el alcance de los derechos de propiedad en cuestión, así como las reglas y los procedimientos para permitir que estos derechos se intercambien a bajo costo. Tal estructura requiere cierto grado de centralización, algo que la competencia dirimente de la Corte Suprema puede reencauzar.

El corolario es la discusión de la “razonabilidad” del uso por parte de Mendoza. Aunque históricamente la piedra de toque ha sido lo *razonable* de la utilización de los recursos naturales, los derechos de propiedad a menudo estarán en disputa porque no existe una definición clara de lo que es razonable cuando se introduce el paradigma sustentable. El caso del Río Atuel demuestra que en la sentencia de 1987 no había un nivel razonable de contaminación, pero el paso del tiempo hizo que lo inocuo se considere dañino e irrazonable.

90 Este argumento lo he tomado de la obra de Olson, M. (1965). *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, que se puede aplicar a la función de árbitro llevada a cabo por la Corte Suprema en el caso en análisis.

91 Ostrom, E. and Gordon W. (1999). “Does Local Community Control of Police Make a Difference?”. En Michael D. McGinnis (Editor). *Polycentricity and Local Public Economies: Readings from the Workshop of Political Theory and Policy Analysis*. Michigan. University of Michigan.

La resolución de la Corte Suprema, a modo de regulador⁹², puede producir un resultado superior al establecer los límites del comportamiento permitido y, por lo tanto, garantizar que los resultados sean justos y eficientes para ambas partes en disputa, acercándose al óptimo paretiano. *A priori*, el conflicto así planteado se asemeja a un juego de suma cero donde la ganancia de Mendoza es la pérdida de La Pampa. Pero si nos adentramos en una lectura de la sentencia, advertimos que la actitud de Mendoza ha sido perjudicial para un conglomerado socioambiental que no puede reducirse solo a lo territorial. La propia calificación de “conflicto interprovincial” es errónea, e hizo bien la Corte al escuchar terceros ajenos a la mera territorialidad local, y desde el punto de vista ambiental, se reduce el riesgo de desajuste entre los costos y beneficios de la respuesta al caso⁹³.

Las externalidades negativas las produjo Mendoza con el aprovechamiento de las aguas a lo largo de su existencia, y los daños de ese accionar se acumularon más allá de los límites de su regulación. Cuando se produce un desajuste de este tipo y se ignoran los daños externos, en el cálculo de costo-beneficio realizado por el regulador se subestimarán los costos y los resultados de la sobrerregulación, pudiéndose afirmar que el menor caudal de agua para La Pampa no fue *razonablemente* mensurado.

Las externalidades podrán tratarse aclarando quiénes tienen los derechos de propiedad si los costos de transacción fueran bajos y se pudiera negociar. Sin embargo, al ser altos, la regulación es necesaria y la maximización del bienestar requiere que la jurisdicción de la autoridad reguladora —o al menos el alcance de los costos y beneficios incluidos en el cálculo regulatorio— sea el límite del daño. La Pampa no solo no tiene autoridad directa sobre Mendoza, sino que los agricultores mendocinos que se encuentran aguas arriba también se resisten a asumir los costos de controlar el menor rendimiento al dejar pasar más agua, es decir, rechazan la internalización de su propia externalidad.

La necesidad de una respuesta en el orden federal a la externalidad, por supuesto, no resuelve la cuestión de qué tipo de régimen regulatorio

92 En consonancia con la famosa frase de Frank H. Easterbrook (1984). “La Corte Suprema es un regulador”. En “The Court and the Economic System”. *Harvard Law Review*, V. 98, Nro. 4, 4.

93 Siempre que el alcance de un daño ambiental no coincida con la jurisdicción del regulador, el cálculo de costo-beneficio será sesgado y se proporcionará o muy poca o demasiada protección ambiental. Ello porque la regulación ambiental opera en un ámbito donde las comparaciones cuantitativas de bienestar son difíciles y los beneficios económicos tangibles, demostrables y claramente evidentes de la reducción de la regulación ambiental superan los costos inciertos, intangibles y futuros asociados con la degradación ambiental. Conf. Revesz, R. (1992). “Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking The ‘Race-To-The-Bottom’ Rationale For Federal Environmental Regulation”, *New York University Law Review*, Nro. 67, 1210.

debe establecerse. La Corte Suprema decidió una función de cooperación, control y monitoreo, sin interferir con las partes, las que “deberán poner en funcionamiento la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI)”, a fin de que, en forma conjunta con el Estado Nacional, elaboren un programa de ejecución de obras que contemple diversas alternativas en relación a la problemática del Río Atuel, como así también los costos de la construcción de las obras respectivas y su modo de distribución, sus beneficios, las urgencias de las poblaciones circundantes, la defensa del acceso al agua potable, la participación de las comunidades originarias radicadas en la región, como asimismo la sostenibilidad de la actividad económica y productiva del ecosistema. Se puede concluir que las razones por las cuales ambas provincias han fracasado en llevar a cabo los acuerdos cooperativos, entre otras, son la ausencia de normas ambientales comunes, la dirección de los efectos secundarios en cuestión y los costos de la negociación. La colaboración depende de la existencia de normas ambientales comunes que hacen posible los límites de los derechos de propiedad. Si los efectos secundarios se produjeran en ambos sentidos, cada provincia tendría un incentivo para colaborar en la búsqueda de soluciones de acción colectiva que establezcan un régimen sobre el Río Atuel viable. Cuando, como en este caso, el flujo de daños es sustancialmente unidireccional, el problema adquiere un sabor de suma cero que hace que la colaboración sea mucho más difícil. Si el flujo es siempre de Mendoza a La Pampa, ¿por qué debería Mendoza restringir su producción? En casos no recíprocos, las normas ambientales chocan con otras normas de manera que pueden dificultar la colaboración. Al no existir normas comunes de responsabilidad, los costos de transacción de la colaboración interprovincial son mucho más altos y la competencia dirimente de la Corte Suprema aparece como la solución más cercana al óptimo paretiano. Además, los costos de la decisión se traducen en una pérdida más concentrada y concreta para Mendoza y sus productores, que un beneficio tangible para La Pampa⁹⁴.

Se pueden extraer tres grandes conclusiones. La primera es que los efectos indirectos de Mendoza sobre La Pampa representan un problema grave, y ante ello es improbable que surja una política de colaboración descentralizada o de la visión *tradicional* del federalismo. Cada vez que creamos múltiples jurisdicciones regulatorias en un intento de adaptar mejor

94 Esto sucede porque los costos ambientales se traducen fácilmente en términos monetarios, sin embargo, los beneficios se acumulan para el público en general –no sólo pampeano– en formas que son difíciles de discernir y monetizar y esta asimetría se traduce en la actividad política e influencia en el manejo de los recursos. El acierto es la utilización de principios y reglas generales en lugar de resultados específicos de cada caso.

las políticas a las necesidades y deseos locales, nuestra capacidad para limitar la contaminación transjurisdiccional a un nivel eficiente y proteger los derechos de propiedad disminuye. Con frecuencia los límites de un recurso ambiental no son fijos, y en algunos casos, el daño sufrido por las personas más allá de las fronteras de la jurisdicción reguladora no es físico ni económico, sino más bien psicológico. Los pampeanos “sienten” que le han “robado el Río Atuel” y ello conlleva a una desconfianza adicional para llegar a un acuerdo cooperativo⁹⁵.

La segunda conclusión es el cambio de paradigma que deja la enseñanza del conflicto. Por años la preocupación fue la defensa de un sistema federal, de límites administrativos y convenciones materiales que armonicen con las demandas políticas locales que se iban generando, hasta que la degradación del medio ambiente puso de relieve la liviandad del enfoque, lo mutable de lo que se entiende por *razonable* y la falta de respuesta que otorga el sistema federal. La aceptación general de que un recurso ambiental como un río deba ser administrado públicamente, no resuelve de todas formas el problema sobre la entidad de gestión adecuada. Una persona que posee un derecho de propiedad contra la contaminación puede no saber, o ser capaz de saber, los términos en los que racionalmente intercambiaría todo o parte de ese derecho. Como consecuencia, las violaciones de los derechos de propiedad no solo son difíciles de detectar debido a la invisibilidad de muchos factores contaminantes, sino que los individuos tampoco pueden juzgar fácilmente qué riesgos de salud pública o daños ecológicos representa la contaminación. La construcción del dique “El Nihuil” era un estandarte del progreso al momento de su construcción; hoy es una de las causales de la desertificación, según los demandantes⁹⁶.

Finalmente, la tercera conclusión radica en el hecho de incorporar terceros al proceso, un claro indicativo de que la comunidad política para definir los conflictos ambientales tampoco es fija. En la formulación de políticas ambientales, la esfera de los intereses afectados puede expandirse o contraerse según una definición evolutiva de comunidad; a medida que se perciben más externalidades o internalidades, la identidad política puede cambiar en consecuencia; y a medida que cambia la identidad política,

95 A lo largo de la Ruta Nacional N° 188, que atraviesa –entre otras– ambas provincias, se pueden observar diversos carteles alejados en los cuales se hace referencia al conflicto en este sentido.

96 La Pampa señaló que el corte total del Río Atuel se produjo en la década de 1940, a raíz de la sanción de la Ley Nacional N° 12.650, la cual dispuso la ejecución de la obra “Los Nihuales”. De este modo, el río dejó de llegar a La Pampa en el año 1947, al comenzar el llenado del embalse del dique El Nihuil, y desde ese año el Atuel no volvió a ingresar al territorio pampeano sino hasta una gran crecida que tuvo en el año 1973.

pueden surgir nuevas deficiencias estructurales. Al tratar de maximizar el bienestar social ambiental, debemos tener cuidado de no concluir demasiado apresuradamente que conocemos los límites precisos de la comunidad apropiada y, por lo tanto, cuyos costos y beneficios deben “contar”. En aspectos importantes, la naturaleza y la geografía definen el alcance óptimo de la intervención gubernamental en el ámbito ambiental. Si bien las estrategias regulatorias generalmente se establecen a lo largo de las fronteras políticas, como las ciudades, los Estados y los países, los problemas ecológicos casi nunca se ajustan a estas fronteras a menudo artificiales. Por lo tanto, una respuesta reguladora que se ajuste a las fronteras políticas a menudo será subóptima. Además, una segunda dimensión de la jurisdicción reguladora óptima se define por el concepto de ciudadanía y, por lo tanto, está limitada por el alcance de la “comunidad”. Debido a que la ciudadanía implica deberes para los ciudadanos, los miembros de la comunidad tienen derecho a tener sus puntos de vista.

Esta última conclusión muestra que la identificación de la comunidad con respecto a los problemas ambientales presenta un nuevo desafío. En algunas circunstancias, los límites políticos delimitan comunidades de valores compartidos y, por lo tanto, resultan útiles para definir la unidad reguladora óptima. En muchos casos, sin embargo, los intereses y valores ambientales no coinciden con las líneas jurisdiccionales existentes. ¿Qué sucede, por ejemplo, cuando “otros” administran mal los recursos ambientales de los que “nosotros” obtenemos algún beneficio?

Es de esperarse que este cambio de enfoque permita una mayor toma de conciencia en la protección de recursos ambientales, y logre el disfrute de condiciones de vida equivalentes por parte de todos los ciudadanos, con independencia de la provincia en que residan, y en el cual el *federalismo cultural* pueda hacer valer los intereses comunes antes que lo particular. Quizás sea este uno de los mayores desafíos que enfrente el sistema federal como forma de Estado en el siglo que ha comenzado, y pueda canalizar, como expresó Gelli, *un conflicto que parece no tener fin*⁹⁷.

97 Gelli, M. A. (2018). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 5ª ed. T. II. Buenos Aires. Ed. La Ley, 743.

Bibliografía

- Arroyo Gil, A. (2019). “El federalismo alemán a comienzos del siglo XXI”. *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e historia constitucional*, Nro. 10, 59.
- Bidart Campos, G. (2004). “¿Un federalismo cultural?”. *A 10 años de la Reforma Constitucional*. Buenos Aires. Lexis Nexis.
- Bidart Campos, G. y Sandler, H. (coord.) (1995). *Estudios sobre la Reforma Constitucional de 1994*. Buenos Aires. Depalma.
- Bojanich Marcovich, E.; Cotta, R.; Pontussi, E. (1980). *El Río Atuel es interprovincial*. Gobierno de la Provincia de La Pampa.
- Branfman, Cohen & Trubek (1973). “Measuring the Invisible Wall: Land Use Controls and the Residential Patterns of the Poor”. *Yale Law Journal*, Nro. 82, 483.
- Cashin, S. D. (1999). “Federalism, Welfare Reform, and the Minority Poor: Accounting for the Tyranny of State Majorities”. *Columbia Law Review*, Nro. 99, 552.
- Coase, R. (1960). “The Problem of Social Cost”. *Journal of Law and Economic*, 1.
- Cohen, J. E. (1995). “A Constitutional Safety Valve: The Variance in Zoning and Land-Use Based Environmental Controls”. *Boston College Environmental Affairs Law Review*, N° 199, 307.
- Convención de Lucha contra la Desertificación, aprobada por Ley N° 24.701.
- Convenio sobre Diversidad Biológica, aprobado por Ley N° 24.375.
- Cooter, R. y Ullen, T. (1998). *Derecho y Economía*. México. FCE, 475-480.
- Demsetz, H. (1967). “Toward a Theory of Property Rights”. *The American Economic Review*, Vol. 57, No. 2, Mayo, 347-359.
- Easterbrook, F. H. (1984). “The Court and the Economic System”. *Harvard Law Review*, V. 98, Nro. 4, 4.
- Fallon, R. Jr. (2001). “Stare Decisis and the Constitution: An Essay on Constitutional Methodology”. *New York University Law Review*, Nro. 7, 570.
- García Mansilla, J. y Ramírez Calvo, R. (2006). *Las fuentes de la Constitución Nacional*. 1ª ed. Buenos Aires. Lexis Nexis.
- Gelli, M. A. (2018). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 5ª ed. T. II. Buenos Aires. Ed. La Ley, 743.
- Giles, S. (2011). “The Supreme Court and Legal Uncertainty”. *DePaul Law Review*, N° 60, 311.
- González, J. V., *Manual de la Constitución Argentina*.
- Kirsten, H. E. (1997). “State Environmental Standard-Setting: Is There A ‘Race’ And Is It To The Bottom”. *Hastings Law Journal*, Nro. 48, 271.
- Linares Quintana, S. V. (1987). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. T. IX. Buenos Aires. Plus Ultra, 804.
- Oates, W. (1977). *Institutos de Federalismo Fiscal*. Madrid. Instituto de Estudios de Administración Local.
- Olson, M. (1965). *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*.

- Olson, M. (1969). "The Principle of 'Fiscal Equivalence': The Division of Responsibilities among Different Levels of Government". *The American Economic Review*, V. 59, N° 2, 479.
- Ostrom, E. (2009). *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México. Fondo de Cultura Económica.
- Ostrom, E. and Gordon, W. (1999). "Does Local Community Control of Police Make a Difference?". En Michael D. McGinnis (Editor). *Polycentricity and Local Public Economies: Readings from the Workshop of Political Theory and Policy Analysis*. Michigan. University of Michigan.
- Paulsen, M. (2000). "Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of Roe and Casey?". *Yale Law Journal*, Nro. 109, 1535.
- Paulsen, M. (2005). "The Intrinsically Corrupting Influence of Precedent". *Const. Comment.* Nro. 22, 289.
- Porto, A. (Director) (2004). *Disparidades Regionales y Federalismo Fiscal*. La Plata. ULP, 44.
- Putnam, R. (1994). *Cómo hacer que la democracia funcione*. Venezuela. Galac, 57.
- Revesz, R. L. (1992). "Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking The 'Race-To-The-Bottom' Rationale For Federal Environmental Regulation". En *New York University Law Review* Nro. 67, 1210.
- Sagüés, N. P. (2003). *Elementos de Derecho Constitucional*. 3ª ed. T. 2. Buenos Aires. Astrea, 35.
- Shapiro, D. L. (2008). "The Role of Precedent in Constitutional Adjudication: An Introspection". *Texas Law Review*, Nro. 86, 929.
- Spota, A. A. (1990). "La Corte Suprema de Justicia de la Nación como parte del poder político del Estado". *La Ley*, T. B, 979.
- Sullivan, K. (1989). "Unconstitutional Conditions". *Harvard Law Review*, V. 102, N° 7, 1413.
- Tushnet, M. (1985). "Federalism and the Traditions of American Political Theory". *Georgia Law Review*, Nro. 19, 981.
- Wats. R. (2006). *Sistemas Federales Comparados*. Trad. Esther Villadangos. Madrid. Marcial Pons, 136.

**LA RELACIÓN ENTRE LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA Y
LA DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE LOS
DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
Y LA CONSTITUCIÓN NACIONAL**

*The Relationship Between Contributory Capacity and Disability in Light
of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the
National Constitution*

*Il rapporto tra capacità fiscale e disabilità alla luce della convenzione dei
diritti delle persone con disabilità e della costituzione nazionale*

Ludmila Andrea Viar¹

Recibido: 2 de mayo de 2019
Aprobado: 21 de mayo de 2019

Resumen: Conforme con la suscripción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Argentina se encuentra comprometida con la integración de este grupo de personas en todo su sistema legal. Como consecuencia de ello, la apreciación de la capacidad contributiva que detentan las personas con discapacidad atrae el foco de atención no sólo a la ley fiscal, sino a la adaptación de aquella bajo los preceptos, principios y objetivos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Palabras clave: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Argentina; Capacidad Contributiva; Ley fiscal; Impuestos; Integración.

Abstract: In accordance with the subscription of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Argentina is committed to the integra-

1 Magíster en Derecho Tributario, Doctoranda de la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina) y ayudante de segunda en la cátedra de la Universidad de Buenos Aires: "Finanzas Públicas y Derecho Tributario". Correo electrónico: ludmilaviar@gmail.com.

tion of this group of people throughout its legal system. As a result, the appreciation of the tax capability held by people with disabilities attracts not only the focus on the tax law, but also in the adaptation of it under the precepts, principles and objectives of the Convention on the Rights of the People with disabilities.

Keywords: Convention on the Rights of Persons with Disabilities Argentina; Tax Capability; Fiscal Law; Taxes; Integration.

Sommario: In accordo con la ratifica della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, Argentina è impegnata ad assicurare l' integrazione di questo gruppo di persone nel suo sistema giuridico. Conseguentemente, la valutazione della capacità contributiva delle persone con disabilità richiede l' adeguazione delle leggi fiscali alle disposizioni, i principi e gli obiettivi della Convenzione.

Parole chiave: Convenzione sui Diritti delle Persone con Disabilità Argentina; Capacità fiscale; Diritto tributario; Tassazione; Integrazione.

Para citar este texto:

Viar, L. (2019). "La relación entre la capacidad contributiva y la discapacidad a la luz de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Constitución Nacional". *Prudentia Iuris*, N. 88, pp. 111-124.

1. Introducción

El Estado argentino suscribió la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por Ley N° 26.378 y con jerarquía constitucional por Ley N° 27.044), cuyo principal objetivo es impulsar la incorporación a la sociedad en pie de igualdad de las personas con discapacidad. En este sentido, se asume la responsabilidad de incluir a las personas con discapacidad al sistema en un esquema de equidad.

Al mismo tiempo, Argentina posee un sistema tributario que brinda garantías constitucionales a los contribuyentes. Estas garantías permiten que se analice la capacidad contributiva en general y en particular, llegado el caso, con el fin de evitar que el patrimonio de las personas se vea perjudicado.

En este sentido, el sistema tributario no se encuentra excluido de la realización de un control de convencionalidad con los principios establecidos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En concreto, aquello lleva al análisis de la relación de la capacidad contributiva

con respecto a la discapacidad como característica subjetiva de un grupo de contribuyentes.

Por todo lo dicho, el objetivo de este trabajo radica en la relación entre el Derecho Tributario y las personas con discapacidad. Para ello, estudiaremos los grandes lineamientos previstos por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, para luego aproximarnos al control de convencionalidad que debiera ser ejercido sobre la normativa tributaria.

En una segunda etapa, se planteará si efectivamente existe un diálogo entre el principio de capacidad contributiva y su adaptación en relación con las personas con discapacidad.

2. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: sus grandes lineamientos y la recepción en el Derecho argentino

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (de ahora en adelante, CDPD), aprobada por Ley N° 26.378 (BO 9-6-2008) –y con jerarquía constitucional otorgada mediante la Ley N° 27.044 (BO 22-12-2014)–, define a las personas con discapacidad en su artículo 1°:

“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Esta definición nos ofrece el marco conceptual más idóneo para este trabajo. En efecto, la CDPD quiere enfatizar que la discapacidad resulta de una interacción entre personas con deficiencias y barreras que impiden su plena inclusión. Así, será objeto central de este trabajo procurar describir en qué medida existen o no barreras en el campo impositivo en torno a la integración.

De la CDPD también surgen otras nociones que son muy relevantes para nuestra investigación. En particular, se debe resaltar que para favorecer la plena inclusión de las personas con discapacidad los Estados Parte se comprometen a realizar “ajustes razonables”. Los “ajustes razonable” deben ser comprendidos como: “[...] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales” (art. 2°).

En este mismo sentido, el artículo 5°, apartados 3 y 4, de la CDPD establece:

“3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”.

En la CDPD subyace un principio que resultará importante para nuestra materia. No se trata de otorgar privilegios a las personas con discapacidad, sino de remover barreras para que puedan encontrarse en igualdad de condiciones con respecto a las demás. De allí que el principio de igualdad sea otro de los grandes ejes de la Convención.

Sobre todo esta eliminación de barreras para promover la igualdad de las personas con discapacidad con las demás personas debe ser realizada a través de ajustes razonables. De esta forma, en el campo tributario, no se desconoce la obligación impositiva que pesa sobre la persona con discapacidad. Por el contrario, se convoca a los poderes del Estado a realizar una integración adecuada en relación a su posibilidad concreta de aportar al Fisco.

La Convención supera visiones que únicamente consideraban a la persona con discapacidad desde la perspectiva exclusivamente médica. Algunos entienden que así se deja atrás *the affliction paradigm, the medical/charity paradigm* y *the civil rights paradigm*². Esto permite que se abra paso a una concepción desde la visión de los Derechos Humanos y de la dignidad de la persona por el mero hecho de serlo. De esta forma, se observa a la discapacidad desde la óptica de las barreras que impiden la integración dentro de la sociedad.

“[...] la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”³.

Por su parte, el Código Civil y Comercial, vigente en Argentina desde el 1° de agosto de 2015, ha dado una definición de discapacidad que se ha ocupado de reiterar en dos ocasiones⁴.

La primera de ellas está en el artículo 48 sobre inhabilitados, donde define a la persona con discapacidad como aquella que “padece una alteración

2 Seto, T. P.; Buhai, S. L. (2006). *Tax And Disability: Ability to Pay and the Taxation of Difference*. University of Pennsylvania Law Review [Vol. 154: 1053 2006]. Loyola-LA Legal Studies Paper No. 2005-15.

3 Preámbulo de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, apartado e).

4 Ver Lafferriere, J. N. “La capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección”. *La Ley DFyP* 2017 (abril), 209-223, AR/DOC/591/2017.

funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

Cabe hacer una aclaración respecto a la ubicación de la definición dentro del articulado. La inhabilitación no encuadra dentro del concepto de discapacidad y es un supuesto de restricción a la capacidad. Asimismo, en el art. 2448, CCC, se establece la posibilidad de mejora en la herencia para personas con discapacidad, utilizando una terminología similar a la que ya se indicó para el art. 48, CCC.

Esta definición incorpora dentro de la sociedad a las personas con discapacidad en pie de igualdad. Excluye la mera diferencia fundada en defectos físicos o psíquicos, sino que habla de una verdadera inclusión desde el punto de vista de los Derechos Humanos. Esta nota se observa en la última parte de la definición, en donde dice que la discapacidad implica una desventaja de integración dentro de distintos ámbitos. Por lo tanto, esta desventaja debe ser equiparada dentro de todos los ámbitos, incluyendo el tributario.

En este mismo sentido, Argentina, a través de la sanción de la Ley N° 22.431, recoge un concepto sobre la discapacidad fundado en la inclusión social de las personas con discapacidad:

“Artículo 1° - Institúyese por la presente ley, un sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible *neutralizar la desventaja* que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales” (el destacado me pertenece).

Debe aclararse que si bien el texto de la ley habla de “personas discapacitadas”, aquello queda en desuso por la aplicación de la Convención. Esto resulta así, ya que la discapacidad es una característica que no modifica lo propio de la humanidad de la persona. No obstante, no procede la crítica en este texto citado, ya que aquella sería anacrónica considerando que la Ley N° 22.431 fue sancionada en el año 1981, es decir, con antelación a la entrada en vigencia de la CDPD.

Otra ley central en la protección de derechos de las personas con discapacidad es la Ley N° 24.901 (BO 5-12-1997), que tiene por finalidad instituir “un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos” (art. 1°). También se trata de una ley anterior a la CDPD y que podemos encuadrar entre las normas de seguridad social. En su artículo 9° dispone: “Entiéndese por persona con discapacidad,

conforme lo establecido por el artículo 2° de la Ley N° 22.431, a toda aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables en su integración familiar, social, educacional o laboral”. El texto es prácticamente igual al que adopta el Código Civil y Comercial, con excepción de la caracterización de la discapacidad, que en la Ley N° 24.901 refiere a “motora, sensorial o mental”, mientras en el CCC se simplifica la expresión: “física o mental”.

3. Breve aproximación del control de convencionalidad de la CDPD en el ámbito tributario

Aunque sin denominarlo de esa manera, podemos decir que el control de convencionalidad es aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el año 1992, a partir del caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”. Se trata de verificar si en el caso concreto es aplicable el Pacto de San José de Costa Rica:

“12) Que, en cuanto al fondo del asunto, la primera advertencia a formular es que excluida su consagración expresa por la Constitución, el derecho de réplica, rectificación o respuesta, tampoco se encuentra contenido entre los implícitos que reconoce el art. 33 de aquélla (confr. sentencias del 1° de diciembre de 1988, *in re*: S. 454 XXI. ‘Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Urraca S.A. y otro’ y E. 60. XXII. ‘Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo’).

13) Que, en segundo término, cabe señalar que el Pacto de San José de Costa Rica integra el ordenamiento jurídico argentino (art. 31, Constitución Nacional), puesto que se trata de una convención vigente de la que Argentina se ha hecho parte mediante el oportuno depósito del instrumento de ratificación el 5 de setiembre de 1984 (art. 74.2 de la Convención). Ello es así, independientemente del carácter operativo o programático de las normas que integran el Pacto. Lo expuesto en el párrafo precedente modifica el criterio expresado por este tribunal en los casos ‘Costa, Héctor R. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros’, registrado en *Fallos*: 310:508, consid. 16, primera parte, ‘Eusebio, Felipe Enrique’, publicado en *Fallos*: 310:1080, en particular la doctrina que surge de páginas 1087/1088 y en las sentencias *in re*: ‘Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Urraca S.A. y otro’, cit., consid. 7° y ‘Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo’, cit., consid. 3^o5.

5 “Ekmekdjian c/ Sofovich”, 7-7-1992, Considerandos Nros. 12 y 13, *Fallos*: 315:1492.

En el año 2007, retomando el caso “Almonacid”⁶, en el caso “Mazzeo” la Corte Suprema refiere específicamente al control de convencionalidad, diciendo expresamente: “[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana –CIDH Serie CN– 154, caso ‘Almonacid’, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124)”⁷.

En el año 2012, la Corte Suprema reconfirma la aplicación del control de constitucionalidad y de convencionalidad de forma oficiosa en el fallo “Rodríguez Pereyra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, haciendo referencia tanto al fallo “Mazzeo” como “Almonacid”:

“[...] La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al Derecho Interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente normas locales de menor rango”⁸.

Si nos adentramos en el tema de nuestro trabajo, podemos comenzar tomando como base el criterio que propone el Comité de Personas con Discapacidad, cuando sostiene: “[...] una ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique”⁹.

6 Ver Corte IDH en “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, 26-9-2006.

7 Cfr. CSJN en “Mazzeo, Julio Lilio s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, 13-7-2007, Considerando 21, *Fallos*: 330:3248.

8 CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, 27-9-2012, Considerando 12, R. 401. XLIII.

9 Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, N° 14: Igualdad y No Discriminación, p. 30, párrafo 286, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/discriminacion-2017.pdf>.

De acuerdo a lo que señala el Comité, y aplicando la noción a la materia tributaria, podemos decir que la discriminación a la que hace referencia emerge en el momento en que la ley impositiva no prevé en particular la capacidad contributiva de la persona con discapacidad.

A nivel nacional –los impuestos sancionados por el Congreso repercuten sobre toda la población– existen previsiones aisladas en relación a la persona con discapacidad. El primer caso se encuentra en la Ley de Impuesto a las Ganancias, en donde se establece una deducción específica, pero con algunas limitaciones que emergen del mismo artículo, en beneficio de aquellos que tienen a cargo personas con incapacidad para el trabajo¹⁰. El segundo caso, destacable a nivel nacional, se observa en la Ley de Impuesto al Valor Agregado, de donde surge una exención para los establecimientos de enseñanza a personas con discapacidad. De hecho, la ley habla de “discapacitados”¹¹ al establecer el beneficio.

Esto es sólo una muestra de la falta de incorporación de la CDPD dentro del sistema legal impositivo.

También, la misma Ley de Impuesto al Valor Agregado exige a las importaciones definitivas realizadas por Fundaciones o instituciones enumeradas en el art. 20, inc. F, de la Ley de Impuesto a las Ganancias, que se ejecuten de forma gratuitas en protección de la minusvalía y discapacidad¹².

Por otra parte, si tomamos la Ley de Impuesto a las Ganancias –un impuesto nacional, directo, que afecta a la generación de ingresos de las personas físicas– y enumeramos las reformas a las que fue sometida desde un comienzo, así como los decretos que la modificaron, no encontramos en ninguno de ellos alguna referencia que aborde en concreto la problemática de la capacidad contributiva de la persona con discapacidad.

De la enumeración de la normativa y su entrada en vigencia podremos observar que al buscar cada una de estas leyes y decretos que modificaron a la Ley de Impuesto a las Ganancias, ninguna previó la capacidad contributiva de la persona con discapacidad de forma expresa o tácita; tampoco ocurrió aquello en las leyes y decretos posteriores a la entrada en vigencia de la CDPD.

Leyes: Ley N° 27.480, Vigencia 22-12-2018; Ley N° 26.731, Vigencia 28-12-2011; Ley N° 27.430, Vigencia 30-12-2017; Ley N° 27.346, Vigencia 27-12-2016; Ley N° 26.477, Vigencia 24-12-2008; Ley N° 25.063, Vigencia 7-12-1998; Ley N° 25.239, Vigencia 31-12-1999; Ley N° 25.784, Vigencia 22-10-2003; Ley N° 25.239, Vigencia 31-12-1999.

10 Ver Ley de Impuesto a las Ganancias, art. 23.

11 Ver Ley de Impuesto al Valor Agregado, art. 7°, inc. H, apartado 4.

12 Ver Ley de Impuesto al Valor Agregado, art. 8°, inc. B, apartado 1.

Decretos: Decreto N° 152/2015, Vigencia 18-12-2015; Decreto N° 1.253/2016, Vigencia 14-12-2016; Decreto N° 279/2018, Vigencia 10-4-2018; Decreto N° 394/2016, Vigencia 1-1-2016; Decreto N° 2.354/2014, Vigencia 12-12-2014; Decreto N° 1.242/2013, Vigencia 28-8-2013; Decreto N° 244/2013, Vigencia 5-3-2013; Decreto N° 1.006/2013, Vigencia 26-7-2013; Decreto N° 2.191/2012, Vigencia 15-11-2012; Decreto N° 465/1974, Vigencia 8-2-1974; Decreto N° 1.092/1997, Vigencia 27-10-1997; Decreto N° 1.472/1997, Vigencia 5-1-1998; Decreto N° 1.517/1998, Vigencia 2-8-1999; Decreto N° 1.517/1998, Vigencia 24-12-1998.

En consecuencia, partiendo de los decretos y las leyes enumeradas y referidas, podemos decir que parecería existir una omisión de este colectivo en materia tributaria, específicamente en lo que prevé la Ley de Impuesto a las Ganancias. En tal caso, siguiendo los lineamientos de la Comisión, la cual fue citada más arriba, esta omisión podría devenir en una discriminación a esta minoría.

En 2018, la Corte Suprema ordenó la procedencia de un beneficio impositivo para personas con discapacidad, previsto, específicamente, para la adquisición de automotores¹³. Allí la Corte critica la falta de aplicación de la Convención diciendo: “En este sentido, cabe señalar que el Decreto N° 1.313/1993 ni siquiera ha intentado justificar la necesidad de evaluar la situación económica del grupo familiar en ciertos supuestos o en razón de alguna circunstancia concreta que eventualmente debiera ser considerada, por lo que sus disposiciones alcanzan incluso a aquellas personas con discapacidad mayores de edad, que se desenvuelven laboralmente y cuentan con medios propios de vida que les permiten por sí solas cumplir con las condiciones de aquella norma, excluyéndolas de los beneficios tributarios para la adquisición de un vehículo, si la capacidad económica considerada conjuntamente con los bienes o los ingresos del ‘núcleo familiar’ excediera los topes fijados en el art. 8° del Decreto N° 1.313/1993. En el supuesto referido y en un sinnúmero de situaciones disímiles, la norma reglamentaria niega la ayuda estatal para acceder a una movilidad de calidad. De manera tal que pareciera reposar –irrazonablemente y sin atender las directrices de las normas convencionales citadas– sobre un hecho que no siempre es incontestable, esto es, que el ‘núcleo familiar’ de la persona con discapacidad que se encuentra –al menos– en una de las situaciones descriptas en el art.

13 CSJN, 21-11-2018. “G. V., M. y otros c/ EN - AFIP DGI - Dto. N° 1.313/1993 s/ proceso de conocimiento” (CAF 20217/2005/CS1). *El Derecho* (7-12-2018, nro. 14.547).

Ver, también, Viar, L. A. “Una aproximación entre el ámbito del Derecho Tributario y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Análisis del fallo ‘G. V., M. y otro c/ EN – AFIP DGI – Dto. N° 1.313/1993 s/ proceso de conocimiento’”. *El Derecho*, [280] – (7-12-2018, nro. 14.547).

8° del Decreto N° 1.313/1993, efectivamente asumirá el costo que supone adquirir un vehículo sin los beneficios que concede la ley¹⁴.

El fallo precedente marcó la importancia de vincular a la CDPD en la interpretación de la norma tributaria a los efectos de valorar, en el caso concreto, la violación de principios constitucionales. En este sentido, debe denotarse que es el juez mismo quien trae al caso la aplicación de la CDPD, al margen de que no haya sido citado por las partes. El control de convencionalidad en materia de impuestos y discapacidad debe ser realizado incluso de oficio por parte de los jueces intervinientes.

4. Un acercamiento al concepto de capacidad contributiva en relación a la capacidad contributiva de las personas con discapacidad

Se define a la capacidad contributiva como “la *potencialidad* de contribuir a los gastos públicos que el legislador atribuye al sujeto particular”¹⁵ (el destacado me pertenece).

Otra definición, un poco más acabada, profundiza el concepto diciendo: “El concepto de capacidad contributiva puede sintetizarse en la aptitud de una persona de ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias, en tanto es llamada a sostener el gasto público por la revelación de manifestaciones de riquezas (capacidad económica) que, ponderadas por la política legislativa, son elevadas al rango de categorías imponible”¹⁶.

Desde un punto de vista que hace más bien al ámbito del Derecho Financiero, y que parece completar los conceptos hasta aquí establecidos, se conceptualiza a la capacidad contributiva como: “[...] la condición idónea de una persona para ser llamada a sostener el gasto público por poseer una riqueza objetiva, que el legislador transforma en categoría imponible por la ponderación discrecional de un conjunto de factores políticos, sociales o económicos”¹⁷.

Dentro del ordenamiento jurídico argentino la capacidad contributiva no se encuentra prevista de forma explícita sino que emana de los principios

14 Corte Suprema de Justicia de la Nación; “González Victorica, Matías y otros c/ EN - AFIP DGI - Dto. N° 1.313/1993 s/ proceso de conocimiento”; CAF 20217/2005/CS1.

15 Jarach, D. (1982). *El hecho imponible. Teoría General del Derecho Sustantivo*. 3ª ed. Reimpresión. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 87.

16 Tarsitano, A. “La autonomía del Derecho Financiero y el principio de capacidad contributiva”, <http://www.albertotarsitano.com.ar/interpretacion.html>.

17 Lalanne, G. A. (Coord.) - Casás, J. O. y Roberto Freytes, R. O. (Dirs.) (2013). *La Jurisprudencia Tributaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a 150 años de su primera sentencia*. Buenos Aires. Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Errepar.

constitucionales. La doctrina hace emanar el fundamento de este principio de los arts. 4º, 14, 16, 17, 28, 33 y 75 –inc. 22– de la Constitución Nacional argentina.

Además dentro del mismo programa constitucional, en el Preámbulo se encuentran lineamientos como “la unidad nacional”, “afianzar la justicia”, “consolidar la paz interior”, “proveer a la defensa común”, “promover el bienestar general” y “asegurar los beneficios de la libertad”.

Por último, del art. 33 de la CN –los derechos implícitos– puede desprenderse la capacidad contributiva, en especial en cuanto dice “[...] pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

De la complementariedad literal e interpretativa de los arts. 4º y 17 de la CN es de donde se le da raíz legal y jurídica al principio constitucional de capacidad contributiva. Del art. 4º surge este principio cuando, al enumerarse los modos de financiar al Estado, se aclara que las contribuciones de la población deben ser equitativas y proporcionales. Mientras que en el art. 17 se establece que la propiedad es inviolable. En el marco del Derecho Tributario, el gravamen de la propiedad se cuestiona como una confiscación.

La capacidad contributiva ha sido conceptualizada con otras nominaciones, como capacidad económica o capacidad de pago. En Estados Unidos se habla de capacidad de pago, “*the ability to pay*”¹⁸, mientras que en España la misma legislación habla de capacidad económica. Por ello parece pertinente realizar una diferenciación. Sin embargo, creemos que en lo que hace al meollo conceptual del tema, estos términos son meros sinónimos, cuyo uso se vuelve indistinto.

Un concepto de capacidad económica es aquel que la describe diferenciándola de la capacidad contributiva y anteponiendo a la capacidad económica como un paso previo para la determinación de la capacidad contributiva: “En otros términos, la capacidad económica se prestaría al estudio por parte de economistas y juristas, en una apreciación casi empírica de las diversas expresiones de riqueza que pueden ser objeto de gravamen, en tanto los tributos son, en definitiva, detracciones patrimoniales coactivas. Éste es, por otra parte, el sentido del principio de capacidad, tal como lo enunció la ‘Ciencia de la Hacienda’ a partir de las iniciales tareas de Adam Smith. [...] Y, a su turno, la capacidad contributiva es el reflejo jurídico de tales estudios: una vez determinada qué manifestación de capacidad económica, de potencialidad económica, resulta digna de ser escogida como elemento

18 “La capacidad de pago” (la traducción le pertenece).

justificante del establecimiento de un tributo determinado, aparece transformada, jurídicamente, en capacidad contributiva¹⁹.

El Dr. Luqui explica que al referirse a capacidad económica se hace referencia a aquella que atiende los aspectos de tinte objetivo, real y estático. Mientras que la capacidad de prestaciones o pago atiende a la situación subjetiva del contribuyente. Por último, la capacidad contributiva, término que se utilizará preminentemente en este trabajo, refiere a la armonización de los fines fiscales con la carga legítima²⁰.

5. Conclusión

De lo hasta aquí dicho podemos manifestar que existe una obligación en cabeza del Estado argentino de incorporar los principios previstos por la CDPD. Aquello incluye al sistema impositivo nacional. Por lo tanto, debe coexistir una armonía interpretativa entre la ley doméstica sometida al control de convencionalidad impartido por la CDPD.

En segundo lugar, a partir de la relación jurídica entre contribuyente con discapacidad y Fisco debe haber una valoración de las características subjetivas del contribuyente. Ello resulta así a los fines de poder aproximarse a determinar la real capacidad contributiva de forma equitativa con todos los contribuyentes.

Cabe hacer una reflexión en cuanto a preguntarnos si efectivamente existe una integración entre el sistema impositivo y la CDPD; ya que la única normativa impositiva vigente es el régimen de la Ley N° 19.279 sobre acceso a vehículos automotores. Debe destacarse que aquella ley es del año 1971, por lo que es anterior a la CDPD. No obstante, ha hecho algunas inclusiones interesantes en su texto como, por ejemplo, la Ley N° 24.183 de 1992, Ley de Asistencia Social, en donde se cambió el concepto vetusto de lisiado por el de persona con discapacidad.

Por otra parte, la Ley de Impuesto a las Ganancias, que goza de un carácter de ley genérica, a diferencia de un Régimen de Promoción, no contempla o prevé el concepto de capacidad contributiva de la persona con discapacidad.

Todo lo dicho abre un nuevo camino y ámbito de trabajo en cuanto al control de convencionalidad y constitucionalidad que deben realizarse en torno a las normas impositivas vigentes.

19 Naveira de Casanova, G. J. "El principio de capacidad contributiva como basamento constitucional del tributo y de sus especies". Thomson Reuters, *La Ley* online; 0003/015128.

20 Cfr. Luqui, J. C. (1989). *La obligación tributaria*. Buenos Aires. Ed. Depalma, 91 y sigs.

Bibliografía

- Casás, J. O. (1993). “Gravitación del Derecho Civil sobre el Derecho Tributario Provincial en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina”. T. XIII. Argentina. Errepar
- Corte IDH, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, 26-9-2006.
- CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis otra c/ Ejército Argentino s/ daños perjuicios”, 27-9-2012, Considerando 12, R. 401. XLIII.
- CSJN, “Mazzeo, Julio Lilio s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, 13-7-2007, Considerando 21, *Fallos*: 330:3248.
- CSJN, 21-11-2018. “G. V., M. y otros c/ EN - AFIP DGI - Dto. N° 1.313/1993 s/ proceso de conocimiento” (CAF 20217/2005/CS1). *El Derecho* (7-12-2018, nro. 14.547).
- CSJN, “Recurso de hecho deducido por Abel Alexis Latendorf (síndico) en la causa Filcrosa S.A. s/ quiebra s/ incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda”, 30-9-2003; F. 194. XXXIV. RHE; *Fallos*: 326:3899. Del voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez.
- CSJN, “González Victorica, Matías y otros c/ EN - AFIP DGI - Dto. N° 1.313/1993 s/ proceso de conocimiento”; CAF 20217/2005/CS1.
- Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, N° 14: Igualdad y No Discriminación, p. 30, párrafo 286, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/discriminacion-2017.pdf>.
- “Ekmekdjian c/ Sofovich”, 7-7-1992, Considerandos Nros. 12 y 13, *Fallos*: 315:1492.
- Fernández Larrauri, L. (2004). “Autonomía del Derecho Tributario y su relación con otras ramas”. *Revista Jurídica “Docentia et Investigatio”*. Perú. Facultad de Derecho UNMSM, Vol. 6, N°. 1 – 185-191.
- Jarach, D. (1982). *El hecho imponible. Teoría General del Derecho Sustantivo*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 87.
- Lafferriere, J. N. (2017). “La capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección”. *La Ley DFyP*, 209-223, AR/DOC/591/2017.
- Lalanne, G. A. (Coord.) - Casás, J. O. y Freytes, R. O. (Dirs.). (2013). “La Jurisprudencia Tributaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a 150 años de su primera sentencia”. *Asociación Argentina de Estudios Fiscales*. Buenos Aires. Errepar
- Ley de Impuesto a las Ganancias, art. 23.
- Ley de Impuesto al Valor Agregado, art. 7°, inc. H, apartado 4.
- Ley de Impuesto al Valor Agregado, art. 8°, inc. B, apartado 1.
- Luqui, J. C. (1989). *La obligación tributaria*. Buenos Aires. Ed. Depalma, 91 y sigs.
- Naveira de Casanova, G. J. “El principio de capacidad contributiva como basamento constitucional del tributo y de sus especies”. Thomson Reuters, *La Ley* online; 0003/015128.
- Preámbulo de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Seto, T. P. y Buhai, S. L. (2005). “Tax And Disability: Ability to Pay and the Taxation of Difference”. *University of Pennsylvania Law Review* [Vol. 154: 1053 2006]; Loyola-LA Legal Studies Paper No. 2005-15.

Viar, L. A. (2018). “Una aproximación entre el ámbito del Derecho Tributario y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Análisis del fallo ‘G. V., M. y otro c/ EN – AFIP DGI – Dto. N° 1.313/1993 s/ proceso de conocimiento’”, *El Derecho*, N° 14.547.

**NORMAS RELATIVAS AL CONSENTIMIENTO INFORMADO
Y SU INTERPRETACIÓN, EN UN FALLO DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

*Laws Related to Informed Consent and It's Interpretation,
in a Decision of the Inter-American Court of Human Rights*

*Regole relative al consentimiento informato e alla sua interpretazione,
in caso della corte interamericana dei diritti umani*

María Bernardita Berti García¹

Recibido: 29 de mayo de 2019

Aprobado: 27 de julio de 2019

Resumen: El presente trabajo analiza la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso que juzga la responsabilidad internacional del Estado con motivo de la realización de una intervención quirúrgica practicada por funcionarios de un hospital público sin mediar el consentimiento de la víctima. Se desarrollan también algunos tópicos jurídicos relativos al consentimiento informado según la interpretación que ofrece la Corte IDH y el impacto que tiene el fallo sobre las normas existentes en la legislación argentina y sobre el proyecto de legalización de aborto rechazado por el Senado el 8 de agosto de 2018.

Palabras clave: Consentimiento informado; Información sanitaria; Dignidad personal; Código Civil y Comercial; Ley de Derechos del Paciente; Convención Americana de Derechos Humanos.

Abstract: This paper analyzes the decision issued by the Inter-American Court of Human Rights in a case that judges the international responsibility

1 Cátedra de Bioética, Facultad de Ciencias Médicas, Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina. Correo electrónico: bertigarci@yahoo.com.ar.

of the State on the occasion of performing a surgical intervention performed by a public hospital officials without the victim's consent. Some legal topics related to informed consent are also developed according to the interpretation offered by the Inter-American Court and the impact that the ruling has on the existing norms in Argentine legislation and on the abortion legalization project rejected by the Senate on August 8, 2018.

Keywords: Informed consent; Health information; Personal dignity; Civil and Commercial Code; Patient Rights Law; American Convention of Human Rights.

Sommario: Il presente testo analizza la sentenza emessa dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani in un caso che giudica la responsabilità internazionale dello Stato in occasione di un intervento chirurgico eseguito da funzionari dell'ospedale pubblico senza mediare il consenso della vittima. Alcuni argomenti legali relativi al consenso informato sono stati sviluppati anche secondo l'interpretazione offerta dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani e l'impatto che la sentenza ha sulle norme esistenti nella legislazione argentina e sul progetto di legalizzazione dell'aborto respinto dal Senato l'8 agosto di 2018.

Parole chiave: Consenso informato; Informazioni sanitarie; Dignità personale; Codice Civile e Commerciale; Legge sui diritti dei pazienti; Convenzione Americana dei Diritti Umani.

Para citar este texto:

Berti, B. (2019). "Normas relativas al consentimiento informado y su interpretación, en un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Prudenti Iuris*, N. 88, pp. 125-147.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) en el caso denominado "I.V. vs. Bolivia", dictada en fecha 30 de noviembre de 2016, en la cual juzga la responsabilidad internacional del Estado demandado con motivo de la realización de una intervención quirúrgica de ligadura de trompas de Falopio practicada por los funcionarios de un hospital público sin que se tratara de una situación de emergencia y sin mediar el consentimiento de la víctima, haciendo especial hincapié en el estudio de las normas referidas al consentimiento informado en el ámbito de la salud que deben

ser cumplimentadas por los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos².

Para ello presentaremos brevemente los hechos que dieron origen al caso, los argumentos elaborados por el Tribunal para dictar sentencia en el tema en cuestión, y su contenido. El foco será desarrollar algunos tópicos jurídicos relativos a los principios que rigen el consentimiento informado, tal como lo entiende la Corte IDH. Luego, mencionaremos las implicancias del fallo en la legislación argentina, considerándola desde una doble perspectiva: por un lado, las normas que rigen el consentimiento informado que se hallan en la Ley de Derechos del Paciente N° 26.529, en el Código Civil y Comercial, y en la Ley de Procedimientos Quirúrgicos de Contracepción N° 26.130; y por otro, el proyecto de legalización de aborto sancionado en el mes de junio de 2018 por la Cámara de Diputados de la Nación y rechazado por el Senado de la Nación el 8 de agosto del mismo año.

II. El caso “I.V. vs. Bolivia”

II.1. Objeto de la controversia

La controversia central del presente caso consistió en determinar si la ligadura de las trompas de Falopio practicada a la señora I.V. el 1° de julio de 2000, en Bolivia, por un funcionario público en un hospital estatal fue contraria a las obligaciones internacionales del Estado. El aspecto cardinal a dilucidar es, pues, si tal procedimiento se llevó a cabo obteniendo el consentimiento informado de la paciente, con los parámetros establecidos en el Derecho Internacional para este tipo de actos médicos al momento de los hechos.

II.1.1. Valoración de la práctica quirúrgica de esterilización desde la bioética personalista

Conforme la corriente bioética personalista, que reconoce la capacidad de la razón humana para distinguir lo que contribuye al bien de la persona de aquello que puede dañarla, la esterilización es un acto moralmente reprochable, pues atenta contra uno de los bienes básicos de las personas: la integridad física.

En conformidad con lo expresado, Scala ha destacado la falta de acción terapéutica que poseen tales prácticas quirúrgicas: “[...] la vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio no curan ni mitigan ninguna enfermedad;

² Un comentario al fallo puede verse en Bancóff, P. (2018). “El derecho a la salud, el consentimiento informado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *RCyS* 2018-XII, 45. AR/DOC/1878/2018.

muy por el contrario, se parte de una persona sana, y se le anula, intencionalmente, la capacidad de engendrar, lo cual es en sí mismo un atentado contra su integridad física”. Frente a las justificaciones que pretenden legitimar tales prácticas con el argumento de que existen determinadas patologías que, en caso de embarazo, pueden poner en riesgo más o menos grave la salud de la mujer, responde: “En estos casos es importante subrayar: 1º) que la enfermedad es la patología ya contraída por la mujer, y no el embarazo; 2º) que la ligadura tubárica no previene, ni cura, ni mitiga dicha patología previa; 3º) que existen otros medios de similar eficacia contraceptiva que las ligaduras de trompas, y que no implican la esterilización definitiva de la mujer”³.

Con estas consideraciones de fondo, analizaremos la sentencia en sus específicas referencias al consentimiento informado y dejando a salvo nuestra profunda diferencia con la concepción antropológica y ético-jurídica que subyace a las posturas que consagran unos pretendidos derechos reproductivos, que contradicen principios fundamentales vinculados con la dignidad humana, el derecho a la vida y a la integridad corporal.

II.2. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

II.2.1. Sometimiento del caso

La Corte llega al entendimiento del caso a partir del sometimiento que le fuera efectuado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en fecha 23 de abril de 2015.

De acuerdo con lo indicado por la Comisión, el caso se refiere a la alegada responsabilidad internacional del Estado por la violación a los derechos a la integridad física y psicológica –como así también a su derecho a vivir libre de violencia y discriminación, de acceso a la información y a la vida privada y familiar– de la que fue víctima la señora I.V. con motivo de la realización de una intervención quirúrgica de ligadura de trompas de Falopio practicada por los funcionarios de un hospital público, sin que se tratara de una situación de emergencia y sin el consentimiento informado de ella.

Para la Comisión, el Estado no habría provisto a la presunta víctima de una respuesta judicial efectiva frente a tales vulneraciones.

II.2.2. Los hechos

El 1º de julio del año 2000, la señora I.V., de 35 años de edad y embarazada de su tercera hija, ingresó al Hospital de la Mujer de La Paz y, debido

3 Scala, J. (2007). “La Ley N° 26.130 frente a los Derechos Humanos”. *El Derecho* N° 11.707.

a consideraciones médicas particulares, los médicos del hospital decidieron practicarle una cesárea.

Mientras transcurría la intervención se verificó la existencia de algunas dificultades –presencia de múltiples adherencias a nivel del segmento inferior del útero. Con posterioridad a que el neonatólogo se llevara a la niña recién nacida, se realizó a la señora I.V. una salpingoclasia bilateral bajo la técnica pomero, conocida comúnmente como ligadura de las trompas de Falopio. Ambos procedimientos quirúrgicos fueron realizados encontrándose la paciente bajo anestesia epidural.

Durante el transoperatorio, el médico ginecólogo obstetra solicitó que se buscara al esposo de la señora I.V. a fin de que otorgara la autorización para realizar la ligadura de las trompas de Falopio. El señor J.E. no fue localizado.

La señora I.V. negó de forma consistente haber otorgado un consentimiento de forma verbal para la realización de la ligadura de las trompas de Falopio, y manifestó que fue durante la visita médica del residente el día 2 de julio de 2000, que tomó conocimiento de que le habían realizado la ligadura de las trompas de Falopio.

Existen hipótesis contrarias sobre el mismo hecho, ya que mientras que el médico que realizó el procedimiento afirma haber obtenido el consentimiento informado de la señora I.V., ella niega haberlo proporcionado.

II.2.3. La sentencia

II.2.3.1. Condena por responsabilidad internacional⁴

El 30 de noviembre de 2016 la Corte dicta sentencia por unanimidad declarando la responsabilidad del Estado por “la violación de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la dignidad, a la vida privada y familiar, de acceso a la información y a fundar una familia, reconocidos en los artículos 5.1, 5.2, 7.1, 11.1, 11.2, 13.1 y 17.2 de la Convención Ameri-

4 En el fallo en análisis, la CIDH examinó la afectación a Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de manera indirecta o por conexidad, bajo disposiciones de la CADH que consagran Derechos Civiles y Políticos (DCP); en el caso, examinó la afectación del derecho a la salud, a través del tratamiento de otros derechos, como por ejemplo, a la integridad personal (art. 5°) y utilizó estándares elaborados por el Comité. Sin embargo, un cambio significativo en la Jurisprudencia de la CIDH ocurre a partir de la resolución del Caso “Lagos del Campo vs. Perú” –en fecha 31 de agosto de 2017–, en la cual, por primera vez, la mayoría de los miembros de la Corte deciden condenar directamente al Estado a través de la utilización directa del art. 26 de la CADH, al entender la justiciabilidad directa de los DESC y el carácter operativo de estos derechos, lo cual significó un hito en la protección internacional de los DESC. El comentario a este fallo puede verse en Cerqueira, D. (2018). “La justiciabilidad de los DESC bajo la Convención Americana”, disponible en: <https://dplfblog.com/2018/05/29/la-justiciabilidad-de-los-desc-bajo-la-convencion-americana/> (último ingreso: 19-8-2019).

cana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar esos derechos y de no discriminar contenidas en el artículo 1.1 de la misma, así como por no cumplir con sus obligaciones bajo el artículo 7.a) y b) de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de la señora I.V.” (en los términos de los párrafos 147 a 256; y 262-270, puntos 3 y 4 de la presente Sentencia).

