

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA
FACULTAD DE DERECHO
Córdoba - Argentina



REVISTA DE LA FACULTAD

DÉCIMO ANIVERSARIO DE LA NUEVA SERIE

Vol. X • Nº 2 • NUEVA SERIE II (2019)



*Incorporada a LATINDEX (Índice Latinoamericano de Publicaciones Científicas Seriadadas) (Nivel I)

*Incorporada al NÚCLEO BÁSICO DE REVISTAS CIENTÍFICAS ARGENTINAS- CAICYT (Nivel I)

*Incorporada a LatinREV (FLACSO Argentina)

*Incorporada a la Red Federal de Revistas Jurídicas Universitarias

*Incorporada a SciELO (Scientific Electronic Library Online)

ISSN 1850-9371 (Impresa) ISSN 2314-3061 (En línea)

DIRECTOR HONORARIO

Víctor F. Reinaldi

DIRECTORA

Zlata Drnas de Clément

SECRETARIA

Carla Saad

COMITÉ DE REDACCIÓN

CONSEJO ASESOR

Marcela Aspell (CONICET - Argentina)

Manlio Bellomo (Universidad de Catania- Sicilia - Italia)

José Antonio Escudero López (UNED - España)

Gonzalo Fernández (Universidad Nacional de Córdoba - Argentina)

Carlos Garriga (Universidad del País Vasco - España)

Hortensia Gutiérrez Posse (Universidad Nacional de Buenos Aires - Argentina)

Ricardo Haro (Universidad Blas Pascal)

Waldemar Hummer (Universidad de Innsbruck - Austria)

Alicia Morales Lamberti (Universidad Nacional de Córdoba-Argentina)

Juan Carlos Palmero (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - Argentina)

Antonio Remiro Brotóns (Universidad Autónoma de Madrid - España)

Horacio Roitman (Universidad Empresarial Siglo 21 - Argentina)

Jorge Horacio Zinny (Universidad Nacional de Córdoba)

CONSEJO DE REDACCIÓN

UNC

José C. Bocchiardo

Eduardo Fanzolato

Alberto Zarza Mensaque

Ricardo Mirolo

Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará

Ernesto J. Rey Caro

Efraín Hugo Richard

Rafael Vaggione

Dirección, redacción y correspondencia

Caseros 301, piso 1, 5000 Córdoba-RA

Tel. 0054 351 4332059

revistafacultad@derecho.unc.edu.ar

facultadrevista@yahoo.com.ar

AUTORIDADES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

RECTOR

Hugo JURI

VICERRECTOR

Ramón Pedro YANZI FERREIRA

FACULTAD DE DERECHO
(2018-2021)

DECANO

Guillermo BARRERA BUTELER

VICEDECANO

Edgardo GARCÍA CHIPLE

SECRETARIO ACADÉMICO

Alejandro FREYTES

PROSECRETARIA ACADÉMICA

María RUÍZ JURI

SECRETARIA DE CIENCIA Y TÉCNICA

Amalia URIONDO DE MARTINOLI

SECRETARIO LEGAL Y TÉCNICO

Victorino SOLÁ

SECRETARIO ADMINISTRATIVO

Ricardo Daniel EREZIAN

SECRETARIO DE ASUNTOS ESTUDIANTILES

Diego Agustín AGUDO

PROSECRETARIO DE ASUNTOS ESTUDIANTILES

Antonio KOGUC BATIUSZK

Ricardo Daniel EREZIAN

SECRETARIO DE POSTGRADO

Edgardo GARCÍA CHIPLE

PROSECRETARIA DE POSTGRADO

Susana BORGARELLO

SECRETARIO DE EXTENSIÓN Y RR II

Jorge E. BARBARÁ

PROSECRETARIA DE RR II

Laura CALDERÓN

PROSECRETARIO DE EXTENSIÓN

Pablo Cesar MINA GUZMÁN

SECRETARIO DE GRADUADOS

Maximiliano RAIJMAN

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

DIRECTOR

Esteban LLAMOSAS

COORDINADORA ACADÉMICA

María Alejandra STICCA

COORDINADORA DE EXTENSIÓN

María Cristina DI PIETRO

HONORABLE CONSEJO DIRECTIVO

PROFESORES TITULARES

TITULARES

*José Palazzo
Gabriel Ventura
Ramón Daniel Pizarro*

SUPLENTES

*Margarita Llabrés
Rosa Ávila Paz de Robledo
Aldo Novak*

PROFESORES ADJUNTOS

TITULARES

*Leonardo González Zamar
Andrés Rossetti
Mariana Sánchez*

SUPLENTES

*Osvaldo Allione
Silvana M. Chiapero
Carlos Echegaray de Maussion*

DOCENTES AUXILIARES

TITULARES

*Laura M. Echenique
Eduardo Valdés
Christian G. Sommer*

SUPLENTES

*Marcelo Jaime
Silvia Díaz
Mariano Pelliza Palmes*

EGRESADOS

TITULARES

*Marcelo Echenique
Eduardo Sarsfield*

SUPLENTES

*José A. Leo
Roberto Espinoza*

ESTUDIANTES

TITULARES

*Carlos María Aquino
Micaela Josefina Fernández
María Agustina Restelli
Milena Taurián
Lucas Gabriel Pereyra
Dibe Macarena Zaide*

SUPLENTES

*Gisella Martínez
Ayrton Uriel Sangoy
Melisa Oliva Olmos
Rosario Sferco
Sofía Agustina Suárez
Marcelo Andrés Bizzarri*

NO DOCENTES

TITULAR

María Victoria Maurizi

SUPLENTE

Yamila Borrego

FACULTAD DE DERECHO (UNC)
REVISTA DE LA FACULTAD. Vol. X • Nº 2• NUEVA SERIE II (2019)

ÍNDICE

Reglamento de la Revista - Normas editoriales XI

DOCTRINA E INVESTIGACIÓN

DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL DE FAMILIA
HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL FAMILY LAW
Adriana Dreyzin de Klor 1

**LENGUAJE, INTENCIONALIDAD Y CONCIENCIA. CONDICIONES DE
POSIBILIDAD PARA LA EXISTENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL
RECONOCIMIENTO DE LA DIGNIDAD DEL HOMBRE**
*LANGUAGE, INTENTIONALITY AND CONSCIOUSNESS. POSSIBILITY CONDITIONS
FOR THE EXISTENCE OF THE HUMAN RIGHTS*
Angélica María Rodríguez Ortiz 13

VIVIENDA Y DERECHO DE LA VEJEZ: PERSPECTIVA JURÍDICA TRIALISTA
HOUSING AND ELDER LAW: TRIALISTIC LEGAL PERSPECTIVE
María Isolina Dabove 29

**EL TRATADO INTERAMERICANO DE SOLUCIONES PACÍFICAS. UNA
EVALUACIÓN A 70 AÑOS DE SU ENTRADA EN VIGOR**
*THE INTER-AMERICAN TREATY OF PACIFIC SOLUTIONS. AN EVALUATION AT 70
YEARS OF ITS ENTRY INTO FORCE*
Leopoldo M. A. Godio 47

LA BIOPROSPECCIÓN: UN DESAFÍO AL SISTEMA JURÍDICO ANTÁRTICO
BIOPROSPECTING: A CHALLENGE TO THE ANTARCTIC LEGAL SYSTEM
Graciela R. Salas 71

**LA CONSTRUCCIÓN DE LAS POLÍTICAS AMBIENTALES: SU EXPRESIÓN
EN LA FORMULACIÓN NORMATIVA PROVINCIAL**
*THE CONSTRUCTION OF ENVIRONMENTAL POLICIES: ITS EXPRESSION IN THE
PROVINCIAL NORMATIVE FORMULATION*
Marta S. Juliá - María Eugenia Perez Cubero 85

VII

<p>SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE UNA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL. EL CASO DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA <i>ON THE IMPOSSIBILITY OF A CONSTITUTIONAL LEGAL SCIENCE. THE CASE OF ARTICLE 19 OF ARGENTINEAN NATIONAL CONSTITUTION</i> <i>Juan Iosa</i></p>	109
<p>FEDERALISMO DELIBERATIVO: UN MODELO OBJETADO DURANTE LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA PAMPEANA <i>DELIBERATIVE FEDERALISM: AN OBJECTED MODEL DURING THE PAMPEAN DEMOCRATIC TRANSITION</i> <i>Nicolás Emanuel Olivares</i></p>	123
<p>COORDINACIÓN INTERGUBERNAMENTAL EN MATERIA FISCAL EN EL NUEVO FEDERALISMO SUBNACIONAL ARGENTINO <i>INTERGOVERNMENTAL COORDINATION IN FISCAL MATTERS IN ARGENTINE SUBNATIONAL FEDERALISM</i> <i>Marcelo Bernal - Valeria Bizarro</i></p>	151
<p>EL SISTEMA TRIBUTARIO ARGENTINO. BREVE CONSIDERACIÓN SOBRE SU EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL <i>THE ARGENTINE TAX SYSTEM. A BRIEF CONSIDERATION ABOUT ITS EVOLUTION AND CURRENT SITUATION</i> <i>Cristian Altavilla</i></p>	171
<p>LA ACCIÓN DE AMPARO COMO MEDIO JUDICIAL IDÓNEO PARA LA OBTENCIÓN DE MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS DE ALTO COSTO <i>THE ACTION OF AMPARO AS THE IDEAL JUDICIAL MEANS FOR THE OBTAINING OF HIGH-COST MEDICATIONS AND TREATMENTS</i> <i>Matías Dante Berardo</i></p>	201
<hr/>	
JURISPRUDENCIA	
<p>LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EMERGENTES <i>IN DUBIO PRO NATURA</i> E <i>IN DUBIO PRO AGUA</i> EN LA DOCTRINA JUDICIAL DE LA CORTE SUPRE- MA DE JUSTICIA: DIMENSIONES SISTÉMICAS, AXIOLÓGICAS Y HER- MENÉUTICAS <i>THE APPLICATION OF THE EMERGING PRINCIPLES IN DUBIO PRO NATURA AND IN DUBIO PRO AGUA IN THE JUDICIAL DOCTRINE OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE: SYSTEMIC, AXIOLOGICAL AND HERMENUTIC DIMENSIONS</i> <i>Alicia Morales Lamberti</i></p>	217