II.2.3.2. Deberes de reparación

Como consecuencia de la responsabilidad del Estado, la CIDH dispone obligaciones de reparación. Respecto de la víctima, establece fundamentalmente “el deber de brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, y de forma inmediata, adecuada y efectiva, el tratamiento médico y, específicamente en salud sexual y reproductiva, así como tratamiento psicológico y/o psiquiátrico” (punto 8).

Pero además establece otros deberes del Estado, de cuyo cumplimiento se beneficiarán todos sus habitantes, entre los que se encuentran: “[...] diseñar una cartilla –disponible en los hospitales públicos y privados– que desarrolle en forma sintética, clara y accesible los derechos de las mujeres en cuanto a su salud sexual y reproductiva en la que se deberá hacer mención específica al consentimiento previo, libre, pleno e informado, así como también de las obligaciones del personal médico al proveer la atención en salud en la que se deberá hacer mención específica al consentimiento previo, libre, pleno e informado” (punto 11); y “adoptar programas de educación y formación permanentes dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médicos, así como a todo el personal que conforma el sistema de salud y seguridad social, sobre temas de consentimiento informado –entre otros– [...]” (punto 12).

II.3. Argumentaciones

Los argumentos que fundamentan el decisorio se hallan formulados, en primer lugar, a partir de la determinación del contenido que poseen los derechos establecidos en la Convención Americana que han sido alegados en el caso y que resultan aplicables en relación con el ámbito de la salud “sexual y reproductiva”⁵, y, en segundo lugar, mediante las interpretaciones

5 El término aparece en la sentencia en los considerandos, aunque en realidad la Convención Americana no usa tal terminología. Sobre el tema de los derechos reproductivos ver en Lafferriere, J. N. (2014). “Derechos reproductivos”. En *Tratado de Derechos Constitucionales*, Julio César Rivera (h) y otros (Directores). Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 784-821.

que realiza la Corte del que denomina *corpus iuris* internacional existente en torno al consentimiento informado en el ámbito sanitario.

II.3.1. Alcance de los derechos de la Convención Americana

En un primer momento, la Corte interpreta la Convención Americana a fin de determinar el alcance de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la dignidad, a la vida privada y familiar, a fundar una familia y de acceso a la información, en lo relevante para resolver la controversia suscitada en el presente caso⁶. En lo esencial, y siguiendo el objeto de estudio, nos limitaremos a señalar el alcance y la interrelación existente entre los derechos a la dignidad personal, a la vida privada y familiar, a la integridad personal, y al acceso a la información.

II.3.1.1. Derecho a la dignidad personal

En primer lugar, destaca que el derecho a la dignidad personal establecido en el artículo 11 de la Convención Americana “protege uno de los valores más fundamentales de la persona humana, entendida como ser racional, esto es el reconocimiento de su dignidad”⁷. Así, conforme la Corte, el inciso primero de dicho artículo contiene una “cláusula universal de protección de la dignidad, cuyo basamento se erige tanto en el *principio de la autonomía de la persona* como en la idea de *que todos los individuos deben ser tratados*

6 Víctor Bazán llama la atención sobre el voto de Ferrer Mac-Gregor, que considera que en este caso estaba en juego el derecho a la salud y se pronuncia sobre la justiciabilidad directa de dicho derecho: Bazán, V. (2017). “Los derechos a la salud y la seguridad social en foco. Segunda parte”. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social RDLSS 2017-10*, 30-5-2017, 1050. AR/DOC/3565/2017.

7 No estamos de acuerdo con el alcance propuesto por la Corte para el término dignidad por asemejarlo al principio de autonomía de la corriente bioética anglosajona. Entre los comentarios al fallo, se afirma que la Corte resalta el carácter “multidimensional de la autonomía” [Vázquez, I. (2018). “La autonomía individual y el acceso a la información en materia de salud reproductiva” / “Individual autonomy and access to information on reproductive health”. *Revista Derecho y Salud*. Universidad Blas Pascal, (2), 129-143]. En el mismo sentido se pronuncia Celorio, R. (2018). “Autonomía, Mujeres y Derechos: tendencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A.L. Gioja*, (20), 1-34 y Scotti, L. B. (2018). “Un recorrido por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de género”. *La Ley*, 20-12-2018, 16, AR/DOC/2740/2018. Por nuestra parte, seguimos a Massini en torno a las críticas del principio de autonomía y afirmamos la preeminencia del principio de respeto a la dignidad ontológica del ser humano. Sobre este tema puede verse Massini Correas, C. I. (1999). “De los principios éticos a los bioéticos”. En *Persona y Derecho*. Vol. 41. Pamplona, 417-40.

como iguales, en tanto fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida” (párrafo 149).

II.3.1.2. Derecho a la vida privada y familiar⁸

En concordancia, el inciso segundo del artículo 11 establece la inviolabilidad de la vida privada y familiar, entre otras esferas protegidas. La Corte sostiene que este ámbito de la vida privada de las personas se caracteriza por ser “un espacio de libertad exento e inmune a las injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”, cuya protección no se limita al derecho a la privacidad, sino que “abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad [...] siendo la maternidad una forma esencial de tal desarrollo” (párrafo 152).

El citado artículo se encuentra estrechamente relacionado con el derecho a la protección de la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana, el cual, conforme expresa la Corte, “reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general [...] en particular, el artículo 17.2 protege el derecho a fundar una familia, el cual incluye como componente la posibilidad de procrear” (párrafo 153).

II.3.1.3. Derecho a la integridad personal⁹

La Corte resalta la intrínseca vinculación existente entre los derechos a la vida privada y a la integridad personal con la salud humana. Así ha precisado que “a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal en el ámbito de la atención en salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones. Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud” (párrafo 154).

“La salud, como parte integrante del derecho a la integridad personal, no sólo abarca el acceso a servicios de atención en salud en que las personas gocen de oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de

8 El artículo 11.2 ordena: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

9 El artículo 5.1 establece: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

salud, sino que también la libertad de cada individuo de controlar su salud y su cuerpo, y el derecho a no ser sometido a tratamientos y experimentos médicos no consentidos” (párrafo 155).

II.3.1.4. Derecho de acceso a la información¹⁰

Expresa la Corte que la conexión entre el derecho a la integridad física y psicológica con el derecho a salud, y la autonomía personal y la libertad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo tiene dos implicancias. Por un lado, la existencia del deber del Estado de asegurar y respetar las decisiones y elecciones hechas de forma libre y responsable. Y, por el otro, el deber de garantizar el acceso –aun de oficio¹¹– a la información oportuna, completa, comprensible y fidedigna para que las personas estén en condiciones de tomar decisiones informadas (cfr. párrafo 155).

En materia de salud, el derecho de acceso a la información se relaciona con la regla del consentimiento informado, debido a que el paciente sólo podrá consentir un acto de manera informada si ha recibido y comprendido información suficiente, que le permita tomar una decisión plena. De ahí que la Corte haya reconocido que “el derecho de acceso a la información adquiere un carácter instrumental para lograr la satisfacción de otros derechos de la Convención”¹², como serían en el caso el derecho a la salud, y sus derechos relacionados que han sido mencionados (cfr. párrafos 156 y 163).

III. Consideraciones relativas al consentimiento informado

III.1. Análisis general del consentimiento informado en la sentencia de la CIDH

Luego de determinar el alcance de los derechos reconocidos y garantizados en la Convención, la Corte procede a analizar la normativa existente

10 El artículo 13.1 establece: “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”.

11 Esta obligación se denomina de transparencia activa y debe ser brindada de oficio. Así, el personal de salud debe esperar a que el paciente solicite información o haga preguntas relativas a su salud, para que esta sea entregada.

12 En este sentido, la Corte ha expresado: “[...] la necesidad de obtención del consentimiento informado es un mecanismo fundamental para lograr el respeto y garantía de distintos Derechos Humanos reconocidos por la Convención Americana, como lo son la dignidad, libertad personal, integridad personal, incluida la atención a la salud y en particular la salud sexual y reproductiva, la vida privada y familiar y a fundar una familia”, párrafo 165.

en torno al consentimiento informado para determinar si el procedimiento que motivó el conocimiento del caso fue realizado con los parámetros establecidos en el Derecho Internacional para este tipo de actos médicos. En este marco es donde realiza una serie de consideraciones sobre el consentimiento informado que son señaladas a continuación.

En primer lugar, define su concepto: “[...] el consentimiento informado consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir, sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo” (párrafo 166).

Luego destaca la importancia que tiene el cumplimiento de la obligación de obtener en forma previa a la realización de cualquier tratamiento médico el consentimiento del paciente como condición *sine qua non* para la práctica médica, ya que el mismo constituye una expresión de respeto de la dignidad y autonomía de las personas, que ha significado un cambio profundo de paradigma en la relación médico-paciente¹³. Y que esta obligación constituye, además, el establecimiento de límites a la actuación médica para garantizar que “ni el Estado, ni terceros, especialmente la comunidad médica, actúe mediante injerencias arbitrarias en la esfera de la integridad personal o privada de los individuos, especialmente en relación con el acceso a servicios de salud” (párrafo 163).

Por otra parte, la Corte nota que el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos no cuenta con una norma convencional en materia de bioética y Derechos Humanos en la región que desarrolle el alcance y contenido de la regla del consentimiento informado¹⁴. Por esta razón, a efectos de interpretar el alcance y contenido de dicha regla en el marco de la Convención Americana y determinar los alcances de las obligaciones estatales en relación con los hechos del presente caso, el Tribunal recurrió –de conformidad con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de

13 Cfr. párr. 159.

14 Cfr. párr. 196. La Corte nota que en el sistema europeo, y en el marco del Consejo de Europa, existen diversos documentos en los cuales se regula expresamente el consentimiento previo, libre, pleno e informado del paciente para la realización de cualquier acto médico, como por ejemplo: artículos 1º a 3º de la Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, adoptada por la Oficina Regional de la OMS en Europa, en 1994; artículos 5º y 6º del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, denominado también “Convenio de Oviedo”.

Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁵— al *corpus iuris* internacional en la cuestión, el cual se sustenta en materia de consentimiento en declaraciones internacionales, guías, opiniones de comités médicos expertos, directrices, criterios y otros pronunciamientos autorizados de órganos especializados en la temática como son: la Organización Mundial de la Salud, la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, la Asociación Médica Mundial, etc¹⁶. Estos organismos, señala la Corte, han erigido normas jurídicas comunes que construyen una protección general alrededor del carácter previo, libre, pleno e informado del consentimiento.

III.2. Características del consentimiento y consideraciones en el caso

Luego la Corte señala los requisitos que deben estar presentes para que el consentimiento sea válido y analiza la concreción de los mismos en el caso:

III.2.1. Carácter previo del consentimiento

El consentimiento debe ser otorgado siempre antes de cualquier acto médico. Este carácter ha sido recogido, o se entiende implícito, en todos los instrumentos internacionales que regulan la materia. En efecto, la Declaración de Helsinki relativa a la investigación médica de 1964 y la Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente de 1981, ambas adoptadas por la Asociación Médica Mundial, así como la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 2005, destacan que ninguna persona podrá ser sometida a un estudio, a cualquier examen, diagnóstico o terapia sin que haya aceptado someterse a ello. Esto ha sido ratificado por otros instrumentos específicos sobre salud reproductiva¹⁷ (párrafo 176).

15 Cfr. “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1º de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y Caso “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, supra, párr. 21.

16 En este punto, se advierte que la Corte IDH recurre a textos que no tienen el carácter de tratados internacionales ni fuentes formales de Derecho. El tema excede a este trabajo. Sobre el punto ver Silva Abbott, M. (2018). “¿Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente un tribunal?”. En D. Herrera y otros. *Estado de Derecho y Derechos Humanos*. Buenos Aires. EDUCA, 321-361.

17 Tales como: las Recomendaciones sobre temas de ética en obstetricia y ginecología hechas por el Comité para el estudio de los aspectos éticos de la reproducción humana y salud de la mujer de la FIGO, de noviembre 2003, octubre 2012 y octubre 2015; así como las Consideraciones éticas sobre la esterilización de 1989, 1990, 2000 y 2011; Esterilización femenina: guía para la prestación de servicios, 1993.

Las excepciones a este principio se hallan en los casos en que el consentimiento no pueda ser brindado por la persona, siempre que sea necesario un tratamiento médico o quirúrgico inmediato, de urgencia o de emergencia, ante un grave riesgo contra la vida o la salud del paciente. Esta excepción ha sido recogida por la normativa de diversos Estados parte de la Convención Americana, y ha sido reconocida en el ámbito europeo¹⁸. Cabe aclarar que conforme entiende el Tribunal, la urgencia o emergencia se refiere a la inminencia de un riesgo y, por ende, a una situación en que la intervención es necesaria ya que no puede ser pospuesta, excluyendo aquellos casos en los que se puede esperar para obtener el consentimiento.

En relación al caso, la ligadura de las trompas de Falopio, la Corte entiende que se trata de una intervención quirúrgica cuyo propósito es prevenir un embarazo futuro y que no puede ser caracterizada como un procedimiento de urgencia o emergencia de daño inminente, de modo tal que la excepción indicada en el párrafo anterior no es aplicable (párrafo 176).

III.2.2. Carácter libre del consentimiento

Implica que el consentimiento sea brindado de manera libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, sin utilizarlo como condición para el sometimiento a otros procedimientos o beneficios, sin coerciones, amenazas o desinformación. La Corte entiende que el consentimiento no puede darse como resultado de actos del personal de salud que induzcan al individuo a encaminar su decisión en determinado sentido, ni puede derivarse de ningún tipo de incentivo inapropiado (párrafo 181).

La manifestación de un consentimiento libre ha sido recogida en una diversidad de documentos internacionales referidos al consentimiento como mecanismo de protección de los derechos de los pacientes, desde el Código de Ética Médica de Núremberg hasta la Declaración Interinstitucional de la ONU. En particular, la Declaración de Helsinki destacó que el médico debe prestar atención al pedir el consentimiento informado cuando el participante potencial está vinculado con el médico por una relación de dependencia o si consiente bajo presión¹⁹.

El consentimiento es personal, en tanto debe ser brindado por la persona que accederá al procedimiento. En efecto, conforme a las declaraciones

18 Cfr. Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, adoptada por la Oficina Regional de la OMS en Europa en 1994, artículo 3º; Convenio de Oviedo, artículo 8º; e Informe Explicativo del artículo 8º del Convenio de Oviedo.

19 Cfr. Declaración de Helsinki, principio 27.

de Helsinki y Lisboa, sólo el paciente podrá acceder a someterse a un acto médico²⁰.

Para casos de esterilización la Corte considera que, por la naturaleza y las consecuencias graves en la capacidad reproductiva, sólo será la mujer la persona facultada para brindar el consentimiento, y no terceras personas. Y que, dado que en general la esterilización no consiste en un procedimiento de emergencia, para realizar la práctica se deberá esperar a que la mujer pueda brindarlo (párrafo 182).

Respecto de la libertad, como condición para que el consentimiento sea válido, la Corte señala dos cuestiones trascendentes. La primera se refiere a la necesidad de asegurarse que la persona que brinda el consentimiento no se halle sujeta a ninguna situación que pueda disminuir su capacidad de elección: “[...] el consentimiento no podrá reputarse libre si es solicitado a la mujer cuando no se encuentra en condiciones de tomar una decisión plenamente informada, por encontrarse en situaciones de estrés y vulnerabilidad, *inter alia*, como durante o inmediatamente después del parto o de una cesárea”²¹ (párrafo 183). La segunda atiende al deber del profesional de la salud de brindar información en forma integral y objetiva, sin manipular o inducir al paciente a consentir como consecuencia de la falta de entendimiento de la información brindada; “un consentimiento sin información no constituye una decisión libre” (párrafos 184 y 188).

III.2.3. Carácter pleno e informado del consentimiento

El consentimiento pleno, señala la Corte, sólo puede ser obtenido luego de haber recibido información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, y luego de haberla entendido cabalmente. La información ha de ser clara y sin tecnicismos, imparcial, exacta, veraz, oportuna, completa, adecuada, fidedigna y officiosa, a fin de otorgar los elementos necesarios para la adopción de una decisión con conocimiento de causa (párrafos 189, 191).

20 Cfr. Declaración de Helsinki, principio 25; Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente, principio 3.

21 La afirmación de la Corte sigue los precedentes en la materia en cuestión; así, la guía de la OMS de 1993 establecía que no era conveniente que la mujer optara por la esterilización si existían factores físicos o emocionales que pudieran limitar su capacidad para tomar una decisión informada y meditada, como por ejemplo, mientras se encontraba en labor de parto, recibiendo sedantes o atravesando una situación difícil antes, durante o después de un incidente o tratamiento relacionado con el embarazo. Esto fue ratificado en las consideraciones éticas sobre la esterilización de 2011 de la FIGO, en la Declaración sobre la Esterilización Forzada de 2012 de la Asociación Médica Mundial y en la Declaración Interinstitucional de las Naciones Unidas.

En este sentido, con el fin de que la información pueda ser cabalmente entendida, el personal de salud deberá tener en cuenta las particularidades y necesidades del paciente, especialmente cuando los pacientes pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad o con necesidades específicas de protección debido a fuentes de exclusión²² (párrafo 192). Una cuestión trascendente que asegura que el consentimiento sea prestado en forma libre, es la referida a la necesidad de que exista un plazo razonable de reflexión. En este sentido la Corte ha expresado: “[...] para que la información sea cabalmente comprendida y se tome una decisión con conocimiento de causa, se debe garantizar un plazo razonable de reflexión, el cual podrá variar de acuerdo a las condiciones de cada caso y a las circunstancias de cada persona” (párrafo 192).

En cuanto a la forma en que debe ser emitido el consentimiento, si bien no existe un consenso a nivel internacional, la Corte considera que la prueba de su existencia debe documentarse o registrarse formalmente en algún instrumento, máxime por la relevancia e implicancia que el acto de la esterilización significa para la mujer, considerando que “mientras mayores sean las consecuencias de la decisión que se va a adoptar, más rigurosos deberán ser los controles para asegurar que un consentimiento válido sea realmente otorgado” (párrafos 195 y 196).

Y respecto de la información que debe brindarse, señala: i) la evaluación de diagnóstico; ii) el objetivo, método, duración probable, beneficios y riesgos esperados del tratamiento propuesto; iii) los posibles efectos desfavorables del tratamiento propuesto; iv) las alternativas de tratamiento, incluyendo aquellas menos intrusivas, y el posible dolor o malestar, riesgos, beneficios y efectos secundarios del tratamiento alternativo propuesto; v) las consecuencias de los tratamientos, y vi) lo que se estima ocurrirá antes, durante y después del tratamiento²³ (párrafo 189).

Destaca la Corte la importancia que tiene el cumplimiento de este deber de información especialmente en los procesos de obtención del consentimiento informado para esterilizaciones femeninas, debido a que la naturaleza y entidad del acto mismo configuran la obligación; es un deber reforzado (párrafo 193).

22 La Corte resalta que desde la Declaración de Helsinki se estableció la necesidad de “prestar especial atención a las necesidades específicas de información de cada participante potencial, como también a los métodos utilizados para entregar la información”. De igual manera, la Declaración de Lisboa señala que la información debe ser entregada “de manera apropiada a la cultura local y de tal forma que el paciente pudiera entenderla”.

23 Cfr. Código de Ética Médica de Núremberg, 1947; Declaración de Helsinki, principios 25 a 27; Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente, principios 3, 7 y 10; ONU, Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental.

IV. Proyecciones del fallo en la legislación argentina

IV.1. En la Ley de Derechos del Paciente N° 26.529 y en el Código Civil y Comercial

Puede señalarse que existe una armonía entre las consideraciones realizadas por la Corte en el caso, con la legislación sobre consentimiento informado (CI) que existe en nuestro país.

El CI se encuentra definido en el artículo 59 del Código Civil y Comercial junto con las disposiciones que contienen los *derechos y actos personalísimos de la persona humana* (Capítulo 3, Título I, Libro I); y en el artículo 5° de la Ley N° 26.529, que rige los *Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud*, de modo casi coincidente. El artículo 59 dispone:

“Artículo 59.- *Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud.* El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud 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;
- g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable²⁴;

24 El inciso g de la norma transcripta es criticado por su carácter ambiguo, pues, ya que en algunos supuestos posibilitaría la renuncia a los cuidados ordinarios –en el caso, alimentación e hidratación– confiriéndole por tal una finalidad eutanásica, no obstante, el art. 60 del Código Civil y Comercial y el art. 11 de la Ley N° 26.529 prohíben en forma expresa la posibilidad de dar directivas anticipadas con tal carácter.

h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no lo ha hecho anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. 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”.

Sin embargo, es la Ley de Derechos del Paciente la que dedica todo un capítulo a fin de regular cuestiones esenciales que emergen del consentimiento, las que se refieren a: a) obligatoriedad de otorgamiento: la regla es que el consentimiento informado sea prestado por el paciente en todos los casos en forma previa a la actuación del profesional de la salud²⁵, salvo en aquellos en que mediere grave peligro para la salud pública o una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales²⁶; b) modo de instrumentación: el principio es que debe ser brindado en forma verbal²⁷, salvo en los supuestos de internación, intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley, y revocación, en los cuales el consentimiento deberá expresarse por escrito y suscribiendo tal declaración.

25 Artículo 6º, LDP.

26 Artículo 9º de la ley.

27 Artículo 7º de la ley, más allá de que a los fines probatorios se recomiende su instrumentación por escrito.

IV.2. El consentimiento en la Ley N° 26.130 de Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgicas

La Ley N° 26.130 legaliza la realización de contracciones quirúrgicas, denominadas ligadura de trompas de Falopio y ligadura de conductos deferentes o vasectomía, a pedido de toda persona mayor de edad²⁸ en los servicios del sistema de salud. Más allá de las objeciones ético-jurídicas de fondo que merecen estas prácticas y a las que hemos hecho referencia anteriormente, nos concentraremos en las disposiciones referidas al consentimiento.

La norma establece de modo expreso que el consentimiento informado de la persona que acude a dicho procedimiento constituye un requisito previo a la práctica e inexorable. Y que, salvo en la situación en que la persona sea declarada judicialmente incapaz –en cuyo caso se requerirá autorización judicial–, no constituye requisito necesario el consentimiento del cónyuge o conviviente, ni autorización judicial²⁹.

Respecto al contenido de la información a brindar para obtener el consentimiento informado, la norma dispone: a) la naturaleza e implicancias sobre la salud de la práctica a realizar; b) las alternativas de utilización de otros anticonceptivos no quirúrgicos autorizados; c) las características del procedimiento quirúrgico, sus posibilidades de reversión, sus riesgos y consecuencias. Además, prevee la necesidad de dejar constancia en la historia clínica de haber proporcionado dicha información, debidamente conformada por la persona concerniente³⁰.

IV.3. En el proyecto de legalización de aborto

En esta parte del trabajo abordaremos cuáles son las proyecciones que tiene el fallo de la CIDH respecto a las consideraciones que formula del consentimiento informado, ante el proyecto de legalización del aborto denominado “Interrupción legal del embarazo”, que en de junio de 2018 obtuvo media sanción ante la Cámara de Diputados de la Nación y que fue luego desechado por el Senado de la Nación el 8 de agosto del mismo año.

²⁸ La norma fue sancionada cuando la mayoría de edad estaba dispuesta en los 21 años. Actualmente, la ley podría aplicarse a la persona que ha cumplido los 18 años, conforme Ley N° 26.579.

²⁹ Artículos 2° y 3° de la ley.

³⁰ Artículo 4° de la ley.

No obstante que el proyecto referenciado es inconstitucional³¹, las observaciones que realizaremos serán únicamente en cuanto al alcance de las disposiciones de la norma proyectada referida al consentimiento informado, según las consideraciones de la Corte realizadas en el caso comentado.

La crítica primordial se presenta en virtud de que el proyecto retacea el deber de información sanitaria y lo direcciona, a fin de obtener –en forma ilegítima– el consentimiento de la mujer para la realización del aborto como única finalidad de la normativa, contrariando de este modo las disposiciones generales sobre consentimiento informado vigentes tanto en el ámbito internacional como en el Derecho argentino.

IV.3.1. Normas del consentimiento informado. Alcance de la remisión

El artículo 8° de la norma proyectada dispone: “*Consentimiento informado*. Previo a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo en los casos previstos en la presente ley, se requiere el consentimiento informado de la mujer o persona gestante expresado por escrito, de conformidad con lo previsto en la Ley N° 26.529 y concordantes y el artículo 59 del Código Civil y Comercial. Ninguna mujer o persona gestante puede ser sustituida en el ejercicio de este derecho”.

No obstante esta norma, la contradicción existente entre las disposiciones sobre consejería y acceso a la práctica del proyecto (artículos 12 y 14) que en el fondo contienen deberes de información, con las normas del artículo 59 del CCC y la LDP, nos generan el interrogante de establecer cuál es el verdadero alcance de la remisión prevista por el artículo 8°.

¿Se trata de una remisión sólo en cuanto a la forma de la instrumentación del consentimiento? ¿O la remisión es a todas las disposiciones? En caso de considerarse que la remisión es en forma general a las normas del CCC y de la LDP, el proyecto debería ser coherente en todas las cuestiones referidas al consentimiento: modo y contenido de la información a brindar, personas legitimadas para expresar el consentimiento en caso de que la persona solicitante de la práctica sea menor, incapaz o con capacidad restringida, supuestos de excepción de la necesidad de recabar el consentimiento, y forma de instrumentalización del acto.

Más allá del modo en que se considere a la remisión –total o parcial–, lo cierto es que la sentencia de la Corte Interamericana produce un fuerte

31 Vease Rodríguez, C. A. (2018). “¿La ley del aborto libre sería legal?”. En: *DFyP* 11-7-2018, 221, AR/DOC/1180/2018; Pitrau, O. F. (2018). “La persona concebida no nacida”. En *DFyP* 11-7-2018, 211, AR/DOC/1171/2018, entre otros: <http://www.aica.org/32838-academia-advirtio-sobre-la-inconstitucionalidad-de-los-proyectos-aborto.html>.

impacto en el proyecto de legalización de aborto, toda vez que el mismo es contrario no solo a la legislación argentina vigente en materia de protección de la vida por nacer conforme la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos y de consentimiento informado, sino, también, al *corpus iuris* internacional que en esta materia se halla vigente, tal como señala la Corte en el caso que analizamos.

Veamos ahora cuáles son los artículos de la norma proyectada que contrarían tanto las normas de consentimiento informado vigentes, como las consideraciones practicadas por la Corte en el caso en análisis, teniendo como vara de interpretación lo señalado por el Tribunal en la sentencia “I.V. c/ Bolivia”: “[...] mientras mayores sean las consecuencias de la decisión que se va a adoptar, más rigurosos deberán ser los controles para asegurar que un consentimiento válido sea realmente otorgado” (párrafo 196).

IV.3.2. Otros incumplimientos

IV.3.2.1. Protección de las personas vulnerables

El artículo 10 dispone los casos en que la solicitud de la práctica sea realizada por personas con capacidad restringida, estableciendo dos supuestos: a) situación en que la sentencia de restricción de capacidad no impida el ejercicio del derecho al aborto que crea la norma, en cuyo caso la mujer “debe prestar su consentimiento informado sin ningún impedimento ni necesidad de autorización previa alguna”; b) situación en que la sentencia de restricción a la capacidad impide el ejercicio del derecho que se crea, o la persona ha sido declarada incapaz: en tales casos “el consentimiento informado debe ser prestado con la correspondiente asistencia prevista por el sistema de apoyos del artículo 32 del Código Civil y Comercial o con la asistencia del representante legal, según corresponda [...]”.

Consideramos de importancia destacar la necesidad de observar la correcta aplicación del precepto contenido en caso de que la norma se sancione. Dado que el aborto nunca ha constituido en la legislación argentina un derecho, por supuesto que no existen casos en que las sentencias dictadas sobre restricción de la capacidad no impidan –o permitan– la realización de la práctica. Por lo cual, si se intenta acudir a la práctica sin necesidad de autorización previa, se vulnerarán, además, los derechos de las personas que poseen la capacidad restringida y la protección legal que el ordenamiento jurídico, en su favor, le confiere. En este sentido, en el caso objeto de análisis del presente trabajo, ha destacado la Corte Interamericana: “El Tribunal resalta que el elemento de la libertad de una mujer para decidir [...], sobre

todo en casos de esterilizaciones, puede verse socavado por la existencia de factores de vulnerabilidad adicionales”.

IV.3.2.2. Plazo razonable

El artículo 11 estipula, sin hacer mayores consideraciones, un plazo de cinco días dentro del cual se debe realizar la práctica: “La mujer tiene derecho a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo en el sistema de salud en un plazo máximo de cinco (5) días corridos desde su requerimiento y en las condiciones que determina la presente ley, la Ley N° 26.529 y concordantes”.

Respecto a ello cabe realizar algunas observaciones. En primer lugar, el momento erróneo en el cual comienza el cómputo del plazo. El proyecto lo establece desde que la mujer “requiere” la práctica, lo que no es asimilable al momento en el cual se “brinda el consentimiento informado”. Por lo cual la norma estaría omitiendo considerar el período de tiempo que necesariamente debe existir entre el momento en que se solicita la intervención, el momento en que se debe brindar la información sanitaria de manera “clara, precisa y adecuada”, el momento de reflexión, y luego, de aceptación o rechazo. Posteriormente, cabe advertir el exiguo plazo que brinda para que la mujer preste consentimiento para la realización de una práctica que tiene implicancias gravísimas e irreversibles. Sobre este tema, ha señalado la Corte: “A su vez, la Corte considera que, para que la información sea cabalmente comprendida y se tome una decisión con conocimiento de causa, se debe garantizar un plazo razonable de reflexión, el cual podrá variar de acuerdo a las condiciones de cada caso y a las circunstancias de cada persona” (párrafo 192); y “Es trascendental evitar que el personal médico induzca a la paciente a consentir como consecuencia de la falta de entendimiento de la información brindada” (párrafo 188).

IV.3.2.3. Deber de brindar información sanitaria

Más allá de que se interprete, o no, que la norma proyectada remita en forma general a todas las disposiciones sobre consentimiento informado que se hallan en la legislación argentina vigente, su texto *retacea el deber de información sanitaria* que deben brindar los profesionales de la salud y lo *direcciona* a fin de obtener únicamente el consentimiento de la mujer para la realización del aborto.

Así, el artículo 12 dispone: “*Consejerías*. Realizada la *solicitud* de interrupción voluntaria del embarazo, el establecimiento de salud debe garantizar a aquellas mujeres o personas gestantes que *lo requieran*: a) información adecuada; b) atención previa y posterior a la interrupción voluntaria

del embarazo de carácter médica, social y psicológica, con el objeto de garantizar un espacio de escucha y contención integral; y, c) acompañamiento en el cuidado de la salud e información adecuada y confiable sobre los distintos métodos anticonceptivos disponibles, así como la provisión de los métodos anticonceptivos previstos en el Plan Médico Obligatorio y en el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable establecidos por la Ley N° 25.673 o la normativa que en el futuro los reemplace. Cuando las condiciones del establecimiento de salud no permitiesen garantizar la atención prevista en el inc. b, la responsabilidad de brindar la información corresponde al/la profesional de la salud interviniente”.

El texto de este artículo –y el que se analizará seguidamente– denota cómo el proyecto contiene disposiciones relativas a persuadir a la mujer a que se realice el aborto, fundamentalmente a través del suministro de información selectiva e incompleta. En el caso de las consejerías, se establece un direccionamiento notorio de la información que debe brindar el profesional de la salud, la cual se concierne primordialmente a la práctica del aborto, lo que obstruye la libertad del consentimiento. Sobre el inconveniente de este asunto, la Corte ha expresado: “La Corte considera que el consentimiento [...] tampoco puede darse como resultado de actos del personal de salud que induzcan al individuo a encaminar su decisión en determinado sentido” (párrafo 181).

A su vez, el artículo 14 dispone: “*Acceso*. La interrupción voluntaria del embarazo debe ser realizada o supervisada por un/a profesional de la salud. El mismo día en el que la mujer o persona gestante solicite la interrupción voluntaria del embarazo, el/la profesional de la salud interviniente debe suministrar información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, los alcances y consecuencias de la prosecución de la práctica y los riesgos de su postergación. La información prevista debe ser clara, objetiva, comprensible y acorde a la capacidad de comprensión de la persona [...]”.

El artículo es cuestionado porque omite describir la totalidad de la información sanitaria que los profesionales de la salud, conforme el artículo 5° de la LDP y el artículo 59 del CCC, están obligados a suministrar a sus pacientes como presupuesto necesario para la obtención de un consentimiento *verdaderamente informado*. En especial, la información relativa a especificar el estado de salud; especificación de los objetivos de la práctica; los riesgos, molestias y efectos adversos posibles del aborto, ya que solo se menciona el deber de informar los riesgos en caso de postergación de la práctica y se omite informar los riesgos que implica la realización por sí. La Corte ha resaltado la necesidad de brindar información completa como requisito para que el consentimiento prestado sea verdaderamente informado: “La Corte considera que el consentimiento debe ser brindado de manera

libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo o desinformación” (párrafo 181).

Pero también el artículo omite describir el deber de informar la existencia de otros tratamientos alternativos, y respecto de ellos, sus beneficios y las consecuencias previsibles de la no realización; piénsese, por ejemplo, en el caso de que el motivo de pedido de la práctica sea la alegación de una falta de salud social. En este sentido, la Corte ha señalado la existencia de este deber como indubitable: “De existir alternativas de tratamiento, dicha información forma parte del concepto de información necesaria para adoptar un consentimiento informado y su impartición se considera como un elemento básico de dicho consentimiento” (párrafo 190).

V. Conclusiones

Pese a las objeciones éticas de fondo que merece la posibilidad de realizar tratamientos quirúrgicos de contracepción que fueron indicadas, creemos que la sentencia dictada por la CIDH en la resolución del caso merece una especial atención en lo que concierne al consentimiento informado.

La sentencia condena al Estado por la participación de un funcionario público médico en realización de una práctica quirúrgica de contracepción efectuada sin haber obtenido en forma previa el consentimiento libre e informado de la víctima. De este modo se pronuncia sobre la importancia del consentimiento del paciente en el ámbito sanitario, a la vez que introduce consideraciones relevantes en torno a la necesidad de aguardar un plazo razonable para la toma de la decisión y la mayor protección de las personas vulnerables.

Por otra parte, observamos que existe una armonía entre los lineamientos señalados por la Corte IDH en el caso, con la legislación argentina sobre consentimiento informado (CI), a excepción del proyecto referido sobre interrupción voluntaria del embarazo que fue debatido en 2018 y que de haberse convertido en ley, por las observaciones realizadas, hubiera acarreado responsabilidad del Estado nacional por la violación de los deberes de protección de la vida y de brindar información –entre otros–, establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos. Ello sin perjuicio de los problemas de fondo que presentaba en relación a la violación al derecho a la vida.

Bibliografía

- Bancoff, P. (2018). “El derecho a la salud, el consentimiento informado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *RCyS* 2018-XII, 45. AR/DOC/1878/2018.
- Bazán, V. (2017). “Los derechos a la salud y la seguridad social en foco. Segunda parte”. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social RDLSS* 2017-10, 30-5-2017, 1050. AR/DOC/3565/2017.
- Celorio, R. (2018). “Autonomía, Mujeres y Derechos: tendencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A.L. Gioja*, (20), 1-34.
- Lafferrière, J. N. (2014). “Derechos reproductivos”. En *Tratado de Derechos Constitucionales*, Julio César Rivera (h) y otros (Directores). Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 784-821.
- Massini Correas, C. I. (1999). “De los principios éticos a los bioéticos”. En *Persona y Derecho*. Vol. 41. Pamplona, 417-40.
- Pitrau, O. F. (2018). “La persona concebida no nacida”. En *DFyP* 11-7-2018.
- Rodríguez, C. A. (2018). “¿La ley del aborto libre sería legal?”. En *DFyP* 11-7-2018.
- Scala, J. (2007). “La Ley N° 26.130 frente a los Derechos Humanos”. *El Derecho* N° 11.707.
- Scotti, L. B. (2018). “Un recorrido por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de género”. *La Ley*, 20-12-2018, 16, AR/DOC/2740/2018.
- Silva Abbott, M. (2018). “¿Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente un tribunal?”. En D. Herrera y otros. *Estado de Derecho y Derechos Humanos*. Buenos Aires. EDUCA, 321-361.
- Vázquez, I. (2018). “La autonomía individual y el acceso a la información en materia de salud reproductiva” / “Individual autonomy and access to information on reproductive health”. *Revista Derecho y Salud*. Universidad Blas Pascal, (2), 129-143.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS CONFORME EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO¹

The autonomy of the Will in the Alimentary Obligations According to the Argentine Private International Law

L'autonomia della volontà negli obblighi alimentari secondo il diritto internazionale privato dell'argentina

Leandro Baltar²

Recibido: 10 de julio de 2019
Aprobado: 26 de julio de 2019

Resumen: Las obligaciones alimentarias internacionales, provenientes de una unión matrimonial o como consecuencia de la responsabilidad parental, gozan en el sistema jurídico argentino de una regulación autónoma. Por primera vez en la historia local encontramos normas específicas destinadas a su regulación con total independencia del instituto del cual provienen. Esta no es la única novedad. Acertadamente el legislador se hizo eco de las diversas críticas esbozadas en la doctrina, tanto nacional como extranjera, centradas en la insuficiencia del método conflictual a la hora de determinar el derecho aplicable. Respetando la influencia de los Derechos Humanos, y su reconocimiento tanto en tratados internacionales como en la propia Constitución Nacional, la autonomía de la voluntad logró ingresar e instaurarse como un criterio rector. En el presente trabajo analizaremos su –posible– uso mediante el análisis de lo dispuesto por el art. 2630 del CCCN.

1 El presente trabajo responde a un capítulo reformulado de la tesis presentada para la Maestría en Derecho Internacional Privado cursada en la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, titulada “La elección de la ley aplicable en el Derecho Internacional Privado de familia argentino: primeros pasos hacia la autonomía de la voluntad como criterio regulador”.

2 Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. Coordinador de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración (RIDII). Correo electrónico: leandrobaltar@derecho.uba.ar.

Palabras clave: Obligaciones alimentarias; Derecho Internacional Privado; Autonomía de la voluntad; Código Civil y Comercial.

Abstract: International maintenance obligations, coming from a marriage union or as a consequence of parental responsibility, enjoy autonomous regulation in the Argentine legal system. For the first time in local history we find specific norms destined to its regulation with complete independence of the institute from which they come. This is not the only novelty. The legislator rightly echoed the various criticisms outlined in the doctrine, both national and foreign, focused on the insufficiency of the conflict method when determining the applicable law. Respecting the influence of Human Rights, and its recognition both in international treaties and in the National Constitution itself, the autonomy of the will managed to enter and establish itself as a guiding criterion. In this work we will analyze its –possible– use by analyzing the provisions of art. 2630 of the CCCN.

Keywords: Maintenance obligations; Private International Law; Choice of Law; Civil and Commercial Code.

Sommario: Gli obblighi alimentari internazionali, derivanti da un'unione matrimoniale o come conseguenza della responsabilità genitoriale, godono di una regolamentazione autonoma nell'ordinamento giuridico argentino. Per la prima volta nella storia locale troviamo norme specifiche destinate alla sua regolamentazione con totale indipendenza dell'istituto da cui provengono. Questa non è l'unica novità. Il legislatore ha giustamente fatto eco alle varie critiche delineate nella dottrina, sia nazionali che straniere, focalizzate sull'inadeguatezza del metodo del conflitto nel determinare la legge applicabile. Rispettando l'influenza dei diritti umani e il suo riconoscimento sia nei trattati internazionali che nella stessa Costituzione nazionale, l'autonomia della volontà è riuscita a entrare e affermarsi come criterio guida. In questo lavoro analizzeremo il suo possibile utilizzo analizzando le disposizioni dell'art. 2630 del CCCN.

Parole chiave: Obblighi alimentari; Diritto Privato Internazionale; Autonomia della volontà; Codice Civile e Commerciale.

Para citar este texto:

Baltar, L. (2019). “La autonomía de la voluntad en las obligaciones alimentarias conforme el Derecho Internacional Privado argentino”. *Prudentia Iuris*, N. 88, pp. 149-175.

I. Introducción

Las relaciones familiares, al estar plagadas de sentimientos y consideraciones afectivas, suelen resentirse con mayor facilidad ante los impactos producidos por la internacionalización: estar fuera del propio Estado, la separación del matrimonio en búsqueda de una mejor situación y prueba en el extranjero, las crisis matrimoniales, el choque multicultural, etc. son situaciones susceptibles de romper con la unión y hacer nacer nuevos conflictos. Ello se ve agravado por la presión financiera y emocional que debe soportar el acreedor cuando quien debe prestar los alimentos reside en el extranjero y se niega a brindar la ayuda económica, logrando que las fronteras territoriales existentes entre los Estados representen un reto³.

Ante acontecimientos capaces de producir laceraciones en los derechos e intereses de los individuos es función del Estado mantener actualizadas las soluciones jurídicas como mecanismo de protección. De allí la concepción del Derecho como un fenómeno social⁴ donde la estrecha conexión entre el hombre y lo jurídico exige a los países mantener actualizado su ordenamiento acorde al modo en que las relaciones humanas nacen, se desarrollan y se extinguen. Cuando ello no suceda, hablaremos de injusticias.

A todo ello debemos sumarle el tratamiento de este instituto en las convenciones de DDHH ratificadas por nuestro país con jerarquía constitucional. Conforme la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵ toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (conf. art. 25.1). Por su parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶ los Estados reconocen que se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles (conf. art. 11.1); de igual manera se dispone en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁷ (conf. art. XI).

3 Soto Moya, M. (abril 2016). "Prestación alimenticia en las relaciones hispano-argentinas". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, abril, 2016, 3.

4 Ghersi, C. A. (2017). "Capítulo I. El derecho, la sociología, la economía y la cultura". En Ghersi, C. A. (dir.). *Manual Parte General. Derecho Civil, Comercial y de Consumo*. Buenos Aires. Ed. La Ley, 4.

5 Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948 en la ciudad de París.

6 Adoptado por la Asamblea General en su Resolución N° 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

7 Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

Al momento de legislar los alimentos se presentó el dilema en cuanto cómo regular algo tan complejo como esencial. Tanto desde la mirada del Derecho Doméstico como del DIPr surge el problema de considerar si poseen un carácter autónomo, y en ese caso contar con una norma específica, propia e independiente, o debe considerarse como perteneciente o derivada de otro instituto o negocio jurídico. Este último supuesto es el que predominó durante la vigencia del Código Civil derogado pues, como veremos en breve, se contaba con una escasa norma dentro del artículo 162 analizado (segundo párrafo) pero bajo el ala de las relaciones personales derivadas del matrimonio.

De esta manera, cuando Vélez reguló el instituto respetó la postura doctrinal predominante en ese momento y contexto histórico. Igual situación sucedía en Derecho Comparado, donde la autonomía de la obligación de prestar alimentos no gozaba de aceptación, así expresaban: “[...] el deber de prestar alimentos deriva inmediatamente de una relación jurídica principal, en el caso que nos ocupa, de la matrimonial, pues es uno de los deberes que nacen del matrimonio [...] Se trata, pues, de una cuestión dependiente y derivada del estado de la persona”⁸. Por su parte, cuando la obligación provenía como consecuencia de la responsabilidad parental, sus efectos quedaban circunscriptos a las normas que la regulaban con una situación aún más compleja, pues no se contaba con normas especiales cuando eran internacionales.

Actualmente se instauró en la doctrina una tendencia inclinada en considerar, teniendo en cuenta la finalidad de asegurar la protección al acreedor entendido como un sujeto débil, al Derecho Alimentario como requirente de una categoría jurídica autónoma y con completa independencia de la relación de familia que provenga.

Años atrás la doctrina española detectó este dilema; para 1985, Juan Carlos Fernández Rozas se preguntaba: “¿Puede darse una respuesta autónoma al régimen de la obligación alimenticia con independencia de la relación jurídica de la que deriva, o debemos incluirla dentro del ámbito de la ley aplicable a esta última?”⁹. En el XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional Privado celebrado en la Provincia de Córdoba, los primeros días de octubre de 2009, por unanimidad se llegó a la siguiente conclusión: “La obligación alimentaria responde al derecho humano fundamental de la subsistencia y debe ser concebida como una categoría autónoma no sola-

8 Luna García, A. y Hernández Canut, J. (1951). “Dictámenes sobre competencia de los Tribunales españoles en juicio de alimentos provisionales entre extranjeros”. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo IV, 1528.

9 Fernández Rozas, J. C. (1985). “Las obligaciones alimentarias en el DIPr español”. En *Revista española de Derecho Internacional*, Vol. 37, N° 1, 77.

mente en cuanto a merecer una regulación independiente sino también en cuanto al reconocimiento de un fundamento propio que reside en el ‘estado de necesidad’ del acreedor alimentario”¹⁰.

En una completa innovación legislativa local, el CCCN cuenta dentro de las disposiciones de Derecho Internacional Privado con la Sección Cuarta, donde encontramos normas específicas creadas para el tratamiento internacional de los alimentos. Así, podemos arrancar considerando a nuestro sistema de DIPr como respetuoso de las tendencias contemporáneas, al receptor el método de modo autónomo a un instituto tan relevante. El primer paso puede considerarse positivo, resta analizar si las soluciones son las más correctas.

En el presente trabajo nos dedicaremos a analizar el art. 2630 del CCCN, debiendo aclarar que la regulación de las obligaciones internacionales es más amplia del alcance que se analizará aquí. La norma indirecta en cuestión determina la ley aplicable a los alimentos derivados de las relaciones de familia en sentido amplio: su parte primera servirá para la determinación de ellos como consecuencia del vínculo proveniente de una filiación y responsabilidad parental, mientras que su parte final se aplicará para los que nazcan como consecuencia de un matrimonio o unión convivencial. Dejaremos fuera de todo desarrollo y análisis la norma contenida en el artículo 2629 por la cual se determina la jurisdicción internacional de los jueces argentinos, pero ello no implica desconocer los beneficios, logros y éxitos al haberse incorporado su determinación.

II. La internacionalidad en los alimentos

Estar ante un momento caracterizado por la internacionalización de las relaciones humanas no es una novedad. Como consecuencia de diversos factores hoy hablamos de la familia internacional o intercultural como un fenómeno ya consolidado en la realidad social y jurídica de todos los Estados. Gracias a esta particularidad, las relaciones entre los sujetos empiezan a desplegar efectos con grandes consecuencias jurídicas¹¹.

La internacionalización de los alimentos se da cuando el domicilio o la residencia habitual —o la nacionalidad, dependiendo el criterio personal seguido— del acreedor y del deudor se encuentran situados en diferentes Estados. A ello debe sumársele el supuesto donde el acreedor alimentario posea bienes o ingresos en un Estado con los cuales pueda hacer frente a

10 Disponible en <http://www.aadi.org.ar/index.php?acc=4> (última consulta: 6-3-2019).

11 Uriondo de Martinoli, A. “La libre circulación de personas y su incidencia en las convenciones matrimoniales”. *El Derecho*, 170-1161.

esta obligación¹². En definitiva, cuando la obligación deba hacerse efectiva en un país distinto al domicilio o residencia habitual del deudor o acreedor estamos en condiciones de entender como relevante ese contacto y hablar de internacionalidad. Ante esta situación, clásica del DIPr, es cuando nos preguntamos cuál será la ley aplicable para la determinación del derecho a percibir alimentos, al monto, etc.

La notoria particularidad que se da al hablar de la internacionalidad en estas obligaciones es el modo en que se originan. A diferencia de lo que sucede con las demás relaciones, el reclamo alimentario termina por caer debajo de las normas de DIPr como consecuencia de elementos extranjeros en los demás aspectos, así terminan siendo internacionales por causa de divorcios, de la dispersión familiar, etc. Ello no implica que no puedan lograr este efecto por mérito propio.

La determinación del sistema jurídico que gobernará nos obliga a analizar el modo de selección del criterio más adecuado en un instituto tan delicado como las obligaciones alimentarias. Ante la esencia que poseen, su necesidad y urgencia que se presuponen existentes en todo caso, nos lleva a buscar siempre un modelo tendiente a garantizar una simplificación tanto para la determinación del derecho como para la del juez competente. De la misma manera, pensando en el objeto tripartito del DIPr, se exige el principio de la cooperación tanto para el reconocimiento de sentencias extranjeras como para las medidas tendientes a la obtención de una definitiva resolución.

III. La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado argentino

Para comprender la factibilidad del uso de la autonomía de la voluntad para la determinación del derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, previamente, debemos conocer su significado, alcance y finalidad. Intentaremos ser puntuales pues entendemos estar frente a un complejo escenario que puede –y ciertamente así sería– llevarnos a ocupar una gran cantidad de páginas.

Desde su irrupción en el mundo jurídico la autonomía de la voluntad se convirtió en un tema primordial en todos los cursos de DIPr, no hay sistema

12 Ver Tellechea Bergamn, E. (2019). *Derecho Internacional Privado de la Familia y Minoridad. Prestación internacional de alimentos. Restitución internacional de menores*. Montevideo. Fundación de la Cultura Universitaria y Scotti, L. B. *Manual de Derecho Internacional Privado*. 2ª Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires. Ed. La Ley, 561.

jurídico que no le haya dedicado líneas de pensamiento o tratamiento al problema del *choice of law*.

Entendemos a la *optio iuris* como aquella facultad que le permite a los propios interesados el poder de la autorregulación; es decir, de determinar la elección o la creación de normas específicas bajo las cuales van a someter la relación jurídica que los une. Etimológicamente “autonomía” designa el poder de gobernarse por sus propias leyes y por ello significa que la voluntad es la fuente y la medida de los Derechos Subjetivos: es el “órgano creador de derechos”¹³. En palabra sencillas, tal como lo explica Biocca, en el DIPr implica reconocer a las partes no sólo el poder incluir sus pretensiones en el contrato, sino también poder elegir la ley que lo rija junto a la jurisdicción competente¹⁴.

La determinación del derecho aplicable siempre estuvo en manos de los legisladores quienes, por medio de las normas de conflicto, buscaban la legislación que razonablemente se encontraba conectada a esa relación jurídica. Preocupados por los efectos que puedan generarse, tomaron en sus manos la labor hasta el momento donde la autorregulación empezó a colarse en las leyes de todo el mundo. Muchos doctrinarios hablan sobre los nuevos elementos que caracterizan a los sistemas modernos de DIPr, puntualmente mencionan uno: el importante papel asignado a la autonomía que fuera el tema tradicional de los contratos como criterio para elegir la ley aplicable¹⁵, es uno de los logros más importantes del DIPr en el siglo XX, el cual se afianzó en el siglo XXI a nivel global.

La creciente complejidad de las relaciones jurídicas junto a la búsqueda de una independencia de las personas sobre la imposición normativa estatal hace que el principio de la autonomía de la voluntad sea considerado como una herramienta de flexibilidad que, además de responder a los intereses particulares, ayuda a solucionar los conflictos provenientes de la colisión de derechos. Pero debe tenerse cuidado, no hay duda de que es un criterio peligroso si no se acepta algún modo de control como garantía de su buen funcionamiento.

La posibilidad de elegir el paraguas normativo en el cual la relación jurídica se va a desarrollar tiene una ventaja primordial: en aquellos Estados

13 Rodríguez, M. S. (2011). “El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur”. *UCES Revista Científica*, Vol. XV, N° 1, 116.

14 Biocca, S. M. (2004). *El Derecho Internacional Privado. Un nuevo enfoque*. T. 1. Buenos Aires. Lajouane, 14.

15 Picone, P. (1999). “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé: Cours général de droit international privé”. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law, Tomo 276, 183.

donde no se cuente con una legislación que prevea un tratamiento legal a la situación podrá evitarse esa laguna jurídica. Pero también permite que la falta de modernización, la desactualización legislativa o la falta de flexibilidad de las normas no sean un condicionamiento que obste el cumplimiento de la justicia para el caso.

Al mismo tiempo, es común que la internacionalidad genere como efecto la inseguridad, es decir, cuando un matrimonio rompe con las barreras domésticas de un Estado y empieza a vincularse con las legislaciones de varios países es cuando el choque de derechos toma un papel trascendental y toma un camino vestido de una complejidad jurídica. ¿Cuál de todos los derechos potencialmente conectados debe ser aplicado? ¿Cómo determinar, de entre ellos, el adecuado? El Derecho siempre buscará el modo más razonable de eliminar esta inseguridad por medio de sus métodos, así es cómo el conflictual triunfó y cayó una vez tras otra. La pluralidad metodológica hoy goza de un reconocimiento gracias a poder aplicar el más adecuado dependiendo de la situación fáctica que se tome.

En este punto es donde la autonomía de la voluntad se destaca: poder elegir el conjunto de normas hace tomar un impulso a la seguridad jurídica. Es innegable que los interesados conocerán a qué se obligan y someten si son ellos mismos quienes así lo determinan; de esta manera, no podrá cuestionarse el conocimiento sobre los efectos y las consecuencias que ese derecho disponga.

Durante la vigencia del Código Civil de Vélez el reconocimiento de la autonomía de la voluntad fue todo un desafío, pero no solo en lo que respecta a las relaciones internacionales. No contábamos con una norma expresa que reconozca a este principio del mismo modo en que hoy lo conocemos, siendo una evolución de la doctrina y jurisprudencia su reconocimiento. En base a ello, se extraía del viejo artículo 1197 su reglamentación, conforme a la cual las convenciones que realizaban las partes en los contratos los obligaban como la ley misma, teniendo como fuente inmediata el Código Civil francés¹⁶.

Esto no implicó su desconocimiento, gracias a la labor preocupada de los doctrinarios, quienes, atentos al desarrollo del principio en otros Estados, supieron buscar el camino para poder empezar a plantear su reconocimiento local. Entonces, fundamentándose en esta norma y en el principio constitucional de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, se enrolaron en una postura de aceptación, pero con límites. Debemos destacar

¹⁶ Pese a la carencia de normas específicas referentes al DIPr, sí se encontraba indiscutidamente aceptada para los contratos internos y domésticos por el artículo mencionado, hoy reproducido en las disposiciones de los arts. 958 y 959 del CCCN.

también a aquellos autores que, desde en una teoría negatoria, rechazaron esta autonomía, postura que fue perdiendo adeptos con el pasar del tiempo.

Así se comenzó un camino donde empezó a ganar un terreno acotado al área contractual. El resto de los aspectos, y sobre todo el Derecho de Familia, siguió manteniéndose ajeno a esta posibilidad mediante la aplicación de leyes imperativas que en ninguna circunstancia podían ser dejadas de lado por la simple voluntad de los individuos al responder a intereses públicos que garantizaban una seguridad jurídica.

La aprobación del CCCN trajo varios cambios normativos, entre los cuales el reconocimiento de la autonomía de la voluntad se alza como novedoso. Es cierto que su existencia no era desconocida por nuestro país, pero la existencia de normas específicas que lo reconozcan expresamente es un cambio de paradigma trascendental que echa por tierra todas las viejas discusiones sobre su existencia o no, siendo hoy simplemente un marco anecdótico de lo que una vez fue.

La duda se planteaba en cuanto al alcance que se le daría a la autonomía de la voluntad. No había dudas de su expreso reconocimiento en los contratos. Como sostiene María Elsa Uzal, el CCCN “abraza hoy, expresa y decididamente, el principio de la autonomía de la voluntad también en punto al derecho aplicable a los contratos internacionales, honrando así la más acendrada tradición jurídica sostenida siempre por la Argentina”¹⁷, pero ¿sería posible que llegue a otras materias antes anegadas? En su caso, ¿en qué límites o condiciones?

Las normas que componen el Derecho de Familia, tanto en el aspecto interno como internacional, cambiaron sustancialmente y esto es, adelantándonos a nuestras conclusiones, lo que permitió al avance de la autonomía de la voluntad en estas materias. El régimen de las relaciones personales y patrimoniales del matrimonio cuenta, en la actualidad, con una mayor apertura a la libertad de elección respecto de lo que sucedía con el viejo Código gracias a la intromisión de los DDHH. La igualdad jurídica entre el hombre y la mujer es uno de los efectos que demuestra cómo el Derecho cambió buscando respetar aquellos intereses sociales que se venían instaurando. De igual manera, la llamada constitucionalización del Derecho de Familia vigente en el hoy CCCN implica un reconocimiento normativo expreso de la protección de los derechos de todo NNA en cumplimiento de los principios reconocidos por las convenciones con jerarquía constitucional. ¿Sucedo lo mismo con las obligaciones alimentarias?

17 Uzal, M. E. (2017). “Los contratos internacionales en el DIPr argentino a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación”. *Revista Código Civil y Comercial*. Año III, Núm. 8. Buenos Aires. Ed. La Ley, 143.

IV. El uso de la autonomía de la voluntad en las obligaciones alimentarias

Las relaciones de familia se caracterizan por su estrecha vinculación con principios culturales, sociales y morales. Dentro de ellas, encontramos al matrimonio como una unión socio-afectiva con la capacidad de desplegar una gran cantidad de efectos sobre los cuales todos los Estados demostraron interés en regular. De igual manera sucede con la hoy llamada responsabilidad parental.

Al momento de tomar la decisión política legislativa para establecer cómo se regularán los alimentos, y así producir efectos, aparecen dos opciones: una posibilidad es dejar en manos de los interesados el modo como quieren que se desarrolle ese vínculo con normas supletorias o facultativas o, por el contrario, se pueden receptor normas imperativas e imposibles de evitar imponiéndose ante la voluntad de los contrayentes.

La esencia misma de los alimentos, y su reconocimiento como un DDHH, fue la piedra que inclinó la balanza a favor de la imperatividad. Con el afán de regular los efectos susceptibles de generar con una suficiente seguridad jurídica y, al mismo tiempo, evitar las injusticias sociales, los Estados tomaron en su poder las condiciones a las cuales se someterán sin permitir que las propias partes puedan imponer sus deseos o condiciones, más aún cuando en aquella relación encontrábamos a niños a proteger. Al estar ante uniones no comerciales, carentes de algún tipo de beneficios económicos, no habría razón de permitirles jugar normativamente, debiendo someterse al modo impuesto por cada país.

Pero la concepción de la familia y de las relaciones derivadas de ella cambió, puede ello desprenderse de todas las normas hoy receptoradas en el CCCN. Pese a ello, en el Derecho de Familia seguimos hablando de un área con una presencia de normas restringidas pero tamizadas, ya no con aquella esencia de hace cientos de años. Toda la doctrina privatista considera el avance de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia internas; estamos ante un Código caracterizado por otorgar la facultad de elegir, por ejemplo, si se desea constituir un matrimonio o una unión convivencial, poder disolver la unión en conjunto, elegir el régimen patrimonial y poder modificarlo posteriormente, etc. Estos aires de cambios, ¿se plasmaron en las normas internacionales destinadas a regular las obligaciones alimentarias?

1. Alimentos derivados del matrimonio o de la unión convivencial

La obligación alimentaria entre los cónyuges, así lo considera la doctrina privatista, constituye una manifestación del deber asistencial originado

como consecuencia de la unión marital –o convivencial, en su caso– y se traduce como prestaciones económicas destinadas a la subsistencia o manutención¹⁸. Estamos ante una consecuencia de la solidaridad familiar, de carácter asistencial y destinado a la satisfacción de las necesidades materiales del hombre¹⁹. Graciela Medina los entiende como “el deber moral y legal impuesto a los cónyuges a asegurar la subsistencia del otro en atención a las necesidades que presente el consorte reclamante y a los medios del reclamante”²⁰.

Su reconocimiento expreso en nuestro Código se plasmó en el artículo 432, al disponer que los cónyuges se los deben entre sí y durante la vida en común, incluso en la separación de hecho. Novedosamente, la norma hoy dispone que, sucedido el divorcio, los alimentos pueden quedar a lo convenido por las partes y, en defecto, a lo dispuesto por la norma.

Recordando el principio de igualdad jurídica con una fuerte base constitucional, estamos ante una obligación que ya no pesa exclusivamente sobre el marido, hoy se habla de una contribución en cabeza de ambos cónyuges y en las medidas de las posibilidades de cada uno de ellos.

La nueva y autónoma disposición hoy vigente en nuestro CCCN se nos presenta como la principal norma –siempre en caso de inexistencia de alguna fuente convencional–, instaurando desde hace unos años un sustancial cambio legislativo; su análisis se nos vuelve imprescindible para buscar desentrañar su compleja y novedosa técnica legislativa. Al mismo tiempo debemos comprender si en este aspecto podemos o no empezar a hablar de una *optio iuris* como posible criterio regulador.

Siendo coherente con las soluciones receptadas por los diversos sistemas jurídicos de DIPr comparado, el Código redactado por Vélez –y sus posteriores reformas– no contenía una norma autónoma y específica de la cual podía desprenderse la ley aplicable a la obligación alimentaria. Esta situación no era lo único criticado por la doctrina; la rigidez de la solución brindada por la norma también fue atacada. Basándose en la esencia del instituto, contar con una única y fría conexión podría traer aparejado grandes inconvenientes.

En esta idea comenzó a izarse el argumento preguntándose si la autonomía de la voluntad podría tener acogida. Los alimentos se traducen como

18 Bossert, G. A. y Zannoni, E. A. (2016). *Manual de Derecho de Familia*. 7ª Ed. Buenos Ed. Astrea, 149.

19 Faraoni, F. (2009). “Alimentos para los hijos e interés superior”. Tagle de Ferreyra, G. (Dir.) (2009). *Interés superior del niño. Visión Jurisprudencial y aportes doctrinarios*. Córdoba. Nuevo Enfoque, 164.

20 Medina, G. y Roveda, E. G. en Rivera, J. C. y Medina, G. (Dirs.) (2016). *Derecho de Familia*. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 222.

una prestación valorizada económicamente, es decir, cuentan con un contenido patrimonial y la autonomía de la voluntad siempre fue bien recibida dentro de aquellas materias con esa naturaleza. Esta situación desembocó en varios cuestionamientos, todos centrados en determinar si el método conflictual seguía siendo el más apropiado para resolver los problemas que la multiculturalidad y la internacionalidad generan en las relaciones alimenticias.

La doctrina internacionalista extranjera viene reconociendo la necesidad de un cambio hacia la autonomía hace tiempo. De esta manera, consideran a la elección de ley aplicable a los alimentos como un mecanismo destinado a favorecer la seguridad jurídica y la previsibilidad, pues la selección será entre una ley conocida por ellos previamente. Así, por ejemplo, Erick Jayme expresó: “[...] la elección de ley aplicable, o mejor dicho, la posibilidad de su ejercicio puede ser percibida como expresión del principio de libertad personal que se integra en los Derechos Humanos y permite a las partes diseñar sus relaciones patrimoniales y delimitar sus intereses de forma más efectiva que la realizada por el legislador”²¹.

El dilema en la determinación del mejor método y más adaptable a un mundo cambiante y con una necesidad de respeto a la multiculturalidad siempre debe tener como punto directo la protección del acreedor –una justa y no desmedida protección–, pues la obligación alimentaria implica una manutención destinada a suplir las necesidades básicas de toda persona humana para una vida acorde a los estándares. El desafío es complejo: no solo es buscar el mejor modo de determinar la ley aplicable, sino que debe pensarse también a futuro y buscar soluciones que favorezcan ejecuciones y eliminen demoras.

Durante la vigencia del Código de Vélez nos encontrábamos con una escasa y escueta norma que receptaba una solución para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones alimentarias. Esta norma estaba comprendida dentro de las relaciones personales provenientes de una unión matrimonial, es decir, no comprendían un tratamiento autónomo, pero estaba separado de la norma general (art. 159, CV). El segundo párrafo del artículo 162 disponía lo siguiente: “El derecho a percibir alimentos y la admisibilidad, permisibilidad, oportunidad y alcance del convenio alimentario, si lo hubiere, se regirán por el derecho del domicilio conyugal. El monto alimentario se regulará por el derecho del domicilio del demandado si fuera más favorable a la pretensión del acreedor alimentario. Las medidas urgentes se rigen por el derecho del país del juez que entiende en la causa”.

21 Jayme, E. (2009). “Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies”. *Yearbook of Private International Law*, Vol. XI, 1 y sigs.

Conforme la propia redacción estábamos ante una norma de aplicación exclusiva para los alimentos como consecuencia de una unión matrimonial, no solo por estar bajo el tratamiento del matrimonio, sino porque regulaba los aspectos personales de éste. Al mismo tiempo, servía como un mecanismo de calificación: las obligaciones alimentarias se consideraban parte, comprensivas e incluidas dentro de las relaciones personales.

La norma distinguía tres tipos legales y para cada uno de ellos disponía un tratamiento separado. En primer lugar, todo lo referido a los alimentos, excepto el monto y las medidas urgentes, quedaban sometidos a un único derecho: el domicilio conyugal. Por este, a modo de solución rápida y para no cuestionar si la calificación podía o no ser aplicable, debíamos entender el lugar donde vivían de consuno. Incluso, en caso de no poder determinarse la conexión subsidiaria volvía a regir. Es decir, había una completa y obstinada subordinación de ellos a las relaciones personales.

Por su parte, al momento de determinar el monto alimentario se receptó una norma materialmente orientada; entonces, para este caso, debía analizarse entre el derecho del domicilio conyugal y el del domicilio del demandado, siendo solo de aplicación aquel que fuera más favorable en un completo beneficio al acreedor. Esto nos obligaba a preguntarnos ¿cuál era la razón de solo otorgar esta posibilidad al monto y no la totalidad de los alimentos si el más favorable no estaba en el domicilio del matrimonio?

Finalmente, y por puras razones de practicidad, las medidas urgentes quedaban sometidas a la *lex fori*, lo cual implicaba una facilidad al momento de la toma de ellas, algo sumamente valioso en cuestiones tan susceptibles como los alimentos.

Ante esta solución conflictual, suficiente para un momento histórico determinado, empezó a plantearse la pregunta: ¿es apropiado contar con una única regla destinada a satisfacer la necesidad alimentaria? La complejidad, la importancia y la esencia generaron una respuesta negativa, siendo uno de los primeros temas a modificar en la reforma.

Entonces, buscando favorecer al acreedor en esta consideración de débil jurídico que requiere ser protegido, debe buscarse una ley que garantice ello. La pregunta surgió de modo automático, si la norma de conflicto fue insuficiente los doctrinarios vieron el tiempo y momento ideal para considerar dar un paso más; ¿debería permitirse una elección libre entre varios órdenes legales con el fin de lograr los mejores resultados para el demandante?²²

22 Martiny, D. (1994). "Maintenance obligations in the conflict of laws". En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law, Tomo 247, 155.

Tal como venimos desarrollando, el CCCN decidió darle un tratamiento autónomo tanto para la determinación de la jurisdicción internacional directa como para la determinación del derecho aplicable. La cuestión será determinar si la independencia es tal que las conexiones por el legislador indicadas permitan o no separarse totalmente de los efectos personales, perdiéndose entonces la subordinación durante años esgrimida.

En base a ello, encontramos una norma destinada a resolver el problema de la ley aplicable cuando estemos ante alimentos con elementos internacionales. El artículo 2630, CCCN, contiene tres normas: la primera de ella es específica para el caso donde el acreedor alimentario tenga ese derecho como consecuencia de relaciones jurídicas ajenas a una unión matrimonial (o convivencial) y será analizada en el apartado siguiente.

De modo seguido el artículo dispone:

“2º P. Los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos.

3º P. El derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo”.

Una simple lectura de la norma nos permite concluir el estar ante un cambio abismal respecto de la vieja solución. Su trato autónomo ya fue el primer paso hacia una correcta regulación, pero de nada serviría si la solución propia no contara con una moderna respuesta en cuanto al criterio elegido. Debemos partir el análisis del artículo en dos.

a) El derecho aplicable ante la existencia de un acuerdo alimentario

Comenzando con el segundo párrafo del artículo, nos encontramos con un reconocimiento expreso de la facultad de celebrar un convenio de alimentos entre el acreedor y el deudor, pero ¿es de aplicación esta disposición para los alimentos provenientes de un matrimonio? Ante la falta de una mención expresa, y estar en un tratamiento autónomo, nos urge determinar si esta disposición es aplicable a ellos o solo está conectada directa y especialmente al primer párrafo con exclusión de los derivados de la unión marital.

Optando por una respuesta afirmativa, vemos cómo la técnica legislativa se nos presenta de un modo interesante. Estando en un último párrafo el supuesto donde se determina la ley sin un acuerdo, debemos entender como regla general la posibilidad de las partes en designar expresamente el ordenamiento por el que ha de regirse la obligación alimentaria. Sin embargo, estamos ante una elección que presenta límites en su uso. Con

este razonamiento solo de modo subsidiario deberán verse el resto de las soluciones.

A lo largo de todo el texto del Código, se menciona la existencia de un “convenio” de alimentos y ello hace que nos preguntemos sobre la esencia, el contenido y la naturaleza que pueda otorgársele. Tal como lo expresa Azpíri, existían “discrepancias doctrinarias acerca de la naturaleza de los alimentos convencionales ya que, para una postura, eran considerados alimentos convencionales rigiéndose enteramente por lo pactado y, para otra, seguían siendo alimentos legales en los que el convenio lo único que evitaba era la extinción de ese derecho”²³.

Tanto como se sostiene en la fase interna, la disposición específica para cuando exista un elemento de internacionalidad nuevamente destaca la existencia de un convenio. ¿Admite el Código la autonomía de modo material? A diferencia de lo regulado para el régimen patrimonial del matrimonio, la disposición no indica como aplicable a los alimentos el acuerdo firmado entre las partes, sino que determina la elección entre alguna legislación a ellos.

El inconveniente está en la técnica legislativa. Debe entenderse que, si existe un acuerdo, los interesados buscarán en él establecer las condiciones, pautas y formas de cómo se llevará adelante la obligación alimentaria. Así entonces, debemos entender a la norma como receptiva de una novedosa solución: los alimentos quedan sujetos a lo convenido por las partes. Esto nos lleva a la siguiente reflexión lógica y esperable: el derecho a alimentos es un principio de orden público internacional –y como consecuencia, interno–, por tener de base a una esencia asistencial reconocida por los tratados de DDHH y la CN.

Considerar al deber alimentario de esta manera implica no reconocer ningún tipo de disposición, normativa o ley tendiente a desvirtuar, desconocer, limitar, restringir o eliminar la obligación o el derecho a él. El problema será determinar el contenido de este principio. ¿Merecen la misma consideración las modalidades de la prestación, el monto, la forma de pago y el lugar de pago? Creemos que no y que ellas pueden convenirse entre las partes con una mayor libertad mientras la esencia del instituto en sí esté garantizada.

Planteado ello, y aun pensando dentro del modo material, nos preguntamos: ¿cuánto margen se le da a la propia autonomía de la voluntad? Es decir, el CCCN habla de la existencia de un convenio de alimentos. ¿Pueden las propias partes disponer en este acuerdo las cláusulas para ellos más justas a su relación? Como mencionamos anteriormente, estamos ante un

23 Azpíri, J. O. (2016). *Derecho de Familia*. 2ª Edición. Buenos Aires. Hammurabi, 130.

problema proveniente de la propia técnica legislativa, la norma lamentablemente no dispone “los convenios o acuerdos rigen los alimentos entre el deudor y el acreedor”, técnica que hubiese sido más correcta. Las normas automáticamente indican los posibles derechos a elegir cercenando la autonomía y pareciera que ellos son solo para aplicar al convenio –a su validez, monto, etc.– y no a los alimentos en sí.

Desde nuestra parte, y haciendo un análisis de todo el texto del Código, comprendiendo su esencia, finalidad y espíritu, entendemos que la disposición admite la autonomía de la voluntad material. Los propios cónyuges pueden acordar las pautas en cómo se desencadenarán los efectos con los límites de las normas imperativas. ¿Cómo llegamos a esta conclusión? El CCCN hoy reconoce el instituto de la “compensación económica” como una figura novedosa que vino a reemplazar a la figura de los alimentos entre cónyuges. Conforme lo dispuesto en el artículo 441²⁴, se establece la condición para que prospere el pedido –principio de protección de la parte débil–, y acto seguido, se establecen las condiciones y pautas, dejando plena libertad a los cónyuges para regular todo lo referido a este derecho de compensación económica en el convenio regulador: sea el monto, la forma de pago, etc. En ese contexto, la actividad del juez queda limitada a la homologación. Entonces, se admite un convenio donde los esposos acuerden cómo asumirán la obligación alimentaria. Si este se realiza en nuestro país quedará limitado y supeditado a las condiciones autorizadas por nuestra legislación –autonomía de la voluntad materia controlada por el orden público interno–; al mismo tiempo, se reconocerán los acuerdos celebrados en el extranjero cuando no violen los principios fundamentales de nuestro país y sean válidos conforme a la ley que rige a los alimentos.

La admisión de la facultad de modo conflictual es más fácil de admitir. Expresamente, la norma permite a las partes seleccionar en el acuerdo el derecho que regirá al convenio de alimentos; elección que se encuentra limitada. Cuando desarrollamos anteriormente el avance y alcance de la autonomía de la voluntad, mencionamos la existencia de varios controles elaborados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, poco a poco receptados por las diversas legislaciones, sobre todo en aquellos aspectos donde dejar de modo libre a las partes el actuar podía volverse peligroso.

24 Art. 441, CCCN: “El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez”.

Entre todos ellos mencionamos al “catálogo del legislador” como un mecanismo tendiente a soltar la soga, pero no dejando de sostenerla.

Si se permite la elección para determinar la validez o nulidad y alcance del convenio, cómo no vamos a admitir la incorporación de una norma conflictual donde, al mismo tiempo, se seleccione el derecho aplicable al instituto en sí mismo. Si bien la norma tiene como fin inmediato la posibilidad de designar el derecho aplicable “al convenio”, es decir, para determinar su validez o nulidad, efectos, etc., debemos entender, al mismo tiempo, que las partes pueden elegir entre las mismas conexiones para determinar el derecho al que se someterá la prestación alimentaria.

De esta manera, en el propio acuerdo de alimentos las partes pueden determinar el derecho al cual desean someter este efecto proveniente del matrimonio, pero circunscripto a ciertos ordenamientos jurídicos. No podrán elegir cualquiera según su completo y antojadizo deseo; es el propio legislador quien consideró cuál de todos los derechos posibles se encuentran razonablemente más conectados y cercanos; de este modo, solo podrán seleccionar entre el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. Esta limitación “refuerza el principio cardinal de tutela al alimentado, que no queda a merced de una elección desconectada dependiendo de la voluntad del acreedor (parte fuerte) de la relación alimentaria”²⁵.

La parte final podría traernos un segundo límite. Puntualmente no se incorporó el “tiempo de elección” como medida de control, pero al fijar los puntos de conexión en el tiempo –pues será el domicilio o residencia habitual al momento de celebrarse el acuerdo–, nuestra legislación no permite el cambio mientras estas conexiones se mantengan inamovibles. Claramente podrían celebrar un nuevo acuerdo y, si algunas de las conexiones cambian, el derecho a elegir deberá respetar estas conexiones fijas, pero estamos ante un nuevo convenio.

Como se puede observar, estamos ante una facultad en un área hasta entonces completamente excluida, pero de modo limitado. Coincidimos con Beatriz Pallarés, para quien “[...] la introducción de la autonomía de la voluntad de las partes, en esta materia, no debe permitir dejar de lado los objetivos de la institución. Los alimentos tienen como condición o supuesto una situación de desamparo material del peticionante y por objetivo, la sobrevivencia del beneficiario. Este criterio deberá respetarse en la aplicación de las reglas de esta sección, especialmente al juzgar acerca de la validez de

25 Menicocci, A. (2016). “El régimen de alimentos en el DIPr en fuente interna y un debut previsible de la cláusula de excepción”. *El Derecho, Diario de doctrina y jurisprudencia*, N° 13.972. Buenos Aires, 4.

un pacto que comprometa los intereses del peticionante. Deberán tenerse presentes las reglas relativas a la capacidad, forma y validez intrínseca de los pactos, así como la función correctora del orden público”²⁶.

Cierta es esta afirmación. Frente al principio –ahora rector– de la autonomía privada, mediante el cual garantiza el reconocimiento de los individuos de autorregularse y autogestionarse, encuentra su límite en el principio de protección del cónyuge más débil y en el principio de igualdad jurídica de los cónyuges. Entonces, toda disposición normativa que se traduzca como una violación a ellos por medio del uso de la autonomía de la voluntad violará al OPI, debiendo el juez corregir mediante las herramientas legales a su alcance.

Hablar de una igualdad jurídica entre los esposos no nos genera demasiados inconvenientes; conforme vimos anteriormente, hoy se encuentra establecida con una fuerte raíz la idea de igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges en el matrimonio como producto de años de trabajo de organismos internacionales productores de normas de DDHH y de las legislaciones de casi todos los Estados. Cuando los convenios se realicen en desmedro de uno de ellos, porque la legislación del país donde se celebró así lo determina o por haberse elegido la ley de alguno de ellos, se chocará contra un muro de protección; de esta manera, ese convenio o sus disposiciones se caerán por inválidas.

El principio basado en la protección del cónyuge jurídicamente débil, claramente relacionado con el anterior, es un poco más costoso de determinar. ¿Qué debe entenderse por cónyuge débil? Estamos ante un principio que intenta proteger una situación más fáctica que jurídica. Es posible que la ley reconozca una igualdad en cuanto a derechos y deberes, e incluso imponga de modo imperativo esta equivalencia a todos los individuos sin importar dónde habiten, pero ello no implica la existencia en los hechos de esa igualdad de modo efectivo. Ante ello, la protección se esboza mediante un principio capaz de romper con este problema y permite celebrar acuerdos libres de toda afectación.

Podemos considerar como “débil” a aquel cónyuge que se encuentre en una posición económica, emocional, psíquica o física inferior respecto del otro. Para ello, dependerá de cada unión en particular y habrá que analizar si pese a la igualdad legal ese matrimonio se asentó en un dominio de uno de ellos. Un reflejo claro de esto en nuestro Código es el mecanismo de protección ante un “desequilibrio”, pudiendo las propias partes acordar el modo

26 Pallarés, B. (2014). “Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 3: Parte especial. Sección 4ª: Alimentos”. En Rivera, J. C. y Medina, G. (Dirs.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires. La Ley, 880.

de romper con ello o por el mismo juez, a través de la “compensación económica”, la cual es definida como el derecho personal reconocido al cónyuge al que el divorcio le produce un empeoramiento en la situación económica de la que gozaba en el matrimonio, colocándolo en una posición de inferioridad frente a la conservada por el otro²⁷.

La norma no contiene una mención expresa en cuanto a los requisitos formales que deba cumplir el acuerdo, ello nos hace entender el sometimiento a las normas generales reguladas por nuestro Código en el artículo 2649.

b) El derecho aplicable en defecto de acuerdo alimentario

Ante la falta de elección del derecho aplicable la última norma dispone de conexiones subsidiarias con clásicos e históricos criterios rígidos. Lo llamativo de la solución brindada por el legislador es tanto por los puntos de conexión elegidos como por el modo en que se presentan.

Arrancando por esto último, podemos ver la existencia de tres conexiones unidas de modo alternativo. Ante este método, el actor del reclamo tendrá la posibilidad de seleccionar entre cualquiera de ellos y, a diferencia de lo que sucede si hay menores, no queda sujeto a condición alguna. Entonces, al hablar de una alternatividad libre entre varias posibilidades nos encontramos con el uso de una autonomía de la voluntad limitada de la misma manera y con el mismo criterio de lo analizado en el punto anterior. El “catálogo del legislador” vuelve a ser el recurso considerado como apto para controlar la facultad otorgada a los propios cónyuges –o ex cónyuges– o convivientes.

Las conexiones posibles están identificadas en tres puntos:

- Último domicilio conyugal o última convivencia efectiva: si bien la norma presenta dos conexiones debemos entenderlas como excluyentes una de la otra. La disposición es aplicable a los alimentos derivados de uniones matrimoniales como uniones convivenciales. Entonces, dependiendo el supuesto en análisis será el criterio disponible.
- Derecho aplicable a la disolución: esta conexión nos obliga remitirnos a lo dispuesto por el art. 2626, siendo aplicable el derecho del último domicilio de los cónyuges. Mientras nuestras normas se mantengan intactas, estamos ante una coincidencia de disposiciones, no encontramos la suma de un nuevo criterio.

²⁷ Medina, G. y Roveda, E. G. en Rivera, J. C. y Medina, G. (Dirs.) (2016). *Derecho de Familia*. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 252.

- Derecho aplicable a la nulidad: teniendo en cuenta que la nulidad hace a la validez del matrimonio, nuestro Código dispone en el art. 2622 como aplicable la ley del lugar de la celebración del matrimonio.

A diferencia de lo que sucede con el punto anterior, no encontramos entre los posibles derechos a elegir la ley del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los cónyuges. ¿Por qué estas posibilidades no se encuentran previstas como alternativas? Podemos concluir que ello se debe a la factibilidad de que ocurra un fraude a la ley, es decir, si habilitamos el contacto personal domicilio o residencia habitual de alguna de ellas se favorece a la configuración de este problema propio del DIPr, donde el actor –y acreedor alimentario– busque la legislación más beneficiosa y sitúe allí el punto de conexión. Estando fuera de un acuerdo de voluntades, está fuera de lógica jurídica darles la alternatividad de este punto de conexión. Sin embargo, teniendo en cuenta que los alimentos buscan necesariamente garantizar un derecho y beneficio, dudosa sería la existencia de un fraude y por ello estamos a favor de su futura inclusión como lo receptan algunos convenios.

Como no puede ser de otra manera, no solo la técnica legislativa es susceptible de ser criticada sino también la completa razonabilidad de los puntos de conexión elegidos. Teniendo en cuenta la búsqueda de una autonomía del instituto, ¿es válido usar todas las conexiones referidas a la unión? Si volvemos a mirar la solución, nos encontramos con remisiones basadas todas ellas en distintos aspectos del matrimonio rompiendo con esta idea de una independencia. Incluso, peor aún, ni siquiera reescribe los puntos de conexión, sino que nos reenvía a los criterios establecidos en otros aspectos, como la disolución o nulidad. Entonces, ese esperable tratamiento autónomo comienza a verse diluido al no permitir una completa separación de los alimentos del matrimonio.

No discutimos que los puntos de conexión vigentes respeten la razonabilidad, solo planteamos la inconveniencia que genera la ausencia del domicilio o residencia habitual entre ellos. Pensemos en un matrimonio separado hace años, cuyo último domicilio conyugal estaba en un Estado diferente al actual de las partes en juego; conforme esta solución verán sometido el reclamo alimentario a una legislación ajena al acreedor, es el Estado donde se encuentra su residencia habitual donde podemos encontrar los vínculos con el entorno social del alimentado porque vive allí y con las normas de ese país es que prevalece su situación, pero ello no deberá ser tenido en cuenta por lo dispuesto en nuestro sistema.

Cuando se plantó la idea de la autonomía, no se hizo únicamente de-seando un tratamiento separado e independiente de la relación jurídica,

también se buscó la protección del beneficiario o parte más débil de la relación. Como argumenta Nieve Rubaja, al considerarlo independiente se lograría como consecuencia la posibilidad de terminar hallando la ley que resulte más acertada en función de su propia naturaleza jurídica, ley que en definitiva proteja y garantice los derechos del alimentado²⁸. Pero para que ello funcione, como acertadamente expresó Tellechea Bergman²⁹, es necesaria una solución específica capaz de concebir a los alimentos como una categoría singular, situación que sólo podría suceder al someterlos a la ley del Estado de su centro de vida, criterios no volcados en la norma: el domicilio o la residencia habitual.

Otra de las críticas susceptibles de realizarse a la disposición es en cuanto al tipo legal utilizado. Conforme su texto, es de aplicación entre cónyuges o convivientes (recordemos la recepción de la unión convivencial en el Código) pero nos preguntamos lo siguiente: ¿también es aplicable a aquellos que no son cónyuges? Imaginemos el supuesto de un matrimonio anulado. Entonces, la redacción deseable y preferida hubiera sido la que receptó la CIDIP IV sobre Obligaciones Alimentarias que, en su artículo primero, determinó su aplicación a todas las obligaciones alimentarias derivadas de las relaciones matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan sido tales.

La regulación de las uniones convivenciales en nuestro sistema cuenta con su expresa recepción desde la entrada en vigencia del CCCN, implicando un avance significativo en todo aspecto, incluso con los criterios receptados. En cuanto a las obligaciones alimentarias derivadas de este vínculo, la norma analizada no solo es de aplicación al matrimonio, su propio texto lo hace extensivo a este tipo de uniones.

2. Alimentos derivados de la responsabilidad parental

Conforme lo dispuesto por el art. 638 del CCCN, la responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral, mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

Como consecuencia de ella, nace la obligación y el derecho de los hijos de ser alimentados y educados, deber que pesa en aquellas personas que están a cargo de ellos. Si el Derecho aplicable es el local, debemos entender

²⁸ Rubaja, N. (2012). *Derecho Internacional Privado de Familia*. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 539.

²⁹ Tellechea Bergman, E. (1991). *El nuevo Derecho Internacional Privado Interamericano sobre familia y protección de los intereses de menores*. Montevideo, Uruguay. Fundación Cultural Universitaria, 42.

el alcance de ella como la satisfacción de las necesidades de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio.

Debemos destacar el estar ante disposiciones completamente novedosas. La carencia de normas de estilo en el Código derogado ponía a Argentina en una situación desventajosa, pues estábamos ante un verdadero y completo vacío normativo intensificado por tampoco contar con normas referidas a lo que en su momento se tipificó como patria potestad a nivel internacional. Entonces, no contábamos con normas que regulaban los alimentos procedentes del parentesco o de la filiación y tampoco podíamos aplicar supletoriamente las normas referidas a la regulación de la responsabilidad parental porque no había ninguna.

De la misma manera que sucedió con los alimentos derivados de la unión matrimonial o convivencial, cuando ellos provengan como consecuencia de la responsabilidad parental, vamos a encontrar una norma que mantiene la autonomía del instituto respecto de aquella que le da origen. Entonces, todo lo atinente a la responsabilidad parental quedará sometido al derecho indicado por el art. 2640 (el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto, en principio, pues hay una excepción cuando, fundándose en el interés superior del niño, se pueda tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes), excepto las prestaciones alimentarias por contar con su propia norma.

Dentro del art. 2630 vamos a encontrar un primer párrafo –en realidad, una primera norma– destinado a regular los alimentos derivados de la responsabilidad parental. Si bien su texto no lo menciona expresamente, sí podemos denotar de ella una caracterización de modo general donde, seguidamente, se despegan los derivados de las uniones, conforme analizamos en el punto anterior.

Como mecanismo de protección, entendiendo al acreedor como un sujeto vulnerable que requiere una seguridad, el legislador incorporó una norma con el estilo de lo llamado “materialmente orientada”, pues la elección entre la alternatividad de los puntos de conexión se encuentra condicionada: deberá elegirse entre el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario siempre buscando aquel más favorable a los intereses del primero (conf. art. 2630).

En esta técnica legislativa es imposible hablar de una autonomía de la voluntad. La propia norma indica que será la autoridad competente quien decidirá y ello elimina de modo claro toda posible libertad de elección en cabeza de las partes.

El problema se presenta al momento de determinar si la norma respecto a la regulación de los convenios alimentarios es de aplicación cuando

provengan como consecuencia de una responsabilidad parental y el alimentado sea un NNA.

Nuestro sistema admite la existencia de convenios destinados a regular la prestación alimentaria hacia menores, pero siempre se requiere –no importa la instancia en que se hayan celebrado– la intervención de la autoridad pública para su homologación y posterior ejecución como modo de garantizar sus derechos. Entonces, nos preguntamos: ¿es de aplicación la disposición que permite la autonomía de la voluntad en esos casos? Ante la falta de una mención expresa, y estar bajo un tratamiento autónomo, nos urge determinar si esta disposición es aplicable a ellos o si, por su ubicación posterior, solo está conectada directamente referida a los demás alimentos.

Teniendo en cuenta la particularidad del caso, la existencia de alimentos en favor de un niño o niña, el cual responde a un DDHH, la autonomía de la voluntad se encontraría afectada y coartada de modo automático. De nada tendría sentido la incorporación de una norma materialmente orientada, donde es la autoridad competente quien debe velar por la aplicación del derecho más beneficioso a los intereses del alimentado si, acto previo, permitimos que por su propia decisión puedan pactar un derecho –limitado entre las conexiones brindadas– susceptible de desentender y contradecir esta finalidad protectoria. Como vimos, otro cantar sucede cuando se habla de alimentos entre cónyuges o convivientes, pues ante la falta de elección la norma que se activa presenta conexiones alternativas sin condición alguna.

Entonces, con este razonamiento e invocando principios de orden público internacional, consideramos su inaplicabilidad cuando la prestación de alimentos involucre intereses de niños, niñas o adolescentes.

V. A modo de cierre

No solo es el DIPr quien se ve influenciado y provocado por la crisis en tener que cambiar y adaptarse a un nuevo mundo y un moderno escenario global, sino que también son sus propios principios los que se ven en la obligación de tener que reaccionar si pretenden alzarse con la victoria. Dentro de todos los principios, características y métodos que el DIPr posee, la autonomía de la voluntad es uno de los que más críticas y problemas padeció. Cuando irrumpió en el mundo jurídico muchos la recibieron con cautela, mientras que otros la rechazaron sin darle la oportunidad de que ella pueda desarrollarse en un mundo mucho más simple que el actual.

Durante la vigencia del Código derogado en materia de alimentos nos caracterizamos por una carencia de política legislativa tendiente a solucionar este vacío en completa discordancia con lo acontecido en la esfera internacional por la gran cantidad de convenios sobre el tema. No cabía duda

alguna en la existencia de una necesidad jurídica de contar con normas específicas y autónomas para esta cuestión.

Los diversos aspectos del matrimonio aún mantienen una predilección por el método conflictual con un nulo acceso de la autonomía de la voluntad, sobre todo en aspectos aceptados y ya trabajados en otros Estados. Pero todo ello cambió en las obligaciones alimentarias internacionales. El respiro de alivio nos reconfortó.

La rotunda modificación la vamos a encontrar por la independiente regulación y por la intromisión de la facultad de crear o seleccionar las disposiciones legales aplicables, respetando así la tendencia mundial caracterizada por una materialización de las normas de DIPr.

La determinación de alimentos, que se entienden de toda necesidad, es un aspecto tan delicado que dejarlo al arbitrio de las partes sí puede resultar lesivo, pero ello no debe ser un obstáculo para la limitación y exclusión de la autonomía de la voluntad, sino de permitir su uso controlado.

Encontramos la primera apertura a la autonomía de la voluntad dentro del DIPr de familia, gracias a lo dispuesto por el art. 2630; ello es una clara respuesta a la evolución social y jurídica de nuestros tiempos. Conforme pudimos desarrollar, y como desprendimiento directo de la norma, estamos ante un criterio que se instauró como principal y rector y solo en su ausencia se podrá ir a las conexiones subsidiarias previstas por la legislación. Las obligaciones alimentarias siempre fueron una materia crítica por la relevancia que revisten, por la necesidad que pretenden cubrir. Admitir en ellas esta facultad nos permite empezar a hablar de una readecuación del derecho a la época presente. Cuando se habla del cobro de alimentos estamos ante un supuesto donde el acreedor requiere de una ayuda –que le corresponde legalmente– ante un estado o situación de debilidad y el derecho debe brindar una acorde solución, pues pueden ser los únicos ingresos que perciba. Gracias a las positivas consecuencias de la autonomía (seguridad jurídica, estabilidad, etc.), estamos en el camino adecuado a ello.

Admitir esto no implica desconocer límites. Existen principios que requieren de una sobreprotección, máxime cuando, por primera vez en la historia del Derecho argentino, se les otorgará a las partes el poder de regular el alcance y contenido de prestaciones alimentarias. Solo de esta manera se evitarán lesiones jurídicas.

Receptar la posibilidad de elección no debe verse como algo negativo. No siempre debemos considerar que puede existir un interés de perjudicar al momento de llevar adelante esta facultad. Incluso podemos hasta pensar que cuando se hace tiene su razón de ser como consecuencia de un esclavista sistema que no permite una mejor normativa acorde a lo que las personas requieren.

Otro argumento a su favor es ver a la autonomía de la voluntad como un acertado modo de resolver el conflicto de leyes: en aquellos casos donde el choque de legislaciones se hace insufrible, permitirles a las partes tomar el control y ser ellas quienes den una resolución puede llegar a ser el mecanismo adecuado.

Los límites a la aplicación de un Derecho extranjero son la primera herramienta a invocar, pero la protección de los principios fundamentales tiene una labor trascendental. A modo de ejemplo podemos mencionar el artículo 539, CCCN, donde se dispone la prohibición de compensar la obligación de prestar alimentos. De igual manera no se permite la transacción, renuncia, cesión, gravamen o embargo alguno sobre el derecho a reclamar o percibirlos. Estamos ante una norma que refleja –a nuestro modo de ver– un claro principio inderogable por la autonomía de las partes y que tampoco puede quedar descartado por una foránea legislación. El OPI jugará un papel decisivo cuando el Derecho extranjero o el creado por las partes no contemplen la obligación alimenticia cuando en la legislación del foro tienen un carácter inexcusable³⁰. En definitiva, la protección del *favor alimentari* siempre será el marco rector a toda regulación, tanto sea legal como convencional.

Todo lo desarrollado hasta aquí nos permite sostener, del mismo modo que lo hace la doctrina comparada, a la autonomía de la voluntad como la solución óptima no solo en las normas que regulan al patrimonio sino también en el DIPr de la persona y familia³¹. Siguiendo a Erik Jayme, “[...] la consagración de la autonomía de la voluntad se torna la solución elegida. Con ella se trata de satisfacer la imperiosa necesidad de dar solución adecuada a los cambios sociales que ha generado la configuración de sociedades multiculturales”³².

Bibliografía

- Azpiri, J. O. (2016). *Derecho de Familia*. 2ª Edición. Buenos Aires. Hammurabi.
Boggiano, A. (2015). *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*. 7ª Edición. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot.

30 Fernández Rozas, J. C. (1985). “Las obligaciones alimentarias en el DIPr español”. En *Revista española de Derecho Internacional*, Vol. 37, Nº 1, 101.

31 Carrascosa González, J. (2004). “Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI”. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, Número 22, 52.

32 Jayme, E. (2000). “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalization”. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law, Tome 282, 19.

- Dreyzin de Klor, A., en Lorenzetti, R. L. (Dir.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo XI. Santa Fe. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Dreyzin de Klor, A. (2017). *El Derecho Internacional Privado actual*. Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ed. Zavalía.
- Faraoni, F. (2009). “Alimentos para los hijos e interés superior”. En Tagle de Ferreyra, G. (Dir.). *Interés superior del niño. Visión Jurisprudencial y aportes doctrinarios*. Córdoba. Nuevo Enfoque.
- Fernández Arroyo, D. (2003). *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Ed. Zavalía.
- Fernández Rozas, J. C. (1985). “Las obligaciones alimentarias en el DIPr español”. En *Revista española de Derecho Internacional*, Vol. 37, N° 1, 67-108
- Goldschmidt, W. (2009). *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*. 10ª Edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot.
- Jayne, E. (2009). “Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies”. *Yearbook of Private International Law*, Vol. XI, 1-10.
- Jayne, E. (2000). “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalization”. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law, Tome 282, 9-40.
- Kaller de Orchansky, B. (1993). *Nuevo manual de Derecho Internacional Privado*. 2ª Edición. Ed. Plus Ultra.
- Martiny, D. (1994). “Maintenance obligations in the conflict of laws”. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law, Tomo 247.
- Menicocci, A. (2016). “El régimen de alimentos en el DIPr en fuente interna y un debut previsible de la cláusula de excepción”. En *El Derecho, Diario de doctrina y jurisprudencia*, N° 13.972. Buenos Aires.
- Pallarés, B. (2014). “Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 3: Parte especial. Sección 4ª: Alimentos”. En Rivera, J. C. y Medina, G. (Dirs.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires. La Ley, 876 a 880.
- Picone, P. (1999). “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé: Cours général de droit international privé”. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law, Tomo 276, 9-276.
- Rubaja, N. (2012). *Derecho Internacional Privado de Familia*. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot.
- Rodríguez, M. S. (2011). “El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur”. En *UCES Revista Científica*, Vol. XV, N° 1, 112-143.
- Scotti, L. (2019). *Manual de Derecho Internacional Privado*. 2ª Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires. Ed. La Ley.

- Tellechea Bergamn, E. (1988). *Derecho Internacional Privado de la Familia y Minoridad. Prestación internacional de alimentos. Restitución internacional de menores*. Montevideo. Fundación de la Cultura Universitaria.
- Uriondo de Martinoli, A. “La libre circulación de personas y su incidencia en las convenciones matrimoniales”. *El Derecho*, 170-1161.
- Uzal, M. E. (2017). “Los contratos internacionales en el DIPr argentino a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación”. En *Revista Código Civil y Comercial*. Año III, Núm. 8. Buenos Aires. Ed. La Ley, 137-157.
- Uzal, M. E. (2016). *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Ed. La Ley.

LOS *SMART METERS* Y LA *SMART GRID*: DESAFÍOS JURÍDICOS EN MATERIA DE PRIVACIDAD Y SALUD

Smart Meters and Smart Grid: Legal Challenges Regarding Privacy and Health

Smart meters e smart grid: sfide legali sulla privacy e sulla salute

Estela B. Sacristán¹

Recibido: 16 de julio de 2019

Aprobado: 2 de septiembre de 2019

Resumen: Desde el punto de vista de la demanda de energía eléctrica, tanto los *smart meters* como la *smart grid* son convenientes, pero se alega que pueden afectar la salud o invadir la privacidad. Tanto la salud como la privacidad son bienes protegidos en la Constitución Nacional así como en normas infraconstitucionales en Argentina. Entre éstas, se pueden considerar la Ley de Protección de Datos, la de Acceso a la Información Pública, la de Marco Regulatorio Eléctrico, la de Argentina Digital, la de Lealtad Comercial, la de Defensa del Consumidor y ciertas normas de contenido penal. Esta legislación, tomada como muestra, parece hábil para encarar inicialmente la llegada tanto de los *smart meters* como de la *smart grid*, que son necesarios, en especial para beneficio de los usuarios de la red. Sin embargo, algunos interrogantes perduran, y, en su caso, se pueden adoptar respuestas remediativas o bien anticipatorias.

1 Doctora en Derecho, (Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina). Profesora de Derecho Administrativo (UCA). Directora ejecutiva de la Diplomatura en Derecho Constitucional Profundizado (Universidad Austral, Buenos Aires). Correo electrónico: es@bgcv.com.ar. El presente se basa en la exposición efectuada en el marco de Association Internationale Droit, Etique et Science. Forum Franco Latino-Americain de Bioethique. Big Data en Salud, UCA, Buenos-Aires 13-14 abril 2018. Agradezco el honor de haber participado en tal foro por intermedio del Prof. Nicolás Lafferriere, así como los comentarios recibidos en ese evento, que se han reflejado en el presente. Agradezco los oportunos comentarios de *peer review* recibidos en la etapa de revisión de este trabajo.

Palabras clave: Energía Eléctrica; Smart meters; Smart grid.

Abstract: From the point of view of the electric energy demand, both the smart meters and the smart grid are convenient, but it is alleged that they may harm health or invade privacy. Both privacy and health are goods that are protected by the national Argentine Constitution as well as by infra-constitutional norms. Among the latter, we can consider the data protection act, the access to public information act, the electric energy framework act, the digital Argentina act, the fair-trade act, the consumer defense act, and certain criminal regulations. This legislation, taken as a sample, seems to be suitable to face the initial stages of the coming of both the smart meters and the smart grid, which are necessary, especially for the benefit of the users of the network. However, there are concerns that still linger and they may, eventually, call for problem-solving answers or anticipatory answers.

Keywords: Electric Energy; Smart Meters; Smart Grid.

Sommario: Dal punto di vista della domanda di elettricità, sia gli Smart meters come gli Smart Grid sono convenienti, ma si presume che possano influire sulla salute o invadere la privacy. La salute e la privacy sono beni protetti dalla Costituzione nazionale e dalle norme infracostituzionali in Argentina. Tra questi, si possono prendere in considerazione la legge sulla protezione dei dati, l'accesso alle informazioni pubbliche, il quadro normativo elettrico, l'Argentina digitale, la lealtà commerciale, la difesa dei consumatori e alcune normative in materia di contenuti penali. Questa normativa, presa a titolo di esempio, sembra in grado di affrontare inizialmente l'arrivo di Smart meters e di Smart grid, che sono necessari, soprattutto a vantaggio degli utenti della rete. Tuttavia, rimangono alcune domande e, se del caso, possono essere adottate risposte preventive o, se necessario, anticipatorie:

Parole chiave: Energia elettrica; Smart meter; Smart grid.

Para citar este texto:

Sacristán, E. B. (2019). “Los *smart meters* y la *smart grid*: desafíos jurídicos en materia de privacidad y salud”. *Prudentia Iuris*, N. 88, pp. 177-201.

1. Introducción

Parecería que no hay nada que necesitemos más que la energía eléctrica. Todo nuestro diario quehacer parece depender de ella. Casi toda actividad que despleguemos cotidianamente la involucrará. A juego con ello, una idea parece gobernar todo el tema: qué volumen de energía eléctrica es necesario generar, al menos para cubrir las necesidades domésticas del fluido. En tal sentido, recordemos que, según información disponible en la *web*², Argentina cuenta con una central térmica de carbón-fuel-oil-gas³; 41 centrales térmicas de gas⁴; 35 centrales hidráulicas o hidroeléctricas⁵, 3

2 Los datos y mapas correspondientes pueden consultarse en Secretaría de Energía (2017). “Generación y transporte eléctrico – República Argentina”, disponible en: <http://datos.minem.gov.ar/dataset/generacion-transporte-electrico/archivo/a56ef1d6-4453-460c-a70b-12e3ee99be8f> (último acceso: 2-7-2019), así como en Global Energy Observatory (2018). “Energy Overview of Argentina”, disponible en: <http://globalenergyobservatory.org/countryid/10#> (último acceso: 2-7-2019).

3 AES Central Térmica San Nicolás (Buenos Aires).

4 Dock Sud CCGT; AES Paraná (San Nicolás) CCGT; AES Central Dique; Manuel Belgrano CCGT; Agua del Cajón CCGT; Central Térmica Loma de La Lata (CTLLL) CCGT; Central Térmica Piedra Buena; Central Térmica Güemes; EPEC Central Bicentenario CCGT; EPEC Pilar (Arturo Zanichelli); Endesa Costanera; Endesa Costanera CCGT; Endesa Costanera CBA CCGT; Central Puerto; Central Puerto CCGT; Luján de Cuyo (CT Mendoza); La Plata (Ensenada) CHP; Aluar (Puerto Madryn) CCGT; Energía del Sur (Patagonia) CCGT; CCA Villa Gesell OCGT; CCA Central 9 de Julio; CCA Necochea; CCA Mar de Ajó; Petrobras Genelba CCGT; Sorrento; AES Central Térmica de Ciclo (TermoAndes) CCGT; Modesto Maranzana CCGT; EPEC Dean Funes; EPEC San Francisco; EPEC Villa María (Las Playas); EPEC Río Cuarto; José de San Martín (Timbúes) CCGT; Comodoro Rivadavia (CT Patagonia) OCGT; Pluspetrol Norte OCGT; Pluspetrol Tucuman CCGT; Pluspetrol San Miguel de Tucumán CCGT; General Roca OCGT; Paraná Siderca OCGT; Cruz de Piedra; NOA Palpalá; Central Térmica Brigadier López CCGT.

5 Alicurá (Río Limay); Piedra del Águila (Río Limay); Pichí Picún Leufú (Río Limay); El Chocón (Río Limay); Arroyito (Río Limay); Salto Grande (Argentina-Uruguay) (Río Uruguay); Yacuretá (Argentina-Paraguay) (Río Paraná); AES Cabra Corral (Río Juramento); Futaleufú (Río Futaleufú); Complejo Cerros Colorados (Banderita) (Río Neuquén); Central por Bombeo Río Grande (Río Grande); Los Caracoles (Río San Juan); Quebrada de Ullum (Río San Juan); Punta Negra (Ullum) (Río San Juan); Potrerillos (Río Mendoza); La Viña (Río Los Sauces); EPEC Los Molinos 1 y 2 (Río Los Molinos); EPEC Benjamin Reolin (Río Tercero); EPEC Cassaffousth (Río Tercero); EPEC Fitz Simon (Río Tercero); EPEC Piedras Moras (Río Tercero); Río Hondo (Río Hondo); El Cadillal Hydroelectric Power Plant (Río Salí-Dulce); Escabas (Río Chavarría); Pueblo Viejo (Cuenca La Horqueta, Río Salí-Dulce); Nihuil I (Río Atuel); Nihuil II (Río Atuel); Nihuil III (Río Atuel); Nihuil IV (Río Atuel); Agua del Toro (Río Diamante); Central por Bombeo Los Reyunos (Río Diamante); El Tigre (Río Diamante); El Tunal (Río Juramento); El Carrizal (Río Tunuyán); San Roque (Ríos Cosquín, San Antonio, Tanti, Cosquín).

centrales nucleares⁶ y 1 usina de fuel-oil/gas-oil⁷. A ellas se suman centrales mareomotrices, geotérmicas, eólicas, solares o heliotérmicas, hidrotérmicas, etc., construidas o a construirse.

Ello, visualizando a la energía eléctrica desde la vereda de la oferta (*supply side*); pero también podemos apreciarla desde el punto de vista de la demanda (*demand side*). Verla desde el punto de vista de la demanda puede ser beneficioso: ciertos datos oportunos sobre la demanda pueden optimizar la oferta. Esto es crucial pues, tradicionalmente, la energía no puede ser almacenada. Esos datos, en lo principal, permiten administrar la oferta, asegurando el fluido, y se trata de datos que son captados mediante un *smart meter* o medidor inteligente. De otra parte, la demanda puede o no comportarse en forma previsible: hoy puede sorprendentemente hacer calor, y se encenderán muchos aires acondicionados, aunque estemos ya en otoño; o tal vez haya un inesperado fracaso en la cosecha de naranjas en California y para encarar esta oportunidad que se ofrece a las naranjas de Tucumán, requeriremos más gas y más energía eléctrica en la fabricación del jugo de naranjas a exportar. Finalmente, la oferta, en rigor, no proviene de un solo oferente: procede de una red con interconexión o *grid*. Como la energía eléctrica tradicional no se puede almacenar, y las energías renovables se hallan en Argentina en desarrollo, lo ideal sería que la *grid* fuera una *smart grid* o red inteligente, muy atenta y previsoras ante la demanda y previsoras de cara a las interrupciones del servicio.

Ahora, se advierten encendidas voces que afirman, por ejemplo, que los *smart meters* afectan la salud, pudiendo provocar cáncer; o que invaden la privacidad de aquellos particulares asociados al punto de suministro objeto de medición inteligente. También se afirma que la racionalización y optimización de la *grid* para que sea una *smart grid* sólo aumenta las rentas o ganancias de sus operadores⁸.

Lo cierto es que, hoy, hay fenómenos tales como la incorporación de nuevas energías intermitentes y aleatorias, o la adopción de nuevas costumbres, como los autos eléctricos, requiriéndose adaptaciones para responder a la demanda⁹, y esas adaptaciones involucran a la *grid*, que, para que sea inteligente, involucrará medidores inteligentes también. Empero ¿se encarará esa demanda a costa de la salud o la privacidad, por citar un par de

6 Central Nuclear Atucha 1 (Buenos Aires); Central Nuclear Embalse (Córdoba) y Central Nuclear Atucha 2 (Buenos Aires).

7 La Tablada (Misiones).

8 En esta dirección, Sumner, S. (2016). *You: For Sale. Protecting your Personal Data and Privacy Online*. Amsterdam. Elsevier, 177-180 y sus citas.

9 Ducastel, V. y Monfort, J. (2017). *Energie 4.0. Défis 2030-2050*. Saint Dennis. Connaissances et Savoirs, 17.

principios que, en Argentina, poseen rango constitucional? Veamos este básico pero crucial interrogante, no sin antes efectuar algunas aclaraciones metodológicas.

Primero, dado que, como vimos en los párrafos previos, se puede generar energía con gas natural, resultará menester tener presente que las redes de energía eléctrica y de gas natural se hallan de tal modo intervincladas desde el punto de vista de la oferta. Eventualmente, los beneficios de administrar en forma más conveniente la oferta en vistas de la demanda beneficiará a una y otra red. No obstante ello, debe recordarse que en Argentina hay dos entes reguladores distintos, uno para el transporte y distribución de gas natural, y otro para el transporte y distribución de la energía eléctrica¹⁰.

Segundo, en Argentina no existe todavía una *smart grid* o red de suministro eléctrico inteligente y tampoco se ha efectuado una instalación masiva de *smart meters*, si bien se habrían comenzado a instalar algunos miles de dichos aparatos¹¹. Sólo se ha dado inicio a campañas piloto en vistas a que quienes generen energía renovable puedan despacharla a la red¹² o apuntando a la reducción de las interrupciones de suministro¹³ y a la rápida detección de conexiones fraudulentas¹⁴. Esos medidores inteligentes o *smart meters* y la red inteligente a la que accederían tienen que ser diferenciados de los medidores autoadministrados, o medidores prepagos, o medidores con recarga previa, o *prepayment meters*. Éstos últimos –usualmente denominados “medidores prepagos” entre nosotros– no son técnicamente *smart meters*¹⁵ y se destinan a hogares que necesitan estar

10 Ver www.enre.gob.ar y www.enargas.gob.ar.

11 Sin autor (2018). “Instalan medidores inteligentes para hacer más eficiente el consumo de electricidad”. *La Nación*, 20-9-2018, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/economia/instalan-medidores-inteligentes-determinar-consumo-electricidad-nid2173951> (último acceso: 2-7-2019).