CRÓNICAS E INFORMACIONES

Ciencia, Derecho y Sociedad. Editorial de la Facultad de Derecho	243
Gestión administrativa en la Facultad	244
Formación académica	245
Formación en posgrado	247
Actividades en investigación	250
Ciencia y Técnica	250
Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales	251
Actividades de extensión y relaciones internacionales	255
Actividades para graduados	257
<i>Carla Saad</i>	

RECENSIONES

BADIA MARTÍ, A. M. (Dir.), HUICI SANCHO, L. (Coord.). <i>Agua, recurso natural limitado. Entre el desarrollo sostenible y la seguridad internacional</i>, Marcial Pons, Madrid, 2018, 235 páginas.	
<i>José Manuel Sobrino Heredia</i>	261
GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S. (Directora). <i>Estándares internacionales de derechos humanos aplicables al instituto de extradición. Su incidencia en la práctica argentina</i>, Universidad de Buenos Aires, SGN Editora, Buenos Aires, 2018, 287 páginas.	
<i>Zlata Drnas de Clément</i>	263
PERALTA José Milton (Director). <i>Fundamentos del Derecho Penal y los delitos de cuello blanco</i>, 1ª ed., Alveroni Ediciones, Córdoba, 2018, 268 páginas.	
<i>Gisela Jamardo - Paula Reale</i>	267
SCOTTI, Luciana B. - GODIO, Leopoldo A. (Directores) <i>Anuario, Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración</i>, Tomo 4 (2017), IJ Editores, Buenos Aires, 2018, 449 páginas.	
<i>Zlata Drnas de Clément</i>	273
TANZI, Attila M. <i>Derecho internacional. Una introducción</i>, Astrea - G. Giappichelli Editore, Buenos Aires, 2019, 216 páginas.	
<i>Leopoldo M. A. Godio</i>	274

REGLAMENTO DE LA REVISTA

NORMAS EDITORIALES

1. Naturaleza y objetivos de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

La Revista es continuación de la publicación del mismo nombre que se editara entre 1993 y 2000, la que, a su vez, prosiguiera la labor de los antiguos *Anales* y el *Boletín de la Facultad*. Es una publicación impresa, científica, arbitrada, con una periodicidad de dos números por año, cuyo propósito es difundir en el ámbito jurídico profesional, académico y educativo, los estudios llevados a cabo en la Escuela de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales sin privilegiar perspectivas, ni poseer orientación particular. Su objetivo es presentar la producción científica de sus miembros y colaboradores a la comunidad académica jurídica, estimular la difusión de la labor científico-académica de sus docentes, la aproximación interdisciplinaria y la provisión de materiales para los aprendizajes de los estudiantes. Los Profesores de la casa son invitados naturales a presentar contribuciones a la Revista, si bien recibe colaboraciones de autores ajenos a la entidad editora. Sólo admite trabajos inéditos no propuestos simultáneamente a otras publicaciones periódicas. La Revista cuenta con un Consejo Asesor y un Consejo de Redacción. La Revista no se hace responsable por los contenidos de los artículos publicados, ni por las opiniones emitidas por los autores. La presentación de los trabajos implica la aceptación expresa del autor de las normas editoriales del presente reglamento.

En líneas generales, las fechas de cierre para la recepción de trabajos en el primer y segundo semestres son 15 de marzo y 15 de septiembre de cada año, respectivamente.

2. Contenido de la Revista

Cada número contará con las siguientes secciones: a) Doctrina; b) Jurisprudencia (notas a fallo); c) Crónicas; d) Recensiones; f) Cualquier otro ítem que a consideración del cuerpo directivo se estime conveniente incorporar.

3. Lineamientos para los trabajos

El trabajo deberá seguir los siguientes lineamientos:

3.1. Extensión

Los artículos de doctrina al igual que las notas a fallo no deberán sobrepasar la cantidad de 20 páginas.

3.2. Forma del escrito

El escrito debe entregarse en impreso en hojas blancas, en papel tamaño A4, en letra Times New Roman, tamaño 12, a simple espacio, escrito de un solo lado y sin enmiendas. Se entregará en Caseros 301, piso 1, 5000 Córdoba-Argentina, en tres copias, una de las cuales deberá carecer de toda referencia, incluso de notas que permitan identificar el autor. Las demás copias, al igual que un CD a adjuntar a la presentación, deberán consignar el nombre del autor y del archivo. Asimismo, el trabajo deberá enviarse por correo electrónico a facultadrevista@yahoo.com.ar

El archivo deberá estar confeccionado en Word para Windows.

La *Portada* deberá contener: a) Título en español e inglés; b) Nombre del autor o autores, acompañándose al pie con asterisco las referencias al o a los mismos en no más de cinco renglones, relativas a la máxima titulación, función académica, correo electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés (máximo de 15 renglones); d) Palabras-clave en español e inglés (máximo cinco expresiones).

3.3. *Abreviaturas y otros signos*

Todas las abreviaturas que se empleen deberán estar expresadas en forma completa la primera vez que se las utilice. Los símbolos estadísticos o algebraicos utilizados se colocarán en *itálica*, salvo que se empleen letras griegas.

Las siglas, al igual que los años no llevarán punto. Por ejemplo: ANSESS, AFIP, CSJN, TSJ, 2000, 2010. Los títulos no llevarán punto.

Las expresiones "artículo", "decreto", "resolución", "inciso", "disposición", "instrucción" y "ley" irán en minúscula y desarrolladas.

Si se usan comillas dentro de un texto mayor que ya está entrecomillado, las comillas encerradas deberán ser simples.

Las llamadas de las notas de pie de página irán con número, en superíndice, sin paréntesis.

El punto será el último signo de la frase (después de las comillas, después del número de la llamada de nota de pie de página). Ejemplo: "*III. Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes (...)*".

Para destacar palabras o textos se usará *itálica* (no negrita, no subrayado). Los números de las normas no llevarán punto. En cambio, sí lo llevarán los números de los expedientes y las cifras monetarias. Los meses deberán escribirse con minúscula.

Las designaciones generales irán en minúscula (ej.: "juez", "tribunal", "presidente"), mientras que las designaciones específicas llevan mayúscula inicial (ej.: Tribunal Federal N° 1).

El inciso deberá llevar un paréntesis de cierre luego de su numeración o denominación. Por ej.: inciso 1), inciso a).

Las locuciones latinas no castellanizadas y los extranjerismos deberán figurar en *itálica*.

3.4. *Tablas y figuras*

Todas las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla. Todas las tablas y figuras serán mencionadas en el texto y estarán numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

3.5. *Citas de pie de página*

3.5.1. *Citas bibliográficas en trabajos jurídicos*

Cuando se efectúen citas bibliográficas en notas de pie de página, las mismas deberán indicar:

-el apellido con mayúscula seguido de coma y el nombre con minúscula salvo la letra inicial seguido de punto, o el apellido e inicial/es del/los nombre/s del autor con mayúsculas y punto;

-el título del trabajo en bastardilla sin comillas, si se trata de título de libro;

-el título del trabajo entre comillas y en letra de imprenta si éste corresponde a una publicación periódica u obra conjunta. Cuando se trate de publicación periódica, se indicará en bastardilla el nombre de la publicación, completándose con letra de imprenta y en el orden indicado los datos de volumen, número, año de edición, página/páginas de referencia. Cuando se trate de obra conjunta, se indicará con letras mayúsculas el apellido e inicial/es del/los nombre/s del responsable de la obra y en bastardilla el título de la obra conjunta. El resto de datos será del mismo tenor que el de una publicación periódica.

Ejemplos: RUBINSTEIN, Santiago. *El dolor como daño autónomo resarcible*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 22. y pp. 24-28, o RUBINSTEIN, S. *El dolor como daño autónomo resarcible*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 22 y pp. 24-28; LAURENZO COPELLO, P. "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", *Jueces para la Democracia*, N° 34, Madrid, 1999, p. 8; DOUGLAS DURÁN, C. "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en GONZÁLEZ OVIEDO, M. - TIFFER SOTOMAYOR, C. (Coords.) *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, UNICEF, San José, 2000, pp. 45-47.

3.5.2. Citas de jurisprudencia

En las citas se consignará: Tribunal, "Autos" (siempre entre comillas), Sala, fecha, publicación, página. Ej.: TSJ Cba, Sala Laboral, "Vivas, Raúl c/Perkins Argentina S.A.", abril 25-983, La Ley Córdoba, 984-516.

3.5.3. Citas electrónicas

Las citas electrónicas indicarán la página web y la fecha de consulta.

4. Material a presentar con el trabajo

Los trabajos presentados deberán estar acompañados por:

-Nota dirigida a la Dirección de la Revista, solicitando la publicación del trabajo; declaración jurada en la que el autor haga presente que ha respetado las normas vigentes en materia de propiedad intelectual y se hace responsable de cualquier violación a las mismas.

-Breve *curriculum vitae* (diez renglones como máximo).

5. Corrección de pruebas

La Revista habitualmente da a los autores la corrección de las pruebas de sus artículos. Las correcciones han de ser devueltas dentro de un plazo de cinco días hábiles a partir de su recepción.

6. Arbitraje

La evaluación se realizará por expertos externos, especializados en las temáticas abordadas en cada trabajo. El arbitraje adopta un sistema de doble ciego, ya que se enviará el trabajo de forma anónima a un evaluador especialista en el área, quien remitirá a la dirección de la Revista su ponderación. La evaluación será retransmitida al autor, permaneciendo los árbitros anónimos para el autor. Los evaluadores tendrán por misión ponderar la pertinencia del tema para la Revista, su originalidad, el aporte realizado, claridad de expresión, metodología, conclusiones, resultados y bibliografía. Su juicio podrá indicar: -que el trabajo está en condiciones de ser aceptado como está; -que está en condiciones de ser aceptado previa realización de las modificaciones indicadas; -que el trabajo debe ser rechazado.

7. Entrega de la publicación al autor y difusión de la Revista

Cada autor de trabajo publicado recibirá o tendrá puesto a disposición dos ejemplares de la Revista.

La Revista se publica en forma impresa. La Facultad envía ejemplares a las principales bibliotecas jurídicas argentinas y extranjeras. Se puede acceder a ella de forma gratuita (sólo lectura) a través de sitio Web de la Facultad (www.derecho.unc.edu.ar).

8. Derechos de Autor

La publicación del artículo implica la donación de los derechos de autor a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, conservando el autor su derecho a utilizar el artículo en publicaciones de su autoría o páginas web referidas a su trayectoria. Para el caso de otro tipo de publicaciones, antes de su utilización, deberá obtener autorización de la Facultad.

9. Publicación del artículo

La publicación del artículo dependerá de la evaluación referida bajo el punto 6. *Arbitraje*. Aceptado el artículo, ingresará en el orden de publicación conforme al espacio disponible en cada número de la Revista.

10. Cuestiones no previstas

Las cuestiones no previstas en el reglamento serán resueltas por la Dirección de la Revista juntamente con el Consejo de Redacción.

DOCTRINA E INVESTIGACIÓN

DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL DE FAMILIA*

HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL FAMILY LAW

*Adriana Dreyzin de Klor***

Resumen: El artículo referencia el cambio paradigmático del Derecho internacional privado de familia con la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos a las legislaciones nacionales. Se detiene en especial en las situaciones relativas a filiación y maternidad subrogada.

Palabras clave: Derecho internacional privado de familia - Tratados de Derechos Humanos - Filiación - Maternidad subrogada.

Abstract: The article refers to the paradigmatic change of private international family law with the incorporation of the Human Rights Treaties into national law. It stops especially in situations related to filiation and surrogacy.

Keywords: International private family law - Human Rights Treaties - Filiation - Surrogacy.

Sumario: I. A modo referencial. II. Los principios de DDHH y su connotación en el DIPrF. III. Los principios y los institutos de DIPrF. 1. Derecho a tener una familia. a) Filiación. b) Maternidad subrogada. IV. Reflexiones finales.

"Es frecuente que al hablar de la familia se cometa el error de concebirla como algo estático y ajena a los descubrimientos científicos y progresos de la cultura y el arte"

Abel Pérez Rojas (1970)

I. A modo referencial

La incorporación de los Tratados de Derechos Humanos (TDDHH) a las legislaciones nacionales conlleva una influencia indiscutida en el Derecho internacional privado de familia (DIPrF). Este

* Trabajo recibido el 30 de agosto de 2019 y aprobado para su publicación el 16 de septiembre del mismo año.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrática de Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), Investigadora Cat. 1/SECYT-CONEAU. Coautora de las normas de Derecho Internacional Privado del Código Civil y Comercial de Argentina. Miembro de número de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales. Argentina.

fenómeno responde a que los axiomas contenidos en los instrumentos fundamentales operan de manera directa o indirecta en todas las situaciones que quedan captadas por esta rama del Derecho internacional. La defensa de los Derechos Humanos (DDHH) comporta de modo inexorable un cambio paradigmático que sitúa a la persona como sujeto de derechos, requiriendo la necesaria reformulación de todos los sistemas jurídicos.

En este contexto, cabe señalar que el siglo XXI refleja un incremento notorio de relaciones de tráfico externo. El mundo globalizado es un escenario altamente propicio para el desarrollo de una permanente movilidad de las personas humanas, hecho que se patentiza desde las últimas décadas del pasado siglo en que numerosos son los casos jusprivatistas generados por las constantes migraciones. Factores laborales, sociales, culturales y económicos con incidencias políticas influyeron para que los traslados adquieran una importante dinámica con la consecuente localización de las relaciones jurídicas bajo ordenamientos diversos¹.

Si bien en todos los ámbitos del derecho internacional privado (DIPr) se advierte la nutrida cantidad de supuestos que quedan captados por las normas jusprivatistas internacionales, es el sector de DIPrF, el más sensible de la materia y el que refleja con mayor rigor el efecto que provoca tan exponencial desarrollo.

De esta suerte, no llama la atención el rol altamente significativo que adquiere la normativa jusprivatista internacional, dado que son numerosas las relaciones jurídicas de tráfico externo vinculadas a dos o más ordenamientos legales.

En el derecho de familia las legislaciones muestran un alto grado de desigualdad normativa siendo posible identificar palmariamente elementos que se suman a la natural fragmentación de las relaciones en el espacio. La armonización del derecho de familia no resulta posible de manera general pues se trata de un campo que manifiesta el ser de cada Estado²; si acaso pudiera avanzarse por esa dirección en algunos de sus institutos, subsistirían

¹ Bien se afirma que las migraciones por las causas enunciadas no son novedosas para el Derecho internacional privado, aunque es innegable que revisten hoy un perfil particular que hace que difieran en sus efectos con relación a los que desde siempre se reconocían. Conf. SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. "Perfiles de la integración del extranjero", en S. Sánchez Lorenzo (ed.), *La integración de los extranjeros (Un análisis transversal desde Andalucía)*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 31.

² La referencia es principalmente efectuada bajo el prisma geográfico de la realidad latinoamericana. Efectuamos la aclaración pues en Europa desde 2001 viene trabajando la Comisión Europea de Derecho de Familia (conocida bajo la sigla CEFL). Su creación es resultado de una iniciativa científica independiente de todo organismo o institución. Se integra por especialistas en el campo de familia y de derecho comparado de los Estados miembros de la UE, aunque participan también expertos de otros países tales como Rusia, Noruega y Suiza. El objetivo de CEFL es elaborar los principios europeos de derecho de familia a través del método de la armonización. Ver: BOELE-WOELKI, Katharina. *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*, Maritnus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2010, pp. 69-70. Para mayor información sobre el estado actual de avance de en este campo ver https://e-justice.europa.eu/content_family_matters-44-es.do, en tanto que, en relación con DIPrF en la UE, puede verse MOURA RAMOS, Rui - RODRIGUEZ BENOT, Andrés. *Evolución reciente del Derecho internacional privado de familia en los Estados miembros de la Unión Europea*, Fundación Coloquio Jurídico, Madrid, 2016.

diferencias porque no concurren los principios sobre los que cada ordenamiento normativo sustenta la interpretación de axiomas propios³.

Desde otro ángulo, cabe señalar que conforme al giro que ha tenido el concepto de familia, actualmente, el instituto deja de ser el núcleo protegido por la legislación, deslizándose el resguardo hacia la persona en sus diversas relaciones familiares. Esta concepción potencia al DIPrF en los tres sectores que integran el DIPr, a saber: la jurisdicción internacional, el derecho aplicable y el reconocimiento de sentencias y actos.

Al haberse modificado en numerosos Estados la concepción clásica de familia⁴ -en gran medida por la articulación con los DDHH- el DIPrF también ha cambiado, imperando actualmente un orden público familiar que responde a las nuevas concepciones. Estos cambios palpitan en institutos tales como: matrimonios heterosexuales / matrimonios igualitarios; filiación biológica / adoptiva / por voluntad procreacional; concepciones diferentes en orden a la aceptación de técnicas de reproducción humana asistida, siendo estos, solo algunos de los tópicos en los que campean los axiomas contenidos en los TDDHH.

Interesa analizar la situación que se produce cuando relaciones jurídicas internacionales referidas al DIPrF dan lugar a planteos jurisdiccionales en los que se hallan involucrados ordenamientos jurídicos distintos y el juez del foro debe aplicar derecho extranjero. Dada la característica de las normas que regulan el tópico, la designación de un derecho extranjero hace a la esencia del instituto y el respeto a los protagonistas de la relación jurídica se traduce en la aplicación de dicho ordenamiento. Sin embargo, no siempre resulta posible; hay supuestos en que el derecho extranjero es dejado de lado. Una de las razones que impiden su aplicación a la relación jurídica internacional en el caso concreto se presenta cuando el derecho extranjero infringe el orden público del ordenamiento del foro, aunque no es la única barrera a la aplicación de derecho extranjero. Codificaciones modernas prevén reglas diferenciadas concernientes al orden público y a la aplicación de disposiciones imperativas, así como también una cláusula de excepción a la aplicación del derecho extranjero en razón de la conexidad del caso con otro ordenamiento⁵.

Ahora bien, la correcta articulación de las fuentes normativas aplicadas al caso concreto, reafirma la importancia del método posmoderno para el cual el diálogo de fuentes es una herramienta esencial⁶. Se introduce así el control de convencionalidad que "no se limita a

³ SCHWENZER, Ingeborg. "Methodological Aspects of Harmonisation of Family Law", *European Journal of Law Reform*, Center for International and Comparative Law, Indianapolis, Vol. VI, N° 1/2, 2006, pp. 145-157.

⁴ DREYZIN DE KLOR, Adriana. "Derecho internacional privado de Familia", en: KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. - HERRERA, M. - LLOVERAS, N. *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Tomo IV. Rubinzal Culzoni, Editores, Argentina, 2014, p. 497.

⁵ Hecho que se explica en atención a los fundamentos distintos que sustentan cada hipótesis de no aplicación del derecho extranjero. En esta línea puede verse: Código de Derecho Internacional Privado, Bélgica; Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado, Suiza; Código Civil de Quebec, Libro X.

⁶ Se sigue a JAYME, Erik. "Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne – Cours général de droit international privé 1995", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, p. 33 y ss. Señala el gran jurista alemán: "En estos nuevos tiempos, la superación de paradigmas se sustituye por la coexistencia de paradigmas, la derogación expresa por la incertidumbre de la

asegurar la primacía del Pacto de San José de Costa Rica, sino de todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por un Estado, los que conforman, para el mismo una especie de bloque de convencionalidad"⁷.

Los desarrollos precedentes demuestran la centralidad de la figura del juez. El derecho contemporáneo -y el DIPrF en particular- ya no puede describirse como un conjunto de directivas racionales, ordenadas y sistemáticamente inter-vinculadas, presentando una dosis significativa de flexibilidad, inestabilidad, porosidad y dinamismo. El juez que resuelve un caso iusprivatista mixto no es un mero analista de enunciados lógicos que le permiten escoger el derecho aplicable como quien resuelve una ecuación matemática⁸.