Puede verse también Donato, P.; Carugati, I. y Strack, J. (2017). “Medidores inteligentes en Argentina: consideraciones para una implementación adecuada”. En *Revista Ingeniería Eléctrica*, agosto 2017. Buenos Aires, N° 323, 56-62, esp. 57, en: http://www.editores-srl.com.ar/sites/default/files/ie323_donato_medidores_inteligentes.pdf (último acceso: 7-4-2018).

12 Ver Fernández Blanco, P. (2017). “Comienzan a instalar medidores que les permitirán a los hogares vender luz”. *Diario La Nación*, 14-9-2017, en: <https://www.lanacion.com.ar/2062714-comienzan-a-instalar-medidores-que-les-permitiran-a-los-hogares-vender-luz> (último acceso: 7-4-2018).

13 Bidegaray, M. (2017). “Edesur promete medidores inteligentes en toda su red en 2021”. *Diario Clarín*, 13-9-2017, en: https://www.clarin.com/economia/edesur-promete-medidores-inteligentes-toda-red-2021_0_HkIOFQwcb.html (último acceso: 7-4-2018).

14 Donato *et al.* (2017). *Ob. cit.*, 62.

15 Conf. Ofgem (2018). “Understand smart, prepayment and other energy meters”. *Household Gas and Electricity Guide*, en: <https://www.ofgem.gov.uk/consumers/household-gas>

conectados a la red de distribución eléctrica y que se hallan localizados en barrios carenciados¹⁶, con lo que se incentiva la regularización y el sentido de la responsabilidad. Asimismo, hay medidores inteligentes para quienes se sirven de la red de distribución de gas natural¹⁷. Por ende, este trabajo recaba principalmente la joven experiencia argentina en la materia pero recurriendo, también, a la experiencia extranjera. Debe ponerse de resalto que el comportamiento energético de los hogares no refleja la monotonía de las industrias, presentando éstas últimas horas de pico y valle de demanda de energía o de potencia más constantes que los puntos de suministro residenciales.

Tercero, deben diferenciarse los medidores inteligentes, o *smart meters*, de los dispositivos AMR (*automated meter reading* o lectura de medidor automatizada). Ello surge de esta tabla¹⁸:

and-electricity-guide/understand-smart-prepayment-and-other-energy-meters (último acceso: 7-4-2018).

Acerca de la medición autoadministrada, en nuestro país, ampliar en Suárez, E. L. (2019). “Sobre el sistema de medición autoadministrada (Resolución N° 258/2018-ENRE)”. En *El Dial*, DC26EF (acceso restringido).

16 Ver Resol. ENRE N° 625/2017, que aprueba el Reglamento para el sistema de medición autoadministrada aplicable a Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima (Edenor S.A.), en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/305087/norma.htm> (último acceso: 7-4-2018). Sobre la performance de Edenor en materia de los 180 mil medidores prepagos ya funcionando en el territorio bonaerense, ver Ruth, C. (2019). “Medidores de luz prepagos”. En *Infobae*, 8-6-2019, disponible en: <https://www.infobae.com/sociedad/2019/06/08/medidores-de-luz-prepagos-cuales-son-y-como-funcionan-las-apps-que-permiten-comprar-energia/> (último acceso: 2-7-2019).

17 Ver Resol. ENARGAS N° 4569/2017, que autoriza el uso de medidores de gas inteligentes para usuarios residenciales y de módulos de medición con sistema inteligente para ser anexados a los medidores residenciales instalados, en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/277026/norma.htm> (último acceso: 7-4-2018).

18 La tabla se confeccionó con base en la información brindada por Gazprom Energy (2015). “What is the difference between AMR devices and smart meters?”, 21-9-2015, en: <https://www.gazprom-energy.co.uk/blog/what-is-the-difference-between-an-amr-and-a-smart-meter/> (último acceso: 7-4-2018). Similar información surge del ente regulador británico del gas y la energía Ofgem (2018) cit.; así como de Kitchin, R. (2014). *The Data Revolution. Big Data, Open Data, Data Infrastructures & their Consequences*. Los Ángeles. Sage, 89.

<p><i>AMR</i> <i>Automated Meter Reading</i></p>	<p><i>Smart meters</i> <i>(parte del Advanced Meter Infrastructure)</i></p>
<p>Son de 3 clases: (i) medidores avanzados o <i>advanced meters</i>, dispositivo de lectura remota, conectado al medidor; (ii) registradores de datos o <i>data loggers</i>, equipo de lectura remota provisto por transportistas en grandes sitios; (iii) medidores de gas integrados o <i>gas embedded meters</i>, donde el dispositivo de lectura remota (o telelectura) integra el medidor. Los tres tipos de AMR crean un canal de comunicación remota entre un comercio y su proveedor (comunicación unidireccional).</p>	<p>La operación de los <i>smart meters</i> se realiza por medio de una compañía centralizadora de la comunicación de los datos. Estos medidores se fabrican de conformidad con un estándar industrial conocido como Smart Metering Equipment Technical Standard (SMETs) o estándar técnico de equipos de medición inteligente.</p>
<p>La información sobre consumo puede ser transmitida directamente desde el AMR hasta el proveedor de energía, con lo que ya no se necesitan las lecturas manuales o físicas del medidor. La recolección de estos datos asegura facturas más precisas y brinda a los usuarios la opción de analizar sus datos de consumo de energía. En la mayoría de los casos, esta <i>data</i> está disponible en el proveedor de energía sobre una base diaria, semanal o mensual, brindándose a los usuarios la opción de monitorear su consumo y desarrollar nuevas maneras de operar más eficientemente. Los comercios, por ende, solo pagarán la energía que consumen cada mes pues los AMR proveen una lectura de medidor precisa; es el fin de las facturaciones estimadas y se torna más sencillo prever el consumo.</p>	<p>Los <i>smart meters</i>, además de comunicarse con la distribuidora, permiten que los usuarios revisen o repasen su consumo en <i>tiempo real</i> por medio de un dispositivo instalado en el inmueble servido (comunicación bidireccional). Por medio de un <i>smart meter</i>, los usuarios pueden revisar su consumo en unidades de energía así como en moneda corriente.</p>

En lo esencial, el dispositivo AMR provee medición, y facilita la facturación, que incluso se puede efectuar desde un rodado o vehículo colector de información en forma inalámbrica; se trata de comunicación unidireccional, del medidor del punto servido al proveedor, por lo que se lo llama “medidor unidireccional”. En cambio, los *smart meters* son componentes clave de la tecnología AMI o *advanced metering infrastructure*¹⁹ y, aprovechando y desarrollando la tecnología AMR, brindan infinitos beneficios más, entre los que se incluye la información que el proveedor aporta al usuario, o bien la detección (y reducción) de pérdidas en el sistema por parte del proveedor. Con la AMI, la comunicación es “bi-direccional”: se trata de un medidor bidireccional, que tiene un dispositivo exterior al punto servido, y una pantalla en su interior (*in-home display unit*) que también ve la *utility*, con posibilidades de desconexión remota²⁰. El primer medidor bidireccional, en Argentina, fue instalado en la provincia de Santa Fe en 2014, en una empresa que genera energía con paneles solares aportando excedentes a la distribuidora, y dicho medidor muestra, efectivamente, cuánto tiene que pagarse²¹. Así, se combina el *two way flow* de la energía eléctrica (la empresa santafesina a la que le instalaron el medidor inteligente no sólo recibe sino que también genera energía eléctrica con sus paneles solares) con el *two way flow* de la información (la distribuidora local no solo recibe información sobre cuánto consume esa empresa santafesina sino que también le dice, entre otros aspectos, cuál es su crédito o su débito)²².

Una última aclaración propia de esta introducción hace al ámbito de utilización de los *smart meters*, y a los valores en juego: se trata de aquellos medidores que las distribuidoras facilitan para puntos de suministro residenciales. Es esa ubicación residencial la que generará los interrogantes en materia de preservación de la privacidad y de la salud de las personas que moren en el hogar en el que se halle el punto de suministro y consecuente medición, o de las personas que trabajen en ese hogar, lo visiten o, simplemente, se le aproximen.

19 Murrill, B. J.; Liu, E. C. y Thompson II, R. M. (2012). *Smart Meter Data: Privacy and Cybersecurity*. Washington DC. Congressional Research Service, CRS Report for Congress, prepared for members and committees of Congress, 1.

20 Sumner (2016). Ob. cit., 173.

21 Sin autor (2014). “Por primera vez en Argentina, un particular proveerá su propia energía a la EPE”. Diario *La Capital*, 11-5-2014, en: <https://www.lacapital.com.ar/por-primera-vez-argentina-un-particular-proveera-su-propia-energia-la-epe-n446228.html> (último acceso: 7-4-2018).

22 Puede ampliarse en Murrill *et al.* (2012). Ob. loc. cit.

2. Desarrollo

Los principales agravios contra los *smart meters* provienen de dos sectores: salud y privacidad. Entendemos que, en rigor, Argentina cuenta con un andamiaje normativo que permite hacer frente a ambas cuestiones.

3. El texto constitucional

Respecto de la privacidad, la Constitución Nacional argentina consagra la inviolabilidad del domicilio, como también la de la correspondencia epistolar y los papeles privados, y la ley determina en qué casos y con qué justificativos puede procederse a su allanamiento y ocupación²³, con lo que es una ley la que deberá establecer los límites a la recolección o conservación de datos procedentes del medidor inteligente, momento hasta el cual regiría la libertad de empresa del art. 14 CN, mas sólo en la medida en que se tratare de una industria lícita. Además, nadie podrá ser obligado a hacer lo que la ley no manda²⁴, con lo que la disposición del fluido suministrado pertenecerá al ámbito de autonomía que tal manda constitucional protege. La vida, el honor o la fortuna de un argentino no pueden quedar a merced de persona alguna²⁵, con lo que nadie podría tomar decisiones que, con base en los resultados emergentes del medidor, pudiera afectarlos. Nuestra Constitución consagra los derechos implícitos²⁶, fundamento del derecho a la privacidad y su protección. Por último, hay acción de amparo para la defensa de todos los derechos constitucionales –expresos e implícitos–, y acción de *hábeas data* para que toda persona tome conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, sea que dichos datos consten en registros o bancos de datos públicos, o bancos privados destinados a proveer informes; y, en caso de falsedad o discriminación, toda persona puede exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de esos datos²⁷. Si bien una distribuidora eléctrica no es un banco de datos privado “destinado a proveer informes” (tal la calificación contenida en el texto constitucional), pues ese no es su principal cometido sino el de distribuir energía eléctrica, podría operar como banco privado de datos emergentes del medidor domiciliario y, en tal caso, esos datos serán pasibles de la protección brindada por la citada

23 Art. 18, CN.

24 Art. 19, CN.

25 Art. 29, CN.

26 Art. 33, CN.

27 Art. 43, párr. 3º, CN.

acción²⁸. A todo evento, tiene que tenerse presente que la jurisprudencia estadounidense –caso “Naperville”, de 2018– ha analizado los datos emergentes de los *smart meters*, recolectados y conservados por la distribuidora, a la luz de la razonabilidad como límite a los allanamientos ilegítimos en un marco de medidores inteligentes obligatorios, sin *opt-out*, concluyendo en la razonabilidad del sistema²⁹.

Respecto de la salud, la Constitución Nacional argentina consagra el derecho que tienen los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno³⁰; marco en el cual un medidor inteligente no podría afectarles la salud. Además, las autoridades proveerán, entre otros aspectos, a la protección de esos derechos y al control de los monopolios naturales y legales³¹, y recordaremos que la distribuidora eléctrica se halla en posición del monopolio natural. Asimismo, los tratados internacionales con rango constitucional³² protegen la salud y, en su caso, la vida: Declaración Universal de Derechos Humanos³³; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³⁴; Pacto Internacional de Derechos Eco-

28 Se vuelve sobre ello en el acápite siguiente.

29 United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, “Naperville Smart Meter Awareness v. City of Naperville”, 16-8-2018, disponible en: <http://media.ca7.uscourts.gov/cgi-bin/rssExec.pl?Submit=Display&Path=Y2018/D08-16/C:16-3766:J:Kanne:aut:T:fnOp:N:2203659:S:0> (último acceso: 2-7-2019).

En el caso, la distribuidora recolectaba la información sobre consumo cada 15 minutos, y la conservaba por tres años, y la asociación actora impugnó la razonabilidad de tal proceder bajo la Enmienda IV de la Constitución estadounidense, que establece: “El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”. En lo principal, la información de consumo recolectada hacía al volumen consumido dentro del hogar y a cuándo se efectuaba el consumo: en suma, la data revelaba información acerca de lo que pasaba dentro de cada hogar. Además, los residentes de la ciudad debían adoptar (comprar) el *smart meter* sin posibilidad de *opt-out* o de excluirse del régimen si querían recibir el fluido. En la sentencia, se equiparó la recolección cada 15 minutos con una pesquisa, y se determinó que la recolección de datos constituía una pesquisa razonable, en el marco del plan nacional que lleva adelante el gobierno.

30 Art. 42, párr. 1º, CN.

31 Art. 42, párr. 2º, CN.

32 Art. 75, inc. 22, CN.

33 Art. 25: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar [...]”.

34 Art. 11: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

nómicos, Sociales y Culturales³⁵; de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica³⁶; y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁷. En este contexto, los medidores inteligentes no podrían afectar la salud de los autores de los consumos medidos, mas existe jurisprudencia administrativa estadounidense en el sentido de que, en ocasiones, el medidor AMR del caso tiene que ser relocalizado a costa del usuario, que prueba severa sensibilidad a campos electromagnéticos, tal como se resolvió en “Maria Povacz”, de 2018³⁸.

Debe puntualizarse que el texto constitucional argentino vigente tuvo su última reforma constitucional en 1994, con un articulado base que data de 1853-1860. A nivel mundial, las primeras redes eléctricas datan de finales del siglo XIX; el *boom* de las redes tradicionales fue en la década de 1960; a fines del siglo XX hubo aumento en la demanda eléctrica por ingreso de nuevos consumidores (industria del entretenimiento; electricidad como fuente principal para calefacción y ventilación por aumento de precio de combustibles fósiles); se generó sobreexigencia de la red en horas diurnas y capacidad vacante en horas nocturnas; el siglo XXI trajo la *smart grid* e incentivos para incitar al consumo en horas nocturnas y a la auto-generación³⁹. De acuerdo con esta apretada reseña, el Constituyente argentino no pudo prever los *smart meters* o la *smart grid*, ni siquiera en oportunidad de la reforma de 1994. Pero ello no implica que mediante una interpretación coherente con

35 Art. 12: “Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: [...] b) El mejoramiento en todos sus aspectos de [...] el medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas [...]”.

36 Art. 4.1.: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Art. 5.1.: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

37 Art 6.1.: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

38 Pennsylvania Public Utility Commission, “Maria Povacz v. PECO Energy Company”, del 26-1-2018, juez administrativa Darlene D. Heep, disponible en: <http://www.puc.pa.gov/pedocs/1558335.pdf> (último acceso: 2-7-2019).

En p. 9, se explica que se trata de un medidor AMR, pero en la misma página y el resto de la decisión se refieren al mismo como un *smart meter*.

39 Rashed Mohassel, R.; Fung, A.; Mohammadi, F. y Raahemifar, K. (2014). “A survey on Advanced Metering Infrastructure”. *Electrical Power and Energy Systems*. Elsevier, vol. 63, 473-484, esp. 473-473, en https://ac.els-cdn.com/S0142061514003743/1-s2.0-S0142061514003743-main.pdf?_tid=9e8d770d-a345-4f75-ab44-5e0e337a3bc4&acdnat=1523229431_b9942994b930cea3eb1b42a5880345 (último acceso: 7-4-2018).

los avances tecnológicos, o tal vez dinámica⁴⁰, no se puedan hallar, en el texto constitucional, los lineamientos para la protección de la privacidad y salud de los usuarios. Antes bien, la protección de estos dos bienes surge en forma clara. Ello, por cierto, en la medida en que se trate de usuarios sujetos a tarifa normal ya que, por aplicación del precedente *CIPPEC*, podría interpretarse que los beneficiarios de tarifa social no parecerían tener igual protección de su privacidad en tanto, en su caso, se verifican fondos estatales involucrados en el financiamiento de dicha tarifa social⁴¹.

4. Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales

Respecto de la privacidad, y a primera vista, la Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales, del año 2000, parecería proteger al usuario particular –persona física o jurídica–, pues tiene por finalidad la “protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional”⁴².

Por cierto, para hacer aplicable la norma transcripta, y, en definitiva, la Ley N° 25.326, a los datos que surjan del *smart meter* de un cierto usuario, habrá que tener en cuenta que se tratará de datos personales pues los mismos son definidos, en la propia ley, como “información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables”⁴³. En esta línea de razonamiento, esa persona será la persona física o jurídica⁴⁴ asociable al punto de suministro donde se halle ubicado el medidor inteligente.

Esos datos, recabados por el *smart meter*, no pueden ser, hoy, considerados como datos sensibles pues la ley define a los datos sensibles restrictivamente: “[...] se tratará de datos que revelen: origen racial y étnico, opiniones

40 Tal la modalidad de interpretación en precedentes de la Corte Suprema argentina, como “Fernández Orquín, José María c/ Ripoll, Francisco”, *Fallos*: 264:416, del 31-5-1966; “Hidroeléctrica El Chocón S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa”, *Fallos*: 320:1302 (1-7-1997); “Peralta, Luis A. c/ Estado Nacional”, *Fallos*: 313:1513, del 27-12-1990; entre otros.

41 “*CIPPEC c/ EN M° Desarrollo Social Dto. N° 1.172/2003 s/ amparo Ley N° 16.986*”, C. 830. XLVI. REX, 26-3-2014, *Fallos*: 337:256.

42 Ley N° 25.326, art. 1°, párr. 1°.

43 Ley N° 25.326, art. 2°.

44 Ley N° 25.326, art. 1°, párr. 2.

políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual”⁴⁵, y nada de ello parecería hallarse involucrado en lo que el *smart meter* recaba. En este punto, no podemos confundir dato sensible y dato relativo a seguridad⁴⁶.

Respecto de la distribuidora eléctrica misma, y con la Ley N° 25.326, cabe preguntarse si la misma es un registro, archivo o base de datos; y si se convierte en una base de datos por el mero hecho de recibir información, acerca del comportamiento energético de sus usuarios, por medio del medidor inteligente.

¿Es la distribuidora eléctrica –o, en su caso, la distribuidora de gas– un registro, archivo o banco de datos público o privado? Hay distribuidoras estatales en algunas provincias⁴⁷, y hay distribuidoras concesionarias o licenciatarias privadas, post-privatizaciones de los años noventa. Éstas últimas ejercen su cometido –prestar el servicio público calificado tal por ley– con forma de sociedades comerciales privadas, con lo que parecería que no son lo que la ley define como “archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos [...] privados destinados a dar informes”, pues no tienen por cometido principal “brindar informes”. Empero, si se considera que esas sociedades comerciales prestan sus servicios en el lugar en el que se hallaba la prestadora estatal pre-privatización, podría argüirse que reciben una “delegación transestructural de cometidos”⁴⁸ estatales, pudiendo perfilarse, entonces, como “archivos, registros, bancos de datos [...] públicos”. Empero, la jurisprudencia precisa que los bancos de datos públicos moran en organismos del Estado, y no es este el caso de una distribuidora de electricidad o de gas⁴⁹.

Cabe diferenciar si la distribuidora usa los datos emergentes del *smart meter* personalmente (por ej., para detectar una conexión fraudulenta) o si ha transferido o transferirá esa información (por ej., a un administrador de información de la red de la distribuidora). La reglamentación del art. 1° de la Ley N° 25.326 establece que “quedan comprendidos en el concepto de archivos, registros, bases o bancos de datos privados destinados a dar infor-

45 Ley N° 25.326, art. 2°.

46 El medidor puede reflejar lo que va ocurriendo en mi hogar, como dice la sentencia de nota al pie 28: a qué hora me despierto y enciendo la cafetera o el tostador; a qué hora dejo de estar en mi hogar por estar en el trabajo; a qué hora regreso; etc.

47 Por ej., SECHEEP, en la provincia del Chaco, <http://www.secheep.gov.ar/web/>.

48 Ver, con provecho, Barra, R. C. (1980). *Principios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Ábaco, 246-249.

49 “Empresa de Combustible Zona Común S.A. c/ Administración Federal de Ingresos Públicos, 268/2002-E-37-RHE”, 7-4-2009, *Fallos*: 332:770; “R.P.R.D. c/ Estado Nacional – Secretaría de Inteligencia del Estado y otro s/ Ley N° 25.326”, R. 755. XLIV. RHE, 19-4-2011, *Fallos*: 334:445.

mes, aquellos que exceden el uso exclusivamente personal y los que tienen como finalidad la cesión o transferencia de datos personales, independientemente de que la circulación del informe o la información producida sea a título oneroso o gratuito⁵⁰. Por ende, si la distribuidora empleare los datos personales para uso personal, su actividad no distará de la que viene llevando a cabo, por ej., para elaborar la información que recaba a efectos de la facturación. Ahora, en principio, si la distribuidora transfiriera o cediera los datos personales por cualquier título, incluso *ex ante* (por ej., a un administrador de información), quedaría comprendida en el concepto de archivo o registro o base de datos y tendría que registrarse como tal y someterse a las limitaciones que surgen de la ley y su reglamentación⁵¹. Mas tal afirmación aparece neutralizada ante la existencia de un marco regulatorio específico aplicable (ver *infra*, sección d), sobre Leyes Nros. 24.065 y 24.076), con sus propias prescripciones sobre flujo de información y datos.

A todo evento, el tratamiento –procesamiento– de datos personales es ilícito si no se cuenta con previo consentimiento del titular⁵². Empero, esta regla general se exceptúa⁵³ cuando: (i) los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto (y aquí cabe preguntarse si, así como cualquier tercero podría abrir la tapa o cubierta del medidor, que se halla en la línea de edificación de una casa, y leerlo como miembro del público, un invitado o trabajador podría leer el aparato ubicado dentro de la vivienda servida); (ii) se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal (y aquí cabe inquirir en si la distribuidora, como “delegada transestructural”, no está ejerciendo una función propia estatal, cual es la de prestar un servicio público); (iii) deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento (en cuyo caso podría verse a la relación usuario-distribuidora como un contrato de adhesión, y la distribuidora necesitará la información para, al menos, evitar interrupciones del servicio o detectar pérdidas en el sistema).

¿Podría la distribuidora retransmitir –sin consentimiento del titular– los datos emergentes del *smart meter* para que ciertas empresas comerciales

50 Decreto N° 1.558/2001, art. 1°.

51 Según el Decreto N° 1.558/2001, art. 1°, quedan comprendidos en el concepto de archivos, registros, bases o bancos de datos privados destinados a dar informes, “aquellos que exceden el uso exclusivamente personal y los que tienen como finalidad la cesión o transferencia de datos personales, independientemente de que la circulación del informe o la información producida sea a título oneroso o gratuito”.

52 Ley N° 25.326, art. 5°.1.

53 Ley N° 25.326, art. 5°.2., incisos a), b) y d).

efectúen publicidad dirigida a los usuarios de la red? La reglamentación⁵⁴ de la Ley N° 25.326 permite que se recopilen, traten y cedan datos “con fines de publicidad sin consentimiento de su titular, cuando estén destinados a la formación de perfiles determinados, que categoricen preferencias y comportamientos similares de las personas, siempre que los titulares de los datos sólo se identifiquen por su pertenencia a tales grupos genéricos, con más los datos individuales estrictamente necesarios para formular la oferta a los destinatarios”. Ello presupone, como mínimo, desvincular o anonimizar la data respecto del nombre del titular, la localización del inmueble servido y las particularidades del consumo o despacho, amén de otros datos personales, como ser los momentos de picos y valles de consumo o de despacho; en cambio sí sería posible retransmitir el encuadre tarifario genérico (residencial, comercial, gran usuario, tarifa social, etc.).

5. Ley N° 27.275 de Acceso a la Información Pública

Los datos personales, emergentes del *smart meter*, a su vez, resultan excluidos del acceso a la información previsto en la Ley N° 27.275. Esta ley sustrae, del derecho de acceso a la información⁵⁵, “información que contenga datos personales y no pueda brindarse aplicando procedimientos de disociación, salvo que se cumpla con las condiciones de licitud previstas en la Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales y sus modificatorias”; así como “información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona”.

De tal modo, los datos emergentes del *smart meter* sólo podrían ser facilitados en tanto disociados y no podría facilitarse información, emergente del medidor inteligente, que pudiera poner en peligro la vida o la seguridad de las personas asociadas al punto de suministro medido.

6. Ley N° 24.065 de Marco Regulatorio Eléctrico

La Ley N° 24.065 de Marco Regulatorio Eléctrico ofrece lineamientos en materia de circulación de información y datos, pero no menciona a la salud.

Respecto de la salud, las experiencias piloto sobre instalación de medidores inteligentes –que no son muy voluminosas y datan de años muy recientes– en Argentina no permitirían efectuar reflexiones en materia de

⁵⁴ Decreto N° 1.558/2001, art. 27.

⁵⁵ Ley N° 27.275, art. 8°.

salud y dicha tecnología AMI en punto al efecto de las radiaciones, que sí han comenzado a ser estudiadas en países extranjeros⁵⁶. A todo evento, cabe tener presente que los medidores inteligentes “hablan” con sus sistemas centrales empleando transmisiones RF, basadas en un método de comunicación de telefonía celular, radiollamada (*pager*), satelital, de radio, por línea eléctrica (PLC o *power line communication* o línea para llevar tanto energía eléctrica como datos), wi-fi o internet (TCP/IP o *Transmission Control Protocol/Internet Protocol*). La internet y las aplicaciones de telefonía celular se han convertido en las opciones preferidas dada su flexibilidad y facilidad de empleo⁵⁷.

Respecto de la privacidad, tenemos regulaciones que permiten reflexionar sobre información y datos.

Con la Ley N° 24.065, la Secretaría de Energía preparará y publicitará, entre los interesados, planes orientativos sobre las condiciones de oferta y de demanda del Sistema Argentino de Interconexión, que ofrezcan información fehaciente a los actores y potenciales inversores del Mercado Eléctrico Mayorista sobre las perspectivas de despacho⁵⁸. Como puede verse,

56 En este sentido, Cancer.Org (2018). “Smart Meters”, en: <https://www.cancer.org/cancer/cancer-causes/radiation-exposure/smart-meters.html> (último acceso: 7-4-2018), donde la pregunta acerca de si los *smart meters* pueden provocar cáncer es respondida así: “Los *smart meters* irradian radiación RF [Radio-Frecuencia]. La radiación RF es radiación baja en energía. La radiación RF no posee suficiente energía para remover partículas con carga tales como electrones (ionizar), y por ende es denominada radiación no-ionizante. La radiación no-ionizante posee suficiente energía para mover átomos en una molécula circundante o para hacerlos vibrar, lo cual puede producir calor pero no puede dañar el ADN directamente. La radiación RF es clasificada por la International Agency for Research on Cancer (IARC), como ‘posiblemente carcinogénica para los seres humanos’. Esto se basa en los descubrimientos de una posible vinculación en al menos un estudio entre el empleo de un teléfono celular y un específico tipo de tumor cerebral. Dado que la radiación RF es un posible carcinógeno, y dado que los *smart meters* irradian radiación RF, es posible que los *smart meters* puedan aumentar el riesgo de cáncer. Empero, todavía no es claro el riesgo, si pudiera haber alguno a partir de vivir en un hogar con *smart meter*. Sería casi imposible conducir estudios para aprobar o desaprobar un vínculo entre vivir en una casa con *smart meters* y el cáncer, toda vez que la gente tiene muchas fuentes de exposición a la RF y el nivel de exposición proveniente de esta fuente es tan pequeña. Dado que el cúmulo de radiación RF a la cual usted podría estar expuesto, proveniente de un *smart meter*, es mucho menor a aquella a la cual usted estaría expuesto, proveniente de un teléfono celular, es muy improbable que vivir en un hogar con *smart meter* aumente los riesgos de cáncer. La Organización Mundial de la Salud [World Health Organization] ha prometido llevar adelante una determinación formal sobre los riesgos a partir de la exposición a RF *pero este informe todavía no se halla disponible*” (el destacado no es del original).

Confrontar Sumner (2016). Ob. cit., 173, y sus citas, afirmando que las radiaciones del dispositivo inteligente serían de 160 a 800 veces las de un teléfono celular. A todo evento, ver decisión administrativa de relocalización de nota al pie 38.

57 Ampliar en Cancer.Org (2018), cit.

58 Ley N° 24.065, art. 38.

este artículo hace que el sector público recabe información fehaciente sobre perspectivas del despacho y la retransmita a los actores y potenciales inversores; esa información podría potencialmente incluir la facilitada por las distribuidoras eléctricas a partir de la *data* recabada mediante los *smart meters* instalados.

Empero, cabe enfatizar que la información que administran las distribuidoras está protegida de dos formas: por una confidencialidad “automática” de cara al regulador, que recae sobre toda la información que se halla en poder de la prestadora del servicio público, y por el límite de no poder perjudicar, de manera injustificada, derechos de terceros. En efecto, con la Ley N° 24.065⁵⁹, el Ente regulador tendrá las siguientes funciones y facultades: “[...] requerir de los transportadores y distribuidores los documentos e información necesaria para verificar el cumplimiento de esta ley, su reglamentación y los respectivos contratos de concesión, realizando las inspecciones que al efecto resulten necesarias, *con adecuado resguardo de la confidencialidad*⁶⁰ de información que pueda corresponder”; “[...] publicar la información y dar el asesoramiento que sea de utilidad para generadores, transportistas y usuarios, *siempre que ello no perjudique injustificadamente derechos de terceros* [...]”⁶¹.

De la lectura de estas normas puede inferirse que la *data* que surja del *smart meter* tendría que ser retransmitida –al menos al ente regulador– en forma confidencial (lo cual presupone anonimización, es decir, neutralización de posibilidad de asociar *data* emergente del *smart meter* y –al menos– localización del inmueble servido y/o identificación de sus moradores) y sin perjudicar a terceros, salvo alguna justificación cuya entidad sobrepase la brecha en la confidencialidad (por ej., sospecha de posibilidad de recalificación del punto de suministro por instalación fraudulenta de una tintorería en el garaje del hogar residencial dado de alta y comunicación de tal situación en un expediente administrativo o judicial). Si se la retransmite al ente regulador de esta forma, parecería razonable hacerla extensiva a la retransmisión a órganos de la Administración centralizada u otros entes.

Respecto de los específicos *smart meters*, se pueden razonablemente entender aplicables lineamientos ya plasmados por el Ente regulador en materia de medidores auto-administrados⁶². Tales lineamientos comprenden, entre otros: expresa aceptación del medidor por parte del usuario; gratuidad de provisión e instalación; separación entre medidor fuera de

59 Ley N° 24.065, art. 56, incisos n) y ñ).

60 El destacado no es del original.

61 El destacado no es del original.

62 Resol. ENRE N° 625/2017, anexo publicado en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/305087/res625.pdf> (último acceso: 7-4-2018).

la vivienda y accesorio ubicado dentro de la vivienda; disponibilidad de personal altamente calificado por parte de la distribuidora a efectos del medidor; obligación de la distribuidora de presentar protocolos de ensayos de exactitud, de aislamiento eléctrico, compatibilidad electromagnética, mecánicos y ambientales (temperatura) realizados en el país de origen de los medidores que se utilicen, con el objeto de obtener una seguridad mínima respecto de su uso, de acuerdo a lo normativa vigente para medidores de facturación eléctrica, tanto en lo relativo a ensayos de tipo y de recepción; deber de la distribuidora de informar al Ente regulador acerca de suministros involucrados.

7. Ley N° 27.078 de Argentina Digital

Argentina no posee una ley especial de privacidad de las comunicaciones electrónicas, o una ley especial de almacenamiento de comunicaciones, o una ley especial de fraude y abuso mediante computadoras u ordenadores. No hay un marco normativo íntegro sobre ciberseguridad, y las regulaciones sobre ciberseguridad vigentes rigen para el sector público⁶³. Empero, hay acuerdos que incorporan a concesionarias: así, la transportista en alta tensión Transener S.A. opera y mantiene infraestructura crítica de nuestro país, por lo cual se encuentra adherida al “Programa Nacional de Infraestructuras Críticas de Información y Ciberseguridad” (ICIC) a cargo del Ministerio de Defensa de la Nación (marco regulatorio basado en la norma ISO 27001)⁶⁴.

Asimismo, tiene que tenerse presente la Ley N° 27.078⁶⁵, vigente al escribir estas líneas, que establece la inviolabilidad de las comunicaciones mediante un texto aplicable a las comunicaciones, mediante el *smart meter*, entre el usuario y la distribuidora: “La correspondencia, entendida como toda comunicación que se efectúe por medio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), entre las que se incluyen los tradicionales correos postales, el correo electrónico o cualquier otro mecanismo que induzca al usuario a presumir la privacidad del mismo y de los datos de tráfico asociados a ellos, realizadas a través de las redes y servicios de telecomunicaciones, es inviolable. Su interceptación, así como su posterior registro y análisis, sólo procederá a requerimiento de juez competente”. Este artículo es trascendente, pues hace imperar la privacidad en la comunicación y, en

63 Ver Decreto N° 174/2018, modificación Decreto N° 357/2002, aprobación del organigrama.

64 Ver Resol. ENRE N° 516/2017.

65 Ley N° 27.078, art. 5°.

especial, en los datos objeto de comunicación, fueran los mismos transmitidos por cualquier red o servicio de telecomunicación⁶⁶.

8. Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial

La ley protege el comportamiento engañoso o desleal al prohibir consignar “en la presentación, folletos, envases, etiquetas y envoltorios, palabras, frases, descripciones, marcas o cualquier otro signo que pueda inducir a error, engaño o confusión, respecto de la naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla o cantidad de los frutos o productos, de sus propiedades, características, usos, condiciones de comercialización o técnicas de producción”⁶⁷. Este artículo gobernará al *smart meter* a fin de que el mismo libere, al usuario, del error, engaño o confusión respecto de las propiedades, características y usos del medidor y, entre otros, respecto de las condiciones en que efectúa el despacho o el consumo, en especial, el renglón económico involucrado.

9. Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor

Ya ha habido opiniones⁶⁸, que compartimos, contrarias a la aplicación de esta ley respecto de las empresas prestadoras de servicios públicos, con las que no se establece una relación de consumo (con la Ley N° 24.240), sino una relación de servicio público en la ley de marco regulatorio de que se trate (en nuestro caso, Ley N° 24.065).

Para el hipotético caso de que se entendiera que la Ley N° 24.240 es aplicable a la distribuidora, habrá consecuencias tanto a nivel información como a nivel salud. Podemos preguntarnos quién consumirá la información emergente del *smart meter*, información que es un bien que podrá ser transado tanto a título oneroso como gratuito. Como la comunicación es bidireccional, será consumida tanto por la distribuidora como por el usuario (o,

66 Este temperamento coincide, para las comunicaciones telefónicas, con “Halabi, Ernesto c/ PEN – Ley N° 25.873 – Dto. N° 1.563/2004 s/ amparo Ley N° 16.986”, H. 270. XLII. REX, 24-2-2009, *Fallos*: 332:111, cons. 14.

67 Ley N° 22.802, art. 5°.

68 Sacristán, E. B. (2011). “Tutela de los usuarios de los servicios públicos: ¿Es la relación de consumo compatible con el servicio público?”. En *ReDA*, N° 78, 925-937, en: <http://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones/Tutela%20de%20los%20usuarios%20de%20los%20servicios%20publicos%20-%20Es%20la%20relacion%20de%20consumo%20compatible%20con%20el%20servicio%20publico.pdf> (último acceso: 7-4-2018); Mattera, M. E. (2018). “¿Es conveniente la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a los concesionarios de servicios públicos?”. En *RADEHM*, N° 15, 177-193.

en su caso, por el administrador de los datos si hubiera mediado consentimiento para la cesión). Ello implica, en esa ley⁶⁹, que, por ej., la información debe ser provista “en forma cierta, clara y detallada”, con especificación de “las condiciones de su comercialización”. El tráfico de esa información, entre usuario y distribuidora (o administradora), debe ser siempre gratuito para la distribuidora/administradora/usuario consumidor y si no se determinase el soporte de la misma, “éste deberá ser electrónico”⁷⁰. Se protegerá al consumidor de forma tal que no haya “peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”, es decir, los moradores asociables al punto de suministro y sus empleados, el personal de la distribuidora⁷¹. Si contar con el *smart meter* –sea instalado en la línea de edificación o posea un accesorio ubicado dentro de la vivienda– supusiera “un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos” y debe brindarse “asesoramiento”, sean los medidores inteligentes argentinos o importados⁷².

10. Código Penal

Finalmente, podemos tener presente que el Código Penal⁷³, en materia de violación de secretos y de la privacidad, establece⁷⁴, entre otras, como conductas punibles, el abrir o acceder indebidamente a una comunicación electrónica que no le esté dirigida; o el apoderarse indebidamente de una comunicación electrónica; o el suprimir o desviar, indebidamente, de su destino, una comunicación electrónica que no le esté dirigida. También se tipifica la conducta de interceptar o captar comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido. Se agrava la pena si se comunica a otro o si se publica el contenido de la comunicación electrónica. Todos estos supuestos fácticos pueden, hipotéticamente, hallar quicio en el marco de los datos que fluyen desde el *smart meter* hasta la distribuidora.

Además, el Código Penal⁷⁵ pena la figura dolosa de acceso al sistema o dato informático de acceso restringido y la introducción de programas⁷⁶,

69 Ley N° 24.240, arts. 4°, 5° y 6°.

70 Ley N° 24.240, art. 4°.

71 Ley N° 24.240, art. 5°.

72 Ley N° 24.240, art. 6°.

73 Según Ley N° 26.388, modificatoria del Código Penal, del año 2008.

74 Código Penal, art. 153.

75 Código Penal, art. 153 bis.

76 Código Penal, art. 183.

normas aplicables al *hacker* del *smart meter* o de la computadora u ordenador de la distribuidora. Es agravante el acceso en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos.

Si se publicare la comunicación electrónica, habrá sanción de multa⁷⁷. Pero hay eximente si se efectuara la publicación con el “propósito inequívoco de proteger un interés público”. Este podría ser el supuesto hipotético de publicación de listado anonimizado de inmuebles servidos por conexiones fraudulentas.

A todo evento, los bancos de datos son bienes protegidos por el Código Penal⁷⁸ y se sanciona la alteración del normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos. Los bancos de datos públicos (por ej., de una distribuidora estatal provincial) también quedarán contemplados⁷⁹.

Respecto a los daños, el Código Penal⁸⁰ castiga la alteración, destrucción o inutilización de datos, y la figura se agrava si, por ej., el daño se ejecutara “en datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos” o en “sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de [...] comunicaciones, de provisión o transporte de energía, [...] u otro servicio público”, y la distribución eléctrica es un servicio público en virtud del art. 1° de la Ley N° 24.065.

Se tipifica el entorpecimiento de toda comunicación o la resistencia al restablecimiento de la misma⁸¹, cualquiera fuera su naturaleza, y ello sería aplicable a quien manipule (efectuando *tampering*) el *smart meter*.

11. Conclusiones

En Argentina –al igual que en todo el mundo– se necesita generación de energía para hacer frente a una demanda siempre creciente. Los *smart meters* son una excelente opción en pos de autogenerar y despachar a la red; una *smart grid* permite hacer frente a la demanda en forma adecuada, eficiente y cumple una finalidad de bien, cual es la pronta detección de conexiones fraudulentas o las pérdidas en el sistema, en tiempo real, para beneficio de todos los usuarios de la red. Pero Argentina tiene un largo quehacer por delante en pos de la eficientización de la red, a la que tiene que norma-

77 Código Penal, art. 155.

78 Código Penal, art. 157 bis.

79 Ídem.

80 Código Penal, arts. 183 y 184.

81 Código Penal, art. 197.

lizar en todos sus segmentos (generación, transporte, distribución) previo a eficientizarla, tarea que se efectúa en los marcos regulatorios respectivos⁸².

De acuerdo con la reseña brindada, podemos advertir que, en Argentina, se cuenta con un desarrollo normativo inicial apto para encarar una primera etapa de llegada de los *smart meters* y arribar, eventualmente, a la *smart grid*, sin comprometer la salud o la privacidad, aspectos estos últimos que se nutrirán también con la jurisprudencia extranjera.

Puede afirmarse que los datos que recaba un *smart meter*, en Argentina, son, como regla general, privados, salvo excepcionalísimos casos. A su vez, ese medidor inteligente tiene que resultar neutro desde el punto de vista de la salud. Ambos bienes –privacidad y salud– poseen clara protección constitucional, pero la experiencia extranjera sacrifica la privacidad ante un plan nacional de energía, al tiempo que protege la salud con gastos a cargo del usuario que la invoca.

Empero, son varios los interrogantes que se han formulado a lo largo de los párrafos anteriores. De modo ilustrativo, ciberseguridad parece ser el más importante desafío de cara a la seguridad requerida para garantizar privacidad. Nadie querría que un tercero se enterara, en tiempo real, de que su hogar se halla momentáneamente libre de ocupantes o regularmente vacío en ciertos días y horarios. Deberían regir aquí recaudos propios del *home banking*. Además, investigaciones más profundas y con mayor horizonte temporal parecerían requerirse en punto a los efectos en la salud.

Pero el abanico de normas reseñadas genera un interrogante más general, que se relaciona con la ley específica aplicable. Hemos transitado desde la ley del marco regulatorio específico –Nº 24.065 o Nº 24.076 y reglamentaciones respectivas– hasta una ley posterior general que regla, con criterio general, en materia de datos personales o en materia de acceso a la información, entre otras. El propio adelanto tecnológico ha marcado lo que parecería ser desorden normativo, pero que en rigor refleja las épocas en que cada fenómeno tecnológico ha ido apareciendo: en Argentina, la energía eléctrica data de fines del siglo XIX; la regulación de los datos personales data de finales del siglo XX; la regulación del acceso a la información es del siglo XXI, y la ciberseguridad todavía no cuenta con una ley reguladora. Deberá verse, caso por caso, si la ley posterior deroga la ley anterior; si la ley general posterior no deroga la ley especial anterior; entre otros supuestos.

82 Este camino ha sido emprendido; la generación ha vuelto a aumentar en 2016, conf. Telam (2017). “La potencia instalada de generación eléctrica creció 1,2 % en 2016”, 5-5-2017, en: <http://www.telam.com.ar/notas/201705/187948-cammesa-central-termica-electricidad-centrales-nucleares-energias-renovables.html> (último acceso: 7-4-2018). Pero se requiere más generación, atracción de inversiones en transporte y la transformación de las distribuidoras en algo para lo que no estaban preparadas: la auto-generación y despacho de excedentes.

Todo ello nos conduce a inquirir en una cuestión más nuclear todavía, que hace al enfoque que debería adoptarse en pos de la íntegra protección de la privacidad y de la salud en el campo que nos ocupa.

Las respuestas podrán ser remediativas (aplicación de normas vigentes, esperando a la eventual decisión administrativa o judicial firme), con todos sus costos. Pero deberían ser anticipatorias (previéndose normativamente hoy los medios para evitar agravios futuros a bienes tan preciosos como la salud o la privacidad), con todo el respectivo ahorro en costo de toda índole. Es ésta última, sin duda, la opción la que, en nuestra humilde opinión, se impone.

En ese marco, la privacidad de los datos y el privilegio de la salud deben considerarse pre-supuestos neurales básicos de toda interpretación, a lo largo de toda la comunicación entre el inmueble servido y la distribuidora; debe informarse a los usuarios en forma amplia y exhaustiva; deben obtenerse los consentimientos requeridos en las normas; no se puede imponer el medidor inteligente mediante un sistema de *opt-out* sino de informado *opt-in*. Al final de todo, si los *smart meters* benefician al sistema, aportando información sobre la demanda –asegurando, en última instancia, el fluido–, los más beneficiados serán los usuarios de la red, indistintamente, y no las distribuidoras.

Ulteriores preocupaciones⁸³ pueden tener en cuenta: intervalos de recolección de datos; fecha de expiración de los datos recolectados; derecho a la *tabula rasa* en caso de nuevos moradores (por ej., inquilinos); definición de quién asegurará la privacidad (la distribuidora o una administradora contratada por ésta, y con qué condiciones); desarrollo normativo basado no tanto en las definiciones sino en la experiencia (con ágil procedimiento de propuesta de normas por parte de los particulares); usuarios habilitados para seleccionar la data que se retransmitirá, a quiénes y con qué condiciones; puesta a disposición, por la distribuidora, de la data recolectada sobre bases individuales para su control por el usuario (similar al control de aportes); asociación entre usuarios y distribuidoras en los beneficios económicos de la retransmisión de data facilitándosele, al usuario, adaptación de conductas de consumo y ahorro.

Bibliografía

Bidegaray, M. (2017). “Edesur promete medidores inteligentes en toda su red en 2021”. Diario *Clarín*, 13-9-2017, en: <https://www.clarin.com/economia/edesur->

83 Se sigue Kitchin (2014). Ob. cit., 173-174.

- promete-medidores-inteligentes-toda-red-2021_0_HkIOFQwcb.html (último acceso: 7-4-2018).
- Cancer.Org (2018). “Smart Meters”. En: <https://www.cancer.org/cancer/cancer-causes/radiation-exposure/smart-meters.html> (último acceso: 7-4-2018).
- Donato, P.; Carugati, I. y Strack, J. (2017). “Medidores inteligentes en Argentina: consideraciones para una implementación adecuada”. En *Revista Ingeniería Eléctrica*, agosto 2017, Buenos Aires, N° 323, 56-62, esp. 57, en: http://www.editores-srl.com.ar/sites/default/files/ie323_donato_medidores_inteligentes.pdf (último acceso: 7-4-2018).
- Ducastel, V. y Monfort, J. (2017). *Energie 4.0. Défis 2030-2050*. Saint Dennis. Connaissances et Savoirs, 17.
- ENRE 625/2017, que aprueba el Reglamento para el sistema de medición autoadministrada aplicable a Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima (Edenor S.A.), en: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anejos/305000-309999/305087/norma.htm> (último acceso: 7-4-2018).
- Fernández Blanco, P. (2017). “Comienzan a instalar medidores que les permitirán a los hogares vender luz”. Diario *La Nación*, 14-9-2017, en: <https://www.lanacion.com.ar/2062714-comienzan-a-instalar-medidores-que-les-permitiran-a-los-hogares-vender-luz> (último acceso: 7-4-2018).
- Gazprom Energy (2015). “What is the difference between AMR devices and smart meters?”. 21-9-2015, en: <https://www.gazprom-energy.co.uk/blog/what-is-the-difference-between-an-amr-and-a-smart-meter/> (último acceso: 7-4-2018).
- Global Energy Observatory (2018). “Energy Overview of Argentina”. En: <http://globalenergyobservatory.org/countryid/10#> (último acceso: 2-7-2019).
- Kitchin, R. (2014). *The Data Revolution. Big Data, Open Data, Data Infrastructures & their Consequences*. Los Ángeles. Sage, 89.
- Mattera, M. E. (2018). “¿Es conveniente la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a los concesionarios de servicios públicos?”. En *RADEHM*, Nro. 15, 177-193.
- Murrill, B. J.; Liu, E. C. y Thompson II, R. M. (2012). *Smart Meter Data: Privacy and Cybersecurity*. Washington DC. Congressional Research Service. CRS Report for Congress, prepared for members and committees of Congress, 1.
- Ofgem (2018). “Understand smart, prepayment and other energy meters”. *Household Gas and Electricity Guide*. En: <https://www.ofgem.gov.uk/consumers/household-gas-and-electricity-guide/understand-smart-prepayment-and-other-energy-meters> (último acceso: 7-4-2018).
- Pennsylvania Public Utility Commission. “Maria Povacz v. PECO Energy Company”, del 26-1-2018, juez administrativa Darlene D. Heep, disponible en: <http://www.puc.pa.gov/pcdocs/1558335.pdf> (último acceso: 2-7-2019).
- Rashed Mohassel, R.; Fung, A.; Mohammadi, F. y Raahemifar, K. (2014). “A survey on Advanced Metering Infrastructure”. *Electrical Power and Energy Systems*. Elsevier. Vol. 63, 473-484, esp. 473-473, en https://ac.els-cdn.com/S0142061514003743/1-s2.0-S0142061514003743-main.pdf?_tid=9e8d770d-a345-4f75-ab44-5e0e337a3bc4&acdnat=1523229431_b9942994b930cea3ebcb-1b42a5880345 (último acceso: 7-4-2018).

- Resol. Enargas N° 4.569/2017, en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/277026/norma.htm> (último acceso: 7-4-2018).
- Resol. ENRE N° 625/2017, anexo publicado en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/305087/res625.pdf> (último acceso: 7-4-2018).
- Ruth, C. (2019). “Medidores de luz prepagos”. En *Infobae*, 8-6-2019, disponible en: <https://www.infobae.com/sociedad/2019/06/08/medidores-de-luz-prepagos-cuales-son-y-como-funcionan-las-apps-que-permiten-comprar-energia/> (último acceso: 2-7-2019).
- Sacristán, E. B. (2011). “Tutela de los usuarios de los servicios públicos: ¿Es la relación de consumo compatible con el servicio público?”. En *ReDA*, N° 78, 925-937, en: <http://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones/Tutela%20de%20los%20usuarios%20de%20los%20servicios%20publicos%20-%20Es%20la%20relacion%20de%20consumo%20compatible%20con%20el%20servicio%20publico.pdf> (último acceso: 7-4-2018).
- Secretaría de Energía (2017). “Generación y transporte eléctrico - República Argentina”, disponible en: <http://datos.minem.gob.ar/dataset/generacion-transporte-electrico/archivo/a56ef1d6-4453-460c-a70b-12e3ee99be8f> (último acceso: 2-7-2019).
- Sin autor (2014). “Por primera vez en Argentina, un particular proveerá su propia energía a la EPE”. Diario *La Capital*, 11-5-2014, en: <https://www.lacapital.com.ar/por-primera-vez-argentina-un-particular-proveera-su-propia-energia-la-epe-n446228.html> (último acceso: 7-4-2018).
- Sin autor (2018). “Instalan medidores inteligentes para hacer más eficiente el consumo de electricidad”. *La Nación*, 20-9-2018, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/economia/instalan-medidores-inteligentes-determinar-consumo-electricidad-nid2173951> (último acceso: 2-7-2019).
- Sumner, S. (2016). *You: For Sale. Protecting your Personal Data and Privacy Online*. Amsterdam. Elsevier, 177-180 y sus citas.
- United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, “Naperville Smart Meter Awareness v. City of Naperville”, 16-8-2018, disponible en: <http://media.ca7.uscourts.gov/cgi-bin/rssExec.pl?Submit=Display&Path=Y2018/D08-16/C:16-3766:J:Kanne:aut:T:fnOp:N:2203659:S:0> (último acceso: 2-7-2019).

DE LOS DELITOS Y LOS CONFLICTOS

Of Crimes and Conflicts

Crimini e conflitti

Carlos Manuel Romero Berdullas¹

Recibido: 16 de abril de 2019

Aprobado: 2 de agosto de 2019

Resumen: Un fenómeno actual en nuestro país es el reemplazo de la palabra “conflicto” por “delito” en el dialecto jurídico penal, aludimos a una sustitución metodológica en la normativa vigente y la práctica tribunalicia. Al punto tal que este cambio de paradigma abre camino hacia un Derecho Penal denominado de tres vías. Esto evidencia la relevancia de analizar cómo se recepta esta tendencia en las normas penales; como así también la importancia de determinar cuáles son los presupuestos y fundamentos utilizados por quienes promueven la inculturación de esta nueva terminología. Este trabajo busca precisar estas cuestiones, pues la utilización de la palabra “delito” o el término “conflicto” conduce a consecuencias con diferentes implicancias en el plano social. De ahí la trascendencia de evaluar si este nuevo dialecto jurídico penal se ajusta o no a la medida de razonabilidad del bien común político, llave de bóveda del pensamiento realista clásico.

Palabras clave: Delitos; Conflictos; Abolicionismo; Expropiación; Interés público.

Abstract: A current phenomenon in our country is the replacement of the word “conflict” with “crime” in the criminal law dialect, we refer to a methodological replacement in current regulations and court practice. This to

1 Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad del Salvador (Buenos Aires), Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, Argentina) y Abogado por la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires).

the point, that this paradigm shift opens the way to a criminal law called three-way. This evidences the relevance of analyzing how this trend is received in criminal legislations; as well as the importance of determining what are the presuppositions used by those who promote the inculturation of this new terminology. This work seeks to clarify these questions, since the use of the word “crime” or the term “conflict” leads to consequences with different implications on the social level. Hence the importance of evaluating whether or not this new criminal legal dialect fits the reasonableness of the common political good, the key to the vault of classical realistic thinking.

Keywords: Crimes; Conflicts; Abolicionism; Expropriation; Public Interest.

Sommario: Un fenomeno attuale nel nostro paese è la sostituzione della parola “conflitto” per “crimine” nel dialetto giuridico criminale, ci riferiamo a una sostituzione metodologica nelle normative vigenti e nella pratica giudiziaria. Al punto che questo cambio di paradigma apre la strada a una legge criminale chiamata a tre vie. Ciò evidenzia la rilevanza dell’analisi di come questa tendenza è ricevuta nelle norme penali; nonché l’importanza di determinare quali sono i budget e i fondamentali utilizzati da coloro che promuovono l’inculturazione di questa nuova terminologia. Questo lavoro cerca di chiarire queste domande, poiché l’uso della parola “crimine” o il termine “conflitto” porta a conseguenze con implicazioni diverse a livello sociale. Da qui l’importanza di valutare se questo nuovo dialetto giuridico criminale sia o meno conforme alla ragionevolezza del bene politico comune, la chiave della volta del pensiero realistico classico.

Parole chiave: Crimini; conflitti; abolizionismo; esproprio; Interesse pubblico.

Para citar este texto:
Romero Berdullas, C. M. (2019). “De los delitos y los conflictos”.
Prudentia Iuris, N. 88, pp. 203-232.

1. Introducción

Al analizar los cambios originados en el Derecho Penal, Guillermo J. Yacobucci explicaba, hace más de una década, que las corrientes críticas y abolicionistas han permitido avances significativos dentro de la ciencia penal, en tanto evidenciaron graves desigualdades e injusticias en la aplicación de los instrumentos punitivos. De hecho, a su entender, la conside-

ración de esos planteos críticos ha conducido “a procesos donde el carácter público del Derecho Penal ha quedado limitado”² ante un nuevo rol de la víctima con consecuencias variadas, en la medida que la legislación penal admitió la extinción del delito o la inaplicabilidad de la pena, frente a la reparación del daño provocado u otras vías consensuadas³.

Por ello, desde la perspectiva del doctrinario citado “hoy se puede decir que la ilicitud de una conducta puede constituir tanto un delito como un mero conflicto según el modo en que el legislador prevea su solución”, lo que “supone también aceptar la idea de un Derecho Penal de tres vías”⁴.

Efectivamente, esta descripción parece ajustarse a un fenómeno de especial actualidad. Aludo a un ingreso de la palabra “conflicto” en el dialecto jurídico penal, que parece proyectarse en la normativa y práctica tribunalicia, a través de diversas clases de respuestas susceptibles de caracterizarse como no penales.

Esto evidencia la importancia de precisar si esta tendencia a reemplazar el término “delito” por la palabra “conflicto” y sus posibles consecuencias se ajustan a la medida de razonabilidad del bien común político. De modo que en pos de alcanzar el cometido propuesto, nada parece más conveniente que iniciar este camino mediante un análisis normativo, a fin de observar cómo se inserta este nuevo paradigma en las leyes.

Concretado este primer peldaño de la investigación, se advierte indispensable examinar los argumentos doctrinales y jurisprudenciales que proponen la incorporación de esta nueva terminología en el debate penal; tras lo cual, deviene ineludible determinar cuáles son los fundamentos de estos puntos de partida, lo que luego nos permitirá discernir, desde una perspectiva realista clásica, la corrección o incorrección de introducir este nuevo dialecto jurídico penal, como así también algunos de sus posibles efectos.

2. Recepción normativa

Si estudiamos la legislación penal argentina advertiremos, como aspecto novedoso, que los códigos procesales penales de las provincias han introducido la palabra “conflicto” en sus regulaciones, en línea con la posibilidad de aplicar una justicia restaurativa y determinados métodos alternativos a las penas o las medidas de seguridad.

2 Yacobucci, G. J. (2005). “Los desafíos de un nuevo Derecho Penal”. En *Revista Jurídica Logos*. San Pablo. Facultad de Derecho Prof. Damásio de Jesús, n° 1, 15.

3 Ídem.

4 Ídem.

Véase, a modo de ejemplo, el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –en adelante, CPPCABA–, donde se define como objeto de la investigación penal preparatoria, encabezada por el fiscal, el propósito de “[...] arribar a la *solución del conflicto* por cualquiera de las vías legalmente previstas o promover o desechar la realización del juicio”, propiciando “la utilización de los medios alternativos de *resolución de conflictos* legalmente previstos” (art. 91)⁵.

Más aún, el mismo plexo normativo prevé la posibilidad del fiscal de proponer “otras alternativas para la *solución de conflictos* en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes, invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición” (art. 204, inc. 2°); que en caso de culminar con un acuerdo, “implicará la *resolución definitiva del conflicto*”⁶ (ídem) y el archivo de las actuaciones sin más trámite (arts. 204, inc. 2° y 199, inc. h).

A su vez, nótese que el Código Procesal estudiado establece la posibilidad del fiscal de requerir la elevación a juicio cuando no considere proponer “otra forma de *resolución del conflicto*”⁷ o ésta hubiera fracasado” y se encuentre agotada la investigación (art. 206, CPPCABA).

Así, este cuerpo procesal y otras regulaciones provinciales⁸ han incorporado un lenguaje y/o herramientas más emparentadas a una llamada “justicia restaurativa”, que –según la literatura reformista– procuraría la resolución alternativa de los “conflictos”, privilegiando soluciones ponderadas como más adecuadas para pacificar la sociedad.

En clave con ello, también el Código Procesal Penal de la Nación –aprobado el 4-12-2014, mediante la Ley N° 27.063, mas luego suspendido *sine die* por el Decreto PEN N° 257/2015– fijó, como faro procesal, que “[...] os jueces y los representantes del Ministerio Público *procurarán resolver el conflicto* surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecúen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social” (art. 22)⁹.

5 Lo destacado me pertenece.

6 Ídem.

7 Ídem.

8 Las provincias de Buenos Aires (art. 2°, CPP); La Pampa (art. 15, inc. 4°, CPP); La Rioja (art. 204 bis, inc. 2°, CPP); Río Negro (art. 180, CPP); Santa Fe (art. 19, CPP); Mendoza (art. 26, inc. 2°, CPP); Chubut (art. 44, inc. 5°, CPP); Chaco (art. 6 bis, inc. 3°, CPP); Santiago del Estero (art. 103, CPP); Jujuy (arts. 101, inc. 5°, 104 y 105, CPP); Neuquén (art. 106, inc. 5°, CPP); Misiones (art. 60, incs. e y f, CPP) y Entre Ríos (art. 5°, CPP).

9 Lo destacado me pertenece.

Esta premisa es consecuente con el denominado “nuevo paradigma de solución de conflictos”¹⁰ y los principios funcionales recogidos en la reciente ley orgánica del Ministerio Público Fiscal¹¹.

Puntualmente, aludimos al titulado como “principio de gestión de los conflictos”, consistente en procurar “[...] *la solución de los conflictos* con la finalidad de restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social” (arts. 9º, inc. e, y 21 de la Ley N° 27.148)¹².

Todavía más, esta tendencia ha sido receptada en el Código Procesal Penal Federal¹³; e incluso, promovida en el Derecho Penal sustantivo mediante la sanción de la Ley N° 27.147 (10-6-2015), que incorporó al Código Penal de la Nación la conciliación o reparación integral del perjuicio (art. 59, CP) como nuevas causales de extinción de la acción penal, novedades también reafirmadas en el proyecto de reforma del código de fondo impulsado por la comisión creada mediante el Decreto PEN N° 103/2017 (art. 59, inciso 7º).

3. Los presupuestos en la doctrina y la jurisprudencia

Expuesta la incursión normativa del término “conflicto”, es tiempo de examinar la doctrina y jurisprudencia nacional que propician su ingreso al debate penal. En pos de ello, se advierte oportuno iniciar este recorrido con Binder¹⁴, quien precisamente exhorta a abrirse hacia una nueva concepción del proceso penal, guiada por la meta de pacificar a la sociedad. De ahí que interpele a recuperar la idea del “conflicto” y su solución¹⁵.

10 También el art. 34, del suspendido CPPN, dispone la facultad del imputado y la víctima de realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas; o en los delitos culposos, si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte.

11 Sancionada el 10-6-2015.

12 Lo destacado me pertenece.

13 Aprobado por Decreto PEN N° 118/2019 (8-2-2019), que en los arts. 22, 30, inc. c.; 34 y 269 ratificó el texto recogido en la Ley N° 27.063 (con las incorporaciones dispuestas por la Ley N° 27.272 y las modificaciones introducidas por la Ley N° 27.482).

14 La influencia de Binder y Maier se evidencia cuando Julio Alak expone ante el Senado en octubre de 2014; y alude expresamente a que el CPPN aprobado por la Ley N° 27.063 era una síntesis de las mejores elaboraciones doctrinales de los mencionados [cf. Solimine, M. A. (2015). *Bases del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Ley N° 27.063*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 93].

15 Cf. Binder, A. M. (2000). *Ideas y materiales para la Reforma de la Justicia Penal*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad Hoc, 115.

En este contexto, según el citado, el hecho de colocarle el nombre de delito, “no quita que se trate de un conflicto”¹⁶, pues en “última instancia el robo no es más que un conflicto entre dos personas que quieren usar las mismas cosas al mismo tiempo, y así podríamos definir el delito si, independientemente de la legitimidad, comprendemos que cada uno de estos hechos está marcando un conflicto social”¹⁷.

Por consiguiente, plantea la relevancia de la apertura del sistema hacia la víctima, pues afirma que el Estado le ha: “[...] expropiado su derecho a buscar la solución que le parezca adecuada o satisfactoria: ese derecho ‘personal’ le ha sido expropiado y convertido en un derecho estatal, puesto que el Estado se apropia y ocupa de su dolor y lo transforma de modo que la sociedad quede tranquila. Más lo cierto es que los intereses estatales rara vez se satisfacen y tampoco se da una real satisfacción a la víctima”¹⁸.

En ese marco conceptual, pone de relieve que cuando la “[...] la literatura moderna dice que el Estado expropió el conflicto a las víctimas, confiscó a la víctima su conflicto, lo que se está manifestando es que el Estado busca un supuesto interés general, pero se olvida que ese interés viene acompañado también de un interés particular que debería ser preponderante en principio”¹⁹.

Por ello, al aludir a la recuperación de la víctima como elemento esencial o sujeto natural del proceso, Binder refiere “[...] que la acción es antes que nada el instrumento de un interés privado que ha sido lesionado y que además puede generar una preocupación pública”²⁰. Tanto es así, que destaca la importancia de superar una visión del conflicto meramente formalista y recobrar los intereses de las víctimas, en pos de sensibilizarse frente a la dimensión de los problemas de la sociedad, “porque si un delito afecta a la sociedad es porque antes afectó a una persona”²¹.

En base a lo expuesto, sostiene que “[e]l concepto de acción pública es un concepto totalmente artificial. El único concepto de acción real, y conforme a la teoría procesal, es el concepto de acción privada. El concepto de acción pública es solamente el modo de manifestar con una apropiación terminológica que ha hecho mucho daño [...]”²².

A su entender, la noción de acción penal pública es el corolario de un proceso de concentración de poder de un modelo de justicia penal inquisito-

16 Cf. *Ibidem*, 116.

17 *Ídem*.

18 Cf. Binder, A. M. *Ideas y...*, 102-103.

19 Binder, A. M. *Ideas y...*, 113.

20 *Ídem*.

21 Cf. Binder, A. M. *Ideas y...*, 116.

22 Cf. Binder, A. M. *Ideas y...*, 254.

rial de una clase de Estado (absolutista)²³, que habría asumido el poder de requerir y juzgar para asegurar el monopolio de la persecución penal, supestandamente en pos de reducir los niveles de agresividad producidos por las reacciones de los delitos (léase venganzas, retaliación, etc.)²⁴; aunque en los hechos, en realidad habría sido utilizado por un aparato estatal convertido en el mayor productor de violencia fútil²⁵.

Por tanto, Binder procura reformular sin más el concepto de “acción penal pública”²⁶ en consonancia con los postulados de una “política criminal democrática”²⁷; ya que según su parecer, únicamente constituiría acción lo denominado en el Derecho Penal como “acción privada”, o sea, la facultad reservada a la víctima de impulsar el movimiento de la persecución penal²⁸.

De esta forma, la redefinición del concepto de acción impondría una necesaria resignificación del rol del Ministerio Público Fiscal y de la víctima, pues si en vez de concebir al fiscal como un funcionario autónomo o burócrata al servicio de intereses puramente estatales, se lo considerara un funcionario instituido por el Estado para tutelar en concreto los intereses afectados por la acción delictiva, las condiciones de legitimidad de su ejercicio resultarían modificadas²⁹. Es que, naturalmente, la víctima siempre gozaría del derecho a impulsar los órganos de persecución penal; mientras en cambio, las facultades del Estado en aras de intervenir a través del Ministerio Público en esa dirección deberían justificarse.

Ante esta reformulación afirma, entonces, que dentro del proceso de reorganización socio-económica de Latinoamérica, la justicia penal debe recobrar su profunda misión pacificadora, pues de lo contrario las instituciones “qué otra misión van a cumplir, salvo la de servir a otros intereses, la de convertirse –como ya ha sucedido [...] con nuestra justicia penal– en un instru-

23 Cf. Binder, A. M. (2014). *Derecho Procesal Penal*. T. II. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, 345-346.

24 Cf. Binder, A. M. *Derecho Procesal...*, T. II, 346.

25 Ídem.

26 Binder rechaza que la mayor parte de los delitos deban generar una acción pública, pues en su esquema no existe ninguna razón fundada en la naturaleza o el carácter ontológico de los delitos para ello. Pues esta cuestión responde a una planificación y decisión político criminal (Binder, A. M. *Derecho Procesal...*, T. II, 373).

27 Cf. Binder, A. M. *Derecho Procesal...*, T. II, 346; Binder, A. M. (2009). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires. Ad-Hoc, XVII.2.; Binder, A. M. *Ideas y...*, 254-255 y 292-293; y Binder, A. M. (1997). *Política Criminal: De la formulación a la praxis*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, 146.

28 Cf. Binder, A. M. *Introducción al...*, 213-218; y Binder, A. M. *Derecho Procesal...*, T. II, 345-349.

29 Cf. Binder, A. M. *Introducción al...*, 213-218; y Binder, A. M. *Derecho Procesal...*, T. II., 345-349.

mento de opresión o de permanentes abusos”³⁰. Por tanto, a su entender, el juez o fiscal deben transformarse en “gestores de la paz” para colaborar con la construcción de una sociedad menos violenta y evitar el castigo en tanto sea factible, en congruencia con el principio de *ultima ratio* de un Estado de Derecho de una sociedad democrática, donde el poder penal (léase, el poder violento) deber ser utilizado lo menos posible³¹.

Similar perspectiva se advierte en doctrinarios como Jauchen, quien arguye que todo delito encierra un conflicto, en muchas ocasiones “más importante que la propia concepción de aquél, con lo cual apuntar a la resolución del mismo es buscar la paz social y regular de modos pacíficos la convivencia temporalmente obstruida por el hecho criminal acontecido”³²; de ahí la relevancia de instituir otras vías alternativas de solución de un conflicto perteneciente a “[...] quien resulta víctima del hecho investigado”³³.

También puede constatarse una visión semejante en Maier³⁴, quien apela al término “conflicto” en diferentes pasajes de sus obras; e inicia su recorrido en una crítica sobre la situación de la víctima, que fue desalojada de su pedestal:

“[...] abruptamente, por la Inquisición, que expropió sus facultades al crear la persecución penal pública y desplazó por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal al transformar todo el sistema penal en un instrumento de control estatal directo sobre los súbditos; [...] aparecía la pena estatal como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción —el más intenso— en manos del Estado, que lo utilizaba de oficio, sin necesidad de una queja externa a él, el conflicto se había ‘estatizado’; de allí que se hable, pleonásticamente, de una ‘criminalización del Derecho Penal’, antes bien, del origen del Derecho Penal, tal como hoy lo conocemos culturalmente, o, mejor aún, del ‘nacimiento de la pena’”³⁵.

30 Cf. Binder, A. M. *Ideas y...*, 116.

31 Cf. Binder, A. M. *Ideas y...*, 115-116.

32 Jauchen, E. M. (2012). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. T. I. 1ª ed. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni, 686-687.

33 Jauchen, E. M. (2012). Ob. cit., T. I, 676.

34 Vale destacar la importancia del Código Procesal Penal para la provincia de Chubut redactado por Maier, que fue aprobado por la Ley N° 4.566, amén de no entrar en vigencia. Y también cabe resaltar su influencia, mediante la elaboración conjunta con Cafferata Nores y Almeyra Nazar del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación del Poder Ejecutivo (1986), que sirvió de plataforma del Código Procesal Penal para Iberoamérica (1988), a través del cual se introducirían las reformas procesales en América Latina y la mayor parte de nuestras provincias.

35 Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal, II. Parte General, Sujetos Procesales*. 1ª ed., 2ª reimp. Buenos Aires. Editores del Puerto, 582-583.

Vale reparar, que Maier considera deseable un retorno (al menos parcial) hacia ciertas formas de solución de los conflictos añejas³⁶, pues estima: “[...] necesario repensar la reacción estatal desde el lado de la víctima, hoy convidada de piedra a la mesa del Derecho Penal [...] Pensando en la reparación a la víctima, incluso por el método más correcto, el regreso al *statu quo* ante, cuando es posible, [...] En este sentido, la intervención de la víctima en la exposición y solución del conflicto por medios diversos de la pena estatal sería deseable [...] Un Derecho ‘Penal’ que acentúe su interés por regresar al momento anterior al delito, con la colaboración del infractor, cumpliría su función social, solucionar conflictos sociales, de manera más acorde a su propio fin [...]”³⁷.

Desde una óptica análoga, también Rusconi rescata el valor de reemplazar una búsqueda de castigo del culpable caracterizada por su caos, desenfreno e ineficiencia, por un instituto de la mediación (también denominado instancia anti-proceso), que propendería a respetar la capacidad de resolver el “conflicto” de la víctima y el imputado, además de humanizar el proceso penal al facilitar la aproximación a las necesidades de los protagonistas; y restituirle a ese convidado de piedra, parte del protagonismo perdido tras la consolidación histórica del sistema de enjuiciamiento impregnado únicamente por lo estatal³⁸. De ahí que la redefinición del “conflicto” —a entender de Rusconi, quien aquí sigue a Zaffaroni— redundaría en una alternativa al modelo punitivo que reduciría la violencia y el ejercicio de un poder selectivo e irracional. Tanto es así, que sería más apropiado denominarla mediación anti-penal, y no penal³⁹.

Por su parte, la sustitución de la palabra “conflicto” por “delito” se advierte además en el garantismo abolicionista⁴⁰ preconizado por Zaffaroni, quien precisamente afirma la inexistencia del delito; e infiere que desde una

36 Según Maier, en un estadio primigenio las víctimas ocuparon un rol protagónico al imperar antiguamente el sistema acusatorio privado en la persecución penal y la composición como forma común de resolución de conflictos [Maier, Julio B. J. (2008). “La víctima y el Sistema Penal”. En AA. VV. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires. Ad Hoc, 186].

37 Cf. Maier, J. B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*. 2ª ed., 3ª reimp. Buenos Aires. Editores del Puerto, 839-840.

38 Cf. Rusconi, M. (2008). *Nuevo proceso penal, garantías constitucionales y mínima intervención*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, 13-38.

39 Cf. Rusconi, M. Ob. cit., 27, donde cita textualmente a Zaffaroni, E. R. “Prólogo”. En Obarrio, M. C. y Quintana, M. (2004). *Mediación Penal: Una resolución alternativa*. Buenos Aires. Quórum, XII.

40 Fenómeno pioneramente así denominado y estudiado en Hernández, H. H. (2013). *El garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Marcial Pons; y Hernández, H. H. (2017). *Inseguridad y garantismo abolicionista: Bases para la reconstrucción de la Justicia Penal*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica.

perspectiva óptica, únicamente existen conflictos seleccionados de modo arbitrario⁴¹.

A partir de su confeso agnosticismo penal⁴², el exponente abolicionista plantea que la existencia del “delito” es un falaz presupuesto, sobre el cual se edifica un programa de criminalización primaria⁴³ que no puede ser materializado en la práctica por las agencias de criminalización secundaria⁴⁴, dada su limitada capacidad operativa, al punto tal que solo una ínfima parte del plan delineado puede ejecutarse⁴⁵.

De este modo, se resalta una disparidad entre el discurso jurídico penal diseñado y el ejercicio del poder programado, emparentando al sistema penal a “[...] un verdadero embuste [...]” pues “[...] pretende disponer de un poder que no tiene, ocultando el verdadero poder que ejerce [...]”⁴⁶.

Aunque el autor-tipo del garanto-abolicionismo señala que, de darse la posibilidad de incrementar la capacidad operativa de las agencias y concretar el ejercicio del poder programado, se generaría el indeseable efecto de criminalizar a toda la población en variadas ocasiones, pues ningún habitante resultaría exento de criminalización alguna; y por consiguiente, la concreción de esa *potentia* criminalizante conduciría a una catástrofe social⁴⁷. De ahí que asimile la criminalización programada conforme al discurso jurídico-penal a “un supuesto tan absurdo como la acumulación bélico nuclear que permite aniquilar varias veces a toda la vida planetaria”⁴⁸.

Por cierto, el quid de la cuestión, según Zaffaroni, radica en que debajo de la absurda ficción construida en torno a la desiderata de materializar

41 Zaffaroni, E. R. (2005). *En busca de las penas perdidas*. 4ª reimp. Buenos Aires. EDIAR, 253.

42 Zaffaroni procura determinar el campo del Derecho Penal, pero sin que su acatamiento provoque “una legitimación de los elementos del estado de policía [...] propios del poder punitivo que acota”; definiendo así a la pena como “una coerción que impone una privación de derechos o un dolor; que no repara ni restituye y ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes” [Zaffaroni, E. R. - Alagia, A. - Slokar, A. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires. Ediar, 44-46].

43 Estructurado mediante la sanción de leyes penales de carácter sustantivo tendentes a incriminar o permitir la punibilidad de determinadas personas (cf. Zaffaroni, E. R. - Alagia, A. - Slokar, A. Ob. cit., 7, 18-20).

44 La policía, los jueces y agentes penitenciarios son los encargados de cumplir ese programa de criminalización primaria enunciado por las agencias políticas y ejercer la acción punitiva sobre personas concretas.

45 Cf. Zaffaroni, E. R. - Alagia, A. - Slokar, A. Ob. cit., 9.

46 Zaffaroni, E. R. *En busca de...*, 30-31.

47 Zaffaroni, E. R. *En busca de...*, 30-31.

48 Zaffaroni, E. R. *En busca de...*, 30-31. Maier y Rusconi enseñan cierto punto de contacto con esta afirmación [cf. Maier, J. B. J., *Derecho Procesal Penal, I...*, 835; Rusconi, M. (2005). *Las fronteras del Poder Penal*. 1ª ed. Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina, 157; y Rusconi, M. (2009). *Derecho Penal, Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, 335, respectivamente].

la criminalización primaria, traslucen las razones veladas de un sistema penal estructurado para ejercer su poder con un elevado grado de arbitrariedad selectiva, naturalmente sesgada hacia los sectores vulnerables⁴⁹.

Zaffaroni otea así la procedencia del sistema penal en la revolución mercantil (s. XV) y la formación de los Estados Nacionales, oportunidad en la cual habría tenido lugar la expropiación del conflicto, seguida de la implantación del soberano en reemplazo de los derechos de la víctima. Entonces, desde este nuevo marco teórico todo infractor devendría en enemigo del soberano y traidor, por lo que el Derecho Penal se desentendería de la lesión concreta padecida por los seres humanos (léase las víctimas), además de mudar el sistema penal en un ejercicio de poder verticalizante y centralizador⁵⁰.

La concepción del delito como “lesión contra la víctima” caería en el anonadamiento, y concomitantemente, adheriría la naturaleza de “ofensa contra el soberano”. De tal forma que, evanecido el interés por el daño real producido y la reparación del *statu quo ante* el delito, sólo cobraría sentido para el poder estatal centralizado el disciplinar a sus vasallos mediante el instrumento de coacción más intenso, o sea, la pena (según el autor abolicionista). Por tanto, concluye el citado que así se cosificaría a las partes del conflicto, al ponderar a la víctima como una señal habilitante de la intervención de las agencias del sistema penal, que so pretexto de limitar la venganza privada o suplir la debilidad del directamente ofendido tendría piedra libre para ejercer su poder selectiva, antojadiza y arbitrariamente⁵¹.

A tenor de lo expuesto, el realismo marginal pregonado por Zaffaroni procura deslegitimar el discurso jurídico penal; e introducir un nuevo esquema discursivo mediante la técnica del yudoca ideada por Foucault, para demoler por implosión el sistema punitivo y reducir las violentas manifestaciones de la *potentia puniendi* ejercida por las agencias ejecutivas, a través de la redefinición de sus categorías dogmáticas⁵², por lo que cobra significancia estratégica el reemplazo de la palabra “delito” por “conflicto”.

De esta manera, la misión reductora y contradictoria del poder punitivo recaería en la agencia judicial, que a entender de Zaffaroni encarna el Estado de Derecho, pues a diferencia de las restantes agencias (léase las

49 Zaffaroni, E. R. *En busca de...*, 31.

50 Cf. Zaffaroni, E. R. - Alagia, A. - Slokar, A. Ob. cit., 235-236 y 275; y Zaffaroni, E. R. *En busca de...*, 156-157.

51 Cf. Zaffaroni, E. R. - Alagia, A. - Slokar, A. Ob. cit., pp. 229-230.

52 Cf. Zaffaroni, E. R. *En busca de...*, 107, 166-169 y 177-182; y Folter, R. S. de (1989). “Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault”. En AA. VV. *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires. Ediar, 77.

ejecutivas y políticas) posibilitaría la intervención mínima como táctica en ese transitar progresivo hacia el abolicionismo⁵³ o desandar del *unfinished* de Mathiesen⁵⁴.

En otro orden, la jurisprudencia tampoco es ajena a esta sustitución de la lógica que concibe al delito como infracción, por aquella a través de la cual se lo pondera como “conflicto”⁵⁵. Tan solo a modo de ejemplo, puede colegirse esto en el voto de Adrián N. Martín, en “D. J. A. s/ robo agravado en grado de tentativa”⁵⁶.

De acuerdo a su criterio, nos hallamos “[...] aquí en presencia de la impronta inquisitiva que Binder destaca –con conocidas citas de Foucault– como ‘la tradición de considerar el delito como infracción’ [...]” (*vide* cons. n° 6); de ahí que “[...] es imperioso recuperar y afianzar la tradición de concebir el delito como ‘conflicto’, tal como lo conciben las modernas regulaciones procesales imponiéndole a los jueces –pero también a los fiscales– la resolución ellos [...]” (*ídem*); y por esa razón, estos “[...] casos hacen evidente que la pretensión de habilitación de poder punitivo y, consecuentemente, no poner fin a la lógica punitiva, sólo se realiza con la excusa de controlar la desobediencia, de castigar las infracciones a la ley, y por sobre todo, desentendiéndose de la voluntad de los involucrados en el conflicto [...]” (*ídem*).

Más aún, frente a este escenario, Adrián N. Martín interpela al servicio de justicia a replantearse “sus funciones respecto de cómo, cuándo y de qué

53 Cf. Zaffaroni, E. R. - Alagia, A. - Slokar, A. Ob. cit., 5-6 y 51-52; y Zaffaroni, E. R. *En busca de...*, 104-105, 110-111, 182-183 y 245.

54 Zaffaroni explica los esfuerzos de Mathiesen por conceptualizar lo *inacabado* y su necesidad de diseñar una táctica no neutralizable por una contra-estrategia de retrocesos parciales del poder (cf. Zaffaroni, E. R. *En busca de...*, 104-105). De hecho, Zaffaroni alude a este *unfinished*, cuando rubrica a la empresa *inacabada* y abierta orientada a disminuir la magnitud de los genocidios puestos en marcha, puntualmente al finalizar su prólogo a Christie, N. (1993). *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?* 2ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto, 20.

55 Cf. Tribunal Oral en lo Criminal n° 18 de la Capital Federal, causa n° 78.050/2014, 29-9-2016; Tribunal Oral en lo Criminal n° 18 de la Capital Federal, causa n° 78.050/2014, 29-9-2016; Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 de la Capital Federal, causa n° 4551/2012, 30-11-2015; Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 de la Capital Federal, causa n° 39889/2014, 11-12-2015. *Vide* también el voto en disidencia de López González G., R. S., conciliación, causa n° 50621/2011, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, 21-4-2016; y las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en “Del Tronco, Nicolás s/ infr. art. 184, inc. 5°, CP”, 27-9-2010, expedientes n° 6.784/09 y 6.785/09, ambos s/ queja por RID; como también en “Junco, Luis Antonio s/ infr. art 149 bis, CP”, 27-9-2010, expedientes n° 6.799/09 y 6.805/09, ambos s/ queja por RID.

56 Tribunal Oral en lo Criminal n° 26 de la Capital Federal, 11-10-2016, causa n° 4889, “D. J. A. s/ robo agravado en grado de tentativa”. En similar sentido, véase lo resuelto por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 26 de la Capital Federal en la causa n° 4714/2016, 13/10/2016; y la causa n° 4902/2016, 13-10-2016.

manera intervenir en ciertos conflictos [...]” (cons. n° 9), pues de lo contrario, no se “[...] hará más que agudizar esos conflictos [...]” (ídem), cuando “la cuestión se presenta como la tensión de habilitar la mayor cantidad posible de poder punitivo frente a sujetos que han infringido la ley o, por el contrario, abrir vías de composición del conflicto, de rearmado de lazos sociales” (ídem).

4. Los fundamentos

Comprobado cómo parte de la doctrina y jurisprudencia nacional tienden a utilizar el término “conflicto” como sustituto de la palabra “delito”, nos hallamos en condiciones de escrutar la fuente ideológica de esta modificación propiciada en el lenguaje jurídico penal.

En primer lugar, debe aclararse que en la actualidad salen al paso del carácter público del Derecho Penal tradicional algunas posiciones más medidas⁵⁷, las cuales frente a cierta clase de delitos procuran el reemplazo de la pena cuando se alcanza la composición entre víctima e imputado⁵⁸ junto a la consiguiente reparación y/o una facultativa extintiva de la persecución penal, en base a criterios de oportunidad⁵⁹; de consuno a otras más radicales orientadas a “devolver el conflicto a la víctima”⁶⁰ y sustituir totalmente el Derecho Penal por un sistema transaccional.

Ahora bien, al tiempo de determinar de dónde surge la idea-guía de reemplazar la palabra “delito” por el término “conflicto” en el discurso jurídico penal, cabe precisar su procedencia en el movimiento abolicionista, que en el marco de su estrategia reductora de la potestad punitiva, directamente exhorta a intercambiar estos vocablos.

57 Entre las posturas menos radicales se encuentran, por ejemplo, las de Maier, Silva Sánchez, Roxin y Yacobucci. Cf. Maier, J. B. J. *Derecho Procesal Penal, II...*, 601-605; Silva Sánchez, J. M. (1998). *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. 1ª ed. Buenos Aires. Ábaco, cuestión 7; Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto, 108-110; Yacobucci, G. “Los desafíos...”, 21-22.

58 También puede observarse cierto punto de contacto con una aproximación a respuestas restaurativas en Braithwaite, J. - Pettit, P. (2015). *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*. Buenos Aires. Siglo XXI.

59 El distingo entre las posturas más radicales y las dosificadas sería que las primeras no confundirían reparación con reacción penal, pues el ingreso de esta vía procura desplazar completamente el Derecho Penal. Mientras que las menos radicales buscarían la despenalización de ciertos comportamientos delictivos, a través del ingreso de esta nueva vía resolutive.

60 Esta expresión procede de Christie, N. (1977). “Conflicts as Property”. En *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, 1-15.

A esto se suma incluso, que tal como repara Anitua, también se advierte el influjo ejercido por los autores abolicionistas en muchos pensadores que luego participaron de proyectos de justicia restaurativa⁶¹.

Así pues, partiendo del presupuesto de “expropiación del conflicto” –ya otrora desarrollado por Foucault⁶²–, nos sale al paso Nils Christie, hontana

61 Cf. Anitua, G. I. (2012). “Fundamentos para la construcción de una teoría de la no pena”, 13-14. En AA. VV. *El abolicionismo penal en América Latina. Imaginación no punitiva y militancia*. Buenos Aires. Editores del Puerto. Tanto es así que, amén de posibles distinguos o matices, Maier, Binder, Zaffaroni y Bovino desarrollan la expropiación del conflicto desde una perspectiva histórica; y presentan en sus tesis indubitables puntos de contacto con la visión desandada a modo de ejemplo por Foucault, Hulsman y Christie.

Tan solo a modo de ej. se puede espigar en las obras escritas por Zaffaroni el influjo de Foucault, quien asimila a las fábricas, escuelas, establecimientos psiquiátricos, hospitales y prisiones del s. XIX en adelante a instituciones de secuestro [cf. Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. 1ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires, S. XXI, 29; y Foucault, M. “La verdad y las formas jurídicas”, disponible en http://www.posgrado.unam.mx/arquitectura/aspirantes/La_verdad.pdf (fecha de consulta: 7-7-2016)] en la V conferencia, 52-63. También es evidente la inspiración confesa de Zaffaroni en Foucault (cf. *En busca de...*, 139), quien al caracterizar la prisión y el panóptico emparenta estas instituciones por él denominadas de secuestro a jaulas (cf. Foucault, M. *Vigilar y...*, 16, 105, 168, 181, 187, 189, 192 y 218).

A su vez, la influencia de Hulsman en Zaffaroni es evidente en sus obras. Más aún, la 2ª reimp. de *En busca de las penas perdidas* se la dedica a Hulsman, quien luego de comentar que él asimila el funcionamiento de la astrología al enseñado por la Iglesia y el Estado –a los cuales confesó intentar desinstitucionalizar durante largos años–, define a *Politics of Abolition* (libro del primero), de Mathiesen, como la Biblia [cf. Hulsman, L. – Bernat de Celis, J. (1984). *Sistema Penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*. 1ª ed. Barcelona. Ariel, 16-17 y 22-23].

Asimismo, se perciben aristas comunes con lo escrito por Baratta en Baratta, A. (2004). *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Buenos Aires. B de F, al estipularse que los mecanismos de la criminalización secundaria reforzarían aún más el carácter selectivo del Derecho Penal, por cuanto las evidencias demostrarían cómo las máximas posibilidades de resultar seleccionado para integrar la población criminal se concentran en los niveles menos favorecidos de la escala social (léase subproletariado y grupos marginales).

Otro que apuntalado por Baratta y Hulsman remarca la selectividad primaria y secundaria de los sistemas de justicia penal en perjuicio de los estratos sociales más depauperados es Bovino [cf. Bovino, A. (2009). *Principios políticos del procedimiento penal*. 1ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto, 19-20; Baratta, A. (2004). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. 1ª ed. Buenos Aires. Siglo XXI editores Argentina, 172; Baratta, A. *Criminología y Sistema Penal*, 299-333; y Hulsman, L. – Bernat de Celis, J. (1984). Ob. cit., 63-64 y 78, respectivamente].

Entre otros, Elias Neuman también abreva en Hulsman, Ferrajoli, Baratta y Christie [cf. Neuman, E. (1997). *Mediación y Conciliación Penal*. Buenos Aires. Depalma, 40-45, 53, 98-100].

62 Si acercamos nuestro lente a *La verdad y las formas*, de Foucault, columbramos la alusión a la existencia de un Derecho Penal Privado y acusatorio de carácter material, que habría perimido en los siglos XII y XIII, cuando el poder armado (concentrado en los poderosos y el monarca) apropió las acciones y litigios judiciales, otrora metodología de distribución de los bienes entre las personas. Explica Foucault, que al resultar el pleito judicial un medio apto para garantizar la circulación de bienes y acumular riquezas, los más poderosos procuraron confiscarlo. En consecuencia, a su entender, la acumulación de la riqueza, el poder de las armas

de donde surgen las expresiones alusivas a la “devolución del conflicto a las víctimas” y la propuesta de una organización judicial impregnada por un fuerte elemento civil instituido por una justicia vecinal formada por legos para que no les sean robados los “conflictos” o redefinidos por los profesionales (léase, los abogados o terapeutas) en beneficio propio⁶³.

Christie considera que el delito no existe, sino más bien se crea, pues primero se encuentran los actos; y luego se los dota de significado. El abolicionista noruego niega así la existencia del delito; e infiere que es una creación del legislador. De modo que la oferta desmesurada de delitos tendría su génesis en la actividad normativa u originadora de la reacción social⁶⁴.

Por ello afirma que la cantidad de detenidos dependerá de variables introducidas por un sistema político y económico, cuya plataforma de actuación será la exclusión de individuos-sectores. De manera tal que la legislación, los medios de comunicación e intereses de grupos poderosos, junto al accionar judicial, son un instrumento de control social, que actúa sobre determinados grupos⁶⁵.

Otro abolicionista que relativiza el concepto de delito e infracción es Louk Hulsman, al esgrimir: “[...] es necesario que se deje de utilizar la noción de ‘delito’ como herramienta del marco conceptual de la criminología. El delito no tiene realidad ontológica, no es el objeto, sino el producto de la política penal [...]”⁶⁶. Pues “[n]o hay nada en la naturaleza del hecho, en su naturaleza intrínseca, que permita reconocer si se trata o no de un crimen o delito [...] Estas situaciones no tienen entre sí otro nexo que uno enteramente artificial [...] resulta de una decisión humana modificable [...] Es la ley, pues, la que dice dónde hay un crimen; es la ley, pues, la que crea al ‘criminal’”⁶⁷; en definitiva, “[...] no hay crímenes ni delitos, sino situaciones problemáticas”⁶⁸.

y el Poder Judicial concentrados en unos pocos constituyeron un mismo proceso, que adquiriría madurez con la primera gran monarquía medieval (segunda mitad del s. XII), mas luego se potenciaría con el acontecer del procurador, representante del soberano, rey o señor lesionado mediante la infracción a la ley por él dictada. Por tanto, imputa que a raíz de este proceso se habría sustituido el binomio víctima - daño concreto en su derecho, por la ofensa al soberano (léase Estado o sociedad) e infracción a la ley (o sea, el orden).

63 Christie aúna a la “expropiación histórica del conflicto”, otra “expropiación de sentido”, que se vincularía con intereses relacionados a la profesionalización (Christie, N. *Conflicts as...*, 1-15 y Christie, N. *La industria del...*, 156-157).

64 Christie, N., *La industria del...*, 21, 23, 30-31, 101-102-104-107, 111, 118, 125, 137-139, 154-155 y 169-173.

65 Ídem.

66 Hulsman, L. (1989). “La Criminología Crítica y el concepto de delito”. En AA. VV. *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires. Ediar, 97.

67 Hulsman, L. – Bernat de Celis, J. *Sistema Penal y...*, 52.

68 *Ibid.*, 90.

Según Hulsman, entre las tareas fundamentales del criminólogo crítico que ha dejado de usar al delito como herramienta conceptual, se encuentran las de “[...] estudiar estrategias para la abolición de la justicia penal”; y “[...] contribuir al desarrollo de otro lenguaje que permita discutir las cuestiones de la justicia penal [...]”⁶⁹.

En traza de deslegitimar el sistema penal y colocar en crisis el discurso jurídico penal, Hulsman impera a suprimir el concepto de “crimen” y “a renovar completamente el discurso global sobre lo que se llama el fenómeno criminal y sobre la reacción que suscita”⁷⁰, ya que “[n]o se podría superar la lógica del sistema penal si no se rechaza el vocabulario que sirve de base a esta lógica. Las palabras crimen, criminal, criminalidad, política criminal, etc., pertenecen al dialecto penal. Ellas reflejan los *a priori* del sistema punitivo estatal [...]”⁷¹.

La propuesta consiste precisamente en “[...] habituarse a un lenguaje nuevo, apto para expresar una visión no estigmatizadora sobre las personas y sobre las situaciones vividas. Así, hablar de ‘actos lamentables’, de ‘comportamientos no deseables’, de ‘personas implicadas’, de ‘situaciones-problemas’, fomenta ya una mentalidad nueva”⁷².

Hulsman denuncia que “[e]l sistema penal roba el conflicto a las personas directamente implicadas en él”⁷³; y resalta la necesidad de “[...] abolir el sistema penal [...]. Tal sistema es un mal social, y los problemas que está llamado a resolver [...] deben ser abordados de otra manera”⁷⁴.

Todavía más, brega por “[...] devolver a las personas implicadas el manejo de los conflictos [...]”⁷⁵, ya que “[e]n el plano social, se trata asimismo de aprender a ‘negociar’ la situación de conflicto, que es la condición normal de los hombres en sociedad”⁷⁶. De ahí que si “[...] se piensa en las diferentes claves de aproximación posibles a una situación conflictiva, se puede ver que el enfoque civil es siempre capaz [...] de ser una clave adecuada, cualquiera sea el conflicto”⁷⁷.

Por tanto, arguye que la “[...] búsqueda de una reorganización de las estructuras jurídicas y sociales que ya no deje lugar siquiera al concepto de infracción [...] pasa a ser, en esta óptica, un objetivo político prioritario”⁷⁸.

69 Hulsman, L., “La Criminología...”, 106-107.

70 Hulsman, L. – Bernat de Celis, J. *Sistema Penal y...*, 84.

71 *Ibíd.*, 84-85.

72 *Ibíd.*, 85.

73 *Ibíd.*, 71.

74 *Ibíd.*, 80-81.

75 *Ibíd.*, 91.

76 *Ibíd.*, 93.

77 *Ibíd.*, 121.

78 *Ibíd.*, 127.

Esto lo conduce a concluir, entonces, que “[c]on la abolición del sistema penal, cualquier asunto de arreglo de conflictos, vuelto a pensar con un lenguaje nuevo y retomado con otra lógica, se vería transformado desde el interior [...] permitiría una multitud de enfoques y soluciones que hoy apenas podemos imaginar”⁷⁹.

Resta repasar sumariamente la criminología crítica profesada por Alessandro Baratta, quien parte de la premisa de que la pena es violencia institucional (o en otras palabras, limitación de derechos y represión de necesidades fundamentales de los individuos); y la ingeniería punitiva procura legitimar material e ideológicamente un esquema de poder sumamente selectivo, en donde los disímiles actores del sistema de justicia representan intereses de segmentos hegemónicos, minoritarios y socialmente privilegiados.

Resumiendo el pensamiento de inspiración marxista del cultor del minimalismo penal, puede decirse que la matriz punitiva agrava los conflictos, incumple las funciones declaradas en el discurso oficial; y muy por el contrario, únicamente sirve tanto para criminalizar problemas sociales, como reproducir las desigualdades estructurales tejidas sobre la base de relaciones de propiedad-poder existentes en el seno de la sociedad⁸⁰. Por esta razón es que Baratta propone articular programáticamente la idea de mínima intervención penal como idea-guía, en donde los Derechos Humanos cumplan una función dual, una negativa, al versar sobre los límites de la intervención penal; y otra positiva, por cuanto pugna por definir desde una perspectiva humanística el objeto posible, pero no necesario, de la tutela por medio del Derecho Penal⁸¹.

También este autor efectúa un tratamiento análogo respecto a la expropiación del conflicto al perfilar una teoría de los Derechos Humanos como límite de la ley penal, la cual sería instrumentada a través de principios intra-sistemáticos⁸² y extra-sistemáticos⁸³, tendentes a hacia la mínima intervención del Derecho Penal.

Baratta introduce dentro de esta táctica proyectada en pos de reapropiar los “conflictos”, a los “[...] [l]os principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y de los problemas sociales” que “implican la liberación de la imaginación sociológica y política respecto de una ‘cultura de lo penal’ que ha colonizado ampliamente el modo de percibir y de cons-

79 *Ibid.*, 130.

80 Cf. Baratta, A. *Criminología y Sistema Penal...*, 299-333.

81 *Ídem.*

82 Léase, prescriptivos de requisitos para introducir-preservar figuras delictivas en la ley.

83 En otras palabras, criterios políticos y metodológicos tendentes a descriminalizar, además de resolver los conflictos de un modo alternativo al ofrecido por el sistema penal.

truir los conflictos y los problemas sociales en una sociedad” y “tienen por función la de enfrentar, por contraste, la cosificación de los conceptos de criminalidad y de pena y la de propiciar una visión innovadora y más diferenciada de los conflictos y de los problemas sociales”⁸⁴.

En torno al minimalismo penal, “[...] [e]l principio de la sustracción metodológica de los conceptos de criminalidad y de pena propone el uso, en una función heurística, de un experimento metodológico: la sustracción hipotética de determinados conceptos de un arsenal preestablecido, o la suspensión de su validez. Se recomienda a los actores implicados en la interpretación de los conflictos y de los problemas y en la búsqueda de soluciones realizar tal experimento, prescindiendo, por cierto tiempo, del empleo de los conceptos de criminalidad y de pena, a fin de que se pueda verificar si y cómo podrían construirse no sólo los conflictos y los problemas, sino también sus respuestas desde ópticas distintas de la punitiva”⁸⁵.

Luego de parafrasear a Baratta, se advierte nítidamente una exhortación a reinterpretar los por él denominados “conflictos”, mediante la sustracción hipotética de los conceptos preestablecidos (v. gr., delito-pena), con el afán de alcanzar respuestas desde una óptica diversa a la punitiva y activar la participación de los sujetos directamente implicados en las problemáticas, sin condicionantes en la comunicación por parte del poder.

5. Una lectura analítica de la cuestión

Demostrada la tendencia de la normativa penal a sustituir la palabra “delito” por “conflicto”; la propensión de cierta doctrina y voces jurisprudenciales a introducir un nuevo dialecto jurídico penal; y la notoria ascendencia del movimiento abolicionista en quienes han participado de los proyectos de justicia restaurativa en el país, como también su apología para instituir un lenguaje de barricada contra el sistema penal⁸⁶, es tiempo de delimitar si es correcto asimilar e intercambiar las palabras “conflicto” y “delito”.

Si nos aproximamos a la etimología de la palabra delito, podemos reparar su procedencia del “lat. *delictum* (d. propiamente participio de delinquere ‘faltar’, ‘cometer una falta’, deriv. de linquere ‘dejar’). Deriv. Delictivo. Delictuoso, Delinquir, 1423, de dicho delinquere, delincuente, 1449, del participio activo del mismo verbo; delincuencia. Deliqui ‘desmayo, desfalleci-

84 Baratta, A. *Criminología y Sistema Penal...*, 326-327.

85 Ídem.

86 Esta táctica orientada a sustituir el lenguaje jurídico penal ya expuesta en el pensamiento de Christie, Hulsman y Baratta, también se advierte en Ciafardini, Steinert, Folter y Mathiesen, tal como se demuestra en Hernández, H. H. *El garantismo abolicionista*, 427.

miento', 1616, tom. del lat. *deliquium* 'falta, ausencia', deriv. de delinquere (el significado se ha alterado recientemente por influjo de delicia)⁸⁷.

Entre tanto, en el Diccionario de la Real Academia Española se pueden espigar las siguientes acepciones del término "delito": culpa, quebrantamiento de la ley; acción o cosa reprobable; y (der) acción u omisión voluntaria e imprudente penada por la ley⁸⁸.

Por su parte, la palabra "conflicto" proviene de "afligir, 1403, tom. del lat. *affligere* 'golpear contra algo', 'abatir', deriv. de *figere* 'golpear'. Deriv. de afligente, afflictivo; aflicción, 1ª mitad s. XIII. De otros deriv. de *figere*: conflicto, 1438, del lat. *conflictus*, üs. Íd., deriv. de *configere* 'chocar'⁸⁹; y el Diccionario de la Real Academia Española sitúa su prosapia en el lat. *conflictus*; e incluso, suministra las siguientes acepciones: combate, lucha, pelea; enfrentamiento armado; apuro, situación desgraciada y de difícil salida; problema, cuestión materia de discusión; conflicto de competencia, de jurisdicción; coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos; y momento en el cual la batalla es más dura y violenta⁹⁰.

Puede apreciarse que, de la etimología y variadas acepciones de las palabras delito-conflicto, se deduce la imposibilidad de inferir sinonimia alguna entre ambos términos. En sentido estricto, pueden existir "delitos sin conflictos" y "conflictos sin delitos". Ejemplifica el primer supuesto el caso del homicidio consumado sobre una persona carente de deudos que no resulta descubierto (delito sin conflicto); en tanto encuadra en la segunda posibilidad a una típica discusión laboral, marital o familiar (conflicto sin delito), la cual precisamente enseña cierta indiferencia axiológica, en la medida de que *a priori* no denota desdoro ético-jurídico; aspecto sí definitorio de una conducta delictiva⁹¹. Es que tal como lo enseña Tale, dentro del término conflicto no se comprende "la idea de transgresión ético-jurídica, que es nota esencial del delito"⁹². Más aún, tal como lo advierte Scala, la palabra

87 Corominas, J. (1973). *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*. En Biblioteca Románica Hispánica. 3ª ed. revisada y mejorada. Madrid. Gredos, reimpr. de 1987, 204. Análoga definición se observa en Corominas, J. (1980). *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*. En Biblioteca Románica Hispánica. 1ª ed. Madrid. Gredos, reimpr. de 1984, tomo CE – F, 440-442.

88 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Edición del Tricentenario, 23ª ed. electrónica, recuperado de <http://www.rae.es/> (fecha de consulta: 5-9-2017).

89 Corominas, J. *Breve Diccionario...*, 30.

90 Cf. Real Academia Española, *Diccionario de...*

91 Cf. Hernández, H. H. *El garantismo abolicionista*, 428-429; y Hernández, H. H. *Inseguridad y...*, 91.

92 Tale, C. (2010). "Los legítimos fines de la pena jurídica". En AA. VV. *Fines de la pena. Abolicionismo, impunidad*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica, 188.

conflicto tiende a igualar a la víctima con quien delinquiró⁹³, ubicándolos a ambos en una situación de paridad, cual si la víctima e imputado tuvieran una culpa concurrente respecto al acto antijurídico perpetrado.

Nótese, que Sancinetti se atiene de referirse al término “conflicto”: “[...] terminología ‘sociologizante’, que está de moda, con la cual, empero, se pierde de vista aquello de lo que se trata jurídicamente: de la comisión de un delito, esto es: del quebrantamiento de una norma fundamental para la convivencia social (si no fuera fundamental, su infracción no debería constituir delito, sino ser rebajada a contravención o pasar a integrar lisa y llanamente la ‘libertad de obrar’)”⁹⁴.

Esto es importante resaltarlo, pues al sustituirse la palabra “delito” por “conflicto”, se obvia la clásica distinción entre los delitos civiles y los delitos criminales⁹⁵ suministrada por Llambías, quien enseña que lo ilícito civil (núcleo del Derecho Privado), a diferencia de lo ilícito penal, refiere a la utilidad de los particulares, pues se trata de una acción injusta y lesiva de un interés particular⁹⁶, donde se interviene para remediar los daños provocados a algún individuo en particular⁹⁷; mientras que el Derecho Penal es “una rama del Derecho Público que en líneas generales procura el bien de la comunidad, y sólo secundariamente el bien individual”, por cuanto “[l]o ilícito penal comprende un número restringido de acciones que atentan contra la sociedad haciendo peligrar su digna subsistencia [...]”⁹⁸.

93 Cf. Scala, J. (2008). En AA. VV. *En defensa del Derecho Penal*. Buenos Aires. Educa, 141, según cita de Hernández, H. H. *Inseguridad y...*, 91.

94 Sancinetti, M. “Avenimiento y mediación: ¿la pena como objeto de negocios jurídicos?”, 17, texto que fuera leído como ponencia presentada en las Jornadas sobre Mediación Penal, organizadas por el Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de la CABA, del 2 al 3 de junio de 2010, y se encuentra disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38164.pdf> (fecha de consulta: 10-5-2019).

95 Nótese que, al aprobarse el Código Civil, en la nota al artículo 1072, ya Vélez Sarsfield señalaba: “La palabra delito tiene en Derecho Civil una significación diferente de la que tiene en el Derecho Criminal [...]”.

96 Cf. Llambías, J. J. (1997). *Tratado de Derecho Civil Parte General*. T. II. Buenos Aires. Editorial Perrot, 17ª ed. actualizada, 277-278.

97 “Los actos ilícitos civiles son innumerables, pues ellos pueden resultar de cualquier contravención al ordenamiento legal; los delitos criminales están taxativamente determinados en el Código Penal [...] Los actos ilícitos civiles requieren indispensablemente la producción de un daño a un particular, los delitos criminales, no [...] Los actos ilícitos civiles dan lugar a sanciones resarcitorias que restablecen el precedente equilibrio de intereses; los delitos criminales originan sanciones represivas más variadas e intensas [...] La terminología de delitos y cuasidelitos es propia del Derecho Civil. Para el Derecho Penal no hay nada más que delitos, que son las acciones (dolosos o culposos) incriminadas por el Código Penal” (cf. Llambías, J. J. Ob. cit. T. II, 277-278).

98 Ídem.

En efecto, como bien indica Frister, “[l]a pena es una reacción de la generalidad contra la lesión del interés público en la validez de la norma infringida por la comisión del delito. Por tanto, el Derecho Penal no regula una relación jurídica entre personas privadas, sino una injerencia de la autoridad del Estado en los derechos del individuo, que sucede en interés público”⁹⁹.

Esto denota la existencia de un interés público ante la comisión de todo delito, pues como explica Welzel desde otra atalaya: “[e]l Derecho Penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales), como, por ejemplo, la integridad del Estado, la vida, la salud, [...] protección de los bienes jurídicos [...]” que “[...] cumple en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de los bienes jurídicos [...]”, asegurando así “la vigencia de los valores ético-sociales de carácter positivo, como el respeto a la vida ajena, a la salud, a la libertad, a la propiedad, etc.”¹⁰⁰.

En este sentido, el intento de privatizar la justicia penal mediante la invocación a “la pacificación y gestión de los llamados conflictos” pareciera soslayar que la víctima particular no puede disponer del daño público provocado por el delito so pretexto de que el conflicto le pertenece, por cuanto si bien es titular de ciertos derechos, no se halla en condiciones de decidir la disposición de algo no perteneciente a ella (como lo es el gravamen público originado por el delito)¹⁰¹.

De este modo, la introducción del término conflicto es por demás controvertida, puesto que abre camino a terceras vías resolutorias, dejando subsistente un interés público no restaurado, motivo que precisamente movió al legislador a tipificar penalmente aquel injusto como delito de acción pública luego de aplicar la *ultima ratio*.

Por ello es que Sancinetti refuerza la noción de interés público implícita en el delito; y refuta la idea de expropiación del conflicto, dejando entrever que las reacciones aparentemente privadas o venganzas suscitadas en tiempos pasados: “[...] eran la forma primitiva de pueblos en los que, a falta de policía que pusiera orden, se debía ejercer venganza para imponer, justamente, un orden general. No hay por qué entender que eso fuese pura venganza privada, sino más bien un ‘asunto público’, sólo que el funcionario que ejercía la retribución era la víctima; y debía ejercer la venganza –aunque tuviese miedo de hacerlo– porque ese era también su deber frente a los

99 Cf. Frister, H. (2011). *Derecho Penal, Parte General*. 1ª ed. Buenos Aires. Hammurabi, 38.

100 Welzel, H. (1976). *Derecho Penal alemán, Parte General*. 11ª ed. Santiago de Chile. Ed. Jurídica de Chile, 11-12.

101 Sancinetti, M. Ob. cit., 7.

demás: si no, ¿quién podría sentirse seguro? Y que esto es así lo muestra la incorporación de la Ley del Talión. Moisés da esta ley al pueblo de Israel, precisamente como parámetro de proporcionalidad. Dicho de otro modo: si tu hermano te ha sacado un ojo, no le quites los dos [...] ¿Por qué podría haber normas de proporcionalidad válidas en general, respecto de un acto que fuera pura venganza privada?”¹⁰².

Por otra parte, desde una perspectiva realista clásica es evidente que el presupuesto de la expropiación del conflicto cae por su propio peso, en tanto partimos de la naturaleza social del hombre¹⁰³, quien dentro de la polis es donde puede alcanzar la virtud, la cual se identifica con su felicidad y pleno desarrollo¹⁰⁴. Desde este prisma, existe una tendencia natural del hombre a vivir en sociedad, fincada en un bien común que constituye la medida y principio de racionalidad ordenador de la vida política, jurídica y moral.

Por ello, en este contexto el Derecho no constituye un sistema de control social, sino que es objeto de la justicia¹⁰⁵, medida que al dar a cada uno lo suyo y establecer o restituir el orden entre las personas (como partes de un todo) procura así la conquista de ese bien común. Por tanto, así se acerca el hombre al culmen del desarrollo de todas las posibilidades de una convivencia humana, marco en el que la ley penal (regla de prudencia determinada por la razón) define lo justo a realizar para preservar la sociedad humana¹⁰⁶ y lograr el bien común.

La secuencia lógica podría sintetizarse así, al existir un bien común político emerge naturalmente una comunidad política ordenada a abrazar ese fin, cuya existencia es el asidero de la potestad política que producirá el derecho concreto¹⁰⁷. Así pues, este medio que ordena las conductas es una legítima potestad de Derecho Natural necesaria e inderogable, porque sin ésta no podría preservarse la sociedad, a la cual se encuentra inclinado el hombre por esa politicidad inscripta en su íntima naturaleza; ni la comu-

102 Cf. Sancinetti, M. Ob. cit., 5.

103 Cf. Sampay, A. E. (1975). *La Filosofía Jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*. Buenos Aires. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 28-29 y 32-33; y Aristóteles (2014). *Política*. Buenos Aires. Alianza, L. I, cap. 2, 1253 a.