Compete a los tribunales nacionales desempeñar un papel central tanto en el debate jurídico como en la articulación de los principios de DDHH a la hora de juzgar en materia de Derecho internacional de familia. En este orden de ideas, resulta muy útil el método planteado por el Maestro Erik Jayme, al proponer la superación de la noción del conflicto entre leyes y su sustitución por la de coordinación. Esto es, la posibilidad de coordinación y aplicación de diferentes leyes sobre un mismo caso de forma orientada, justamente, por la protección de los derechos fundamentales y de la persona humana.

II. Los principios de DDHH y su connotación en el DIPrF

Es una tarea cíclopea identificar cuáles son los principios que contemplan los TDDHH direccionados particularmente al DIPrF. Tal dificultad proviene de la naturaleza misma de los axiomas pues obran como preámbulo de todo el derecho. Los principios no son compartimentos estancos que gozan de autonomía por sí mismos o que revierten intrínsecamente a su esencia; por el contrario, se trata de valores que impregnan el acervo jurídico en su conjunto, al que estructuran y en el que se manifiestan de manera integral.

Sin embargo, y a manera de ejercicio articulador entre los DDHH y el DIPrF efectuamos una selección de algunos de estos principios en función de la aplicación judicial que observan pues es éste, el ámbito real -el cable a tierra me animo a expresar- en el que se visualizan los efectos que despliegan a nivel legal.

revocación tácita y, finalmente, la coexistencia de leyes con diferentes campos de aplicación, pero que convergen en el mismo sistema legal, plural, mutable y complejo".

⁷ Ver SAGÜÉS Néstor, P. "Nuevas Fronteras del Control de Convencionalidad: el reciclaje del Derecho Nacional y el Control Legisferante de Convencionalidad", citando a Eduardo Ferrer Mac Gregor. Conf. FERRER MAC GREGOR, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano", en SAIZ ARNAZ, A. - FERRER MAC GREGOR E. (Coord.) *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, Porrúa-UNAM, México 2012, p. 109.; citados en BRITOS, Cristina. "El rol de la constitucionalización en el derecho internacional privado actual, desde la mirada del nuevo Código Civil y Comercial, y el resplandor del control de convencionalidad", *Revista Código Civil y Comercial*, Año 1, Número 6 - diciembre 2015, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 249.

⁸ Véase: ROLLA, Giancarlo. "El papel de la Justicia Constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo", <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084746.pdf>

A modo de premisa aclaratoria señalamos que la selección realizada no significa en modo alguno agotar los efectos que irradian los principios fundamentales en los institutos con los cuales los vinculamos, así como tampoco implica desconocer los efectos que despliegan en otros institutos. Es necesario fijar un límite a la selección y optamos por presentar los tópicos que a nuestro juicio resultan ilustrativos para plantear la articulación entre DDHH y DIPrF y demostrar el alcance que vienen desarrollando, a efectos de sentar anticipadamente como conclusión, que el método propiciado se torna imprescindible en la dinámica que preside la actual coyuntura.

III. Los principios y los institutos de DIPrF

¿Cómo se modulan los nuevos paradigmas de familia con los principios y normas que integran el acervo de DDHH, atendiendo al rol del DIPrF y de los instrumentos de esta ciencia, en aras de cumplir su cometido?

Visto funcionalmente, el planteo sería: ¿Qué sucede a la hora de aplicar judicialmente derecho extranjero o reconocer un acto / documento / sentencia proveniente de un país que recepta una noción de familia distinta a la vigente en nuestro Estado, cuando los efectos de la aplicación de ese derecho / documento / reconocimiento de la sentencia / acto –limitándonos espacialmente a países de cultura occidental– no está prevista en la legislación local o no es acorde a los principios orientadores de la normativa local? ¿Corresponde echar mano de la cláusula de reserva?

Abordamos la problemática partiendo del ámbito material de esta ciencia, esto es precisando la noción "familia" y su relación con el derecho⁹, ubicados en la sociedad contemporánea que demanda del DIPr un método que se haga eco de los caracteres y valores de la era posmoderna. El núcleo de la problemática radica en avizorar una solución justa a los ojos del pensamiento contemporáneo, ya que a través de desgranar los factores que se involucran en el DIPrF, la respuesta devendrá de la articulación con los DDHH. Asumir posiciones no puede ser una cuestión azarosa; en todo caso debe estructurarse a modo de silogismo, exhortando a un debate intenso y profundo. Todo ello bajo el rigorismo de pensar el derecho intentando sortear los prejuicios y preconceptos que limitan en no pocos términos el discurso, y priorizar la solución jurídica razonable para las relaciones jurídicas internacionales enraizadas en los actuales paradigmas de familia.

El plan que proponemos se circunscribe al tratamiento de los siguientes principios en articulación con los institutos que enunciamos.

1. Derecho a tener una familia

Filiación / Maternidad subrogada / Adopción internacional

⁹ Sobre esta relación desde la óptica internacional, ver SANCHEZ LORENZO, Sixto. "Globalización, pluralidad cultural y derecho internacional de la familia", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, IHLADI, Madrid, 2005-17.

2. Interés superior del niño

Restitución internacional de menores / Obligación alimentaria/ Maternidad subrogada

3. Acceso a justicia

Divorcio / Obligación alimentaria / Efectos patrimoniales del matrimonio.

Por la limitación impuesta a esta presentación, solo nos referimos a algunos de estos principios vinculados a los institutos mencionados, aunque campean en todo el DIPrF.

1. Derecho a tener una familia

Dado que nuestra perspectiva es desde el DIPrF este principio merece ser leído atendiendo a la multiculturalidad que deviene del instituto¹⁰. Hemos aseverado que el concepto "familia" varía en las distintas latitudes¹¹.

En consecuencia, el "Derecho a tener una familia" tiene que interpretarse en el contexto de "Familias" para que incluya a los diversos modelos que hoy integran este instituto. La familia asume modelos que abarcan el tipo monoparental, homoparental, recompuesta, reconstruida, clonada, y generada artificialmente¹². A partir de esta exégesis consideramos el principio en la jurisprudencia relativa a los casos de DIPrF.

En América Latina existen familias homoparentales y lesbomaternales que decidieron salir de los estereotipos o de los roles preestablecidos de ser padre y madre, a partir de las leyes aprobadas, así como de la certeza jurídica que han obtenido las parejas en los últimos años. Según se expresa, para estas familias la realidad es más compleja, más diversa y va más allá de la estructura tradicional. Al DIPrF le interesa particularmente el caso de parejas del mismo sexo que contraen matrimonio en un país que lo permite y solicitan el reconocimiento del mismo en otro Estado. Un ejemplo concreto es el matrimonio civil celebrado por dos mujeres mexicanas en España en 2008, cuando en la ciudad de México aún no podían celebrarlo parejas del mismo sexo. Transcurridos dos años regresan a México y solicitan la inscripción de su matrimonio al haberse modificado el código civil del DF. En consecuencia, obtienen el reconocimiento legal de su matrimonio civil después de un proceso de juicio de amparo. Más tarde, deciden ser madres optando por un método de inseminación asistida para lo cual eligen un donante de un banco de espermias; una de ellas se embaraza y nacen mellizos¹³.

Va de suyo que queda totalmente expuesto que el Derecho a formar una familia como principio fundamental contenido en los TDDHH se articula con otros principios de igual

¹⁰ DREYZIN DE KLOR, Adriana. *Private International Law in Argentina*, Second Edition, Wolters Kluwer, Law & Business, The Netherlands, 2016, p. 99 ss.

¹¹ Véase de nuestra autoría, con la colaboración de BRITOS, Cristina - CASOLA, Laura, *El Derecho internacional de familia en la posmodernidad*, Costa Rica, EJC, 2012, p. 45 y ss.

¹² Ver ROUDINESCO, Elizabeth, *La familia en desorden*, FCE, México/Argentina y otros, 2007, p. 10.

¹³ La pareja de Olivia Rubio, criminóloga, abogada con especialidad en derecho penal que trabaja en el Senado de la República de México como asesora de la Comisión de DDHH contrajo matrimonio con Yania Córdoba, médico con maestría en criminalística y fundadora de la asociación civil Familias Diversas. Véase en: vanguardia.mx, 18 de junio de 2016.

jerarquía, a saber el principio de igualdad y no discriminación; con las normas de DIPr relativas al reconocimiento de actos llevados a cabo en el extranjero y responden meridianamente al cambio operado en el orden público en tanto se modifica la legislación interna, aceptando como principio fundante el que hasta hace poco tiempo atrás era orientador de un orden público contrario al que prima actualmente en el país de reconocimiento. Este giro se produce merced a la fuerza inspiradora reconocida a los axiomas de DDHH.

a) Filiación

Si bien se acaba de exponer sobre el principio que reconoce el derecho a tener una familia en el plano general y particularmente se ilustra en su articulación con el DIPrF, operación que deja asentada la posición y el direccionamiento en que se avanza sobre el punto, nos referiremos seguidamente a la dinámica que observa el principio en materia de filiación internacional conjugado con los derechos fundamentales a tener una familia y la defensa en juicio.

La Convención Americana de Derechos Humanos, que reviste jerarquía constitucional, provee claridad al tema sosteniendo tanto el derecho a reconocer "iguales derechos a los niños nacidos dentro o fuera del matrimonio", como el relativo a la "defensa en juicio".

A modo ejemplificativo puede señalarse el caso "S., B. I. c. C., V. y otro"¹⁴, por el cual, la demandada apela la sentencia que deniega la jurisdicción argentina para entender en un caso en el que se demanda a dos personas domiciliadas en México, por impugnación de maternidad con relación a la primera y reclamación de filiación materna extramatrimonial respecto de la segunda. Conforme surge del relato de los hechos, la demandante sostiene que la codemandada V. C. no es la madre del restante codemandado C. C., al que atribuye ser hijo suyo. La Cámara interviniente subraya que no existen normas convencionales o de fuente internacional (ni DIPr autónomo) que deban ser aplicadas y que determinen qué juez es internacionalmente competente en materia de filiación. Acudiendo a la doctrina, señala que las conclusiones aprobadas en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989) recomendaron -de "*lege ferenda*"- considerar aplicable al reconocimiento de la filiación extramatrimonial el régimen más favorable al vínculo, eligiendo entre los derechos de: a) el lugar de concepción en cuanto sea claramente determinable; b) el lugar de nacimiento; y c) el domicilio del posible progenitor en los momentos referidos. En cuanto a los derechos y obligaciones correspondientes a esa clase de filiación, la aplicación de la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos, lo que conduciría, en principio, a la aceptación de la jurisdicción argentina si lo que se intentase con la demanda fuese el establecimiento de filiación de quien, hasta el momento, no tuviese ninguna determinada.