104 Cf. Aristóteles. *Política*. L. I, cap. 2, 1252 b); y Santo Tomás de Aquino (2016). *El Gobernante Cristiano (De regimene principum ad regem Cypri)*. Córdoba. Athanasius, L. I, cap. I.

105 Aristóteles (2015). *Ética a Nicómaco*. 1ª ed. Buenos Aires. Colihue, L. V, cap. I, 1129ª y 1129b 1-5; y Santo Tomás de Aquino (1998). *Suma de Teología*, II-II (a). 3ª ed. Madrid. BAC, q. 57, a.1 y q. 58, a.1.

106 Cf. Aristóteles. *Ética...*, L. I, C. 1; y Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I-II, q. 92, a.1 y 95, a.1.

107 Se sigue de cerca a Castaño, S. R. (2012). *Lecturas críticas sobre el Poder Político*. 1ª ed. México, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 111.

nidad política podría alcanzar el bien común al carecer de una dirección racional hacia esa finalidad.

Ahora bien, no obstante la prevalencia de esta función directiva de la potestad política, debe además precisarse que ésta, a su vez, se encuentra investida de una facultad punitiva y el derecho a ejercer la coacción en pos de concretar ese mismo bien común político convocante. De modo que con lo afirmado basta para demostrar la inexistencia de expropiación alguna del conflicto desde el realismo clásico.

El delito es un acto humano (acción u omisión) culpable que lesiona o pone en peligro determinados bienes amparados por las normas jurídicas. Pero no se trata de cualquier acto, problemática o mero conflicto, sino de hechos sumamente graves, sin cuya prohibición y sanción la sociedad no podría preservarse, pues la ley penal no prohíbe todos los vicios, sino sólo aquellos actos humanos exteriores revestidos de tal nocividad para las relaciones sociales, que de no prohibirse la ciudad no se conservaría¹⁰⁸. Por ello, Carnelutti afirma que el Código Penal se hace “para conseguir que los ciudadanos se abstengan de ciertos actos que se consideran gravemente nocivos al bien común y realicen ciertos actos que son necesarios para ese mismo bien común”¹⁰⁹.

Tanto es así, que la obligación jurídica debida al otro y prevista por el legislador es una necesidad de fin, por cuanto instituye el medio particularmente más apto para realizar el bien común; y por consiguiente, su lesión impone la coacción jurídica indispensable para concretar su cumplimiento, pues el orden jurídico no puede tolerar su quebrantamiento, ya que de lo contrario vería comprometida su existencia en tanto orden a fin¹¹⁰.

Por esta razón, es que dada la necesidad de fin del orden jurídico, frente al incumplimiento espontáneo de la ley penal y de lo justo, la amenaza de la pena debe concretarse para restablecer el orden de justicia alterado por el ofensor; y por otra parte, salvaguardar la vigencia real de las prescripciones imperadas tanto para no dañar al otro, como respetar la vida tranquila, imperativos de justicia general orientados a resguardar el bien común político. De ahí que la coacción jurídica hace a la eficacia del derecho e induce a la

108 Cf. Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I-II, q. 96, a.2; y II-II, q. 77, a.1, resp. a obj. 1.

109 Carnelutti, F. (2006). *Cómo nace el Derecho*. Librería El Foro Rodamillans S.R.L., 12.

110 Cf. Repetto, A. (2007). “La importancia del Derecho y del Derecho Penal”. En *Diario de Política Criminal*, n° 11.780. Buenos Aires. El Derecho, 3.3.4; y Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 349-350. Semejante perspectiva se encuentra en Carnelutti, quien expresa: “[l]a sanción introduce la fuerza en la noción de Derecho, porque naturalmente, en cuanto no se obedezca al precepto, necesita de la fuerza para ser puesta en acto” (Carnelutti, F. Ob. cit., 25).

virtud, sin la cual no sería factible alcanzar el *bonum commune*, ya que los ciudadanos (o las partes) no se hallarían proporcionados al bien común de la ciudad (o el todo)¹¹¹.

Dentro de este contexto, al delito le corresponde una doble razón de demérito, por cuanto no sólo hiere a la persona singular (o parte ordenada al todo) en su bien, sino también de modo prevalente lesiona a toda la comunidad política¹¹². Pues ante la comisión de un delito se incumplen un deber emanado de la justicia conmutativa, que impone el imperativo de respetar la relación del titular del bien jurídico con su bien (ya sea un objeto material o inmaterial); junto a otro expresado en la obligación de todos de no perturbar los derechos personales de los demás y respetar la paz o vida tranquila, imperativo de justicia general o legal destinado directamente a preservar el bien común¹¹³. Por este motivo es que los delitos o actos humanos ejecutados en detrimento del otro irradian un perjuicio a toda la comunidad política¹¹⁴.

Como explica Jiménez de Asúa (aunque desde otros presupuestos), el Estado es siempre titular del interés ofendido por el delito, aunque puede resultar sujeto pasivo inmediato o mediato. Pero ciertamente ante la consumación de un delito, el Estado es víctima. Víctima o sujeto pasivo inmediato ante conductas como la traición, la rebelión, la sedición u otros actos desvaliosos que comprometen la paz; o víctima o sujeto pasivo mediato, cuando el delito lesiona un interés propio particular como, por ejemplo, acontece en el caso del homicidio, el robo, etc.¹¹⁵.

En el cumplimiento de la ley penal el principal interesado es el Estado, dado que el fin del Derecho Penal es en lo inmediato el bien de una víctima particular (o sea, restablecer la igualdad de justicia particular quebrantada), pero también su finalidad inmediata o mediata (según cuál sea el delito cometido¹¹⁶) será siempre el bien común político, por cuanto en todo delito de acción pública existe una afectación prevalente de la víctima comunidad política.

111 Cf. Aristóteles. *Ética...*, L. I, C. 1; Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I-II, q. 92, a.1 y 95, a.1; y Repetto, A. (2009). "El Derecho Penal realista y una aproximación al bien común". En *Diario de Política Criminal*, n° 235-1246. Buenos Aires. El Derecho.

112 Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I-II, q. 21, a. 3.

113 Cf. Repetto, A. "La importancia...", 3.4.

114 Cf. Repetto, A. "La importancia...", 4.2.

115 También plantea que puede ser sujeto pasivo junto a otro sujeto en quien se personifica la autoridad o función del Estado (ej. atentado contra las autoridades) o de consuno a otro sujeto, cuyo intereses son afectados en el ámbito de la ofensa estatal (ej. expedición de moneda falsa); y cierra señalando la existencia de otros delitos en los cuales el sujeto pasivo es toda la sociedad o comunidad (ej. delitos contra la seguridad pública). Cf. Jiménez de Asúa, L. (1965). *Tratado de Derecho Penal, El delito*. T. III. 3ª ed. actualizada. Buenos Aires. Losada, n° 979, 92-93.

116 Si es un delito contra la seguridad pública se advierte claramente que la comunidad política es víctima inmediata del hecho penal. En cambio, si se comete el delito de homicidio

Por ello es que Vélez Mariconde destacaba el carácter público de la acción penal como principio general y concebía a la acción penal como pública, en razón de su objeto y la finalidad perseguida, en tanto el Estado ha reivindicado el derecho de acusar en miras de concretar sus fines, preservar su propia vida y resguardar el orden jurídico social. Pues, “[l]a acción penal, en tanto instrumento para aplicar las sanciones penales necesarias a la defensa, el mantenimiento del orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos, incumbe al Estado, por cuanto el delito que lesiona estos intereses exige la actividad estatal”¹¹⁷.

En consecuencia, puede advertirse que la utilización del término “conflicto” no se ajusta a esta medida de racionalidad, por cuanto al reducir su enfoque en la relación víctima directa – victimario, menosprecia la lesión del orden de convivencia; y obvia, así, que la víctima particular inmediata de un delito (ej., el dueño de una billetera) es una parte de una víctima comunidad política o todo, siempre herido frente a la comisión de una conducta delictiva¹¹⁸. De forma tal que la palabra conflicto, elemento nocional en el cual pivotea la llamada justicia restaurativa, sume así en el olvido a un bien común político ineludiblemente comprometido en la perpetración de un delito de acción pública¹¹⁹.

Excede a este trabajo desarrollar todas las posibles críticas a la conciliación, mediación o reparación propiciadas por quienes abogan por el reemplazo de la palabra “delito” por “conflicto”¹²⁰. Únicamente, basta señalar que, a través de estas vías:

- a) no se actualiza la exigencia ético-jurídica de justicia de efectivizar la reciprocidad de los cambios, además de imposibilitarse el posible cumplimiento de otros fines de la pena;

prenatal o aborto, la víctima inmediata es el niño por nacer a la cual se le dio muerte, pero el Estado o comunidad política son víctimas mediatas.

117 Cf. Vélez Mariconde, A. (1969). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Lerner, T. I, 278 y 282-283 y T. II, 180.

118 Por ello es que la carencia de sanción penal ante el delito comprobado implica no sólo una injusticia para la víctima directa, sino también de modo prevalente para toda la comunidad política. De ahí que el Doctor Angélico explica la imposibilidad del juez de perdonar la pena sin faltar a la justicia ante la culpa cometida contra toda la sociedad o la víctima (Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, III, q. 46, a. 2-3), reflexión transferible a la víctima directa con relación a toda la comunidad política; y a los familiares respecto de la víctima (ej. una persona asesinada) y el todo social. En este sentido no puede obviarse que la misericordia sin justicia es madre de la disolución. Si se desea profundizar los requisitos de una auténtica justicia reconciliadora, la cual no puede disociarse del acto de justicia, puede verse Romero Berdullas, C. M. “Inepcias de la conciliación anti-penal”, 20-11-2018, *elDial.com*, DC2646, 1-35.

119 Aquí seguimos de cerca a Tale, C. Ob. cit., cap. III., 2.3.

120 Si se desea profundizar puede verse *in extenso* Romero Berdullas, C. M. “Inepcias...”.

- b) no se restaura el interés público, ya que al colocarse el foco únicamente en la afectación de la persona singular, se obvia que el delito lesiona un elemento básico de la convivencia social;
- c) se contraviene la prohibición de efectuar transacciones o negocios jurídicos sobre la acción penal (antes receptada en el art. 842 del Código Civil de Vélez Sarsfield¹²¹ y actualmente prevista en los arts. 279, 958, 1004 y 1644 del Código Civil y Comercial de la Nación);
- d) se abre paso a un terreno propicio para los juegos extorsivos y/o presiones externas, donde siempre los más débiles cargan con mayores chances de perder¹²²;
- e) se alienta la consumación de otras conductas delictivas, pues quienes delinquen saben de antemano que la impunidad se encuentra a su alcance, ya sea a través de una conciliación, la entrega de una suma dineraria o con sólo conseguir el perdón del ofendido;
- f) se conculca la presunción de inocencia, al convalidarse, por ejemplo, que un presunto imputado entregue a una presunta víctima una suma dineraria como compensación por el hecho delictivo, sin el debido juicio previo y declaración de culpabilidad alguna¹²³.

Resta añadir que la utilización de esta terminología y la consecuente aplicación de métodos consensuales puede conducir a una relajación del juicio ético social sobre determinados hechos, que no son meros “conflictos”, sino que son tipificados como delitos de acción pública por su especial nocividad para la comunidad política.

En definitiva, la ciudadanía puede considerar que si no se persigue, por ejemplo, el robo es porque esa conducta no es grave y no amerita desaprobación alguna, pues como enseña el Doctor Angélico: “[...] en lo que toca a los preceptos secundarios, la ley natural puede ser borrada del corazón de los hombres o por causa de malas persuasiones [...] o por costumbres depravadas y hábitos corrompidos, como en el caso de aquellos que no consideraban pecado el robo [...]”¹²⁴.

121 El art. 842 del Código Civil de Vélez Sarsfield rezaba: “La acción civil sobre indemnización del daño causado por un delito puede ser objeto de las transacciones; pero no la acción para acusar y pedir el castigo de los delitos, sea por la parte ofendida, sea por el ministerio público”.

122 Vide Maier, J. B. J. *Derecho Procesal Penal, II...*, 592.

123 Cf. Pastor, D. R., “*Nolite iudicare*, comentarios de actualidad penal independientes y críticos”. Diario *DPI*, episodio 5, 11-8-2017, disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/08/Daniel-Pastor-Nolite-Iudicare-11.08.2017.pdf> (fecha de consulta: 28-9-2017).

124 Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I-II, q. 94, a. 6.

Este aspecto que hace al fin pedagógico de la ley penal y las penas es importante resaltarlo, por cuanto esta indiferencia ético-jurídica frente a las conductas delictivas no solo puede darse en la ciudadanía, sino también en los fiscales, jueces y distintos operadores jurídicos.

6. Conclusión

Tal como pudimos comprobar, ante los equívocos actuales en la utilización del lenguaje y la tendencia a reemplazar la palabra “delito”, la fuerza reveladora del interés público siempre presente en este término fundamental del Derecho Penal tiende a disiparse en detrimento del bien común político. Obviando, de este modo, que el baremo decisivo para usar la palabra “delito” en su significación propia (léase plena y no recortada) es precisamente la inexistencia de otro vocablo apto para sustituirlo.

En efecto, el uso impropio de las palabras preconizado con el designio de excluir un aspecto esencial de la realidad penal, precisamente conduce a olvidar que “[...] en el comienzo de la justicia penal está el delito [...]”, es decir, la “causa meritoria de la pena” y que “[d]ado el delito, debe darse, en justicia, la pena al delincuente”¹²⁵; pues “[s]i se reacciona contra el delito cometido porque es un mal social grave, se está aplicando el principio moral primero [...] que es ‘hacer el bien y evitar el mal’”¹²⁶, concretado en el campo jurídico en ese “dar a cada uno lo suyo”, léase lo suyo de las víctimas, lo suyo de la comunidad política y lo suyo de quien delinquiró.

Por tanto, en clave con Repetto y el magisterio del Aquinate, no podemos soslayar que ante la comisión de un delito, la imposición de la pena: “[...] tiene razón de bien, cuando el que castiga lo hace por justicia” (Q.D. de malo, q.1, a.4., 9obj.); en tanto “aquello que es necesario para la conservación del bien no puede ser de suyo malo. Y para la conservación de la concordia entre los hombres es necesario [...]” aplicar penas a quienes delinquen¹²⁷.

No puede dejar de sopesarse, entonces, que de sumir en el olvido la importancia de la palabra “delito”, ese transitar hacia el abolicionismo habrá dado un paso más para infiltrar un discurso jurídico anti-penal velado bajo visos de Derecho Penal; e instaurar la aplicación de “no penas como alternativas a las penas”, en perjuicio del bien común político.

En fin, de no comprender que “delito” y “conflicto” no son lo mismo, no sólo se corre el riesgo de que arbitrariamente se minimice el significado del hecho penal, sino también se introduce el peligro de perder de vista el

125 Cf. Hernández, H. H. *Inseguridad...*, 252, 271, 278 y cap. 33.

126 *Ibid.*, 278.

127 Cf. Repetto, A. (2009). “El Derecho Penal realista...”, acápite 9.9.

sentido del Derecho Penal y las graves implicancias para el todo social de las conductas delictivas. Esto es esencial retenerlo, pues los términos son signos de los conceptos; y estos pretenden referirse a la verdad de las cosas. De ahí que la aplicación de un término erróneo como el propuesto por el abolicionismo, inexorablemente nos conduce a errar en la intelección de la realidad; y sabido es que si uno no ajusta su obrar a lo que es, simplemente por una contradicción óntico-lógica hará el mal¹²⁸.

Por ello, hoy es imperioso que lo amigos del buen mirar actualicen en el ámbito propio del Derecho Penal la expresión del preclaro Pieper, quien destacaba “[...] la enorme responsabilidad de quien tiene el poder, de acuñar los términos en que se anuncia la verdad, o justamente el de dejar como el filo de esa espada”¹²⁹.

Bibliografía

- Anitua, G. I. (2012). “Fundamentos para la construcción de una teoría de la no pena”, 13-14. En AA. VV. *El abolicionismo penal en América Latina. Imaginación no punitiva y militancia*. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Aristóteles (2015). *Ética a Nicómaco*. 1ª ed. Buenos Aires. Colihue.
- Aristóteles (2014). *Política*. Buenos Aires. Alianza.
- Baratta, A. (2004). *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Buenos Aires. B de F.
- Baratta, A. (2004). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, Introducción a la sociología jurídico-penal*. 1ª ed. Buenos Aires, Siglo XXI editores Argentina.
- Binder, A. M. (2014). *Derecho Procesal Penal*. T. II. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Binder, A. M. (2000). *Ideas y materiales para la Reforma de la Justicia Penal*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad Hoc.
- Binder, A. M. (2009). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Binder, A. M. (1997). *Política Criminal: De la formulación a la praxis*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Bovino, A. (2009). *Principios políticos del procedimiento penal*. 1ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Braithwaite, J. - Pettit, P. (2015). *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*. Buenos Aires. Siglo XXI.
- Carnelutti, F. (2006). *Cómo nace el Derecho*. Librería El Foro Rodamillans S.R.L.
- Castaño, S. R. (2012). *Lecturas Críticas sobre el Poder Político*. 1ª ed. México. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas.

128 Cf. Pieper, J. (2009). *La realidad y el bien. La verdad de las cosas*. Buenos Aires. Librería Córdoba, 11-13.

129 Pieper, J. (2008). *Tratado sobre las Virtudes, I Virtudes Cardinales*. Buenos Aires. Librería Córdoba, 199.

- Christie, N. (1977). "Conflicts as Property". En *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1.
- Christie, N. (1993). *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?* 2ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Corominas, J. (1973). *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*. Biblioteca Románica Hispánica. 3ª ed. revisada y mejorada. Madrid. Gredos, reimp. de 1987.
- Corominas, J. (1980). *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*. Biblioteca Románica Hispánica. 1ª ed. Madrid. Gredos, reimpr. de 1984, tomo CE - F.
- Folter, R. S. de (1989). "Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault". En AA. VV. *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires. Ediar.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. 1ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires. Siglo XXI.
- Frister, H. (2011). *Derecho Penal, Parte General*. 1ª ed. Buenos Aires. Hammurabi.
- Hernández, H. H. (2013). *El garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Marcial Pons.
- Hernández, H. H. (2017). *Inseguridad y garantismo abolicionista: Bases para la reconstrucción de la Justicia Penal*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica.
- Hulsman, L. (1989). "La Criminología Crítica y el concepto de delito". En AA. VV. *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires. Ediar.
- Hulsman, L. - Bernat de Celis, J. (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. 1ª ed. Barcelona. Ariel.
- Jauchen, E. M. (2012). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. T. I. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni.
- Jiménez de Asúa, L. (1965). *Tratado de Derecho Penal. El delito*. 3ª ed. actualizada. T. III. Buenos Aires. Losada.
- Lamas, F. A. (1991). *La Experiencia Jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Llambías, J. J. (1997). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. T. II. Buenos Aires. Editorial Perrot, 17ª ed. actualizada.
- Maier, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal, II. Parte General, Sujetos Procesales*. 1ª ed. 2ª reimp. Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Maier, Julio B. J. (2008). "La víctima y el Sistema Penal". En AA. VV., *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires. Ad Hoc.
- Neuman, E. (1997). *Mediación y Conciliación Penal*. Buenos Aires. Depalma.
- Pastor, Daniel R. "Nolite iudicare, comentarios de actualidad penal independientes y críticos". Diario *DPI*, episodio 5, 11-8-2017, disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/08/Daniel-Pastor-Nolite-Iudicare-11.08.2017.pdf> (fecha de consulta: 28-9-2017).
- Pieper, J. (2009). *La realidad y el bien. La verdad de las cosas*. Buenos Aires. Librería Córdoba.
- Pieper, J. (2008). *Tratado sobre las Virtudes, I Virtudes Cardinales*. Buenos Aires. Librería Córdoba.

- Repetto, A. (2009). "El Derecho Penal realista y una aproximación al bien común". En *Diario de Política Criminal*, n° 235-1246. Buenos Aires. El Derecho.
- Repetto, A. (2007). "La importancia del Derecho y del Derecho Penal". En *Diario de Política Criminal*, n° 11.780, Buenos Aires, El Derecho.
- Romero Berdullas, C. M. "Inepcias de la conciliación anti-penal", 20-11-2018, *elDial.com*, DC2646.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Rusconi, M. (2009). *Derecho Penal, Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Rusconi, M. (2005). *Las fronteras del Poder Penal*. 1ª ed. Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina.
- Rusconi, M. (2008). *Nuevo proceso penal, garantías constitucionales y mínima intervención*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Sampay, A. E. (1975). *La Filosofía Jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*. Buenos Aires. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- Sancinetti, M. "Avenimiento y mediación: ¿la pena como objeto de negocios jurídicos?", <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38164.pdf> (fecha de consulta: 10-5-2019).
- Santo Tomás de Aquino (2016). *El Gobernante Cristiano (De regimine principum ad regem Cypri)*. Córdoba. Athanasius.
- Santo Tomás de Aquino (1998). *Suma de Teología*. 3ª ed. Madrid. BAC.
- Silva Sánchez, J. M. (1998). *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. 1ª ed. Buenos Aires. Ábaco.
- Solimine, M. A. (2015). *Bases del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Ley N° 27.063*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Tale, C. (2010). "Los legítimos fines de la pena jurídica". En AA. VV. *Fines de la pena. Abolicionismo, impunidad*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica.
- Vélez Mariconde, A. (1969). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Lerner, T. I y T. II.
- Welzel, H. (1976). *Derecho Penal alemán. Parte General*. 11ª ed. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Yacobucci, G. J. (2005). "Los desafíos de un nuevo Derecho Penal". En *Revista Jurídica Logos*. San Pablo. Facultad de Derecho prof. Damásio de Jesús, n° 1.
- Zaffaroni, E. R. (2005). *En busca de las penas perdidas*. 4ª reimp. Buenos Aires, Ediar.
- Zaffaroni, E. R. - Alagia, A. - Slokar, A. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires, Ediar.

PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Legal Person in Private International Law

Persona giuridica in diritto internazionale privato.

Milton C. Feuillade¹

Recibido: 2 de septiembre de 2019
Aprobado: 24 de septiembre de 2019

Resumen: Para estar ante un conflicto societario con elementos extranjeros, debemos colocarnos frente a una sociedad extranjera, entendiéndose por tal a aquella que se rige por una *lex societatis* diferente de la argentina. En balance se puede decir que la normativa actual posee una finalidad tuitiva que es evitar las sociedades *off shore* constituidas en paraísos fiscales que de manera clandestina intentan eludir sus responsabilidades patrimoniales y tributarias. El proyecto de modificación de la Ley General de Sociedades deja ciertas dudas en aspectos esenciales como la actuación en actos aislados de las sociedades extranjeras.

Palabras clave: Personas Jurídicas; Derecho Internacional Privado; *Off shore*.

Abstract: In order to face a corporate conflict with foreign elements, we must place ourselves in front of a foreign company, understanding as such what governs by a *lex* different societies of Argentina. In balance, it can be said that the current regulations have a trusting intention that is to

1 Investigador del CONICET. Profesor de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (Universidad Católica Argentina, Rosario, Santa Fe) y en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Rosario. Correo electrónico: miltonfeuillade@hotmail.com.

avoid offshore companies constituted in tax havens that clandestinely try to evade their patrimonial and tax authorities. The draft modification of the General Law of Companies leaves certain doubts in essential aspects such as the performance in specific acts of foreign companies.

Keywords: Legal Persons; International Private Law; Off shore.

Sommario: Per affrontare un conflitto aziendale con elementi stranieri, dobbiamo metterci di fronte a una società straniera, il che significa che è governata da una *lex societatis* diversa dall'Argentina. A conti fatti, si può dire che le normative attuali hanno uno scopo che è quello di evitare le società offshore costituite in paradisi fiscali che cercano clandestinamente di evitare le loro responsabilità patrimoniali e fiscali. Il progetto di modifica della legge generale sulle società lascia alcuni dubbi su aspetti essenziali come agire in atti isolati di società straniere.

Parole chiave: Persone giuridiche; Diritto Internazionale Privato; Al largo.

Para citar este texto:

Feuillade, M. C. (2019). "Persona Jurídica en el Derecho Internacional Privado". *Prudentia Iuris*, N. 88, pp. 233-261.

I. Introducción

En este artículo pretendemos analizar a las personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado argentino, tanto en ámbito convencional como interno, en especial desde el Código Civil y Comercial, como en la Ley General de Sociedades y sus reglamentaciones, particularmente porque hoy día está presentado para el Estado legislativo una reforma de esta norma que data de los años setenta.

Desde el plano internacional, particularmente si se quiere señalar un hito histórico con el ataque en 2001 a las Torres Gemelas en EE. UU., y otras incidencias alrededor de la evasión fiscal, a nivel global se pretende eliminar las jurisdicciones *off shore* y las sociedades con acciones al portador no nominativas, no pocas veces utilizadas para financiar el terrorismo y lavar dinero del narcotráfico.

En esa línea Argentina fue reglamentando desde las Inspecciones de Personas Jurídicas de cada provincia un mayor control acorde a los estándar

res que recomiendan diversas organizaciones internacionales, entre las que se encuentran en su lucha: ONU², OCDE³, FMI⁴, entre otras.

Existen diferentes posturas legislativas en la definición de puntos de contacto que responden estrechamente al análisis económico del Derecho. Por un lado, está la postura de la incorporación, que reconoce la personalidad desde el lugar de constitución que es hoy mayoritaria y favorece la circulación del capital al permitir la múltiple instalación de sucursales y participaciones. Desde la otra banda nos encontramos con la teoría del domicilio, que para nuestro Derecho se encuentra en el Tratado de Montevideo de 1940 que desarrollaremos, basada la calificación en el lugar de explotación o administración. En tercer término, está la acumulación de lugar de constitución y explotación o principal administración.

En general, ninguna funciona de forma absoluta, dado que prima la teoría de la incorporación pero con regulaciones, limitaciones y controles.

II. Personas jurídicas públicas y privadas

Las personas jurídicas extranjeras pueden ser de carácter público o privado, tal como se deriva del art. 145 del Código Civil y Comercial, que posteriormente en el art. 146 inc. b) establece como públicas: “Los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el Derecho Internacional Público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable”, y en el inc. c), a la Iglesia Católica.

Sobre este punto remitimos al tratamiento que se hace a los sujetos del Derecho Internacional dentro del Derecho Internacional Público, destacando que el art. 147 del Código Civil y Comercial, en forma coincidente con la Ley General de Sociedades, en su art. 118⁵, en cuanto punto de contacto base, establece: “Las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución”.

2 En internet: <https://web.archive.org/web/20161010075407/http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=36001>, 7-10-2019.

3 En internet: <http://www.oecd.org/ctp/harmfultaxpractices/taxhavencriteria.htm>, 7-10-2019.

4 En internet: <https://www.imf.org/external/np/mae/osshore/2000/eng/back.htm>, 7-10-2019.

5 Que a su vez es concordante con el art. 142 del Código Civil y Comercial que a continuación desarrollaremos en sus requisitos y reglamentaciones.

Respecto de las personas jurídicas privadas, son aquellas establecidas en el art. 148 del Código Civil y Comercial⁶, y están regidas en la remisión que realiza el art. 150 del Código Civil y Comercial por la Ley General de Sociedades.

III. Cuestiones internacionales privatistas de las personas jurídicas

Sobre los contratos que las personas jurídicas puedan celebrar, están regulados en las normas sobre contratos a las cuales remitimos. Esto incluye las controversias societarias con elementos extranjeros que pudieren surgir⁷.

Para poder saber las normas aplicables, es fundamental la calificación que se haga como “societario” del conflicto, porque el conflicto no es tal por la participación de los sujetos de una o más sociedades en las pretensiones⁸. Esta conceptualización puede permitir calificar como “societarias” no solamente a las cuestiones que se refieran a la interpretación y aplicación de contratos sociales y leyes societarias, sino también las relativas a contratos, acciones y operaciones concernientes a las relaciones societarias, como son la sindicación de acciones, los acuerdos de accionistas, la de administración de sociedades, etc. En resumen, se deben ver las causas de las pretensiones y las normas que las regulan⁹.

Para estar ante un conflicto societario con elementos extranjeros, debemos colocarnos frente a una sociedad extranjera, entendiéndose por tal a aquella que se rige por una *lex societatis* diferente de la argentina. Para que una sociedad pueda ser calificada como extranjera en la República debe estar exenta de incurrir en la norma de policía¹⁰ del art. 124 de la Ley General de Sociedades, lo cual implica que se le atribuirá un domicilio argentino cuya consecuencia será la competencia de los jueces nacionales.

La sociedad extranjera posee una personalidad jurídica constituida y reconocida en el extranjero desde un ordenamiento jurídico específico, como

6 Son tales: “a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) el consorcio de propiedad horizontal; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento”.

7 Boggiano, A. (1985). *Sociedades y Grupos Multinacionales*. Buenos Aires. Depalma, 214.

8 *Ibidem*, 13.

9 Cabanellas, G. (1999). “Aspectos Procesales de las Sociedades Extranjeras”. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Vol. 1999, 1-44, 9.

10 Boggiano, A. (1985). *Sociedades y Grupos...* Ob. cit., 210.

ente despersonalizado sujeto de derecho y obligaciones, con patrimonio independiente, objeto específico para actuar, lo que implica capacidad de derecho y finalidad propia, limitado por los parámetros del Derecho; la cual, al momento de actuar en el país, deberá homologar o adaptar sus elementos al Derecho argentino, con las excepciones que establece la ley, acreditando simplemente su personalidad para estar en juicio y realizar actos aislados¹¹.

IV. Derecho convencional

A. *Tratados de Montevideo*

1. *Jurisdicción*

Los Tratados de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo, los de 1889 en el art. 7° y los 1940 en el art. 11, precisan la cuestión de diversa manera, disponiendo de una norma clara de competencia judicial internacional, diciendo: “Los jueces del Estado en donde la sociedad tiene su domicilio, son competentes para conocer de los litigios que surjan entre los socios en su carácter de tales, o que inicien los terceros contra la sociedad. Sin embargo, si una sociedad domiciliada en un Estado realiza en otro operaciones que den mérito a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los jueces o tribunales del segundo”.

Y los Tratados de Derecho Civil Internacional, el de 1889 en su art. 65, dicen: “Los juicios relativos a la existencia y disolución de la sociedad civil deben seguirse ante los jueces del lugar de su domicilio”, y el de 1940, en su art. 62: “Los juicios entre los socios que sean relativos a la sociedad, competen a los jueces del domicilio social”.

El criterio tomado por los Tratados se condice con el que toma en general en toda su normativa; se debe entablar la acción ante el domicilio del demandado, que para las sociedades es donde tengan su domicilio comercial y la excepción a favor del lugar donde determinado acto, contrato u operación originó el litigio tiene la finalidad de proteger al tercero contratante, evitándole los costos de trasladarse al lugar donde la sociedad posee su asiento, por un acto que en definitiva fue originado por la sociedad misma¹².

11 Lima Márquez, C. - Fresnedo de Aguirre, C. (2003). “Personas jurídicas”. En: Fernández Arroyo, D. (coord.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires. Zavalía, 1065 págs., 541.

12 Balestra, R. (1991). *Las Sociedades en el Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 94.

2. Derecho aplicable

El Tratado de Montevideo de 1889 y el de 1940 reconocen, en el art. 3º, la personalidad jurídica del Estado para actuar conforme a las leyes de la nación donde actúa.

Respecto de las personas privadas establece el art. 4º: “La existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado se rige por las leyes del país en el cual han sido reconocidas como tales.

El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las acciones y derechos que les correspondan.

Mas para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos”.

En relación a las sociedades comerciales, el Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1940, en el art. 4º, parte del lugar de constitución como punto de contacto: “El contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios, y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que ésta tiene su domicilio comercial”.

El Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 varía en el punto de contacto respecto del de 1889, diciendo en el art. 6º: “La ley del domicilio comercial rige la calidad del documento que requiere el contrato de sociedad. Los requisitos de forma del contrato se rigen por la ley del lugar de su celebración. Las formas de publicidad quedan sujetas a lo que determine cada Estado”.

Este giro que somete la existencia y capacidad de las personas jurídicas de Derecho Privado a las leyes del domicilio, toma la tesis continental del domicilio de la que Goldschmidt explica que se asocia iusfilosóficamente a la postura organicista, desde donde la persona tiene un aspecto social y, por lo tanto, real¹³. La calificación de domicilio es donde tiene el asiento principal de los negocios, conforme al art. 10. Si bien no refiere a la principal administración, creemos que en ese sentido debe ser orientada de forma integrada la calificación.

La revisión y cambio del Tratado de 1940 también responde a elementos del Derecho Internacional Público, dado que en ese momento los países latinoamericanos permanecían neutrales en la Segunda Guerra Mundial, pero no se sabía si a futuro declararían la guerra contra el Eje, entre cuyas consecuencias estaría la confiscación de propiedades y capitales del enemigo.

13 Goldschmidt, W. (1990). *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Depalma, 237.

B. Protocolo de Buenos Aires

El Protocolo Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual establece para las personas jurídicas: “Son competentes para conocer de los litigios que surjan entre los socios en su carácter de tales los jueces de la sede principal de la administración”. Y “Las personas jurídicas con sede en un Estado Parte, que celebren contratos en otro Estado Parte, pueden ser demandadas ante los jueces de este último”¹⁴. El Protocolo con el punto de contacto que establece apunta a la realidad de funcionamiento económico de la sociedad independientemente del lugar de constitución o del domicilio social inscripto, los cuales pueden coincidir con la sede de la principal administración, como muchas veces ocurre.

La sede de la principal administración no necesariamente será el establecimiento más grande, o el de mayor producción, sino el lugar donde se gobierna, se toman decisiones y, valga la redundancia, se administra. Respecto a las personas jurídicas que celebran contratos en un Estado parte y allí pueden ser demandadas, como punto de contacto tiene un aspecto positivo en cuanto se protege al particular o al pequeño empresario que contrata, y otro negativo, respecto a las pequeñas sociedades que contratan con grandes grupos o corporaciones, que podrían hacer que los contratos se celebren en su jurisdicción y allí demandar ante eventuales reclamos y el pequeño empresario dueño de una sociedad quedaría en desventaja; este aspecto tendría que haber sido mejor previsto en el texto del Protocolo.

C. Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles

Realizada en Montevideo en 1979, esta Convención posee un marco ratificatorio de ocho Estados, lo que es razonable para la Convenciones de su tipo, destacando que nos vincula con todos los Estado del Mercosur desplazando en el espacio integrado a los Tratados de Montevideo.

En su art. 2º parte del principio del reconocimiento de la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución por la ley del lugar de su constitución, calificando el lugar de constitución como aquel: “[...] donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades”. Conforme al art. 3º *in fine*, la capacidad posee sus límites en la ley del Estado de reconocimiento.

14 Artículos 10 y 11 del citado Protocolo.

En consecuencia, establece el art. 3º: “Las sociedades mercantiles debidamente constituidas en un Estado serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados”. A ello se agrega que deberán presentar la documentación que lo acredita.

Respecto de los actos que se pretendan realizar en un Estado diferente al de su constitución, ya sean directos o indirectos, están sujetos a la ley del Estado de realización conforme al art. 4º y, para tales, deberán cumplir con los requisitos y formalidades que se les exija.

A su vez, si lo que se pretende es establecer la sede efectiva podrán ser obligadas a cumplir todos los requisitos de las sociedades locales y sujetas a sus órganos jurisdiccionales según arts. 5º y 6º.

V. Derecho Interno

A. Competencia judicial internacional y emplazamiento de la sociedad

La Ley de Sociedades N° 19.550, en la sección 15 del capítulo 1, destinada a sociedades extranjeras, dispone en el art. 122: “El emplazamiento a una sociedad constituida en el extranjero puede cumplirse en la República;

- a) Originándose en un acto aislado, en la persona del apoderado que intervino en el acto o contrato que motive el litigio;
- b) Si existiere sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación, en la persona del representante”.

Esta norma nos habla de emplazamiento y no de juez competente. La orden de emplazamiento o citación es una resolución judicial en donde se cita a un demandado a comparecer ante el tribunal, lo cual supone un juez con jurisdicción y competencia. Se podría decir que la norma supone la competencia argentina, pero lo cierto es que este artículo en ningún momento, ni tácita ni implícitamente, habla de competencia judicial internacional en sus supuestos¹⁵.

Existen opiniones doctrinarias que establecen que es posible inferir del art. 122 inc. b) una norma de competencia fundamentadas en razón de que enumera los distintos supuestos en los cuales la sociedad extranjera puede ser emplazada, lo cual implica simultánea e implícitamente la competencia del juez argentino, conclusión a la que no se puede llegar en el caso del inc.

15 Gramajo, S. (1998). “Jurisdicción internacional y emplazamiento de una sociedad constituida en el extranjero”. *LL* – 1998 – A, 1291 – 1298, 1292.

a), excepto que la intervención del apoderado haya sido la causa de la iniciación del acto en la República y la parte argentina haya confiado atenerse al apoderado¹⁶. En contraria opinión, Boggiano¹⁷ dice que se establecen en este artículo reglas de emplazamiento y citación, no de competencia judicial internacional. A pesar de la común coincidencia empírica entre emplazamiento y jurisdicción no necesariamente por el emplazamiento se establece competencia judicial internacional de los tribunales argentinos, “[...] la coincidencia de jurisdicción y emplazamiento en el país será frecuente, pero no necesaria”, porque al ser extranjera posee su domicilio fuera del país. La jurisprudencia ha determinado que la calificación de “emplazamiento” es más amplia que la citación judicial y abarca distintos tipos de notificaciones¹⁸.

También puede haber emplazamiento en la Argentina y competencia judicial internacional extranjera, si la competencia judicial fue prorrogada a otra fuera de la República y el representante de la sucursal en la Argentina intervino en el contrato, y se puede emplazar en el país al apoderado aunque no exista sucursal si éste intervino en el acto y no en la sede social en el extranjero¹⁹. Pero lo usual es que coincidan notificación y emplazamiento, cuando el apoderado interviene en el contrato. Si el apoderado no posee domicilio en el país, necesariamente deberá ser emplazada por exhorto²⁰.

Para dejar nuevamente claro el punto, no es necesaria la competencia judicial argentina para que se apliquen las normas de emplazamiento debido a la independencia de los conceptos, perfectamente diferenciados: competencia como atribución del tribunal para juzgar sobre el caso y emplazamiento como citación para comparecer en juicio. Por esto en la práctica el sistema de emplazamiento debe servir tanto para la competencia argentina como para la colaboración con jueces competentes extranjeros, en la medida en que la jurisdicción asumida en el exterior no contraría los principios de orden público de las competencias argentinas, como podría ser en el caso de que los jueces nacionales tengan competencia exclusiva²¹.

Establecer el alcance del art. 122 es importante porque su interpretación extensiva puede dar lugar a una asunción de competencia judicial

16 Goldschmidt, W. (1985). “Jurisdicción internacional y representación procesal”. *ED* – 108, 602-607, 604.

17 Boggiano, A. (1991). *Derecho Internacional Privado*. T. II. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 219.

18 Caso “P. E., H. G. c/ Tempo Financiera Cooperatief U.A. s/ diligencia preliminar”, CNCom., Sala D, 1-3-2016. Caso “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Crédit Suisse”, CNCom., Sala F, 8-7-2010.

19 Ymaz Videla, M. (2013). “Criterios de la IGJ y de la Justicia ante el emplazamiento de una sociedad extranjera”, *LL* – 2013 –A, 731-739, 736.

20 Caso “A. G. Cordero y otro c/ Cirlafin S.A. y otros”, CNCom., Sala B, 23-12-1986.

21 Cabanellas, G. (1991). “Aspectos procesales...”, art. cit., 18.

internacional exorbitante y a la vulneración de las garantías de defensa en juicio²². La doctrina lo considera como una norma carente de vigencia práctica, que debería ser suprimido²³. La jurisprudencia ha tenido ocasión de interpretar el art. 122, y el alcance de la intervención que debe tener el apoderado para ser emplazado en el caso: “ICESA Industria de Componentes Electrónicos S.A.C.I.F. y de Mandatos Bravox S.A. Industria e Comercio Electrónico”²⁴, del 5 de agosto de 1983, fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A, que versa sobre una acción declarativa contra Bravox S.A., domiciliada en San Pablo, Brasil. A fin de que se dejen sin efecto unas letras de cambio que garantizaban el pago de sumas de dinero que la actora estimaba cumplidas, el tribunal argentino se va a declarar carente de competencia judicial internacional para entender sobre el caso, que fue planteado ante el juez del domicilio del apoderado de la sociedad brasileña en Argentina. La demandada consideraba nulo el emplazamiento en la persona de su apoderado que había enviado una carta a la demandante a los efectos de “negociar” sobre la deuda para cobrar. La pregunta central, entonces, era saber si el apoderado había intervenido en el acto o contrato que motiva el litigio según el art. 122 citado, o sea, si había participado efectivamente en la negociación cambiaria objeto del caso; la Cámara dijo en el párrafo 4 de la sentencia: “[...] si bien el emplazamiento en juicio de una sociedad extranjera puede cumplirse en el país, originándose la controversia en un acto aislado de aquella (Ley N° 19.550, art. 122, inc. a) no conduce al sometimiento necesario a jurisdicción de los tribunales argentinos. Se requiere que exista jurisdicción internacional argentina para entender en la controversia a que el acto aislado dio lugar (art. 1° CP; arts. 1215 y 1216, CC), y en consecuencia, como regla general ha de reiterarse que los emplazamientos del art. 122 suponen la existencia de jurisdicción internacional argentina para entender en la causa, y sobre este punto ha de

22 Boggiano, A. (1991). *Derecho Internac...* Ob. cit., 227.

23 Roca, E. (1997). *Sociedad Extranjera no Inscripta*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 94, donde dice: “En realidad, el artículo 122 contiene una prescripción que choca con institutos de fondo como la constitución de domicilio y el régimen de representación. La jurisprudencia lo ha dejado de lado y sería más claro que en una próxima reforma fuese suprimido”.

24 Junto a este fallo y para interpretar el carácter de la representación pueden verse: “Pallarés, Carlos c/ Societé D’Entreprises General et Electroniques Sonectro”. Cámara Nacional en lo Civil y Comercial, Sala A, del 12 de marzo de 1977. *JA* - 1977 - III, 651 y sigs. “Contacta S.A. c/ Club Sol del Este S.A. y otros”. Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Sala D, del 7 de febrero de 1990. En diario *La información*. 31-X-1990, 41. “Brandt, Leopoldo c/ The Gates Rubber Co. s/ Ordinario”. Cámara Nacional en lo Civil y Comercial, Sala D, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Tomo 1989, 231. “Editorial Claridad S.A. c/ Editorial Diana S.A.”. Cámara Nacional Civil y Comercial, Sala F, del 23 de setiembre de 1986, *ED* - 125, 632 y sigs. “A.G. Cordero y Otro c/ Cirlafin S.A. y Otros”. Cámara Nacional Comercial, Sala B, del 23 de diciembre de 1986, *ED* - 125, 638 y sigs.

atenderse a los límites que el principio de defensa en juicio impone”. Para culminar estableciendo, en el caso, en el penúltimo párrafo de la sentencia: “Por mi parte, pienso que dar al art. 122, inciso a, de la Ley N° 19.550, la interpretación extensiva que admite la sentencia, se infiere a la demandada una sustancial privación, o grave dificultad de su derecho de defensa en juicio, por las razones de derecho y de hecho destacadas anteriormente, todo ello sin perjuicio de que las partes puedan hacer valer sus derechos en la forma y vía que corresponde”²⁵. El fundamento legal para atribuir jurisdicción a Brasil va a estar dado en virtud del art. 35 de los Tratados de Montevideo como norma analógica.

Respecto a la interpretación del inciso b) del artículo 122, no siempre que exista sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación existe competencia judicial internacional argentina, ni posibilidad de emplazar a su representante; esta norma debe ser interpretada de manera restrictiva, debiendo estar la sucursal “[...] razonablemente vinculada al acto o hechos que motiven el litigio”²⁶. Se debe saber si el acto en que intervino la sucursal da lugar a la aplicación de normas específicas de competencia judicial internacional de los tribunales de la sucursal según las normas específicas de competencia judicial internacional.

B. Competencia judicial internacional en materia de controversias societarias

No existen normas de competencia judicial internacional que regulen las controversias societarias. La doctrina propone aplicar el criterio del *forum causae*, considerando competentes a los jueces cuyo derecho rige la sociedad, que conforme al art. 118 mencionado son los jueces del lugar de constitución de la sociedad²⁷, competencia que es concurrente con otros foros que puedan darse por el art. 2650 del Código Civil y Comercial sobre jurisdicción en materia contractual.

²⁵ Boggiano, A. (1991). *Derecho Internac...* Ob. cit., 232.

²⁶ Caso “La República Cía. de Seguros v. Banco de la Nación Argentina” (*Fallos*: 254:500), del 28 de diciembre de 1968, caso que versaba sobre la falsedad de la firma en un cheque que la sucursal del Banco en Paraguay había pagado, sobre el art. 11 de los Tratados de Montevideo de 1940, que regía por ser Argentina y Paraguay países signatarios, en donde se le denegó la competencia judicial internacional a los jueces de la sucursal, pero fundamentándose en la Carta Orgánica del Banco, que impone competencia judicial internacional exclusiva argentina para los actos en los que interviene el Banco. La opinión del citado autor es que debería haber prevalecido el Tratado por sobre la normativa interna.

²⁷ Caso “Trasar de Carballo S.A. y otro c/ Fernández y García Caridad del Carmen y otros s/ medida precautoria”, Juz. Nac. Com. 23, secretaría 45, 2-7-2009.

Concurrentemente con esta norma, y por vía indirecta, sería aplicable la normativa procesal interna, o sea, el art. 5º, inc. 11), del CPCCN, según el cual las pretensiones derivadas de las relaciones societarias se dirimen ante el juez del lugar del domicilio social inscripto y si la sociedad no requiere inscripción, el juez del lugar del domicilio fijado en el contrato, las sociedades irregulares o, de hecho, el juez del lugar de la sede social. En la práctica es común que el domicilio social inscripto o pactado en el contrato coincida con el del lugar de constitución y se considera marginal la posibilidad de sociedades de hecho en el plano internacional.

Lo dicho queda traducido a los siguientes términos: si estamos ante sociedades constituidas en la República de manera regular, su domicilio social será argentino y éste determina la competencia de los jueces nacionales; si se está ante una sociedad civil o en participación o las accidentales, que no requieren inscripción, van a ser competentes los jueces argentinos del domicilio social fijado en el contrato. Y si la sociedad es irregular o de hecho, constituida en la República, con sede en ella, es la sede social la que determina el juez competente. A su vez, si la sociedad posee constitución regular en el extranjero, los jueces argentinos van a carecer de competencia para dirimir cualquier litigio²⁸.

Todo lo dicho sufre la excepción dada por el art. 124 de la ley, porque si la sociedad extranjera se encuadra en sus hipótesis trae aparejada la competencia exclusiva de los tribunales nacionales, desplazando toda concurrencia, debiendo aplicarse de manera directa el art. 5º, inc. 11), del CPCCN. Esta norma ha sido objeto de críticas y se estima que su interpretación debe realizarse de manera restrictiva, porque la sede y la principal explotación no siempre son coincidentes²⁹.

Si la sociedad tiene su sede en la República, debe regularizarse y adoptar uno de los tipos previstos en la ley y esto la hace estar sujeta a la competencia nacional³⁰. Si tiene su sede en el extranjero, pero su principal objeto está destinado a cumplirse en el país en virtud del *forum causae* queda sujeta a la competencia argentina. Estimamos que una correcta forma de interpretar de manera restrictiva la norma es decir que su principal objeto a cumplirse en la República debe realizarse con exclusividad, porque si se

28 Desde un punto de vista comparado, la competencia establecida en el lugar del domicilio de la sociedad, respecto a las controversias societarias que puedan surgir, está entre las competencias exclusivas declaradas en el Reglamento de Bruselas I en el punto 2 del art. 22.

29 Boggiano, A. (1985). *Sociedades y Grupos...* Ob. cit., 211.

30 Caso "Inspección General de Justicia c/ Promoción Exportación y Marketing Editorial PROEME S.R.L.", CNCom. Sala C, 2-8-2018, donde se ha determinado que no le son exigibles a una sociedad limitada española, al momento de adaptarse a SRL, mayores formalidades que las que exige nuestra legislación interna.

cumple concurrentemente con otros lugares debe quedar regulado por el art. 118, teniéndose en cuenta que su finalidad tuitiva es evitar las sociedades *off shore*³¹ constituidas en paraísos fiscales que, de manera clandestina, intentan eludir sus responsabilidades patrimoniales y tributarias, realizando actividades en otros países, con lo cual son constituidas con la única finalidad de actuar extraterritorialmente³².

C. Derecho aplicable

Establece el art. 118 de la Ley General de Sociedades: “La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de su constitución”. Y “[...] se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio”. Este criterio enunciado es el mismo que toma la “Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles” y destacamos la definición que realiza del concepto “ley del lugar de constitución” como “[...] la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades”.

Uzal establece la concordancia con el art. 7° de la Ley General de Sociedades, conduciendo la calificación a la ley del lugar de registro junto con la autonomía de la voluntad sobre la ley que ha de regir el contrato³³.

Por otra parte, la Convención, en el art. 5°, contiene una norma análoga al art. 124 de la Ley General de Sociedades, al decir que las sociedades extranjeras que pretendan establecer su administración central en otro Estado podrán ser obligadas a cumplir con los requisitos establecidos en la legislación de éste último, quedando, de acuerdo al art. 6°, sujetas a la jurisdicción del Estado donde realicen su objeto social.

Del mismo modo, la Convención de la Haya de 1956, concerniente al “Reconocimiento de la Personalidad Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras”, tiene como principio general el del reconocimiento de pleno derecho de la personalidad jurídica adquirida en el extranjero, excepto que conforme al art. 2° posea su sede real en el Estado donde pretende el reconocimiento, aprobada en la Argentina por Ley N° 24.409; aún no se depositó el instrumento de adhesión, fue ratificada por Bélgica, Francia y Holanda y no ha entrado en vigor.

31 Junyent Bas, F. (2008). “Simulación, inoponibilidad y sociedad *off shore*”. *ED* - 226, 472-481, 475.

32 Nissen, R. (1998). *Curso de Derecho Societario*. Buenos Aires. Ad Hoc, 322.

33 Uzal, M. E. (2016). *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Thomson – Reuters, 520.

El ejercicio de actividad permanente en un Estado por parte de la sociedad extranjera de acuerdo al art. 7º implicará estar regulado por las leyes de ese Estado y esto es concordante con el art. 118, cuando dice que para el ejercicio habitual de actos en la República debe inscribirse conforme al mencionado artículo, en su parte tercera: “Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal o asiento o cualquier otra especie de representación permanente debe: 1) Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país; 2) Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República; 3) Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará.

Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales”.

Si la sociedad se ha inscrito debe fijar domicilio y éste una vez constituido establece un domicilio especial que sirve como punto de conexión para atribuir competencia a los tribunales nacionales, conforme al art. 152 del Código Civil y Comercial; y si la sociedad no ha realizado el trámite de inscripción, su asiento o representación en la Argentina también configuran el mencionado domicilio especial, dado que éste se configura con independencia de los trámites registrales³⁴. Respecto a las sociedades en participación del art. 123 de la Ley General de Sociedades, tienen la obligación de constituir domicilio e inscribirse³⁵.

1. Capacidad de estar en juicio

Solamente acreditando la personalidad cualquier sociedad extranjera posee capacidad procesal para estar en juicio, ello es así desde antigua jurisprudencia, donde se asienta que no es necesario establecer sucursal ni inscribirse en la Argentina³⁶. Lo contrario contraría las garantías procesales del art. 18 de la CN.

34 Cabanellas, G. (1991). “Aspectos Procesales...”, art. cit., 5.

35 Caso “Bollhoff Administração e Participações Ltda. Resolución nº 340/09”, Inspección General de Justicia, 15-4-2009.

36 Caso: “Potosí S.A. c/ Cóccaro Abel F. s/ recurso de hecho en la tercería de dominio promovida por Corporación El Hatillo” (Fallos: 256:263), del 31 de julio de 1963.

2. Concepto de actos aislados

Tal como se ha enunciado más arriba, la sociedad extranjera no requiere realizar inscripción alguna para la realización de actos aislados en la República y estar en juicio. Trataremos ahora de hacer una aproximación al concepto y alcance de los “actos aislados”, dada la influencia que pueden tener a la hora de determinar el juez competente. Lo cierto es que no tenemos norma que defina el acto aislado³⁷. Vítoló, luego de realizar un complejo recorrido por todas las opiniones doctrinales y jurisprudenciales en la materia y al cual nos remitimos a la obra citada para su estudio detallado, llega a la conclusión, que compartimos, de que la calificación de un acto societario como aislado es una cuestión imprecisa y compleja, dando los siguientes tres parámetros que reproducimos como criterio de identificación: “a) Debe efectuarse desde una doble óptica combinada de cuantificación –reiteración o repetición– y calificación –naturaleza del acto en relación con el objeto social de la sociedad extranjera, y su actividad fuera del territorio de la República. De tal suerte, se realizará no sólo el número de actos –y su reiteración cuenta–, sino también la calificación de los mismos como parte integrante de una actividad societaria. b) La determinación de si una sociedad se encuentra realizando actos aislados o si, por el contrario, realiza actos que exceden tal marco, no requiere de una tramitación incidental específica en su sede judicial, tendiente a establecer tal presupuesto. La conducta particular, en cada caso, podrá ser evaluada tanto por el juez frente al conflicto concreto en el cual se plantee la cuestión por vía de acción o de defensa, como por la Autoridad de Fiscalización en relación con los actos o conductas sometidas a su control. c) No pueden establecerse reglas rígidas, ni sistemas dogmáticos al respecto, y proponemos que el tema sea tratado, en cada caso concreto –caso a caso– bajo la regla de razón”³⁸.

37 Vítoló, D. (2003). “La Resolución General (IGJ) 8/2003 y los actos aislados cumplidos en el país por una sociedad constituida en el extranjero”. *DSC* Nro. 193, 1248-1261, 1248. Y del mismo autor: *Sociedades Extranjeras y “off shore”*. Buenos Aires. Ad-Hoc. 349 págs. En similar criterio doctrinal: Gutiérrez Zaldívar, A. (2004). “Acto aislado”. *ED* - 2004, 57 a 62. Spagnolo, L. (2005). “Acto aislado y exorbitación en la actuación de sociedades ‘extranjeras’”. En: Vítoló, D. (Dir.). *Sociedades ante la IGJ*. Buenos Aires. La Ley, 66 a 71.

38 Caso “MCL Emprendimientos y Negocios Ltda. c/ Beltrán, María Noé”, CFed. Apel., Córdoba, Secretaría Civil II, Sala A, 22-5-2013, en casos de actos aislados, estando dentro del Tratado de Montevideo de 1940, debe cumplir con el requisito legal de matrícula de corredor para operar en valores. Para el acto aislado: “[...] no sólo debe tenerse en cuenta la cantidad de actos realizados en el país por la sociedad constituida en el extranjero y la reiteración de los mismos, sino también si los mismos integran o no una actividad societaria profesional”. Caso “Freije González, Mario Julián c/ Ronisol S.A.”, CNCom., Sala C, 19-6-2014, las sociedades uruguayas de inversión, consideradas *off shore*, aunque hay que aclarar que la ley uruguaya a hoy fue reformada, si compran un inmueble, quedan encuadradas en el art. 124 de la LGS y

Los actos aislados deben ser considerados de modo restrictivo.

Quisiéramos ahora resaltar los conceptos que ha volcado la jurisprudencia, que es abundante en la materia, y destacar el fallo del caso “Cinelli”³⁹, que trataba de un particular que celebró un mutuo con garantía hipotecaria de la cual era acreedor la sociedad extranjera.

Celebrar mutuos, que se encuentran dentro del objeto social, no pueden ser considerados actos aislados⁴⁰. La adquisición de inmuebles debe ser vista de modo restrictivo como acto aislado⁴¹.

La sanción de inoponibilidad del acto viene a desbaratar las posturas doctrinarias que durante años escribían sobre la sociedad extranjera no inscrita y la carencia de sanción en el Derecho argentino⁴². De todas maneras, esta postura de considerar inexistente a la sociedad es criticada por otros autores, estableciendo que la sanción debe ser la consideración de la sociedad como irregular, implicando la responsabilidad solidaria e ilimitada del representante por las consecuencias de los actos realizados en Argentina⁴³; criterio que nos parece más adecuado, dado que la sociedad existe y por

sus actos no se consideran aislados. Caso “Talniway S.A.”, Resolución N° 458/2005, Inspección General de Justicia, 21-4-2005, la adquisición de un inmueble y conservarlo por más de dos años no puede ser considerado acto aislado. El acto aislado debe ser considerado de manera restrictiva. “Las sociedades provenientes de jurisdicciones *off shore* que hayan realizado actos bajo la calificación, atribuida unilateral o convencionalmente, de actos aislados, accidentales, circunstanciales, esporádicos o similar y cuya investigación se haya realizado conforme a la Resolución General N° 8/2003, serán emplazadas, cuando corresponda, por aplicación del artículo 4° de dicha resolución, únicamente a los fines de su adecuación al Derecho argentino en los términos de la Resolución General IGJ n° 12/2003 [...]”. Caso “Colex Buildings Corp.”, Resolución N° 215/2005, Inspección General de Justicia, 21-2-2005, la compra de tres inmuebles excede el concepto de acto aislado. Caso “Rekers Investment S.A.”, Resolución N° 214/2005, Inspección General de Justicia, 21-2-2005, el otorgamiento de tres mutuos hipotecarios en tres años sobre inmuebles establecidos en la Argentina no constituye actos aislados.

39 Caso “Cinelli, Nicolasa c/ Dispan S.A. s/ nulidad de acto jurídico ordinario”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 91, el 11 de agosto de 2003.

40 Caso “Rolyfar S.A. c/ Confecciones Poza SACIFI s/ ejecución hipotecaria”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F; el 5 de junio de 2003, *ED*, diario del 6 de agosto de 2003, con comentario de Ricardo A. Nissen. Donde se determina que ante la comprobación de que se está ante un acto habitual, la sociedad extranjera para estar legitimada para el ejercicio de la acción debe previamente cumplimentar los requisitos del art. 118. Polak, F. (2015). “Actos aislados y actuación extraterritorial (el caso ‘Rolyfar’)”. En: Heredia, P. (Dir.). *Máximos precedentes: Derecho Comercial: Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires. La Ley. Vol. II, 69 a 84, 74.

41 Molina Sandoval, C. (2004). “Actuación de sociedades extranjeras: la adquisición de inmuebles y los actos aislados”. *Revista de las Sociedades y Concursos*. Vol. 31, 119-134, 125.

42 Drucaroff Aguiar, A. - Drucaroff, S. (2007). “Abuso de los actos aislados”. *LL* - 2007 - F., 223-228, 225.

43 Bollini Shaw, C. (2003). “Otro golpe mortal a los principios generales del Derecho. Alcance de la no inscripción de las sociedades extranjeras”. *ED* - 204, 719-724, 720.

principio y conforme a la Convención sobre Reconocimiento de la Personalidad Jurídica de las Sociedades, más arriba mencionada, nos obliga al reconocimiento, aunque luego se impongan restricciones al funcionamiento por cuestiones de orden público según el art. 8º, pero reitero que no se justifica el no reconocimiento de la personalidad y de los actos. Una postura equilibrada es la de Vítolo, cuando dice que la sociedad que desempeña ejercicio de actos aislados carece de legitimación para reclamar judicialmente respecto de los hechos vinculados con esos actos, excepto las medidas conservatorias y urgentes, hasta que cumpla con el requisito de inscripción; mientras tanto, el tribunal o rechaza el reclamo o lo suspende preventivamente y, subsanado el vicio, la acción se inicia o continúa⁴⁴. Aunque hay jurisprudencia reciente con otra postura a partir del derecho de estar en juicio⁴⁵.

Las sociedades extranjeras participantes deben regularizar su situación conforme al art. 123 de la Ley General de Sociedades⁴⁶. A su vez, si la participación es la única actividad y es porcentualmente significativa, la sociedad se encuadra en el art. 124⁴⁷.

3. Registro de actos aislados

Tal como hemos comentado la Resolución N° 7/2003, hoy N° 6/2018, la Inspección General de Justicia, con jurisdicción únicamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y territorios nacionales, el 21 de octubre de 2003 se dictó la Resolución N° 8/2003, que crea el Registro de Actos Aislados Constituidos en el Extranjero. Allí se informará de los actos relativos a bienes inmuebles sitios en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyo objeto sea la constitución, adquisición, transmisión o cancelación de Derechos Reales sobre los mismos en los que hayan participado sociedades extranjeras. La finalidad es que la Inspección General de Justicia analice la reiteración de actos, su significación económica, el destino, o circunstancias de celebración, el domicilio de la sociedad sito en países de baja o nula tributación, así como el modo de haberse ejercido la representación de la sociedad partícipe, a los efectos de determinar la habitualidad de un acto. También se faculta a la Inspección General de Justicia a requerir información a los intervinien-

44 Vítolo, D. (2003). "La Resolución General (IGJ) 8/2003 y los Actos...", art. cit., 1257.

45 Caso "Vedebe Trading S.A. c/ Fideicomiso Josa I. s/ ejecución prendaria", CNCom., Sala C, 12-11-2015, la omisión de inscripción no es óbice para que la sociedad cobre su crédito en juicio.

46 Caso "Proquifin Argentino S.A.", dado por la IGJ bajo Resolución N° 433/2003, 24 de abril de 2003.

47 Caso "Great Brands s/ concurso", dado por la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, el 27 de diciembre de 2002.

tes en actos y conforme a la Resolución N° 7/2003 podrá encuadrarla en la segunda parte del art. 118, o llegado el caso, en el art. 124 y considerarla sociedad local. La resolución brinda parámetros para la identificación de un acto aislado, elemento antes inexistente.

La visión que se da de este registro es, por un lado, la quita de incentivos a las inversiones extranjeras, otro punto de vista es que con el Registro se establecerá el justo alcance de los actos realizados por las Sociedades Extranjeras en un terreno que antes era muy lagunoso y hoy ya no tanto, previniendo el fraude a la ley de las sociedades *off shore*⁴⁸. Criterios a evaluar son la reiteración de acto, significación económica, constitución en paraísos fiscales, significación económica de la utilización del bien, la forma en que fue ejercida la representación.

4. Resoluciones de la Inspección General de Justicia

La interpretación, y alcance, del art. 124 ha sido sujeto de vasta jurisprudencia⁴⁹. Respecto a las resoluciones de la Inspección General de Justicia, comenzaremos por decir que ésta, en el ámbito nacional, está regulada en la Ley N° 22.315 y que conforme al art. 2° tiene su ámbito de actuación en la Capital Federal y territorios nacionales, o sea que se circunscribe a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Entre las funciones registrales y de fiscalización del organismo se encuentran las sociedades extranjeras. Recordamos que el país posee una organización federal y las inspecciones de justicia y organización de los registros públicos son funciones que en cada jurisdicción el gobierno provincial legisla y reglamenta; trataremos como referencial las resoluciones a nivel federal y remitimos a las análogas existentes en cada jurisdicción provincial.

Durante mucho tiempo las normas sobre sociedades extranjeras contenidas en la Ley General de Sociedades estuvieron sin reglamentar o al menos con una reglamentación defectuosa, sumado al flexible criterio que se poseía con las sociedades *off shore*. Para darles una caracterización tomaremos doctrinariamente a Uzal, cuando define: “Las denominadas sociedades *off shore* se constituyen en un determinado Estado para realizar actividades exclusivamente en otros países distintos a su país de origen, se las constituye bajo legislaciones especiales con la condición de que su actuación estará limitada a la realización de actos fuera del territorio de ese país, general-

48 Nissen, R. (2003). “Otro golpe moral contra las sociedades extranjeras off shore”. *ED* – 203, 419-425, 422.

49 González Rivero, D. (2004). “Análisis para una aplicación efectiva del art. 124 de la Ley de Sociedades Comerciales”, *ED* – 207, 711-730, 722.

mente, con exclusividad en el campo de las inversiones, prohibiéndole la práctica de actos vinculados a su objeto social y el desarrollo de actividad comercial dentro del territorio del país de origen o admitiéndoles sólo una actividad sumamente restringida: ej., sólo pueden ser tenedoras de acciones de empresas extranjeras”⁵⁰.

Es así que en su momento se dictó la Resolución de la Inspección General de Justicia N° 7/2003, que establecía los requisitos que deben cumplir las sociedades constituidas en el extranjero que solicitan su inscripción en el Registro Público, a los fines de los ya comentados arts. 118 y 123 de la Ley General de Sociedades y las ya inscriptas en ese carácter. Ésta, a su vez, en similares redacciones replicó en las Inspecciones de Justicia de las veinticuatro provincias.

Recientemente fue modificada por la Resolución N° 6/2018, sin cambios sustanciales, por lo que ingresar en su detalle excedería el marco de este trabajo.

Básicamente la Resolución requiere de las sociedades extranjeras que se informe si poseen prohibiciones o restricciones legales para desarrollar su actividad o alguna de sus actividades en su lugar de origen, debiendo acreditar que poseen fuera de la República una o más agencias, sucursales o representaciones permanentes, ser titular de participaciones que no pueden revestir el carácter de activos corrientes, o ser titular de activos fijos en el lugar de constitución, registro o incorporación de la sociedad. Cumpliendo con alguno de estos supuestos la sociedad será inscripta⁵¹. Todo esto se acredita con los activos contables o certificaciones de funcionarios. A su vez, en el caso de que la sociedad carezca de activos en el exterior o el valor comparativo de los activos en el exterior carezcan de significación respecto del valor de su participación en sociedades locales o se verifica que la sede social en Argentina es un centro efectivo de dirección, la Inspección General de Justicia podrá requerir la adecuación de los Estatutos conforme al art. 124 y, si no se adecuan, la Inspección de Justicia procederá por vía judicial a la cancelación de la inscripción de la sociedad y a su liquidación⁵². En los

50 Uzal, M. E. (2016). *Derecho Internac...* Ob. cit., 539.

51 Filippi, L., “Algunas consideraciones más sobre la Resol. IGJ N° 7/2003”. *Revista de las Sociedades y Concursos*. Vol. 25/26, 15-24, 17.

52 Caso “Pan American Energy Ibérica S.L.”, Resolución N° 569/2005, Inspección General de Justicia, 23-5-2005, aplicación del art. 124 a partir de la insignificancia del patrimonio en el exterior, donde se dijo: “[...] el supuesto previsto en el artículo 5° inciso 2° de la Resolución General N° 7/2003, por cuanto el valor de los activos fijos sitios en el exterior carece comparativamente de significación respecto del valor de su participación en las sociedades locales, por lo cual la sociedad requirente deberá proceder a adecuarse de conformidad con lo dispuesto por la Resolución General IGJ N° 12/2003 y art. 124 de la Ley N° 19.550”.

supuestos de participación de sociedad extranjera no inscrita en la sociedad local se establece un régimen de sanciones.

Una sociedad que no desarrolló actividad en el país de origen y sólo cumplió actividad en la República Argentina queda comprendida en el art. 124 de la Ley General de Sociedades⁵³.

Con criterio aún más restrictivo se tratará a las sociedades provenientes de países, dominios, jurisdicciones, territorios, estados asociados y regímenes tributarios especiales, considerados no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal o no colaboradoras en la lucha contra el Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, conforme al art. 217.

Es interesante la interpretación de la hipótesis planteada con esta Resolución, donde se prioriza la norma de policía, poniendo en tela de juicio la interpretación restrictiva⁵⁴ que antes sugeríamos de la norma planteándose “[...] la preeminencia del art. 124 por sobre los artículos 118 a 123. Estos sólo resultan aplicables, si y sólo si (como enunciado lógico bicondicional) la sociedad extranjera no tiene sede en la República, y si su principal objeto no está destinado a cumplirse en la misma”⁵⁵, opinando el autor de la cita que la Resolución atiende a la seguridad jurídica y disminuye los costos de transacción e información.

5. Adecuación de las Sociedades Extranjeras

El art. 119 de la Ley General de Sociedades establece: “El artículo 118 se aplicará a la sociedad constituida en otro Estado bajo un tipo desconocido por las leyes de la República. Corresponde al Juez de la inscripción determinar las formalidades a cumplirse en cada caso, con sujeción al criterio del máximo rigor previsto en la presente ley”.

Es el supuesto de sociedades de tipo desconocido o en regulaciones que poseen tales diferencias que resulta muy difícil su asimilación. En este caso, lo que manda la ley es el máximo rigor, lo que implica aplicarle las normas de las sociedades por acciones.

53 Caso “Caso Boskoop S.A. s/ quiebra s/ incidente de apelación”, CNCom., Sala A, 18-4-2006, Iud, C., “Cuando lo complejo no es el caso sino el camino elegido para su solución: reflexiones al hilo de ‘Boskoop S.A. s/ quiebra’”. *DECITA* - Derecho del Comercio Internacional: Temas y Actualidades. Vol. 7/8, 504 a 513. Zubarán, F. (2006). “Consideraciones el fallo Boskoop S.A. Las sociedades extranjeras”. *ED* – 219, 305-308.

54 Drucaroff Aguiar, A. (2009). “El acto aislado: supuesto excepcional de interpretación restringida”. *LL* – 2009 - C, 308-315, 311.

55 García, O. (2003). “Sociedades en fraude a la Ley Argentina. Una aproximación al estudio de la Resolución (IGJ) N° 7/2003”. *DSC* Nro. 192, 1116-1126, 1126.

Desde la Resolución N° 7/2005, en su art. 216 se solicita una precualificación por abogado o notario del lugar de constitución, con el alcance de las responsabilidades de sus socios, además de la acreditación de contrato social, resoluciones que establecen la sucursal, representante y demás requisitos ya descriptos.

La Inspección General de Justicia, a los efectos de completar el marco de las otras dos resoluciones comentadas, dictó la Resolución N° 12/2003 sobre “Procedimientos y requisitos de adecuación al Derecho argentino mediante su regularización, de las Sociedades Constituidas en el Extranjero cuyo Encuadramiento en el art. 124 de la Ley N° 19.550 haya sido determinado por la IGJ”⁵⁶. Tal como hemos aclarado en las otras dos Resoluciones, la jurisdicción se limita a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Territorios Nacionales, dando las formalidades para que la sociedad constituida en el extranjero, cuyo objeto principal o su principal administración se encuentre en la República, adecue sus estatutos. Esta Resolución juega tanto para aquellas que han sido compelidas conforme a las Resoluciones Nros. 7/2003 y 8/2003, y la actual N° 6/2018 modificatoria de las anteriores de la Inspección General de Justicia, como las que se presenten voluntariamente. La constitución en la República de la sociedad desplaza la aplicación del Derecho extranjero del lugar original de constitución y por lo tanto también la jurisdicción, máxime teniéndose en cuenta que según el art. 2° se exige dejar constancia en el instrumento público mediante el cual se realiza el cambio de la cancelación de la inscripción en el exterior, así como de las sucursales dentro de la República conforme al art. 118⁵⁷. Esta cancelación genera una situación criticable, consistente en que si se da de baja en el extranjero mientras tramita la inscripción en la República, durante ese lapso quedará como sociedad de hecho, proponiendo la doctrina como solución la comunicación directa por parte de la Inspección General de Justicia con la autoridad que corresponda al lugar del registro en el exterior, informándose del cambio de domicilio y modificación de estatutos, de esta manera se quita la posibilidad de perjudicar a los socios en un tema que no depende totalmente de ellos⁵⁸.

56 Truffat, E. (2004). “Cavilaciones, temores y conjeturas en derredor de la Resolución General IGJ N° 12/2003”. *ED* – 207, 967 a 970, 668.

57 Caso “Quesada del Giudice, Gaspar c/ Gentron Inc. sucursal argentina y otro s/ despido”, CNTrab., Sala VIII, 25-6-2009, una sociedad off shore constituida en el Estado de Delaware es pasible de la aplicación del art. 124 por tener la principal explotación en el país.

58 Benseñor, N. (2004). “Adecuación de Sociedades Extranjeras [RG (IGJ) N° 12/2003]”. *DSC* Nro. 195, 119-127, 126.

6. Contabilidad

La contabilidad y contralor está regulada en el art. 120 de la Ley General de Sociedades; debe llevarse de forma separada respecto del extranjero bajo el contralor que corresponda según el tipo societario al que fue adecuada. Las de tipo desconocido tendrán los requisitos contables de las sociedades por acciones.

Las Inspecciones de Justicia tienen respecto de las sociedades comprendidas en su ámbito de competencia las atribuciones y facultades generales, su análisis detallado excedería el marco de este trabajo.

7. Sociedad extranjera e intervención de apoderado

Establece el inciso a) del art. 122, respecto a los actos aislados, que el emplazamiento puede realizarse en la persona del apoderado que interviene en el acto o contrato que motive el litigio. Lo principal que se plantea es el alcance de la intervención que debe tener el apoderado, que puede ser comprendido en múltiples matices. La finalidad de la norma es evitar al tercero contratante la incertidumbre de saber con quién se contrata y ante qué domicilio acudir, cuestión que puede involucrarse con la defensa en juicio de las partes, tanto del tercero, como de la sociedad, que puede requerir ser notificada en su domicilio, alegando que el representante no tiene facultades suficientes para intervenir en actos judiciales⁵⁹. El inciso especifica que el emplazamiento debe realizarse en la “persona”⁶⁰ del apoderado, cuando todas las leyes procesales del país se acogen al emplazamiento realizado en el domicilio de la persona requerida, siendo indiferente que se haya tenido contacto personal alguno; por esto se considera

59 Uzal, M. (1989). “El emplazamiento en juicio de una Sociedad Extranjera”. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Vol. 1989, 230-239. Comentario al fallo: “Brandt, Leopoldo c/ The Gates Rubber Company s/ Ordinario”, dado por la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala D, el 31 de agosto de 1987, 232.

60 Caso “L., E. R. c/ Facebook Inc.”, CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 8-7-2015, donde se dijo: “La ratio de la regulación del régimen de las sociedades extranjeras al permitir que su emplazamiento se realice en la persona del apoderado o representante –según cuál sea su actuación en el país–, ha sido efectivizar la citación en juicio de las sociedades extranjeras que de cualquier forma ejercen el comercio en la Argentina y de esa forma evitar elusiones o dilaciones formales o procesales basadas en la dificultad práctica y mayores costos de notificar a la sociedad extranjera fuera del país”. Crosstown Financial Company 4 LLC. Resolución N° 263/2004, Inspección General de Justicia, 9-3-2004, donde se determinó que el representante necesariamente debe ser una persona física, dado que por el art. 121 de la LGS contrae las mismas responsabilidades que se prevé para los administradores.

válido el emplazamiento en el domicilio del apoderado e incluso posee la obligación legal de constituir uno⁶¹.

Lo que nos interesa analizar aquí es si esta intervención puede tener alguna implicancia jurisdiccional. Y no la tiene; como se ha dicho, el art. 122 es una norma procesal de emplazamiento, con lo que reiteramos la independencia de los conceptos. La interpretación que se le da al inciso es que el apoderado haya emitido una declaración negocial en el acto⁶². El apoderado debe haber emitido una declaración de voluntad por la sociedad, siendo determinante que el acto no haya sido celebrado por la sociedad. Habiendo intervenido el apoderado en las negociaciones, puede haber competencia judicial internacional argentina y no configurarse la intervención del apoderado para que se realice el emplazamiento y viceversa, e incluso puede darse la posibilidad de inexistencia de competencia y de emplazamiento. Sin embargo, existen otras posiciones doctrinarias, con las que disentimos, que estiman que el inc. a) presupone un contrato celebrado o por cumplirse en la República, con lo que la intervención del apoderado va unida necesariamente a la competencia judicial internacional de los jueces argentinos, argumentándose que la intervención ha implicado el sometimiento al Derecho nacional por parte de la sociedad extranjera, lo cual justificaría el *forum causae*, opinión con la que no coincidimos por los argumentos expuestos precedentemente.

8. Responsabilidad de los representantes

La Ley General de Sociedades establece en su art. 21: “El representante de sociedad constituida en el extranjero contrae las mismas responsabilidades que para los administradores prevé esta ley y, en los supuestos de sociedades de tipos no reglamentados, las de los directores de sociedades anónimas”.

En opinión de Boggiano, su naturaleza es de norma de policía y material, que en el caso de sociedades de tipo desconocido debe aplicarse la responsabilidad de directores de Sociedades Anónimas⁶³.

En su concordante está el art. 59 de la Ley General de Sociedades, que dispone que como pauta de responsabilidad ante faltas de diligencia del administrador los administradores y los representantes de la sociedad deben

61 O'Farrell, E. - García Morillo, P. (1997). “El emplazamiento en juicio de Sociedades Extranjeras”. *LL* - 1997 - E., 1316-1322, 1317.

62 Freire Aurich, J. (1998). “Emplazamiento en juicio de la Sociedad Constituida en el Extranjero”. *LL* - 1998 - D., 1127-1145, 1134.

63 Boggiano, A. (2018). *Derecho Internac...* Ob. cit., 522.

obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios y los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión para toda hipótesis.

Puede también analizarse como norma de orden público; sea en una u otra postura, a la hora de extender responsabilidad al extranjero puede encontrarse con la valla de una regulación diferente y que no sea reconocida esa responsabilidad, no porque se revise la sentencia argentina, sino porque justamente se la considere contraria al orden público de la otra jurisdicción.

VI. Proyecto de reforma

En junio de 2019 fue presentado por ante el Senado un proyecto de reforma de la Ley General de Sociedades. En la sección XV trata la regulación de las sociedades extranjeras, cuya numeración es coincidente con la actual, es decir, de los arts. 118 a 124.

Se parte del mismo criterio de reconocimiento de la persona jurídica en la Argentina a partir de la ley del lugar de constitución.

A diferencia de la regulación actual, sin inscribirse las habilita para estar en juicio y realizar “actos jurídicos”, sin mencionar la palabra “aislados”; en caso de aprobarse esta reforma habrá que ver el contenido y alcance porque aparte establece que no requerirán registración y publicidad, esto último tira por tierra el sistema actual y no estamos de acuerdo con ello.

Para la instalación de sucursal o establecimiento se ponen requisitos más amplios que en la legislación actual, más allá de que ellos hoy se encuentran en las reglamentaciones de las Inspecciones de Justicia. La novedad es que el representante puede ser una persona física o jurídica⁶⁴.

La otra novedad es respecto a las sociedades de tipo desconocido, donde en el régimen actual se habla de “máximo rigor”, lo que se traduce en asimilarla a sociedad anónima y el proyecto establece: “[...] cumplirá las formalidades que se determinen por la autoridad registral, con sujeción al criterio de razonable analogía”.

64 Instalación de sucursal o establecimiento. Para la instalación de sucursal o establecimiento en la República debe: 1) Acreditar su existencia con arreglo a las leyes del lugar de su constitución o incorporación. 2) Fijar una sede en la jurisdicción donde se establezca, que tendrá los efectos dispuestos en el artículo 11, inciso 2°. 3) Designar la persona humana o jurídica que la representa. 4) Cumplir con la publicidad y registración exigidas por esta ley a las sociedades de tipo similar que se constituyen en la República. 5) Determinar el capital que se asigne a la sucursal o establecimiento cuando leyes especiales que rijan la actividad lo exijan, o así lo decida la sociedad.

Tal como sucede hoy jurisprudencial y doctrinariamente en el art. 119 el incumplimiento de la inscripción torna inoponible sus actos a los terceros, excepto que el tercero haya conocido ese contenido o que, de acuerdo con las circunstancias del caso, haya debido conocerlo. El acto pasa a ser imputable al que haya actuado en representación y, a contrario de la jurisprudencia actual, hasta que no regularice la situación: “[...] no podrá ejercer derechos contra terceros, salvo que pruebe que el tercero haya conocido el contenido del contrato social o el estatuto o que, de acuerdo a las circunstancias del caso, haya debido conocerlos. Los terceros podrán ejercer sus derechos contra la sociedad”.

El art. 120 establece que la contabilidad de la sucursal debe ser llevada por separado, en la misma línea de las actuales resoluciones de la IGJ.

En cuanto a los representantes, según el art. 121 se les aplican las normas del mandato y de la representación. La eventual renuncia se realiza con quince días de anticipación y se inscribe sin perjuicio de la subsistencia de la sucursal.

Sobre lo que hace a normas de emplazamiento, el art. 122 reproduce el existente, por lo cual no nos explayaremos y nos remitimos a lo arriba dicho.

El art. 123 contiene novedades y establece: “Constitución o participación en sociedad. Representante. Para constituir sociedad en la República o para adquirir una participación en sociedad ya constituida que supere al diez por ciento (10 %) del capital social o de los votos, o a una participación significativa cuando se trate de sociedades autorizadas a la oferta pública, la sociedad constituida en el extranjero deberá inscribirse en el Registro Público, acreditando su existencia con arreglo a las leyes del lugar de su constitución y designando un representante para el ejercicio de sus derechos como socio. Este requisito no será aplicable cuando la sociedad constituida en el extranjero adquiera participación en sociedad autorizada a hacer oferta pública de sus acciones en cuyo supuesto podrán ejercer los derechos de socio a través de representante debidamente instituido, sin otra exigencia registral. También se requerirá el antedicho recaudo cuando la sociedad constituida en el extranjero adquiera inmuebles situados en la República.

El representante que se designe estará facultado para el ejercicio de todos los derechos sociales de la sociedad constituida en el extranjero y, en su caso, para la administración de los inmuebles que adquiera, sin perjuicio de la actuación de sus órganos sociales o de otros mandatarios.

La sociedad constituida en el extranjero sólo podrá ser emplazada en juicio en la persona de su representante respecto de actuaciones cumplidas en la constitución de la sociedad o en el ejercicio de los derechos de socio en la sociedad participada en que hubiera intervenido. Tratándose de litigio relativo a un bien inmueble, la sociedad constituida en el extranjero podrá

ser emplazada en juicio en la persona del representante que hubiere intervenido en el acto de adquisición, conforme al artículo 122, inc. a).

Mientras no se haya inscripto, la sociedad constituida en el extranjero tendrá suspendido el ejercicio de sus derechos de socio en la sociedad participada. La participación de la sociedad incumplidora no será computada para la determinación del quorum y de las mayorías en las reuniones de socios o asambleas. Si se tratase de la adquisición de un bien inmueble el incumplimiento de la registración obstará a la inscripción de la escritura traslativa de dominio a su favor”.

El art. 124 del Proyecto ampliando el actual, con elementos que doctrinaria y jurisprudencialmente ya están, dice: “La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede efectiva en la República, su objeto esté destinado a cumplirse en la misma y su capital sea totalmente suscripto por socios domiciliados en la República Argentina será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución y deberá cumplir los actos requeridos a fin de perfeccionar su constitución. Hasta tanto se cumpla con este artículo, las disposiciones del contrato social o estatuto no podrán ser invocadas ante terceros, pero éstos podrán exigir el cumplimiento de las obligaciones que la sociedad haya contraído con ellos. Los socios y administradores asumirán responsabilidad personal, en forma solidaria entre sí y con la sociedad en relación con todos los actos que la sociedad celebre hasta que regularice su situación jurídica”.

El art. 388 regula la emisión de debentures de sociedades constituidas en el extranjero, respeto de los bienes existentes en la República.

Una falencia que notamos en el proyecto es la falta de regulación de la transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación que hoy es una laguna legal⁶⁵.

VII. Conclusiones

Se califica como societarias no solamente a las cuestiones que se refieran a la interpretación y aplicación de contratos sociales y leyes societarias, sino también las relativas a contratos, acciones y operaciones concernientes a las relaciones societarias.

Para estar ante un conflicto societario con elementos extranjeros, debemos colocarnos frente a una sociedad extranjera, entendiéndose por tal

65 Para un análisis exhaustivo ver: Boggiano, A. (2018). *Derecho Internac...* Ob. cit., 573.

a aquella que se rige por una *lex societatis* diferente de la argentina. Para que una sociedad pueda ser calificada como extranjera en la República debe estar exenta de incurrir en la norma de policía del art. 124 de la Ley General de Sociedades, lo cual implica que se le atribuirá un domicilio argentino cuya consecuencia será la competencia de los jueces nacionales.

Si la sociedad se ha inscrito debe fijar domicilio y éste una vez constituido establece un domicilio especial que sirve como punto de conexión para atribuir competencia a los tribunales nacionales, conforme al art. 152 del Código Civil y Comercial, y si la sociedad no ha realizado el trámite de inscripción, su asiento o representación en la Argentina también configuran el mencionado domicilio especial, dado que éste se configura con independencia de los trámites registrales.

En balance, se puede decir que la normativa actual posee una finalidad tuitiva que es evitar las sociedades *off shore* constituidas en paraísos fiscales que de manera clandestina intentan eludir sus responsabilidades patrimoniales y tributarias.

La calificación de un acto societario como aislado es una cuestión imprecisa y compleja, que se toma con criterio restrictivo en cada caso.

La sanción de inoponibilidad del acto ante la irregularidad viene a desbaratar las posturas doctrinarias que durante años escribían sobre la sociedad extranjera no inscrita y la carencia de sanción en el Derecho argentino.

A pesar de la común coincidencia empírica entre emplazamiento y jurisdicción no necesariamente por el emplazamiento se establece competencia judicial internacional de los tribunales argentinos; la coincidencia de jurisdicción y emplazamiento en el país será frecuente, pero no necesaria.

Respecto al proyecto de modificación, a diferencia de la regulación actual sin inscribirse, las habilita para estar en juicio y realizar “actos jurídicos”, sin mencionar la palabra “aislados”; en caso de aprobarse esta reforma, habrá que ver el contenido y alcance porque aparte establece que no requerirán registración y publicidad, esto último tira por tierra el sistema actual, y ya dijimos que no estamos de acuerdo con ello.

La otra novedad es respecto a las sociedades de tipo desconocido, donde en el régimen actual se habla de “máximo rigor”, lo que se traduce en asimilarla a sociedad anónima y el proyecto establece que cumplirá las formalidades que se determinen por la autoridad registral, con sujeción al criterio de razonable analogía.

Consideramos que el proyecto debería regular aspectos hoy lacunosos y recurrentes por la realidad de la circulación económica, como la transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación.

Bibliografía

- Balestra, R. (1991). *Las Sociedades en el Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Benseñor, N. (2004). “Adecuación de Sociedades Extranjeras [RG (IGJ) N° 12/2003]”. *DSC* Nro. 195, 119-127.
- Boggiano A. (2018). *Derecho Internacional*. Buenos Aires. Thomson Reuters.
- Boggiano, A. (1991). *Derecho Internacional Privado*. T. II. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Boggiano, A. (1985). *Sociedades y Grupos Multinacionales*. Buenos Aires. Depalma.
- Bollini Shaw, C. (2003). “Otro golpe mortal a los principios generales del Derecho. Alcance de la no inscripción de las sociedades extranjeras”. *ED* – 204, 719-724.
- Cabanellas, G. (1999). “Aspectos procesales de las Sociedades Extranjeras”. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Vol. 1999, 1-44.
- Drucaroff Aguiar, A. - Drucaroff, S. (2007). “Abuso de los actos aislados”. *LL* - 2007 – F., 223-228.
- Drucaroff Aguiar, A. (2009). “El acto aislado: supuesto excepcional de interpretación restringida”. *LL* – 2009 – C, 308-315.
- Filippi, L., “Algunas consideraciones más sobre la Resol. IGJ N° 7/2003”. *Revista de las Sociedades y Concursos*. Vol. 25/26, 15-24.
- Freire Aurich, J. (1998). “Emplazamiento en juicio de la Sociedad constituida en el Extranjero”. *LL* - 1998 – D., 1127-1145.
- García, O. (2003). “Sociedades en fraude a la Ley Argentina. Una aproximación al estudio de la Resolución (IGJ) N° 7/2003”. *DSC* Nro. 192, 1116-1126.
- Goldschmidt, W. (1990), *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Depalma.
- Goldschmidt, W. (1985). “Jurisdicción Internacional y Representación Procesal”. *ED*. – 108, 602-607.
- González Rivero, D. (2004). “Análisis para una aplicación efectiva del art. 124 de la Ley de Sociedades Comerciales”. *ED* – 207, 711-730.
- Gramajo, S. (1998). “Jurisdicción Internacional y emplazamiento de una Sociedad constituida en el Extranjero”. *LL* – 1998 – A., 1291-1298.
- Gutiérrez Zaldívar, A. (2004). “Acto aislado”. *ED* - 2004, 57 a 62.
- Junyent Bas, F. (2008). “Simulación, inoponibilidad y sociedad off shore”. *ED* - 226, 472-481.
- Lima Márquez, C. - Fresnedo de Aguirre, C. (2003). “Personas jurídicas”. En: Fernández Arroyo, D. (Coord.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires. Zavalía.
- Molina Sandoval, C. (2004). “Actuación de sociedades extranjeras: la adquisición de inmuebles y los actos aislados”. *Revista de las Sociedades y Concursos*. Vol. 31, 119-134.
- Nissen, R. (1998). *Curso de Derecho Societario*. Buenos Aires. Ad Hoc.
- Nissen, R. (2003). “Otro golpe moral contra las sociedades extranjeras off shore”. *ED* – 203, 419-425.
- O’Farrell, E. - García Morillo, P. (1997). “El emplazamiento en juicio de Sociedades Extranjeras”. *LL* - 1997 – E., 1316-1322.

- Polak, F. (2015). “Actos aislados y actuación extraterritorial (el caso ‘Rolyfar’)”. En: Heredia, P. (Dir.). *Máximos precedentes: Derecho Comercial: Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires. La Ley. Vol. II, 69 a 84.
- Roca, E. (1997). *Sociedad Extranjera no Inscripta*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Spagnolo, L. (2005). “Acto aislado y exorbitación en la actuación de sociedades ‘extranjerías’”. En: Vítolo, D. (Dir.). *Sociedades ante la IGJ*. Buenos Aires. La Ley, 66 a 71.
- Truffat, E. (2004). “Cavilaciones, temores y conjeturas en derredor de la Resolución General IGJ N° 12/2003”. *ED* – 207, 967 a 970.
- Uzal, M. (1989). “El emplazamiento en juicio de una Sociedad Extranjera”. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Vol. 1989, 230-239.
- Uzal, M. E. (2016). *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Thomson Reuters.
- Vítolo, D. (2003). “La Resolución General (IGJ) N° 8/2003 y los actos aislados cumplidos en el país por una sociedad constituida en el Extranjero”. *DSC* Nro. 193, 1248-1261.
- Vítolo, D. (2003). *Sociedades Extranjeras y “off shore”*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Ymaz Videla, M. (2013). “Criterios de la IGJ y de la Justicia ante el emplazamiento de una sociedad extranjera”. *LL* – 2013 –A, 731-739.

PARTE III

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

**HOMENAJE AL PADRE FRAY DOMINGO BASSO O.P.
(A CINCO AÑOS DE SU FALLECIMIENTO Y VEINTE DE LA
FINALIZACIÓN DE SU MANDATO COMO RECTOR DE LA UCA)**

Eduardo Martín Quintana¹

Con motivo de haberse cumplido cinco años del fallecimiento del Padre Fray Domingo Basso O.P. y veinte años de la finalización de su período como Rector de la Pontificia Universidad Católica Argentina, comparto las reflexiones que realizara el 28 de octubre de 2014 en una mesa de homenaje organizada por la Cátedra Mons. Octavio Derisi de la Facultad de Filosofía de la Pontificia Universidad Católica Argentina y la Sociedad Tomista, que tuve el honor de integrar junto con S.E.R. Mons. Alberto Bochaty, Obispo Auxiliar de La Plata y el Prior del Convento de Santo Domingo, Padre Fray José María Cabrera. Me pareció que el tono apropiado para mis palabras no debía transitar por la descripción curricular de los cargos en su orden, ni las numerosas asesorías espirituales en otras instituciones, ni sus largos años de docente, ni sus obras, temas que seguramente serán abordados en trabajos de investigación². Por eso prefiero comentar desde mi vivencia y

1 Doctor en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina. Prof. Consulto de la Universidad de Buenos Aires, Prof. Emérito de la Universidad Católica Argentina. Autor de numerosos libros sobre Filosofía del Derecho y Bioderecho, correo electrónico: equintana@fibertel.com.ar.

2 Lo expuesto no obsta a reseñar brevemente alguna de las obras principales que jalonnaron su larga producción bibliográfica, alertando al lector que esta lista no es exhaustiva ni taxativa, sino sólo “enunciativa” (como decimos los abogados) y que no abarca los artículos publicados en numerosos trabajos colectivos y revistas especializadas. Mencionaré, entonces, las siguientes: (1990). *Los fundamentos de la moral*. Buenos Aires. CIEB; (1991). *Los principios internos de la actividad moral. (Elementos de Antropología filosófica)*. Buenos Aires. CIEB; (1991). *Nacer y morir con dignidad. Estudios de bioética contemporánea*. Buenos Aires. Consorcio de Médicos Católicos, 1991 y tres ediciones posteriores, la última ampliada y actualizada, editada por Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006; (1992). *Por el heroísmo a la felicidad. Reflexio-*

óptica personal mi relación de más de cincuenta años con el Padre Basso, alertando sobre las limitaciones y fallas inherentes a este tipo de relatos, respecto de las cuales será el único responsable.

1. Oí hablar por primera vez del Padre Basso a comienzos de los años sesenta, en una de las tantas épocas difíciles que ha tenido que sortear la Iglesia –siempre con éxito– a lo largo de su existencia. Seguí sus clases cuando cursaba la carrera de Abogacía en esa década y luego la de Filosofía en la siguiente, en las que pude valorar su extraordinaria versación, claridad de pensamiento, energía y simpatía. Ya por entonces podría haber hecho mías las palabras del Maestro Superior de la Orden de los Predicadores, Fray Carlos Azpiroz Costa, pronunciadas al presentar el libro: *Moral, Verdad y Vida, en la tradición de Santo Tomás de Aquino*, en un homenaje que se le tribuyó en 2008; así decía: “Lo conocí siendo estudiante de Derecho en la UCA [...] Pude escucharlo en varias conferencias y homilias. Desde entonces me sorprendió comprobar, por un lado, su estilo académico y articulado de la predicación del misterio de Dios, del camino del hombre hacia Dios en Cristo [...] y –al mismo tiempo– contemplar un talante alegre, simpático, cercano, sobre todo a la hora de ‘aterrizar’ en la vida cotidiana; los grandes principios teológico-sapienciales que él enseñaba [...] Al mismo tiempo que cerebral y reflexivo, apasionado y extravertido, nuestro hermano podría hacer suya la conocida respuesta de fray Yves-Marie Congar a un periodista que le preguntó si acaso se consideraba un buen dominico: “Sí –dijo enseguida–, he amado la verdad como se puede amar a una persona”.

Me reencontré con el Padre años más tarde a través de la Corporación de Abogados Católicos y el Consorcio de Médicos Católicos, que él asesoraba, cuando comencé a interesarme por la Bioética. Su obra, *Nacer y morir con dignidad*, fue desde entonces mi libro de cabecera y me integré a un equipo teológico, médico y jurídico, con el que recorrimos lugares muy diversos, desde academias, colegios, parroquias, instituciones y en todos donde alguien quisiera oírnos³.

nes sobre el ideal moral cristiano. Buenos Aires. CIEB; (1993). *Las normas de la moralidad. Génesis y desarrollo del orden moral*. Buenos Aires. Claretiana; (1994). *Dos lecciones sobre la autoridad*. Tucumán. UNSTA; (2000). *Justicia original y frustración moral. Comentario a los textos del Catecismo de la Iglesia Católica sobre el pecado original*. Buenos Aires. Abeledo Perrot; (2011). *Moral Fundamental*. Buenos Aires. EDUCA; (2012). *Las virtudes teológicas, Libro Primero, La fe “Raíz, fundamento y norma de la justificación”*. Tucumán. UNSTA; (2012). *Reflexiones teológicas sobre el Rosario*. Córdoba. Monasterio Santa Catalina de Siena.

3 Pero además, lo dicho hasta aquí ha tratado ser una semblanza del Padre como un maestro inigualable con un carisma difícil de hallar. En la docencia se transformaba y todo su temperamento e inteligencia tenían un único norte, brindar lo mejor de su ciencia y sabiduría

2. Entre los años 1994 y 1999 el Padre Basso se desempeñó como Rector de esta universidad, coincidiendo con el traslado de la mayoría de las Facultades a su actual ubicación en Puerto Madero. En el año 2000 fue designado Rector Emérito. Cuando asumió el cargo, las primeras palabras fueron de reconocimiento a sus predecesores, Mons. Octavio Nicolás Derisi y Mons. Guillermo Blanco, a quien luego invitó a incorporarse, como Rector Emérito, al Consejo Superior de la Universidad, contando así con su invaluable experiencia. Este gesto evidenció a la comunidad universitaria su deseo de continuar con el derrotero llevado por la universidad hasta entonces, lo que también tuvo su correlato en que los reemplazos de directivos se produjeron en los tiempos estatutarios. Con el fin de lograr un panorama exhaustivo de la universidad y en atención a las perspectivas abiertas por la instalación en el *campus* actual, durante un año se realizó una tarea de análisis para detectar las áreas fundamentales de reactivación y los centros neurálgicos que requerían revisión. Para ello, el Padre contó con varios instrumentos de singular valía, entre otros, los informes sobre la *Autoevaluación Institucional*, que contaba con las consultas a los integrantes de todos los estamentos universitarios y el de la *Comisión siglo XXI*, integrada por valiosos especialistas, como también con las conclusiones de los simposios *Esencia de la Universidad Católica* y *Alma, cuerpo y vida de la universidad*. Posiblemente nunca se efectuó un relevamiento, consulta y participación de todos sus integrantes de la magnitud de la realizada en ese año.

Luego de evaluar la situación de la universidad, el Rector elaboró un esquema de trabajo que volcó en el libro *Planeamiento Académico Institucional 1996-1999*⁴, que estableció varias líneas fundamentales. El eje intelectual y práctico de su Rectorado lo constituyó el Programa *Fe y Ciencias*, que refleja la misión irrenunciable para la Iglesia en toda su historia, pero en especial para las universidades católicas, cual es la relación entre la Fe, la Teología, la Filosofía y los conocimientos científicos, esto es, la conjunción

al auditorio que él también tanto quería. Algunos dicen que tomó el hábito de Santo Domingo por su amor a Santo Tomás; otros, que se hizo tomista al conocer la Orden de Santo Domingo. Seguramente ambas se conjugaron en su decisión de pasar de seminarista del clero secular a la orden dominica. Es probable que influyera en él la bella y certera respuesta que el Aquinate brinda en la cuestión 188, art. 6° de la II-II (Si son superiores los órdenes dedicadas a la vida contemplativa o las entregadas a las obras de la vida activa), concluyendo que las obras que proceden de la plenitud de la contemplación y la predicación son preferibles a la simple contemplación, ya que es más perfecto iluminar que ver la luz solamente y comunicar a los demás lo que se ha contemplado que solo contemplar.

4 Debo señalar que como marco magisterial, pocos años antes las universidades católicas contaban con la Constitución Apostólica *Ex Corde Ecclesiae* de S.S. Juan Pablo II y el documento Presencia de la Iglesia en la Cultura y la Universidad, elaborado por varios consejos pontificios.

entre la revelación y el mundo natural, retomando así la iniciativa del Dr. Tomás Casares cuando, en 1972, se creó el Instituto para la Integración del Saber, continuado luego por Mons. Guillermo Blanco.

Sin perjuicio de ello, al asumir su función el Padre Basso recordó que la diferencia específica de nuestra universidad es su “catolicidad” y siguió puntualmente a S. S. Juan Pablo II, quien poco antes había expresado: “Si hay algo urgente que se advierte hoy en la vida de la Universidad Católica no es ciertamente atenuar o difuminar, sino más bien profundizar, evidenciar, testimoniar, su carácter de católico [...] Este carácter tiene que ser visible y abierto. Se indicará expresamente en los estatutos y tendrá que traducirse en opciones coherentes”⁵.

3. En el prólogo del programa “Fe y Ciencias”, de acuerdo al documento *Presencia de la Iglesia en la Cultura y la Universidad*, elaborado por varios Consejos Pontificios, se expresaba: “La actividad de la Universidad Católica no puede limitarse a la yuxtaposición desarticulada de cursos profesionales o investigaciones científicas con cursos de cultura católica o de ‘religión’, manteniéndose en los hechos un dualismo separatista entre fe y cultura”. Para superar esta situación, el documento pontificio agregaba: “[...] la Universidad Católica debe realizar sistemáticamente en su seno un diálogo interdisciplinario fecundo entre Teología, Filosofía y Ciencias y esto no únicamente a nivel de la mención genérica de sus objetivos, sino también a nivel de la articulación de sus estructuras, de la elaboración de sus programas, en la selección de su personal docente investigador”.

Se encuentra publicado en la revista *Universitas* su discurso inaugural en el que relata uno de los motivos de la elección de este programa. El Padre cuenta la siguiente anécdota: “[...] hace unos días, y con ocasión de un acontecimiento sin directa relación con nuestra Universidad, tuve la alegría de participar en una audiencia concedida por S.S. Juan Pablo II a los miembros de la nueva Pontificia Academia para la Vida [...] cuando fui presentado al Santo Padre como nuevo Rector de la UCA; él, estrechándome afectuosamente mi mano entre las suyas, me dijo: ‘Ah, sí, sí, la conozco bien, es una gran universidad; déle mis saludos a Mons. Derisi’; y a mi pedido de unas palabras de mensaje para toda la Universidad, respondió: ‘es muy simple, sean fieles al Papa y a la Iglesia y procuren construir una síntesis entre fe y razón, imitando lo que hizo Santo Tomás’”.

5 (*Planeamiento Académico Institucional 1996-1999*, 16). El programa “Fe y Ciencias” fue el tema prioritario de su gestión, así lo pensó y lo siguió pensando siempre. No debe sorprender la dedicatoria de su obra, *Moral Fundamental* (más de quinientas páginas), publicada quince años después, que reza lo siguiente: “Dedicado a quienes buscan el recto camino de su conducta en el Diálogo ente Ciencia y Fe”.

La referencia al Aquinate no es ociosa ya que su pensamiento y obra significó, en un momento complejo de la Europa todavía cristiana, presentar nuevas perspectivas enraizadas en el estudio de la naturaleza que aprendió de su maestro, San Alberto Magno, y en el rescate y depuración del Filósofo – obviamente de Estagira– para lograr una inigualable unión entre lo natural y lo sobrenatural, entre gracia y naturaleza, entre lo divino y lo humano, ya que por entonces –al igual que ahora– crecían los peligros no sólo en la sociedad sino aún dentro de la Iglesia, de una dislocación entre lo sacro y lo profano, que tiene su superación en la Encarnación del Logos, conforme al Evangelio de San Juan. Como explica Pieper, Tomás de Aquino formuló una secularidad fundamentada teológicamente y una Teología abierta al mundo, y además la llevó a cabo con toda la energía de su existencia más íntima. En esta clara imagen se realiza la estructura a la que se dirige todo el esfuerzo intelectual del pensamiento cristiano... y en la cual se bosqueja toda esta época de la Cristiandad: *la coniunctio rationis et fidei*, la conjunción de lo sabido y lo creído⁶.

En el año siguiente (1997) se realizó la primera de las jornadas de día completo sobre *Fe y Ciencias*. Como orador principal disertó el Cardenal y Arzobispo de Milán, Su Eminencia Mons. Angelo Scola, por entonces Rector de la Universidad Pontificia Lateranense, sobre el tema “La Teología ante la interpretación científica de la realidad: elementos de método”. Participaron eminentes teólogos, filósofos y científicos de nuestro claustro, que por razones de tiempo omito mencionar y simultáneamente ese año se formaron en todas las unidades académicas comisiones de Fe y Ciencias⁷.

La jornada tuvo por destinatarios sólo a docentes de nuestra universidad, sin ninguna publicidad exterior, pues esa era su finalidad. En el rectorado se ignoraba cuál iba a ser la respuesta y a tal efecto se reservó solo el auditorio Santa Cecilia, que era uno de los dos por entonces existentes, con capacidad para poco más de doscientas personas. Días antes del evento, los docentes inscriptos superaban el número de cuatrocientos, por lo cual hubo que habilitar también el auditorio Monseñor Derisi con una pantalla audiovisual. Esta jornada se reiteró en los años 1998 y 1999, o sea, hasta el final del rectorado del Padre Basso⁸.

6 Pieper, J. (1973). *Filosofía Medieval y Mundo Moderno*. Madrid. Rialp, 335.

7 Entre otros, Mons. Ricardo Ferrara, Lic. Juan Courreges, Dres. Carlos Velazco Suárez, Héctor Delbosco, Hugo Obiglio, Carmen Balzer, Felipe Tami, Paula Scarinci de Delbosco, Horacio Rodríguez Penelas, Joaquín Migliore, Carlos Sanz, José María Medrano, José Luis de Imaz, María Donadio de Gandolfi; los Presbíteros, Religiosos y Doctores en Ciencias Sagradas, Fernando Ortega, Francisco Leocata, Rafael Braun, Dante Cardozo, Guillermo Durán, Gustavo Podestá.

8 La segunda jornada sobre Fe y Ciencias tuvo lugar el 29 de octubre de 1998 y se tituló: “Ética, Ciencias y Fe”. Entre otros, disertaron el Rector Fray Domingo Basso, Mons. Eduardo Briancesco, Mons. José Bonet Alcón, los Pbro. Carlos Scarponi, Fernando Ortega

Hace pocos años el Prefecto de la Congregación para la Educación del Vaticano Cardenal, Zenon Grocholewski, pronunció en nuestra universidad una conferencia titulada “Universidad Católica: ¿sé lo que debes ser! Identidad y misión de la Universidad Católica”. En sus primeras palabras describe la situación de la cultura en el mundo occidental comparándola con el laberinto del Minotauro, del cual logró liberarse Teseo mediante el hilo de Ariadna. El Cardenal describe el laberinto de nuestra cultura mediante las siguientes características: 1) abandono de la metafísica; 2) crisis de sentido; 3) separación entre la fe y la razón; 4) eclipse del sentido de Dios y del hombre; 5) nueva mentalidad cientista; 6) falso concepto de libertad y 7) riesgo de alianza entre democracia y relativismo ético.

Frente a este caótico panorama, el Cardenal sostenía que la Universidad Católica debía indicar la salida del laberinto teniendo como punto de partida su identidad católica, señalando que sus tareas específicas eran: a) la integración del saber; b) el diálogo entre fe y razón; c) la preocupación ética y d) el diálogo cultural. Dicho esto finalizaba con las siguientes palabras: “Universidad Católica, ¿sé lo que debes ser!”. De estas palabras se concluye que veinte años atrás, cuando comenzó su tarea rectoral, el Padre Domingo Basso tenía muy claro el mandato de una universidad católica, sobre todo hoy en día, ya que una vez designado pero antes de asumir estaba en su mente que el eje pasaba por la relación fe-ciencias, que es decir: naturaleza y gracia, fe y ciencias.

Basta recordar que estoy hablando del año 1994 y que la extraordinaria encíclica *Fides et Ratio* es de octubre de 1998, o sea cuatro años después.

4. El segundo programa se denominó “Investigación Institucional”, y tuvo la particularidad de que, por primera vez, desde 1958 se realizaba esta labor mancomunada y expansiva a toda la universidad desde los organismos de máxima responsabilidad, el Rector y el Consejo Superior, pues hasta entonces la investigación solo alcanzaba a algunas iniciativas particulares de las unidades académicas. A tal fin se aprobó el Programa de Investigación, consistente en su lanzamiento en el otorgamiento de cuarenta becas de iniciación. Para optimizar su desarrollo se instituyó una Comisión de Investigación del Consejo Superior integrada por los Decanos Mons. Ricardo Ferrara, Dr. Francisco Cassiolo, Ing. Pedro Rossignoli, Ing. Rubén Cayssials, Dr. Roberto Dr. Dabusti, los Directores de Institutos Pbro. Eduardo Taussig

Jorge Murias, Víctor Manuel Fernández, Rafael Braun, Ariel Busso, y calificados profesores de todas las ciencias que fundamentan los estudios de las Facultades de la Universidad. La tercera jornada de Fe y Ciencias se realizó el 20 de octubre de 1999 sobre la Encíclica *Fides et Ratio*. Los oradores principales fueron el Rector Fray Domingo Basso, Mons. Ricardo Ferrara, Pbro. Julio Méndez y Fernando Ortega.

y Dr. Hugo Obiglio y el Dr. Carlos Garaventa, la que contó con el apoyo de una Comisión Asesora encabezada por el R.P. Dr. Francisco Leocata. En tres años se aprobaron 78 proyectos con un presupuesto impensable en períodos anteriores⁹.

En tercer lugar, la inquietud por la renovación de la carrera docente y la formación de los profesores noveles condujo a la aprobación de un *Programa de Actualización Docente Continua*. El objetivo fundamental fue fortalecer la selección, formación y promoción de profesores Asistentes y Ayudantes en tres áreas temáticas: Didáctica y Metodología de la Investigación, ciencias particulares, conforme a cada unidad académica y Filosofía y Teología, todo ello mediante la realización de talleres-cursos y seminarios con asistencia y aprobación de un trabajo monográfico. Para fomentar la inscripción se dispuso el otorgamiento de becas a los cursantes. A la primera convocatoria efectuada en marzo de 1998 acudieron más de quinientos docentes.

Además de los tres programas referidos, debe recordarse la singular importancia otorgada a los cursos de ingreso, pieza clave no sólo en aras de la excelencia y prestigio de la universidad sino también para evitar que los alumnos pasaran dos o tres años con dificultades hasta estabilizarse en la carrera. En el año 1996 se añadió a la materia *Introducción a la vida universitaria*, una síntesis del Catecismo de Juan Pablo II, para que los ingresantes fortalecieran sus conocimientos sobre la fe cristiana y entendieran el sentido de esta institución. En 1997 también se integró a dicha materia contenidos de *Historia de la Cultura* para que propedéuticamente sirviera de apoyatura a las asignaturas humanistas de la carrera. El informe económico de la época indica que el incremento en la carga horaria y la mayor exigencia del ingreso respecto a otras universidades, no había hecho mella en el interés de los aspirantes y que la inscripción para ese año guardaba similitud con la de años anteriores.