Como puede advertirse, el caso trata sobre el establecimiento de una filiación que sólo puede progresar en la medida en que previamente se determine la procedencia de la acción de impugnación de una maternidad ya establecida. Por tanto, el acento para determinar la

¹⁴ CNCiv., sala I, 21/11/02, "S., B. I. c. C., V. y otro s. impugnación de maternidad", Argentina.

jurisdicción debe ponerse en la protección del derecho de defensa en juicio de los demandados. Así, la Cámara confirma la sentencia apelada y declara la carencia de jurisdicción internacional argentina para entender en la demanda.

Se trata de jurisprudencia que ha sido muy útil para inspirar la norma incorporada al nuevo Cód. Civ. y Com. de Argentina que expresa que "el establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo"¹⁵.

La articulación entre los principios recogidos en los TDDHH y el DIPrF que venimos sosteniendo desde la teoría se incorpora en la nueva legislación próxima a celebrar su tercer año de vigencia.

b) Maternidad subrogada

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre el instituto sosteniendo que la decisión de Francia de no registrar a los hijos nacidos por subrogación de dos parejas francesas violó los derechos de los niños, pero no de los padres¹⁶. Los jueces del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo sostuvieron que los padres no habían sido capaces de demostrar que la negativa a inscribir a los niños interferiría de alguna manera con el funcionamiento normal de su familia, al haberse permitido que se instalen en Francia. En consecuencia, los Tribunales locales habían equilibrado correctamente los intereses de las familias y del Estado.

Ahora bien, en orden a la identidad de los menores y el derecho a la vida privada de los niños, el Tribunal alcanza una conclusión diferente al pronunciarse sobre las demandas de los menores. Los jueces destacaron el hecho de que los niños permanecían en un estado de inseguridad jurídica al no estar registrados. Aunque habían sido registrados como hijos de donantes de células en Estados Unidos, la negativa de las autoridades francesas para registrarlos amenazaba su estatus y su protección jurídica en su nueva patria.

El Tribunal tomó en cuenta la importancia de la ascendencia en la formación de la identidad. Teniendo presente las posibles repercusiones negativas en los niños, tanto legal como personalmente, dictaminó que las autoridades francesas se inmiscuyeron de forma injustificada en el derecho de los niños a la vida privada, lo que vulnera el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos Humanos. El Tribunal concedió a ambos niños una indemnización por daños y perjuicios¹⁷.

¿Qué sucede paralelamente en nuestros Estados con relación al tema?

¹⁵ Art. 2632 del CCiv. y Com. República Argentina.

¹⁶ Sobre estos casos ver: DREYZIN DE KLOR, A./HARRINGTON, C. "La subrogación materna y su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 2011-V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 301-329.

¹⁷ Agosto 12, 2014, escrito por Polish Helsinki Foundation for Human Rights.

Podríamos presuponer que se trata de un tema concerniente al orden público y por tanto de fácil lectura ya que con utilizar la excepción que obra de barrera a la aplicación del derecho extranjero o al reconocimiento del acto o decisión, se cierra el caso.

Sin embargo, no es tan terminante la solución. La dificultad del supuesto, causa no poca resistencia, ateniéndonos a las peculiaridades normativas vigentes en los Estados, a las manifestaciones en torno a la identidad cultural, empero, fundamentalmente a las declaraciones y pactos que bregan por la protección de derechos fundamentales, al objetivo del DIPrF y a la metodología que se corresponde con la búsqueda de la solución justa al caso concreto.

En tanto que, en la actualidad, dos niños nacidos en Estados Unidos por "gestación por sustitución", pudieron ser inscriptos en Argentina por una pareja igualitaria de varones sin que su caso tenga que pasar por la Justicia. Los niños fueron anotados con los apellidos de los dos papás. Los integrantes del colectivo de Abogados por los Derechos Sexuales (Abosex) señalaron que la decisión sienta precedente en el país, dado que el Registro Civil hizo un reconocimiento administrativo de la filiación de los mellizos al reconocer, para ello, la voluntad procreacional conjunta de los padres.

Con esta decisión, Abosex logró el primer reconocimiento administrativo en la Argentina de una familia compuesta por dos padres y dos niños mellizos, quienes nacieron en el exterior a través de gestación subrogada.

Tras el nacimiento de los niños en Texas, en un principio la pareja que había accedido a la paternidad vía gestación por sustitución recibió las dos partidas con una inscripción que no respetaba el principio de la voluntad procreacional¹⁸. Según un vocero de Abosex, esto sucedió porque "cada niño había sido anotado como hijo de la mujer que lo gestó y de uno de los dos integrantes de la pareja", por lo que la posterior inscripción en la Argentina podría generar "algunas complicaciones".

El procedimiento más correcto tendría que haber sido "que en Texas inscribieran a los mellizos a favor del matrimonio conformado por los dos hombres, al ser ellos los que expresaron la voluntad procreacional, con independencia de quien aportó el material genético". Y si bien Texas fue uno de los Estados conservadores que más se le resistió al matrimonio entre parejas del mismo sexo, la ley obtuvo protección constitucional en todo el territorio de Estados Unidos desde el 26 de junio de 2015.

Puesto que el Estado argentino reconoció la voluntad procreacional, la inscripción de las partidas registró a cada niño como hijo de los integrantes de la pareja igualitaria, por lo que también portarán los apellidos de sus dos padres. Al respecto, Abosex detalló que el caso abre el debate político para "ponerle un freno a la judicialización de las vidas de la comunidad LGBT, a fin de evitar la discriminación, la discrecionalidad, el lucro y las demoras", puesto que "los trámites administrativos garantizan el acceso, la gratuidad y la igualdad". En esa línea, el colectivo de la diversidad sexual aseguró que esta decisión

¹⁸ Diario Clarín, Argentina, 20 de mayo de 2016.

judicial "define un antes y un después para todas las familias que vendrán". Más recientemente, otros casos se han resuelto en igual sentido¹⁹.

Estos casos son resueltos a través de reconocer el derecho fundamental a tener una familia operando con otros principios fundamentales como son la superación de toda discriminación, la igualdad en consonancia con el DIPrF ya que se trata de una relación jurídica captada por diversos ordenamientos.

Cabe consignar que la decisión de tener hijos biológicos a través de técnicas de fertilización humana asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad y libertad personal, a la vida privada y familiar; que la decisión de ser o no ser madre o padre es parte de ese derecho de la vida privada y se relaciona con la autonomía reproductiva, tal como lo resaltó la Corte Interamericana en el caso A. M. Esos derechos son vulnerados si se obstaculizan los medios para que la mujer pueda ejercer el derecho a controlar su fecundidad²⁰.

IV. Reflexiones finales

Consignemos algunas reflexiones sobre una temática que día a día cobra mayor vuelo y requiere una profunda dedicación del universo investigativo y judicial:

- El DIPr está destinado a regular situaciones que caen bajo la órbita de diferentes ordenamientos jurídicos y aspira a alcanzar la justicia mediante el respeto a los elementos que conforman la relación en el caso concreto. Con tal propósito, se vale de un pluralismo de métodos, a la vez que utiliza herramientas imprescindibles a la hora de brindar una solución que no sea contraria a los principios esenciales del Estado cuyos tribunales intervienen o ante los cuales se aspira obtener el reconocimiento.

- En el trayecto de búsqueda de justicia en el caso concreto no pocas veces se produce un conflicto de intereses / valores, dadas las diferencias sobre las que se fundan las legislaciones nacionales.

- Las desigualdades normativas que observan los Estados en un tema tan "nacional" como es el derecho de familia -a partir de las diferencias enunciadas a lo largo de este trabajo- generan situaciones que suman elementos a la natural fragmentación de las relaciones en el espacio. La armonización del derecho de familia no resulta posible de manera general pues se trata de un campo que refleja el ser de cada Estado e irradia sus consecuencias en el DIPrF.

¹⁹ La justicia de Rosario, Argentina, autorizó a un matrimonio homosexual a anotar como propio a un hijo que fue concebido por uno de los integrantes de la pareja con un óvulo donado y gestado en el vientre de una amiga de ambos, que consintió llevar adelante el embarazo por razones solidarias. La decisión fue adoptada por un tribunal que admitió la demanda del matrimonio y resolvió la nulidad de la maternidad de la mujer gestante. El juez declaró que el niño es hijo de los dos hombres y ordenó al RC modificar la partida de nacimiento para quitar la gestante que figuraba como madre. Además, dispuso que el matrimonio tendrá la obligación de hacerle saber a su hijo mediante ayuda psicológica la manera en que fue concebido y gestado.

²⁰ "N.O.C.P.s/Autorización", Juzgado Nacional Civil N. 87, 05/05/2016, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

- Es utópico posicionarse en la unificación del concepto de familia cuando la concepción clásica se ha visto modificada en términos impensables solo pocas décadas atrás. En el cambio incide la vigencia de los tratados de derechos humanos en una gran extensión del planeta, así como los avances científicos y tecnológicos, que contribuyen a desencadenar situaciones novedosas a través de la prolongación de la esperanza de vida de las personas, el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción asistida y las prácticas de adecuación sexual.

- La aplicación de las normas convencionales y autónomas a los casos concretos de DIPrF refuerza la idea de prioridad de los DDHH frente el derecho positivo, en la necesidad de afianzar el control de convencionalidad. Bien se afirma que los DDHH son la medida para el contenido del derecho positivo.

- El DIPr de familia está actualmente inspirado, orientado e imbuido en su interpretación y aplicación, por los TDDHH. La observancia de los derechos humanos es una condición necesaria de legitimidad del derecho positivo²¹. Entendida esta premisa se comprende la constitucionalización del DIPr que se patentiza de forma eficaz al conmovir las estructuras del DIPrF.

²¹ Conf. ALEXY, Robert. "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", *Derechos y Libertades Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, Año V, enero-junio 2000, p. 29.

**LENGUAJE, INTENCIONALIDAD Y CONCIENCIA.
CONDICIONES DE POSIBILIDAD PARA LA EXISTENCIA DE LOS
DERECHOS HUMANOS Y EL RECONOCIMIENTO
DE LA DIGNIDAD DEL HOMBRE***

*LANGUAGE, INTENTIONALITY AND CONSCIOUSNESS.
POSSIBILITY CONDITIONS FOR THE EXISTENCE
OF THE HUMAN RIGHTS*

*Angélica María Rodríguez Ortiz***

Resumen: El presente artículo presenta los resultados de un estudio analítico en torno a la naturaleza de los derechos humanos, con el fin de aportar una posible salida al dualismo ontológico que se presenta en la discusión Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo. Para lograr tal cometido se presentan los aportes del filósofo analítico John Searle, en especial los que competen a la teoría de los poderes deónticos sustentada en sus estudios del lenguaje, la filosofía de la mente y la ontología social, con el fin de develar la naturaleza biopragmática de los derechos fundamentales. En este sentido, se pasa a mostrar que lenguaje, intencionalidad y conciencia son condiciones necesarias para la existencia de los derechos humanos, su institucionalización y constitucionalidad.

Palabras clave: Derechos humanos -Biopragmática- Lenguaje - Intencionalidad - Conciencia.

Abstract: The present article shows the results of an analytical study concerning the nature of the human rights, in order to provide a possible departure to the ontological dualism that is presented in the discussion between the Iusnaturalism and the Iuspositivism. To achieve this task, the contributions of the analytical philosopher John Searle are presented, especially those related to the theory of deontic powers based on his studies of language, philosophy of mind and social ontology, in order to unveil nature biopragmatic of the fundamental rights. In this sense, it goes on to show that language, intentionality and consciousness are necessary conditions for the existence of the human rights, their institutionalization and constitutionality, which shows that the ontology of these rights has both biological (natural) and social elements.

Keywords: Human rights -Biopragmatics- Language - Intentionality - Consciousness.

Sumario: I. Introducción. II. El problema: un rastreo ontogenético. III. Derechos humanos como derechos deónticos. La perspectiva searleana. IV. Lenguaje, intencionalidad y conciencia

* Trabajo recibido el 2 de septiembre de 2019 y aprobado para su publicación el 18 del mismo mes y año.

** Doctora en Filosofía por la Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia; Magíster en Educación, y Licenciada en Filosofía y Letras. Líder y docente del programa de Maestría en Enseñanza de las Ciencias, Universidad Autónoma de Manizales-Colombia. Investigadora del grupo SEAD-UAM. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7710-9915>. Correo electrónico: angelica.rodriguez276@gmail.com, amrodriguez@autonoma.edu.co

como condiciones de posibilidad de la existencia de los derechos humanos. V. Legitimación de los derechos humanos y reconocimiento de la dignidad del hombre. VI. Algunas conclusiones. VII. Bibliografía.

I. Introducción

Uno de los problemas esenciales en la filosofía moral y en la filosofía política es el tema de la dignidad humana. El abuso de poder y -de la mano de este- la violación del respeto por el individuo en el marco social no es una cuestión de 'modas'; por el contrario, ha sido un tema que ha preocupado a la filosofía desde siempre. El mismo que dio paso a la institucionalización de la declaración de los derechos humanos en 1948 y a la creación y vinculación de los mecanismos de protección ciudadana en las constituciones de occidente.

La normativación y regulación explícita de los derechos humanos trajo consigo el reconocimiento contractual de estos y, por ende, de la dignidad del hombre. No obstante, una vez se institucionaliza la declaración resurge el problema moderno de los estudios ontológicos sobre la dignidad, ya no desde el fenómeno mismo, sino desde el estudio de la naturaleza de los derechos humanos, sobre los cuales versan las condiciones de posibilidad para su cuidado.

Se retoma, entonces, el dualismo naturaleza/sociedad al abordar el tema de los derechos, con el fin de determinar si lo que se considera como amparo legal para la dignidad humana proviene de la naturaleza del hombre o es una creación social. Ante el nuevo problema surgen algunos cuestionamientos que abren la bifurcación enunciada, entre ellos: ¿Son los derechos humanos, como condiciones de realización y valoración de la persona, una cuestión inherente a la naturaleza humana? De ser así, cabría preguntarse ¿Por qué si son algo intrínseco a la condición humana antes de la declaración de 1948 no se reconocían como tal? Por otra parte, en el caso de aceptarse que los derechos humanos no son orden natural, sino un constructo social, ¿cómo puede considerarse a una convención social algo atribuible al simple hecho de existir? Cuestiones que develan el problema suscitado en términos de su ontología y que permiten aflorar nuevas alternativas en aras de comprender la naturaleza de los derechos humanos y con estos la naturaleza de la dignidad humana.

El presente escrito ostenta una revisión analítica del problema del dualismo ontológico que suscita el estudio de la naturaleza de los derechos humanos con el fin de develar el papel del lenguaje y de la intencionalidad en la constitución e institucionalización de estos y con ello develar la naturaleza de la dignidad humana. Lenguaje e intencionalidad se constituyen en condiciones de posibilidad de los derechos humanos y condiciones para el reconocimiento de la dignidad humana.

Para lograr el objetivo, en la primera parte se presentará el problema y sus detalles. En un segundo momento se abordará el tema de la declaración de los derechos humanos, y se presentará la postura searleana en torno a los derechos deónticos, con el fin de esclarecer el papel del lenguaje -en especial de los actos de habla declarativos y promisorios- y de la intencionalidad en la naturaleza de los de los derechos humanos. Lo anterior, nos llevará a exponer una posible solución al dualismo detectado, la cual se postula desde una mirada

biopragmática que vincula elementos tanto de orden natural como social en las condiciones de posibilidad de los derechos humanos, con el fin de comprender qué subyace a lo que se ha considerado como un valor inherente del hombre que promulga el respeto e igualdad por su condición, valor que ha sido considerado como 'dignidad humana'.

II. El problema: un rastreo ontogenético

Si bien desde la Antigüedad se discutió en torno a la condición moral y política del hombre y los valores que debían reconocérsele dada su existencia y condición racional; es preciso decir que el concepto *dignidad humana* es propio de la Modernidad. Aparece como un principio fundamental que oscila entre el campo jurídico del derecho y como fundamento en cuestiones de moral. En la actualidad la dignidad humana está asociada con los derechos fundamentales -como respaldo legal de su existencia- los mismos que subyacen bajo el nombre de *derechos humanos*. La noción de derechos humanos entonces se constituye en un eje central a la hora de hablar de dignidad humana, no solo porque permite su reconocimiento, sino porque posibilita la protección regulada de esta.

En las constituciones políticas de los Estados de occidente y en la literatura, en general, se toma a la dignidad humana en relación con dichos derechos, dado que desde las teorías del derecho son los rudimentos fundamentales y propios a la naturaleza del ser humano, además de ser los que legalmente avalan el reconocimiento del individuo como un ser digno.

En la actualidad se puede vislumbrar una relación bicondicional entre dignidad y derechos humanos, dado que si bien como lo expone Martínez (2013), el concepto de dignidad humana a lo largo de la historia ha ido "constituyéndose en el fundamento indiscutible de los derechos humanos" (p. 39); es preciso decir que, a su vez, los derechos humanos se instituyen en condición de posibilidad para la existencia y protección de la dignidad humana. Condiciones de posibilidad en la medida en que estos se constituyen en los elementos jurídicos que la expresan y respaldan de manera legal. En este sentido, la existencia de la dignidad humana depende de la regulación jurídica expresada en los derechos fundamentales, los mismos que son atribuidos a los seres humanos de manera natural por el simple hecho de existir; a la vez la dignidad se constituye es el fundamento de estos, ya que si no hay algo que se considere como digno en la condición natural del hombre para ser protegido, ¿qué sentido tendría la creación de lo que hoy conocemos como derechos humanos? ¿Para qué crear en los Estados mecanismos legales que garanticen los derechos humanos si no se considera tal cosa como la dignidad del hombre?

Los estudios nos muestran, entonces, que dignidad humana y derechos humanos son cuestiones inherentes a la condición del hombre, además de ser los elementos que permiten el reconocimiento y respeto por este ser al que hemos considerado como humano en el marco social. Ahora bien, de aceptarse tal cosa, es decir, que tanto la dignidad humana como los derechos humanos son intrínsecos a la existencia natural del hombre, surge la cuestión: ¿Por qué antes de la aparición de los conceptos "dignidad humana" y "derechos humanos" no se reconocían los fenómenos que estos refieren? Cuestiones que se plantean

al revisar nuestra tradición heredada en la moral y en la política la cual hemos construido sobre los aportes de los antiguos griegos; quienes si bien realizaron tratados sobre valores en ética y política -como fue el caso de Aristóteles- no hacen alusión en sus escritos a dichos conceptos.

Quizá la ontogénesis del término "dignidad" se puede rastrear de mejor manera en la tradición de occidente judeo-cristiana. En la moral del cristianismo, el castigo aparece ligado a lo que en la modernidad se reconoce como dignidad humana, en la medida en que se asocia con la noción de "culpa" que aparece al atentar contra la vida de otro ser humano; lo que lleva a reconocer a la vida como un valor, como algo digno.

El caso de Caín y Abel ejemplifica un primer reconocimiento del valor de la vida y de la culpa -asumida esta última- en un ejercicio consciente en la medida en que para Caín el asesinato cometido en contra de su hermano Abel le lleva a esconderse al reconocer que había dado fin a la vida de su hermano. Valga aclarar que desde la literatura judeo-cristiana no se había cometido hasta entonces un asesinato y no había castigo para tal acción; no obstante, según el relato, Caín en su interior logra identificar la falta cometida y con ello aparece el sentimiento real de culpa que le lleva a esconderse durante días; asimismo, se puede inquirir un primer esbozo en torno a la valoración de la vida humana¹. Es importante resaltar que, pese a lo anterior, no podemos afirmar con certeza que este sea el origen de lo que hoy conocemos como *dignidad humana* y de lo que se han instituido como *derechos humanos*.