El rectorado del Padre Basso aportó otras innovaciones de significativo valor, como la creación del *Instituto de Ética Biomédica*, cuyo primer Director fue el Dr. Hugo Obiglio. Dicha unidad académica se constituyó de inmediato en una actividad pionera en el crucial ámbito de la vida. Por otra parte, el Rector prestó especial interés a los graduados, instituyéndose el *Día del Graduado*, de honda connotación para los que hemos egresado de esta casa. En otro orden, creó el *Centro de Arte*, que realizó anualmente concursos de artes plásticas y exposiciones de los alumnos y también la Se-

9 La presentación del Programa se efectuó en la Jornada del 10 de abril de 1997, "Primera Jornada sobre Investigación", en la que disertaron el rector Fray Dr. Domingo Basso O.P. sobre el tema "La investigación científica en relación con la vida de la universidad" y el R.P. Francisco Leocata, sobre "Rasgos fundamentales de la investigación científica en el cuadro epistemológico actual".

cretaría de Deportes. Revitalizó *EDUCA*, constituyéndose el fondo Editorial de la Universidad Católica Argentina. Desde entonces hasta ahora, se han publicado más de trescientas cincuenta obras relacionadas todas con el quehacer científico cultural de la universidad.

Si bien la personalidad sacerdotal del Padre Basso se especificaba en la docencia teológica y filosófica, no puede obviarse su gestión respecto al patrimonio de la universidad. Según los Estatutos por entonces vigentes los órganos de gobierno eran, por una parte, el Consejo Superior, o sea, académico, y por otra, el Consejo de Administración, cuyas funciones eran económicas. Por primera vez desde su fundación, la Comisión Episcopal para la Universidad designó al Rector Presidente del Consejo de Administración y de esta manera el Padre asumió tanto la tarea académica como la económica, si bien esta última con la inestimable colaboración de especialistas en estas materias. Durante su rectorado se recicló el edificio “San Alberto Magno” y también el edificio “Santa María” en su parte más extensa, el cual ahora se encuentra en vías de finalización. Todas estas realizaciones inmobiliarias se efectuaron sin necesidad de recurrir a la venta de los inmuebles donde anteriormente se alojaban la gran mayoría de las unidades académicas. Si bien mi colaboración con la tarea del Padre finalizó antes que la suya, no es una opinión arriesgada afirmar que dejó la universidad con un sólido respaldo patrimonial, no sólo edilicio sino también financiero.

5. Más allá de todo lo expuesto, la ejemplaridad del Padre Basso tiene para nosotros otros parámetros. Poco antes del inicio de su rectorado publicó en la revista *Sapientia* un trabajo denominado “La opción por los pobres y la moral tomista”, desarrollado en base al conocido texto de la II-II, q. 66, en la que el Aquinate transcribe la enérgica exhortación de San Ambrosio: “De los hambrientos es el pan que tú tienes, de los desnudos, la ropa que tu almacenas y es la redención y liberación de los desgraciados en dinero que tu escondes en la tierra”. El Padre sabía lo que es la pobreza, no por declamada sino por vivida, ya que pertenecía a una orden mendicante. Era un religioso, pobre de bienes materiales y pobre de espíritu. En el trato personal su inmensa ciencia teológica y filosófica quedaba oculta por la humildad y sencillez de su sabiduría. Al comenzar su función, expresó que asumía la misión como un servicio filial a la Iglesia, cuyo deseo tenía siempre, para él, la fuerza del mandato. Cuando recientemente leí estas palabras recordé que las responsabilidades ocasionan muchas veces dificultades y sufrimientos más que halagos y reconocimientos.

Seguramente el Padre ha vivido ambas circunstancias a lo largo de su vida, pero a título personal estimo que, en la universidad, vivió más las primeras que las segundas y asumió la cruz que el Señor había dispuesto con ejemplar paciencia y caridad. En la cotidianeidad de los años en los que es-

tuve cerca de él, creí advertir a veces que en medio de su perspicacia brotaba una sana ingenuidad o sana inocencia y cuando recibí la manda de estar hoy aquí, recordé unas palabras de Paul Claudel, rememorando su repentina conversión. Dejando de lado las circunstancias que acompañaron tal acontecimiento, el gran dramaturgo francés relata: “En un instante mi corazón fue tocado y creí. Creí, con tal fuerza de adhesión [...], con tal certidumbre [...] que después [...], todos los avatares de mi agitada vida, no han podido sacudir mi fe [...] De repente tuve el sentimiento desgarrador de la inocencia, de la eterna infancia de Dios [...]”. Quienes tuvimos la oportunidad de haberlo conocido guardamos la confianza de que el Padre Basso, como diría Claudel, vive ya la inocencia de la eterna infancia de Dios. Muchas gracias.

RECENSIONES

Harel, Alon, *Why Law Matters*, Oxford, Oxford University Press, 2014. De la traducción: Vitetta, Mariano, *Por qué el Derecho importa*, Madrid, Marcial Pons, 2018, 239 páginas.

Comenzaré esta reseña tomándome el atrevimiento de afirmar que para leer este libro no es necesario pertenecer al ambiente analítico, en el cual se formó su autor. Por el contrario, se trata de un libro que, si bien en un comienzo puede resultar de dificultosa lectura para aquellos ajenos al Derecho (y, sobre todo, a la Filosofía del Derecho), tiene como finalidad ofrecer respuestas contundentes a cuestiones que nos involucran a todos los que vivimos, de alguna u otra manera, en sociedad; hurgando más allá de lo superficialmente conocido en temáticas de suma contradicción e interés general, que no son exclusivas a la coyuntura jurídica en la que se suelen enmarcar este tipo de textos.

En efecto, la obra que reseño toca interrogantes que a simple vista pueden parecer sencillos o genéricos, pero cuyo abordaje se torna complejo y problemático, por cuanto las distintas posturas expuestas y tomadas por el autor ofrecen vertientes lo bastante sinceras como para que uno piense que no hay una sola respuesta a tales preguntas; de hecho, es ilusorio pensar que pueda existir una. Más bien, el autor se encarga de afirmar lo que vengo enhebrando: que en este libro no se buscan respuestas definitivas, sino razonamientos sólidos vinculados a lo más primario, a lo más esencial, respecto de por qué el Derecho realmente importa.

En esta pieza podremos ver –a medida que se avanza en la lectura– la correlación (que, quizás, no es dable ver desde el inicio) entre los cuatro primeros capítulos y los dos capítulos finales, donde el autor entrelaza las cuestiones preliminares de esta obra con aquellas cuestiones –que osaré denominar– prácticas socioculturales (aquellas tendientes a solucionar los conflictos en aras de una convivencia próspera y armoniosa), para abordar, así, la dificultosa respuesta a los planteos que justifican el título de esta obra.

Por otro lado, es interesante destacar la manera en que el autor trata, a través de los diferentes capítulos, las temáticas en cuestión. Me estoy refiriendo, más específicamente, al método de exposición y desarrollo utilizado

por Harel (método que, a mi criterio, es de gran utilidad a los fines del libro) a la hora de desenvolver las complejidades de las problemáticas abordadas en la obra, exponiendo las diferentes posturas, con sus fortalezas y sus debilidades, denostando sus yerros y, finalmente, proponiendo las soluciones. Esto, más allá de si uno comparte o no el pensamiento del autor, resulta ser bastante chocante, pues le añade un tono de firmeza mayor a sus conclusiones.

De hecho, en este libro el lector podrá encontrar una justificación sui generis (entiéndase, diferente, ajena a las clásicas justificaciones, varias de las cuales son refutadas por el autor) en torno de las instituciones en general –no encerrándose exclusivamente en aquellas de orden jurídico–; buscando respuestas a cuestiones fundamentales, para la conformación de una sociedad basada en valores (tal y como lo indica Harel en su primer capítulo); y así, hacer lugar a planteos como: ¿por qué los derechos importan?; ¿por qué los Estados importan? ¿Y las constituciones?

Desde luego, tratar de encontrar un sustento lógico de por qué el Derecho importa no es tarea sencilla. Así, con una mirada que trasciende lo objetivo y lo contingente de las instituciones en análisis (no solo de aquellas caracterizadas como “jurídicas”), Harel logra desentrañar el aspecto subjetivo, expresando las susceptibilidades que subyacen en las controversias que se plantean en torno a aquellas instituciones; poniendo, así, de manifiesto lo que –para Harel– realmente importa: que las instituciones tienen importancia en sí mismas, más allá de si son conducentes o no en la materialización de los fines valiosos –que buscan resguardar– para los cuales fueron concebidas.

A lo largo de este ensayo, el autor concentra su atención en una cosa: demostrar que las instituciones en general, así como los procesos, importan de por sí, es decir, que no resultan ser meros instrumentos “contingentes” para materializar objetivos valiosos (actuando, estos objetivos valiosos, como su fundamento primero), sino que suelen ser componentes necesarios para el desarrollo de una sociedad justa; que se vuelve efectivamente justa, cuando logra reforzar la afinidad entre aquellas instituciones jurídicas o políticas y los valores u objetivos deseables (garantizados por esas instituciones), de manera tal que esos valores u objetivos solo podrían materializarse mediante la adecuada implementación de tales instituciones.

En paralelo, Harel hace especial hincapié en aquello que él llama “derecho a ser oído”, pues allí radica el quid de la cuestión para él, en tanto y en cuanto allí deberán arraigarse –fundamentalmente– las causas primeras de todas las instituciones o procesos que nuestra sociedad impulsa hoy en día para poder, así, alcanzar ese rasgo distintivo que las hace justas en sí mismas¹.

1 (2014). Harel, 19.

En este punto, coincido a medias con el autor, en tanto las instituciones referidas (más allá de su juridicidad o no) son componentes indispensables en una sociedad que se las dé de “justa”; no lo son solo por la capacidad y el valor intrínseco que ellas puedan tener a los fines de garantizar el derecho de sus ciudadanos a ser oídos, sino también porque de aquellas –así como de los procesos en ellas inmersos– emergen otras cualidades (v. gr., el orden en términos generales, el respeto por las investiduras y jerarquías, etc.) en carácter de condiciones previas, excluyentes y necesarias para el desarrollo de una sociedad –valga la redundancia– justa.

Ciertamente, creo que antes de poder atribuirle a algo o a alguien la cualidad o la virtud propia de la justicia, primero debemos verificar o, más bien, demostrar que se han adquirido anteriormente una serie de virtudes, que vienen a desencadenar en lo propiamente justo, como corolario final. Es decir –en palabras de un autor ya citado por Harel–, “para que cualquier acto sobre alguna cosa sea virtuoso, se requiere que sea voluntario, que sea estable y que sea firme [...] Cuando uno hace lo que debe, no aporta utilidad de ganancia a aquel a quien hace lo que debe, sino que solamente se abstiene de dañarle; en cambio, obtiene utilidad para sí en cuanto hace lo que debe con espontánea y pronta voluntad, lo cual es obrar virtuosamente”².

Lo que quiero dejar entrever con esto es que no se es justo solo cuando se garantiza un derecho previamente prometido –o resguardado por el motivo que fuere–; se es justo cuando se aúnan de manera habitual todas las conductas virtuosas –previas– que nos llevan a concretar un acto verdaderamente justo.

Habiendo dicho esto, puedo aseverar que el concepto institucional sostenido por Harel no desembocará en una sociedad más “justa”, sino, en una sociedad que, en cierta forma, resulte menos “peligrosa” o más “aceptable” para aquellos que realmente quieran obrar virtuosamente; adaptando las conductas de aquellos que no son virtuosos a estereotipos específicos donde –al menos– se respete al otro. Y digo “en cierta forma”, porque el autor realiza una afirmación parcial –“suelen ser componentes necesarios”³, dice Harel–, lo cual podría interpretarse como un intento –por parte del autor– de salvar su posición frente a un argumento como el que vengo de enfatizar; así y todo, creo que esos esfuerzos no bastan para derribar el argumento que aquí expongo.

Así, fiel a su concepción “no instrumentalista” (que, como vengo demostrando, destaca el valor intrínseco de las instituciones socioculturales que

2 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, II-II, c. 58.a.1 y 3.

3 Harel. Ob. cit., 19. El contexto de la cita textual que realizó viene a referirse a las instituciones o los procesos, entendidos según el concepto que les da el propio autor, y su relación con la posibilidad de que una sociedad que los posea, en aquel sentido, ostente la más justa.

nos ocupan), el autor comienza su monografía sosteniendo que los derechos resultan ser exigencias basadas en valores, es decir, que los derechos y los valores (subyacentes a estos) son interdependientes entre sí. Contrariamente a lo que suele decirse: que los derechos son valiosos debido a los valores que subyacen a ellos⁴.

En la misma línea, se colige que los valores que subyacen a los derechos están contruidos, al menos en parte, mediante la consagración de los derechos –destinados a proteger esos mismos valores–, de manera tal que la relación entre ambos sea recíproca. En concreto –afirma Harel–, los derechos se fundamentan en valores y, al mismo tiempo, los valores que subyacen a los derechos consolidados (constitucionalmente) también están parcialmente contruidos por derechos, de manera tal que la consagración de los derechos, asimismo, contribuye a la construcción de los valores; pues allí reside la reciprocidad aludida⁵.

En mi opinión, la reciprocidad evocada por Harel no es tal, al menos no de la manera “no instrumental” con la que se suelen caracterizar sus argumentos; así –y disidiendo del autor, otra vez–, debo decir que no creo que los valores dependan de su consagración, o no, por un derecho de orden constitucional que, efectivamente, los respalde.

Creo que ello encierra una contradicción, porque si bien la consagración constitucional de un valor –a través, justamente, de un derecho reconocido constitucionalmente– puede aumentar la frecuencia con que los ciudadanos realicen actos “valiosos” o “cargados de valor”; no le da en sí mismo la entidad que realmente tienen esos actos dotados de valor –entendido, ese acto al que me refiero, como aquel que posee una dosis de moralidad sincera y no forzada–; de allí que la ley garantice o imponga limitaciones parciales, sin inmiscuirse en las motivaciones de aquellos que accionan. Por el contrario, una persona que cumple la ley por temor a la sanción que ella le pueda imponer, o al juzgamiento posterior que surja de aquella, no está actuando valiosamente; pues la verdadera construcción de los valores no radica en las conductas objetivas que los integrantes de una sociedad se ven obligados a acatar en pos a no ser sancionados a futuro por sus consecuencias, sino en el fundamento subjetivo de esas conductas, el cual, en la gran mayoría de los casos, no viene a ser otro más que el respeto a la ley, por la ley misma; mas allá de si se está respetando tal o cual valor.

Adentrándonos más aún, notaremos la dicotomía –así planteada por el autor– entre lo privado y lo público; entre los agentes que operan sobre la base de la fidelidad a la razón (agentes particulares) y aquellos agentes que

4 *Ibidem*, 21 y 28.

5 *Ibidem*, 22 y 60.

lo hacen sobre la base de la fidelidad a la deferencia (funcionarios públicos). Aquí, la diferencia está en que existen ciertos bienes que solo pueden ser provistos por unos y no por otros, y viceversa, puesto que el valor del bien dependerá de que sea provisto por el agente adecuado y no sobre la base del éxito que pueda esperarse del agente en cuestión, respecto a la provisión del bien⁶.

Para ello, se torna indispensable analizar los límites de las conductas regidas por las normas para poder determinar, entonces, en qué casos la urgencia de la necesidad requerirá la intervención de un agente en concreto, y no de otro, pues “la necesidad no conoce ley” –dice Harel, parafraseando a otro autor⁷. Es que, el razonamiento libre de reglas empleado en aquellos casos extremos –“por la fuerza de las circunstancias”, esboza Harel– es propio –o “debe estar a cargo”– de una de esas categorías, la de los agentes privados ya que, justamente –siguiendo la línea del autor–, los actos públicos tienen basamento en prácticas rígidas, uniformes y adecuadas a las normas, sin tener en cuenta la motivación del agente que las realiza. De hecho, el autor llega al extremo de afirmar que cuando una persona, que se desempeña como funcionario público en otros contextos, actúe en casos extremos, tal actuación deberá considerarse un acto particular o privado, en tanto no se realiza en nombre del Estado, ya que no forma parte de una práctica integrativa que responda a un patrón de fidelidad a la deferencia, propio de los actos públicos⁸.

Lógicamente, para poder afianzar todas estas afirmaciones y terminar por concluir que las instituciones importan en sí mismas, Harel defiende la postura que él llama “constitucionalismo fuerte”⁹, en contraposición con el “constitucionalismo instrumentalista”, que le otorga a las constituciones y a las revisiones judiciales el carácter de instrumentos necesarios para la adopción de decisiones más justas o coherentes, desconsiderando el valor intrínseco del que realmente están dotados.

En efecto, la consagración constitucional de los derechos preexistentes resulta ser valiosa, independientemente de si eso lleva a la protección de esos derechos o no. Pues la consagración constitucional de un derecho es la consecuencia directa del reconocimiento público que el Estado hace, respecto a quien tiene el “deber” de proteger esos derechos, toda vez que la consagración constitucional de los derechos resulta ser una condición previa

6 *Ibidem*, 111-3.

7 *Ídem*. En “la necesidad no conoce ley”, el autor parafrasea a San Agustín de Hipona.

8 *Ibidem*, 131-4.

9 La cual tiene dos vertientes: por un lado, las directivas constitucionales vinculantes y no necesariamente exigibles (abarcada en el capítulo V), y por el otro, la facultad de los jueces para hacer cumplir esas directivas mediante la revisión judicial (capítulo VI).

–y necesaria– para la libertad (entendida como aquel estado en el que no se está “a merced” del Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial), más allá de que ese reconocimiento implique una mejor protección de ese derecho¹⁰.

No agotándose allí su planteo, Harel redobra la apuesta al sostener que se torna necesario expandir el campo de acción, por cuanto, de no hacerlo, quedaríamos “a merced” de nuestras propias constituciones. Es ante ello que emerge con fuerza y perspicuidad la necesidad de establecer normas o constituciones globales que, al menos, intenten palear el estado de indefensión al que se refiere¹¹.

Me detendré aquí por un instante, puesto que creo pertinente y oportuno poner de manifiesto algunas consideraciones personales al respecto. Creo que Harel, al argüir en defensa del “constitucionalismo fuerte”, se inmiscuye en un camino al eterno retorno, en tanto y en cuanto no logra justificar adecuadamente cómo se sale de ese estado en el que los ciudadanos –limitados por las disposiciones de una constitución que los gobierna– están “a merced” de su propia norma primera, de su constitución.

Efectivamente, continuar con el argumento del autor nos conduciría siempre al mismo interrogante, dado que siempre nos encontraríamos “a merced” de alguna constitución –por más que sea una de carácter internacional, como afirma Harel–, no siendo suficiente, entonces, justificar la creación de una constitución superior, o de mayor jerarquía, a la que ya se tiene a los efectos de evitar quedar “a merced”, justamente, de la constitución que ya se tiene, ya que, siempre seguiremos estando “a merced” de otra normativa de índole superior.

Todo lo cual nos llevaría a preguntarnos: ¿Hasta qué punto sería sostenible la creación de normativas de rango constitucional –incluso a nivel internacional– si siempre estaremos “a merced” de algún tipo de normativa impuesta o ratificada (v. gr., convenciones internacionales) por alguno de los poderes que nos gobiernan?; ¿acaso no sería ello lo mismo que aquel estado primitivo (carente de una constitución vinculante) en el que nos encontraríamos “a merced” de un Poder Legislativo que determina los patrones de ordenamiento sociales más apropiados?

Podría decirse –quizás a modo de solución– que, al fin y al cabo, un adecuado equilibrio entre los tres poderes del Estado nos permitiría evitar esas situaciones de abuso o entrometimiento por parte de uno u otro poder (ya sea del Poder Judicial, sobre el Legislativo, al abusar, por ejemplo, en el uso de las inconstitucionalidades a los efectos de intentar socavar injusticias, o viceversa).

10 *Ibidem*, 188-90.

11 *Ídem*.

Finalmente, Harel completa su defensa del “constitucionalismo fuerte” mediante la justificación de la revisión judicial. Así, manifiesta que es el Estado quien tiene el deber de oír a sus ciudadanos, y el correlato de este deber es el que le permite a los ciudadanos exigir al Estado –mediante la revisión judicial– la reconsideración de las decisiones gravosas para alguno de ellos –con la adecuada deliberación de por medio– a los fines de cumplir con lo esencial de las instituciones, con el derecho a ser oído.

En suma, la revisión judicial no resulta ser valiosa por albergar una mayor probabilidad de fluctuar decisiones más justas, sino porque es el mismo proceso el que da cumplimiento a ese derecho a ser oído¹². A fin de cuentas, lo importante, respecto de la revisión judicial, es el proceso decisorio en sí mismo, pues este es el que hace valiosa la práctica, y no el hecho de que aquella sea realizada por tribunales o jueces.

Finalmente, la conclusión de todo cuanto va –más allá de las discrepancias plasmadas– es que realmente disfruté la lectura de este libro. Tanto es así, que no puedo no recomendarlo si lo que el lector busca, como ya dije, es una justificación o una visión diferente de los porqués de las instituciones y los procesos que nos determinan a todos los que vivimos en sociedad en miras a logrnarnos más justos.

Quisiera culminar esta reseña haciendo especial mención al gran trabajo de traducción a cargo de Mariano Vitetta. Realmente puede verse una traducción fidedigna y comprometida con lo que Harel ha expresado en su versión original del libro en inglés.

TOMÁS GUIDO

12 El autor también hace extensiva la pertinencia a la “revisión judicial restringida”, en referencia a los sistemas que dan a los tribunales un papel privilegiado, pero no supremo, en el diseño de los Derechos Constitucionales. Véanse pp. 23 y 219-20.

Mouffe, Chantal, *Por un populismo de izquierda*, trad. S. Laclau, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018, 122 pp.

En un libro reciente, la intelectual belga Chantal Mouffe, profesora en la universidad de Westminster y hasta hace poco pareja del pensador argentino-inglés Ernesto Laclau, elabora una conceptualización del que llama “populismo de izquierda”, que propone como superación política de los males centrales de las naciones de occidente. El punto de partida de su propuesta es la afirmación de la existencia actual de una crisis en las formaciones políticas democrático-liberales (o “neoliberales”) y la necesidad de aprovechar este “momento populista” para superar las propuestas de la izquierda tradicional, ya sea la del “socialismo real” o “comunista” (“había que abandonar el mito del comunismo”, p. 15), con su modelo totalitario y colectivista, ya sea las denominadas “social-demócratas”, con su adhesión a la economía de mercado capitalista.

Las opciones “comunistas” deben ser superadas, sostiene Mouffe, ya que se trata de alternativas “esencialistas”, que consideran que la raíz central de todas las dominaciones radica en la economía y en las relaciones económicas de clase, cuando en realidad existen varias otras formas de opresión, dependencia y subordinación, que se expresan en otras formas de demanda y en reivindicaciones de índole no-económica: las denunciadas por la “segunda ola” del feminismo, el movimiento homosexual, el antirracismo, los diferentes ambientalismos, etc. Por su parte, las opciones “socialdemócratas” no sólo han adoptado la institucionalidad democrático-liberal, sino que han asumido los puntos centrales de la economía de mercado, con el pretexto de que es el único modo de alcanzar prosperidad.

Por su parte, sostiene Mouffe, el “neoliberalismo” y la “hegemonía” (Gramsci) político-institucional que le corresponde, habrían entrado en un proceso de crisis terminal, en especial a partir de la crisis financiera de 2008, haciendo evidentes sus contradicciones y su cuestionamiento por parte de diversos movimientos *anti-establishment*. De este modo, concluye esta pensadora, nos encontraríamos ahora en lo que llama un “momento populista”, es decir, la ocasión propicia para sustituir la hegemonía neoliberal,

donde se incluyen las políticas de ajuste, la globalización, la desregulación, el Estado de Derecho, la división de poderes, etc., por una nueva hegemonía populista.

Las notas de esta nueva hegemonía “populista de izquierda” son, en primer lugar, que se trata de una alternativa *agonal*, es decir, basada en el enfrentamiento y la lucha contra la oligarquía, nunca en el consenso ni en la institucionalidad; aquí Mouffe cita –en acuerdo con él– a Carl Schmitt (ella no ve con malos ojos a los populistas de derecha), que concebía la política según la dialéctica amigo-enemigo y el consiguiente enfrentamiento radical. La segunda nota es que la hegemonía populista se basa en la construcción, predominantemente discursiva, de un “pueblo”, que no es el pueblo real, tal como existe de hecho, sino un pueblo ideal, construido para los efectos de una nueva política hegemónica. “La estrategia populista de izquierda –escribe Mouffe– busca unificar las demandas democráticas en una voluntad colectiva para construir un ‘nosotros’, un ‘pueblo’, capaz de enfrentar a un adversario común: la oligarquía. Esto requiere el establecimiento de una cadena de equivalencia entre las demandas de los trabajadores, los inmigrantes y la clase media precarizada, además de incluir otras demandas democráticas como las de la comunidad LGBT. El objetivo de esta cadena es la creación de una nueva hegemonía que permita la radicalización de la democracia” (p. 39).

Y en tercer lugar, esta “radicalización de la democracia” a la que se refiere la autora, no consiste en una “revolución” (p. 106), sino en el establecimiento de una construcción política predominantemente “afectiva”, que enfatice los aspectos democráticos (representativos) e igualitarios del sistema político, y que recepte del modo más inmediato posible las demandas insatisfechas de los colectivos populares, que denomina “los de abajo”: trabajadores dependientes, feministas, LGTB, inmigrantes, grupos antiglobalización, desocupados, subsidiados, etc. Esta democracia populista habrá de ser eminentemente “agonista” o confrontativa, nunca “consensual”, pero Mouffe nunca propone la sustitución radical del régimen económico capitalista, la eliminación del Estado y la emancipación de toda supremacía, como lo hacía la izquierda tradicional, sino que promueve sólo su limitación e instrumentalización en el contexto de una política populista de izquierda.

Ahora bien, esta propuesta elaborada por Mouffe (ella reconoce que en conjunto con Ernesto Laclau) presenta algunas falencias y debilidades fácilmente detectables por una visión más integral y respetuosa de las realidades humanas; ellas pueden reducirse a cuatro:

- 1) El populismo de izquierda, si se tiene a la vista sus concreciones más conocidas, no parece que sea sustentable económicamente: sus pro-

puestas de cierre de la economía (antiglobalización) embaten contra el capital financiero, oposición a cualquier tipo de ajuste fiscal, desprecio de cualquier forma de “modernización” de la economía, conducen necesariamente a crisis graves y la mayoría de las veces sin solución a la vista, y que terminan pauperizando dramáticamente a los sectores denominados “populares”.

- 2) Estas crisis de sustentabilidad minan severamente el apoyo electoral de los regímenes populistas, que deben recurrir a unas fuerzas armadas ideologizadas y corruptas para mantenerse en el poder, así como a diferentes modalidades de fraude electoral; los casos de la Venezuela populista de Maduro o de la Nicaragua de Ortega son suficientemente ilustrativos en este aspecto. Y esto no parece que pueda calificarse razonablemente de “democrático”, ni siquiera propiamente “de izquierda”.
- 3) Todo esto avoca a una solución perversa: el empobrecimiento creciente de la población y el establecimiento tendencialmente mayoritario de una masa empobrecida, que ha de funcionar como electorado cautivo por el régimen populista, y sujeto a una extorsión sistemática de carácter demagógico y envilecedor.
- 4) Si bien Chantal Mouffe sostiene que el populismo que propone “no es una ideología” (p. 25), es claro que una corriente de pensamiento que se autodefine como una mera “construcción discursiva”, independiente de las realidades humanas concretas, actuales e históricas, y busca la movilización de “los de abajo” en procura de una “democracia radical” que resuelva los problemas de la política a través de una lucha “agónica” contra la oligarquía, reviste un claro sesgo ideológico, es decir, contrario a cualquier concepción realista de la política (es decir, adecuada a la condición humana y a la índole de las realidades práctico-sociales). Y esto se pone en evidencia cuando el populismo centraliza y absoolutiza la dimensión democrático-participativa-agonal de la política, dejando tajantemente de lado todas las restantes dimensiones inherentes al fenómeno político: la dialogal-consensual, la institucional-constitucional, la jurídica (gobierno del derecho y reparto justo), la correspondiente a la coordinación de conductas, la ética, etc., empobreciendo de este modo dramáticamente el fenómeno político y su desarrollo.

De este modo, no parece que la propuesta sintetizada por Chantal Mouffe plantee al hombre actual una alternativa axiológica y epistémicamente superadora de la opción republicana, participativa y racionalmente gobernada por el Derecho. Y esto se evidencia claramente por la ausencia

RECENSIONES

decisiva en la obra de Mouffe de cualquier mención, tanto a la experiencia de realidades humanas prácticas, a la libertad política y la dignidad personal, cuanto a los Derechos Humanos y al Estado de Derecho, que son los que hacen posible y hacedera una vida razonablemente humana.

CARLOS I. MASSINI-CORREAS

Fos Medina, Juan Bautista, *Santiago de Liniers. Un caballero cristiano*, Buenos Aires, Bella Vista, 2018.

La presente reseña bibliográfica tiene por objeto el reciente libro del Dr. Juan Bautista Fos Medina, quien nos deleita con una breve obra biográfica acerca de Don Santiago de Liniers y Bremond, el olvidado héroe de la Reconquista y Defensa de la ciudad de Buenos Aires durante las Invasiones Inglesas.

Se trata de setenta páginas enmarcadas en cuidada envoltura y editadas por Bella Vista Ediciones.

Si bien la obra realiza, de forma amena y elegante, un recorrido general sobre la vida de Liniers, hace hincapié y se detiene, como bien lo anticipa el subtítulo de su portada, en un aspecto que marca y sobrevuela toda la existencia del biografiado, su carácter de caballero cristiano.

Las primeras líneas principian por ubicar a Liniers dentro de su árbol genealógico familiar, enraizado, por línea paterna y materna, en aquellas antiguas familias francesas del *Ancien Régime* tan nutricias en hidalguía y caballerosidad, cuya esencia podría ser sintetizada, y bien traído está por el autor, con aquel viejo refrán de la aristocracia militar francesa: “*Mon ame a Dieu / la vie au Roy / l honnoeur a moi*” (“Mi amor a Dios/mi vida al Rey/el honor a mí”).

Perfecta y jerárquica aplicación del decálogo Divino. El amor para Dios sobre todas las cosas, la “pietas” del deber filial, el rechazo a todo pecado por vergonzante y deshonoroso.

Luego, el autor nos muestra cómo Liniers corresponde a su tradición familiar en el desempeño de su carrera militar y profesional: primero en la Francia de su nacimiento y, después, a través de los Pactos de Familia, sirviendo a la España de su adopción, donde vivió el momento más glorioso de su historia y de la nuestra, que él enalteció.

Tal fue la Reconquista de Buenos Aires, cuando, digno de un antiguo relato medieval y anacrónico aún para la misma época en la que aconteció, Don Santiago de Liniers y Bremond cumple con su cabal deber de caballero cristiano y, haciendo solemne voto frente a su Señora en la advocación del

Santo Rosario, en el Convento de Santo Domingo, se compromete a recuperar la ciudad para su legítimo trono y altar.

Son testigos mudos del fiel cumplimiento de esa promesa, las banderas tomadas al invasor que aún hoy escoltan a la Santísima Virgen, en el camarín lateral del mismo convento en que Liniers las ofrendara en agradecimiento de la victoria obtenida. Porque el héroe victorioso, en el momento mismo de su encumbramiento personal, se postra ante la Cruz y reza. Sabe, cristianamente sabe, Quién ha sido el autor de su gloria.

Acertadamente, y a renglón seguido, el Dr. Fos Medina nos coloca frente al instante postrero de la vida de Liniers y uno de los más deshonorosos de nuestra historia nacional: su fusilamiento.

Decimos acertadamente, porque es frente a la adversidad donde de verdad se puede conocer con precisión indiscutible la valía de una persona; y Liniers, ante su muerte injusta, cumplió acabadamente con las exigencias de su herencia y alcanzó la gloria. Como caballero, rechaza la Revolución y muere por mantenerse fiel al Rey; como cristiano, acepta su destino y se dispone a bien morir. Luego de rezar el Santo Rosario y recibir la confesión, invoca de rodillas a María Santísima y, ya en paz su alma, ordena él mismo que procedan con su ejecución.

Y es en esta secuencia final donde el autor nos regala un cierre inesperado de su obra, pero por demás certero: la extraña similitud que hay entre la muerte de Don Santiago de Liniers y la de Francois-Athanase Charette de la Contrie, Generalísimo del Ejército Católico de la Vendée, región del Oeste de Francia, quien enfrentó con éxito a las llamadas “tropas infernales” de la Revolución Francesa. Caro les costó a los campesinos vendeanos, dicho sea de paso, que sufrieron en represalia el primer genocidio de la historia moderna. Masacre cometida al son de la Marsellesa y con el lema de “Igualdad, Fraternidad y Libertad”. Pero esa es otra historia.

Si a este final y a lo dicho, le agregamos el cuerpo de imágenes y fotos aportadas, así como el prólogo, escrito nada menos que por el respetado historiador don Bernardo Lozier Almazán, sólo falta aconsejar la lectura de esta obra atrayente, amena y de ágil lectura, que hace un importante aporte al conocimiento de la personalidad, casi olvidada, y lamentablemente poco conocida, de uno de nuestros héroes mayores.

Por último, cabría anticiparse a cualquier comentario sobre la omisión de aspectos de la vida privada de Liniers, que sólo dejarían en claro que no fue un santo sino un hombre con debilidades, las que no opacan ni contradicen los caracteres sobresalientes de su personalidad. Y si aún así se pretendiera insistir en dicho aspecto, argumentaríamos con Petrarca: “*Un bel morir tutta una vita onora*”.

JUAN PABLO RIGANTI

Zambrano, Pilar - Saunders, William L. (Coords.), *Unborn Human Life and Fundamental Rights: Leading Constitutional Cases Under Scrutiny*, Peter Lang GmbH, 2019, 264 pages.

Perhaps at no point since the height of the international push for abortion in the mid-1990's has the issue of abortion as a "Human Right" taken on such force as it is doing right now. Just this month, abortion has been imposed on Northern Ireland by the UK Parliament in one of the most flagrant abuses of democratic processes in Great Britain's History. In the Republic of Ireland, pro-life advocates rightly feel that abortion has also been imposed on them by the European Court of Human Rights. In Jamaica, Poland, Croatia and many other countries around the world, the issue of abortion is currently (or at least very recently been) at the centre of political discourse.

Philosophically and morally, there are few issues which approach the question of defining the substance of what is being argued in such polarising terms as with the abortion debate. The question of whether the unborn child is a human life worthy of protection should be a binary yes or no. Instead, the issue has taken on a life of its own, bringing with it questions of personal and physical autonomy, science, religion, and the worth we should afford to the most vulnerable of our fellow human beings, the unborn child.

Given the heightened relevance of the abortion debate in international discourse in recent years, a book analysing the constitutional traditions and history of the abortion debate internationally is a welcome sight. This is precisely what the reader gets from *Unborn Human Life and Fundamental Rights: Leading Constitutional Cases Under Scrutiny*, edited by Pilar Zambrano and William L. Saunders.

Using Constitutional law experts from 12 different countries, the book essentially divides the subject matter into three distinct categories: common law jurisdictions, Europe and the European Court of Human Rights, and Latin America and the Inter-American Court of Human Rights.

Life, Liberty, Autonomy and the North American Way

The book begins in the United States with William Saunders excellent treatment of the constitutional creativity behind constructing a right to abortion vis-à-vis the express liberty clause of the 14th Amendment. He then talks about the greater impact of judicially dehumanising the unborn child in areas like embryonic stem cell research. Also focused on the United States, Prof. Gerald Bradley offers a thoughtful reflection on Judith Thompson's 1971 essay, *A Defense of Abortion*, where she posits that the pro-life position has failed to substantiate that abortion is the *unjust* killing of a human person. Bradley, looking at the Supreme Court's 2016 ruling in *Whole Women's Health v. Hellerstedt*, where the rights of the fetus were wholly subordinated to the mother's freedom to choose abortion, argues that Thompson's question becomes *the* question in the contemporary American abortion debate. He argues that raw power has supplanted reason in justifying abortion.

Dwight Newman takes us to Canada, where he analysis the long-term impact of the Canadian Supreme Court's 1998 ruling in *R. v. Morgentaler*. Not unlike the situation in the United States, *Morgentaler* was decided on the life and liberty clause of its most fundamental source of legal rights, the Canadian Charter of Rights and Freedoms. Newman looks at how that decision has defined fundamental rights dialogue in Canada by grounding liberty in the principle of autonomy. In doing so, the reasoning used in *Morgentaler* has led to the permissive treatment of other moral ills like drug injection sites, prostitution and euthanasia. This procedural creep in Canada, Newman argues, opens Canada to the much larger implications caused by a personal autonomy based jurisprudence.

The European Melange

Unlike North America and many of the other common law jurisdictions, the legal position of the status of the unborn child in European jurisprudence is far more diverse and divisive. Nowhere is this conflict more evident than perhaps Italy, where Prof. Salvatore Amato examines the grab bag that is Italian jurisprudence about the unborn child. This conflict, he argues, stems from the Constitutional Court's 1975 ruling which found that while the fetus is a human individual, it is not a human person. This has resulted in inconsistent rulings where the unborn child has at times received greater legal protection while at others lesser treatment. As he so masterfully establishes, this contradiction in the law creates significant problems

in striking a balance between protecting human life on the one hand and regulating emerging reproductive technologies on the other.

Prof. Angel Gómez Montoro provides a clear, concise and exemplary history of the gradualist reduction of the rights of the unborn child in Spain, largely through the continuing legislative and judicial dialectic often predicated by the legislative intervention of socialist governments. The degradation of protections for the unborn, Prof. Montoro argues, has essentially made any such protections meaningless, as has been highlighted in the legislation and litigation surrounding reproductive technologies and research on the embryo.

Poland provides a wholly different picture, as demonstrated by Jerzy Ferencz and Prof. Aleksander Stepkowski. The authors follow the history of abortion in Poland where liberal abortion laws were imposed on the nation by the totalitarian Nazi and Soviet regimes. The chapter then looks at the emergence of Poland's robust right to life jurisprudence, highlighted by the Constitutional Court ruling in *K 26/96* which recognised the right of the unborn child prenatally and prohibited abortions for social reasons. It also reviewed the various Acts promulgated by the post-Communist Polish parliament and the 1997 Constitution. This chapter provides a positive contrast to the general trend followed by other nations highlighted in the book; whereby judicial intervention provided the basis for the protection of the unborn child.

The highly respected pro-life barrister and professor William Binchy provides an impressive and engaging breakdown of the situation in Ireland and how domestic court decisions coupled with outside campaigning forces, including international agencies and the Grand Chamber of the European Court of Human Rights, held great sway over public opinion leading up to the May 2018 referendum on abortion. Intriguingly, Prof. Binchy names names, specifically calling out Amnesty International and the Open Society Foundation for their tampering in Irish domestic affairs. He nonetheless offers hope, noting that the Eighth Amendment has saved thousands of lives and that pro-lifers have already committed themselves to the challenge of righting this wrong and restoring full protection for the lives of our unborn brothers and sisters.

Latin America, International Law and Textual Hermeneutics

Prof. Juan Cianciardo opens the book's examination of Latin America. He looks at the Inter-American Court of Human Rights judgment in *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*, where the Court found Costa Rica to be in breach of its treaty obligations by prohibiting *in vitro* fertilization. Prof. Cianciardo

argues that the Court has exceeded its jurisdiction, pointing to the paradox in its reasoning that scientific disagreements in relation the value of unborn human life should impose upon states subject to the American Convention on Human Rights the obligation to authorise *in vitro* fertilization procedures. One of Prof. Cianciardo's central thesis' in the chapter, one which applies equally to the often skewed and anaemic proportionality test applied by the European Court of Human Rights, is that the Court's ruling was not the only way of reaching its final decision, but it was nonetheless the path that restricted the political choices of the State the greatest. Such an analysis breaches the international legal norms of respecting subsidiarity and finding the least restrictive means of limiting a fundamental right.

Prof. Pilar Zambrano looks at the seismic shift in legal reasoning among the four leading Argentinian Constitutional Court cases dealing with the issue of abortion, and analyses the legal hermeneutic the Court used in coming to such different conclusions using the same international legal sources. She summarises the question of textual interpretation well by arguing that there are only two choices: either fundamental rights are social constructions that precede and determine their own reference, or else their reference -some basic human good- precedes and determines their meaning.

Staying in South America, Professors Alejandro Miranda and Sebastián Contreras provide an excellent commentary on Chile's Constitutional Court's decision which declared the "morning after pill" unconstitutional. The Court based its findings on two principles. The first is that life begins at the moment of conception and therefore, from that point forward, the unborn child is a rights holder enjoying the protections afforded other human individuals or persons. Second, using the *pro homine* principle, the Court is bound, where there is doubt between two positions (in this case whether the "morning after pill" is an abortifacient or not), to choose the position which most favours life. While Miranda and Contreras agree that the Court's reasoning was generally correct, they lament the lack of more solid intellectual underpinning which could survive scrutiny under circumstances such as when a woman who has been raped seeks to use the pill.

Professors Hugo S. Ramírez García and José María Soberanes Diez examine Mexican abortion jurisprudence, positing the thesis that the protection of unborn life in Mexico has not been exclusively the result of general statutory rules, especially constitutional norms, but it has ultimately been shaped by what the authors call creative judges, who interpret and apply these norms. The authors use the term constitutional norms, arguing that the constitutional regime itself does not recognise any justification for the deprivation of any human life, but that an underlying interpretive problem exists which has related to the question of when human life begins. The authors do a superb job navigating and making accessible the complex

procedural aspects of Mexican constitutional deliberations, and the interplay between Mexico's 31 states, their local constitutions, and how state matters are dealt with at the federal level.

Prof. Luis Castillo Córdova gives an inspired lesson in Constitutional law interpretation from Peru, where he analyses the Constitutional Court's ruling in case *STC N° 02005-2009-PA/TC*, where the Court determined that the distribution of the so-called "morning after pill" was violative of the Peruvian Constitution's protection of unborn life at Article 2.1: "*Every person has the right to life [...] The unborn child is a holder of rights, in any event which is beneficial for him*". Prof. Córdova notes that it is uncontroversial to argue that constitutional court judges within a constitutional system of law play an active role in the creation of law by creating constitutional norms. Using the concept of derivative norms (which are defined as indirectly established constitutional norms which are valid where it is possible to provide a correct constitutional justification for them under a directly established norm) he analyses the Court's reasoning in *STC N° 02005-2009-PA/TC*. He artfully defends the position of the Court by unpacking its two most fundamental points of constitutional interpretation within the aforementioned framework: (1) human life commences with fertilization; and (2) the principle of caution requires that life be protected where there is any uncertainty as to the abortifacient qualities of the "morning after pill".

The book is closed by John Finnis, who in his typical brilliance, provides substantial insight into what the other authors have developed, and provides an impassioned defense of the unborn child. Finnis laments that: "*[...] the entrusting of human rights to the judicial branch of constitutional order has –over the past 50 years– turned out to be at best a thoroughly inadequate means of protecting those rights against popular or legislative abuse or neglect, and at worst has eased the way for strong persons to exercise an abusive dominance over the weakest*".

The book is an excellent resource for anyone interested in the abortion debate, pro-life campaigners, constitutional scholars and those fascinated with comparative jurisprudence. It is a book equally valuable to the university student as it is to the recreational reader. Rarely has an issue polarised societies, courts, and the political class the way abortion has. Too much is at stake not to be informed. In that sense, the book provides an excellent road-map to perhaps the greatest moral question facing our generation today. It is well worth the read.

ROGER KISKA

PRUDENTIA IURIS

NORMAS DE PUBLICACIÓN

A) Normas referidas a cada sección

I. Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana

Se publicarán en esta sección artículos de investigación o notas y comentarios que se relacionen con la Cátedra, incluyendo ponencias y comunicaciones que se presenten en Jornadas atinentes a la Cátedra que a criterio de la Dirección Editorial merezcan ser publicadas por su relevancia académica. Los requisitos son los mismos que para las Secciones “Artículos de investigación” y “Notas y comentarios” según sea la índole del texto.

II. Artículos de Investigación

- 2.1. Se publicarán dentro de esta sección trabajos que cumplan con los siguientes requisitos:
 - que el tema tratado realice aportes científicos y ofrezca conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento;
 - que exista coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones;
 - que la bibliografía sea actualizada y pertinente con la temática y que el texto sea inédito.
- 2.2. Los trabajos enviados a esta sección no podrán tener una extensión menor a las 4.000 ni mayor a las 12.000 palabras.
- 2.3. Estos trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores conforme al procedimiento respectivo.
- 2.4. Los trabajos de investigación propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos sin autorización de la revista *Prudentia Iuris*. Los autores

harán constar a través del sistema de gestión en línea de la Revista, o bien por una carta firmada remitida, la originalidad del texto.

- 2.5. El trabajo deberá enviarse con el título en idioma castellano, inglés e italiano; un resumen de entre 100 y 150 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma castellano, inglés e italiano. Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada. El resumen debe ser una descripción abreviada del contenido del artículo mencionando sólo la idea central y los puntos principales. Debe ser breve, exacto y claro en el lenguaje evitando la redundancia.

III. Notas y Comentarios

- 3.1. Se publicarán en esta sección trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. La extensión debe ser menor a 4.000 palabras.
- 3.2. Los trabajos propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos sin autorización de la revista *Prudentia Iuris*. Los autores harán constar a través del sistema de gestión en línea de la Revista, o bien por una carta firmada remitida, la originalidad del texto.
- 3.3. Deberá enviarse el título en idioma original, en inglés y en italiano; un resumen de entre 100 y 150 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original, en inglés y en italiano. Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada. El resumen debe ser una descripción abreviada del contenido del artículo mencionando sólo la idea central y los puntos principales. Debe ser breve, exacto y claro en el lenguaje evitando la redundancia.
- 3.4. Los trabajos se someterán a evaluación por un árbitro externo conforme a las normas respectivas.

IV. Documentos y crónicas

La Dirección Editorial de *Prudentia Iuris* seleccionará para cada número aquellos documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista, tales como textos del Magisterio de la Iglesia, Declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas y Científicas, etc. Igualmente se incluirán en esta sección crónicas de actividades académicas o de relevancia para el ámbito de la investigación jurídica.

Recensiones:

Se publicarán en esta sección reseñas de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 2.000 palabras. Los trabajos, para su inclusión en esta sección, deberán ser aprobados por, al menos, un miembro del Comité Editorial.

Proceso de revisión por pares

Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido de la Dirección Editorial, para discernir la originalidad, relevancia e interés científico y decidir su aceptación o no para la publicación. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada, brindando los motivos respectivos. En caso de desacuerdo con la decisión, el eventual pedido de reconsideración será sometido al Comité Editorial de la Revista.

Además, la Revista hace una corrección preliminar de estilos. Por ese motivo, los autores pueden recibir sugerencias o una versión revisada del texto o ser consultados para solucionar dudas, antes de iniciar el proceso de arbitraje.

Prudentia Iuris sólo iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las normas de publicación. La adaptación de los originales a las normas de la Revista es responsabilidad de los autores. La Revista no cobra aranceles por el proceso de evaluación de trabajos para publicación.

Los textos enviados a *Prudentia Iuris* para las secciones que requieren evaluación por pares serán evaluados por uno o dos especialistas externos a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, designados por la Dirección de la Revista. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros. La Dirección Editorial asegurará el anonimato del artículo eliminando del texto y archivo los nombres o referencias al autor.

Los árbitros solicitados, previa aceptación del arbitraje, deberán evaluar los trabajos conforme a las normas de publicación, según el formulario correspondiente y guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.

El plazo para la realización del arbitraje desde su aceptación será como máximo de 30 días. Como agradecimiento a su colaboración se le entregará al árbitro un ejemplar del número de la Revista en que hubiere intervenido y se le expedirá un certificado por su actuación. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado - Aprobado con cambios opcionales - Aprobado con cambios obligatorios, a verificar por la Dirección Editorial - Aprobado con cambios obligatorios, a ve-

rificar por el árbitro - Rechazado. El dictamen será comunicado al autor, garantizando el anonimato del árbitro. En caso de que se trate de un texto aprobado con sujeción a cambios, el autor contará con un plazo de 30 días para el envío de la nueva versión. Por su parte, en caso que corresponda, el árbitro deberá verificar las correcciones en un plazo de 15 días.

En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Comité Editorial de la Revista.

En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación, sea por el árbitro académico, o bien por la Dirección Editorial, según corresponda.

Frecuencia de publicación

Prudentia Iuris es una publicación semestral. Los números son publicados en la primera semana de los meses de junio y diciembre de cada año.

Política de acceso abierto

La revista *Prudentia Iuris* adhiere a la filosofía del acceso abierto a la literatura científica, permitiendo descargar, distribuir, copiar e imprimir su material sin restricciones, asegurando así el cumplimiento de dos objetivos fundamentales:

- Acceso irrestricto a la información, sin barreras económicas, legales o técnicas.
- Aumento de visibilidad e impacto de la institución y de sus investigadores.

Indexación

Prudentia Iuris se encuentra incluida en la base de datos ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Académico y REBIUN. Todos los contenidos también pueden ser encontrados en la Biblioteca Digital de la Universidad.

Política de detección de plagio

El procedimiento de control de plagio de *Prudentia Iuris* involucra las siguientes etapas:

- En las instrucciones a los autores es manifiesta la exigencia de originalidad de los trabajos presentados.
- A la par, la presentación de trabajos inéditos es un requisito excluyente de aceptación de originales.
- Se exige también a los autores la mención explícita de las fuentes en todas las citas, de acuerdo con las normas de la revista.
- Una vez recibidos, los trabajos pasan por el control simultáneo de las siguientes herramientas de software anti-plagio: Plagium, Plagiarism Checker y Plagiarisma.

- La revista no publicará el texto enviado por un autor si: se detectara plagio total o parcial del texto o se localizara el artículo ya publicado por el mismo autor.
- En los casos mencionados, se comunicará al autor el motivo de rechazo explicando de manera clara las evidencias del plagio.

Código de conducta y buenas prácticas

La revista *Prudentia Iuris* adhiere al Código de conducta y buenas prácticas establecido por el Committee on Publication Ethics (COPE). De acuerdo con este Código, los editores son responsables de todo el contenido publicado en su revista y, por lo tanto, se comprometen a:

- Esforzarse por satisfacer las necesidades de sus lectores y autores.
- Procurar la mejora continua de la revista.
- Disponer de procesos para asegurar la calidad del material que publican.
- Defender la libertad de expresión.
- Mantener la integridad académica del contenido publicado.
- Evitar que cuestiones comerciales comprometan estándares intelectuales y éticos.
- Publicar correcciones, aclaraciones, retractaciones y disculpas cuando sea necesario.

B) Normas referidas a los autores

1. Los autores se registrarán en el sistema de gestión en línea de la Revista (<http://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>) para el envío de sus contribuciones, debiendo completar los datos personales y los de la institución a la que pertenecen. El autor deberá indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista.
2. Se autorizará a los autores a que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia del número de *Prudentia Iuris* en el cual haya aparecido.
3. Los autores recibirán como agradecimiento y cortesía dos ejemplares del número de *Prudentia Iuris* en el que fue publicado su artículo.
4. Los autores de los artículos publicados además cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional y al Portal de Revistas de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica. Las

obras estarán sujetas a las licencias Creative Commons conforme se indica en el sitio de internet de la revista: <http://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>.

5. Los autores deberán declarar además todo lo relacionado con algún conflicto de intereses, por ejemplo, si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.
6. Los autores deberán declarar la originalidad de los trabajos enviados conforme a las normas de publicación. La Revista revisará que no se incurra en plagio a través del sistema Plagium (<https://www.plagium.com/>) y de la búsqueda de coincidencias por Google Scholar. En caso de detectarse esta situación, el trabajo será rechazado.
7. La Revista adhiere al Código de Ética del Comité de Ética en las Publicaciones (Committee on Publication Ethics - Code of Conduct and Best Practices Guidelines for Journals Editors, COPE) y los autores al remitir los trabajos se comprometen a cumplir tales normas.
8. Para las secciones de Recensiones y Crónicas, excepcionalmente, a criterio de la Dirección Editorial, se aceptarán trabajos de alumnos de grado de destacado desempeño académico.

Formato básico para textos y citas bibliográficas:

- Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra Times New Roman: NEGRITA DE 14 puntos para el título, negrita y cursiva de 12 puntos para los subtítulos de primer nivel, cursiva de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel, 12 puntos para el cuerpo del texto y 10 puntos para las notas a pie de página. El título deberá ser acompañado además por una versión en inglés en letra Negrita de 11 puntos Times New Roman.
- Citas bibliográficas: Seguimos las normas internacionales de referencia pautadas por APA (American Psychological Association) que se utilizan en las publicaciones atinentes a las Ciencias Sociales.
- Libros: Apellido autor, Iniciales nombre autor. (Año). Título en cursiva. Ciudad. Editorial.
Ej. Gilson, É. (1997). *El realismo metódico*. Madrid. Encuentro.
- En versión electrónica: Apellido, A. A. (Año). Título. Recuperado de <http://www.www>.
Ej. Carpintero Benítez, F. (1999). *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Recuperado de.
- Capítulo de un libro: Apellido, A. A. "Título del capítulo". En A. A. Apellido. Título del libro (páginas). Ciudad. Editorial.

- Ej. Barrow, R. H. (1980), “El genio práctico romano”. En Barrow, R. H. *Los romanos* (35-48). Buenos Aires, FCE.
- Artículos científicos: Apellido autor, Iniciales nombre. (Año). Título del artículo. Nombre de la Revista (cursiva), Volumen, Número, Páginas.
Ej. De Martini, S. M. A. (Junio 2013). Raíces ideológicas de la perspectiva de género. *Prudentia Iuris*, Nro. 75, 67-89.
 - Conferencias, Ponencias en Simposio o Congresos: Apellido autor (es), Iniciales nombre. (Año). Título de la conferencia o ponencia. “En” Nombre del editor (Ed.), Nombre del Congreso, Simposio o Jornada (cursiva) (páginas). Ciudad. Editorial.
Ej. Arias de Ronchietto, C. E. (2003). Reglamentación legal de la filiación por dación o abandono del concebido crioconservado y reglamentación legal de las técnicas de procreación humana asistida en la República Argentina. En Casiello, J. J. y Nicolau, N. L. (Eds.), *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Tomo 1, 37-44). Rosario. Lux.
 - Artículo de diario: Apellido autor, inicial del nombre (año, día y mes). Título del artículo. Nombre del diario (cursiva), páginas.
Ej. Ventura, A. (2013, 29 de noviembre). La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso. *La Nación*, 7.

La Dirección de *Prudentia Iuris* se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.