Ahora bien, es innegable que en la Modernidad se tejen las primeras pinceladas del problema y se trenzan las urdimbres para sentar las bases del derecho contemporáneo y lo que se ha estipulado como derecho fundamental, así como también se trenzan las raíces sobre la dignidad del hombre. El contractualismo propuesto por los modernos nos acerca al reconocimiento formal de los derechos de los individuos y la responsabilidad del Estado frente a la protección de estos a través de la legislación. Un ejemplo de ello se evidencia en el reconocido texto de Hobbes, *Leviatán*, en el cual, el autor se propone dar cuenta de que "existen, así, ciertos derechos, que a nadie puede atribuirse haberlos abandonado o transferido por medio de palabras u otros signos" (2005, p. 109). Derechos que se reconocen y no los otorga el Estado. El autor expone como ejemplo para ello, el cuidado de la vida. El filósofo moderno aborda el tema de la *dignidad* -'valor' al que dedica parte del capítulo X de la misma obra- en el cual adjudica al Estado la responsabilidad de garantizar su existencia a través de las leyes. "La estimación pública de un hombre, que es el valor conferido a él por el Estado, es lo que los hombres comúnmente denominan DIGNIDAD" (Hobbes: 2005, p. 71). La propuesta hobbesiana resulta paradójica en la medida en que la dignidad no se toma

¹ Nótese que en el Génesis se manifiesta la situación de Adán y Eva, en la que Eva no sigue la regla impuesta por Dios para habitar en el Paraíso; con ello llega la culpa y el castigo divino. Sin embargo, la situación del pecado original que describe esta tradición religiosa no da cuenta de un reconocimiento de la culpabilidad consciente, ni de la valoración de la vida, como sí se identifica en la situación de los hijos de Eva. Eva rompe con la regla y ya había sido advertida de no hacerlo, el grado de conciencia es mínimo en relación con la situación de Caín y Abel, al menos como nos ha sido descrita en su libro sagrado.

como algo inherente a la existencia humana, sino como algo conferido por el Estado, mientras que el derecho a la vida, por ejemplo, es algo no otorgado, sino propio a la naturaleza del hombre.

En el caso de Locke, por ejemplo, el contrato debe garantizar el reconocimiento del individuo y el valor de la vida, puesto que: "habiendo sido todos los hombres dotados con las mismas facultades, y al participar todos de una naturaleza común, no puede suponerse que haya entre nosotros una subordinación que nos dé derecho a destruir al prójimo como si éste hubiese sido creado para nuestro uso, igual que ocurre con esas criaturas que son inferiores a nosotros" (2014, p. 3). Lo anterior, conlleva a que se respete a cada individuo que cumple con las condiciones para ser parte del sistema social y el Estado está obligado a garantizar el cuidado de sus ciudadanos para que "todos los hombres se abstengan de invadir los derechos de los otros y de dañarse mutuamente" (Locke, 2014, p. 3). Rousseau -al igual que los filósofos anteriores- abordó el tema de los derechos y su constitución a través del contrato social. Para este pensador suizo, "el contrato es una forma de asociación que defiende y protege de toda fuerza común la persona y los bienes de cada asociado" (2003, p. 38).

Los contractualistas marcan el camino para lo que posteriormente Kant desarrollará en torno al reconocimiento de la dignidad del hombre, 'la dignidad de ser feliz'. Es justo asentar que para Kant el reconocimiento de la dignidad humana está atada al problema de la libertad y de la voluntad. Para el filósofo alemán, "la dignidad de ser feliz es aquel principio de la voluntad de un hombre que contiene las únicas condiciones bajo las cuales una razón legisladora universal (tanto de la Naturaleza como de la voluntad libre) puede (o podría) concordar con todos sus fines". En los planteamientos kantianos se reconoce el vínculo entre la dignidad humana y las leyes. Leyes racionales, sujetas a la libertad; las mismas que abren senda al derecho. Ya que, "el Derecho mismo no es sino la limitación de la libertad del hombre (en su uso externo) a la condición de su propia concordancia con la libertad de cada cual" (2013, pp. 266-277). En este sentido, el estado de naturaleza de maldad que Kant concibe en el hombre reclama con urgencia el seguimiento de leyes -sustentadas en la libertad- que obliguen a cada ciudadano a garantizar el valor de la dignidad de sus conciudadanos y al Estado a someter a castigos a quien incumpla las leyes; condición que se aplica no solo para el Estado, sino en la independencia legislativa de un Estado con los demás.

Dada la maldad de la naturaleza humana, que puede contemplar en su desnudez en las relaciones libres entre los pueblos (mientras que en el Estado legal-civil aparece velada por la coacción del gobierno), resulta, ciertamente, admirable que la palabra derecho no haya sido eliminada todavía, por pedante, de la política de guerra [...] (Kant, 2010, p. 680).

Podría afirmarse siguiendo a Hernández (2010) -en su *estudio introductorio* de la obra del filósofo de la Ilustración- que "Kant se dispone ante todo a definir en este ensayo las condiciones jurídico-normativas para una política racional de paz entre los Estados, sometiendo a revisión crítica las principales propuestas que se habían hecho en esa dirección a lo largo del siglo XVIII" (LXXVIII), con lo cual se inicia el reconocimiento de la dignidad

humana a través del contrato. *La paz perpetua* evidencia la premura de tratados contractuales que garanticen el respecto por los derechos de las personas y ciudadanos en la asunción de las obligaciones estipuladas por los Estados, normativizadas en los deberes.

Se puede afirmar, entonces, que las teorías políticas de estos filósofos de la Edad Moderna esbozan el problema del dualismo ontológico en torno a los estudios del estado de naturaleza humana y las leyes, el mismo que dio origen a las discusiones contemporáneas en derecho en torno al *Iusnaturalismo* y al *Iuspositivismo*.

Ahora bien, la disputa entre el derecho natural y la concepción social del mismo es un problema que poco a poco traspasó las fronteras de la política y se traslapó en el campo de la moral al postularse a la dignidad humana como un valor intrínseco a la condición natural del hombre. Para los modernos, el derecho natural, la normatividad y el estado de libertad se constituyen en elementos esenciales -a la hora de abordar la dignidad humana- en la medida en que sustentan la existencia de la misma y la institucionalizan a través de un contrato que regula a los socios para protegerla.

El contractualismo aparece como la mejor opción para el control social y para alcanzar el "buen vivir" que postulaba Platón en *La República* (1988); además de ser el medio para expresar los deberes y derechos que le permitirán al hombre convivir con los demás. El contrato social conlleva al reconocimiento de un sujeto que debe comprometerse con el seguimiento de las leyes y reglas allí aprobadas por una convención social -deberes- y a su vez posibilita el reconocimiento como un sujeto social poseedor de ciertos derechos que garantizan su dignidad y la convivencia con los otros. Sin embargo, se torna sustancial aclarar que, el contrato no permite solucionar el problema ontológico entre lo natural y social, solo lo controla en la medida en que reconoce al sujeto como un agente social con deberes y derechos que regulan y garantizan el cuidado, respeto y valoración de su condición humana. En otras palabras, el contrato social aparece como un instrumento de control ante el abuso de poder padecido por la humanidad. Aparece como mecanismo regulador para el uso arbitrario de poder que atenta en contra de la condición digna del ser humano.

El contrato hace posible la institucionalización de los derechos -sin importar la naturaleza de estos- asimismo, es el elemento que posibilita el reconocimiento jurídico y moral de la dignidad humana como valor inherente a la existencia del hombre, ya que permite regular el uso y abuso del poder en el ámbito social. "El poder de la mayoría, unidos, por consentimiento, en una sola persona natural o civil que puede usarlos todos según su propia voluntad -como es el caso en el poder de una república o dependiendo de las voluntades de cada hombre en particular- como es el caso en el poder de una facción o de varias facciones aliadas" (Hobbes: 1994, pp. 78-79). Lo anterior, en pos del reconocimiento del valor intrínseco del individuo y su condición humana en el marco social.

Las primeras nociones sobre derecho y dignidad humana se afirman expuestas en un tratado contractual a través del uso del lenguaje. No obstante, como se ha explicitado, este es apenas el umbral, dado que realmente los conceptos cuestionados y su interrelación son posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

La decadencia social que denigra la condición humana, enmarcada en el abuso de poder de unos pocos en contra de la mayoría, lleva a la toma de conciencia sobre la situación vivida en las guerras y cómo esta pasa a ser una afrenta en contra del ser humano y de su

integridad. Es precisamente esta situación la que lleva a la creación y legitimación de un nuevo contrato con el que se inicia un proceso de institucionalización social del fenómeno de la dignidad humana, regulado y expresado a través de una serie de derechos fundamentales. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* (DUDH) -adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París en 1948- es la carta que jurídicamente instituye el reconocimiento de la dignidad humana, en la valoración de lo intrínseco a la condición del hombre. Este documento institucionaliza la dignidad humana y los derechos humanos como fenómenos sociales reconocidos universalmente. En palabras de Martínez (2013): "*Los derechos humanos no son sino la expresión jurídica de la dignidad de las personas y su función es precisamente permitir y garantizar su respeto, y la democracia es el ámbito en el que pueden desarrollarse las relaciones políticas de la comunidad en un marco de respeto a la dignidad*" (p. 41).

La expresión de Martínez (2013) atiende al significado de dignidad presentado por Kant en su *Antropología*. Para el filósofo alemán (1991 y 1996), el respeto por la dignidad humana va de la mano con la autonomía y la libertad -valores que son considerados como fines en sí mismos- y que se regulan mediante los derechos. "*La autonomía, es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional*" (Kant, I. 1996, p. 49). Desde el planteamiento kantiano, el reconocimiento de la dignidad humana conlleva a la protección de la misma, en la medida en que esta es una cualidad inherente a la condición moral del hombre; por lo cual se deben instaurar mecanismos para defenderla del abuso arbitrario de poder. Lo anterior, se postula en aras "*del respeto absoluto e incondicionado que debemos a los seres autónomos, moralmente imputables, mismo que no puede ser afectado por instancias arbitrarias, circunstancias contingentes o relaciones de poder*" (Michellini: 2010, 43).

Lo que subsigue de manera coyuntural a la Segunda Guerra Mundial devela que "*el concepto de dignidad humana remite al valor único, insustituible e intransferible de toda persona humana, con independencia de su situación económica y social, de la edad, del sexo, de la religión, etcétera, y al respeto absoluto que ella merece*" (Michellini: 2010, 41); razón por la cual, debe ser protegida como un valor natural.

El reconocimiento de los derechos humanos -como se ha expresado hasta ahora- no es algo natural como intenta mostrarlo la tradición, sino que tiene sus raíces en las declaraciones contractuales. La revisión de la génesis de estos en términos de un contrato nos remite a las declaraciones -actos de habla- que los instituyen. En otras palabras, solo en el momento en que se expresan a través del uso del lenguaje, los derechos humanos y la dignidad humana llegan a ser reconocidos e institucionalizados universalmente. No obstante, la disputa entre lo jurídico y lo moral, entre lo social y lo natural persiste a la hora de abordar el problema, dado que -como se ha mostrado- en los estudios ontológicos se aborda el derecho natural como un elemento inherente a la condición natural del ser humano y su racionalidad y, por ende, separado del sistema jurídico creado por la convención social. Sin embargo, tal separación resulta compleja, máxime si se da por sentado que los derechos humanos -como derechos naturales- lo son únicamente en la medida en que son reconocidos (en la Declaración de 1948). El reconocimiento se alcanza a través de la existencia de un contrato jurídico que los detenta y legitima.

Podría decirse que, hablar de derecho natural nos remite a la Antigua Roma -a partir del cristianismo- puesto que allí hubo un primer reconocimiento del derecho natural de todo hombre. No obstante, este no fue desarrollado en la literatura de la misma manera que lo hicieron los modernos en sus tratados contractuales. Sin embargo, la historia nos muestra que las teorías de los modernos eran solo hipótesis que no se llevaron a cabo en ese momento tal y como fueron pensadas. Las primeras declaraciones que inician la institucionalización de los derechos naturales que propenden por la dignidad humana se evidencian en Inglaterra en la Carta Magna (1215), así como también en la Petición de Derechos que se realizó en 1628 y, por supuesto, en el Acta de Habeas Corpus de 1679. Expresiones jurídicas que legitiman los derechos naturales y con ello inician la regulación del comportamiento arbitrario y abusivo de poder en pos de garantizar la protección de la dignidad humana y los derechos básicos de las personas. En este sentido, los documentos referidos dan origen a la institucionalización de una serie de declaraciones que se sincretizan en 1948 en la Declaración de los Derechos Humanos, declaraciones que oscilan entre lo natural y lo social, entre la moral y lo jurídico.

Paradójicamente, los derechos humanos han sido desde su origen atribuidos a la condición natural del hombre, pero la experiencia nos muestra que estos son reconocidos por los ciudadanos y el Estado a través del régimen social del derecho. Para Amartya Sen (1988), por ejemplo, son el fundamento de toda su teoría normativa. Situación que, en teoría, acaba por ser contradictorio, ya que, si es algo inherente al ser humano y a su condición natural, ¿por qué solo llega a ser reconocido y legitimizado en el marco jurídico y en el régimen político-social? ¿Por qué firmar cartas, declaraciones y otros tipos de contratos para su reconocimiento si los derechos humanos son algo congénito a la condición humana? Por otra parte, yendo un poco más allá, cabría preguntarse si habría necesidad de postular declaraciones para reconocerlos y legitimizarlos, aun cuando no existiese sociedad alguna, es decir, ¿cuál sería su utilidad en el caso hipotético de que solo existiese un ser humano que habitara en el mundo? En condiciones de experiencias solipcistas, ¿se hablaría de dignidad humana y derechos para protegerla? No se firman acuerdos o contratos para el reconocimiento de la facultad del entendimiento y la razón humana, así como tampoco para el reconocimiento del sistema biológico y mucho menos para reconocer que existe el pensamiento humano, por ejemplo. Estas facultades son inherentes al ser humano y su existencia no depende de convenciones sociales o de aceptaciones contractuales como sí ocurre con los derechos humanos y con el reconocimiento de lo que hemos considerado como dignidad humana.

La creación y el reconocimiento de los derechos humanos se da en la medida en que se usa correctamente el lenguaje y se instituye en declaraciones gracias a las funciones de estatus asignadas por la intencionalidad y la conciencia colectivas. De igual forma, la dignidad humana es atribuida a través de funciones de estatus, a los seres que cumplen las condiciones para atribuirle un estatus tal que le reconozca como humano. En lo que prosigue se develarán los elementos que constituyen la naturaleza de los derechos humanos y se expondrá por qué estos -desde la perspectiva searleana- son considerados como derechos deónticos; asimismo, se expondrá cómo la dignidad humana es una condición que se atribuye a cierto tipo de seres que cumplen con ciertas condiciones para llamarles *humanos*.

III. Derechos humanos como derechos deónticos. La perspectiva searleana

La consideración de los derechos humanos y el reconocimiento de los mismos como derechos naturales, que deben ser protegidos universalmente en el marco legal resulta ser algo complejo en el marco de estudios lógicos por la paradoja que encierra. Tal vez por ello, algunos pensadores se han manifestado al respecto; entre ellos, Jeremy Bentham, quien sentó su crítica frente a la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 en su texto *Anarchical Fallacies; Being and Examination of the Declaration of Rights Issued during the French Revolution*². Para el autor, citado por Searle:

Los derechos naturales son un simple sinsentido: derechos naturales e imprescriptibles, un sinsentido retórico-sinsentido sobre zancos. Pero este sinsentido retórico termina en la vieja tirantez de los sinsentidos maliciosos: tan pronto como una lista de esos pretendidos derechos naturales es dada, y aquellos son expresados de forma tal que ante la vista se muestren como derechos legales. Y de estos derechos, sean los que fueren, no hay, parece, ninguno de ellos a los que cualquier gobierno pueda, en casi cualquier ocasión, derogar la más pequeña partícula (Searle: 2010, p. 175).

En otras palabras, resulta un sinsentido hablar de un derecho natural, si este solo es reconocido en el sistema jurídico. Además de ser paradójico en la medida en que algo natural solo llega a ser reconocido y legitimizado a través de una institución social, como lo es lenguaje. Searle (2010) nos muestra que este sinsentido se presenta por una fantasía colectiva, que pretende garantizar la protección de la dignidad humana sustentada en unos derechos universales a los que se les atribuye un naturalismo inexistente, en aras de otorgarles una ontología naturalizada, la cual, se tornaría mayormente creíble al pueblo y a los Estados para garantizar las obligaciones y deberes que hay detrás del reconocimiento de los derechos humanos. Fantasía en la medida en que son considerados como naturales, ya que como lo expone el autor, su existencia depende del uso del lenguaje y de las funciones de estatus asignadas por la colectividad.

Searle (1995) expresa que una función de estatus es algo que en el marco social convencionalizamos de manera intencional. Asignamos funciones de estatus a los hechos brutos del mundo, es decir le asignamos ciertas funciones de acuerdo con el uso que queremos brindarle a algo. En las instituciones sociales, le asignamos funciones de estatus a los objetos. Uno de entre muchos casos explícitos que refiere el autor para ejemplificar lo que es la función de estatus hace referencia a la institución social del dinero. El hecho bruto no es otra cosa más que un papel o un metal que usamos para conferirle un valor y crear con ello la institución social del dinero, la misma que sirve de base para el sistema económico. Decir que ciertos tipos de papeles y metales son reconocidos como dinero y otros no, conlleva a que en el marco social se convencionalizó y se asignó de manera colectiva dicha función de estatus a esos tipos de papel y de metal.

Las funciones de estatus son asignadas intencionalmente en el uso del lenguaje a partir del seguimiento de reglas. En palabras de Wittgenstein, en sus *Investigaciones* (2009), los

² Falacias anárquicas; Ser y examinar la Declaración de Derechos emitida durante la Revolución Francesa.

juegos del lenguaje son los que posibilitan la validez universal de un discurso. Por ello, el reconocimiento colectivo y universal de los derechos humanos se da en la medida en que estos se profieren a través del discurso jurídico y moral; lo que Austin (1962) denominó actos de habla, posteriormente clasificados por Searle en su taxonomía de 1969.

Ahora bien, desde esta perspectiva pragmático-lingüística, los derechos humanos son poderes deónticos (Searle: 2010). La declaración de 1948 no es otra cosa que un contrato en que se expresan actos de habla ilocucionarios bajo la forma declarativa y promisoria. Visto así, la naturaleza de los derechos humanos se sustenta en una concepción biosocial, dado que son creadas en la colectividad, a través de reglas constitutivas, en el uso del lenguaje, de manera intencional y consciente, y su estatus ontológico deviene de la subjetividad. No obstante, ello no es un obstáculo para alcanzar la objetividad en el reconocimiento de los mismos.

Las declaraciones -como actos de habla- contienen una serie de términos que conllevan obligaciones, deberes y asunciones; condiciones del acto de habla declarativo que posibilita el reconocimiento e institucionalización en la sociedad. En palabras de Searle, los derechos humanos "son poderes deónticos derivados de un estatus asignado" (2010, p. 176), estatus que la colectividad asigna intencional y conscientemente.

En la perspectiva searleana, los derechos humanos son creaciones sociales, creaciones realizadas intencionalmente a través de declaraciones que se instituyen de manera universal, se crean e institucionalizan en el marco legal a través de un juego del lenguaje contractual que regula el comportamiento entre los seres a quienes se les asigna el estatus de humano. El estatus ontológico de estos depende del hombre -por lo cual se asume como algo natural- no porque sea algo inherente a él, sino porque intencional y conscientemente lo crea. Intencionalmente le asigna funciones de estatus. Para Searle "la existencia de derechos no es más misteriosa que la existencia del dinero, de la propiedad privada o de la amistad" (2010, p. 176) y tiene el mismo estatus que cualquier derecho de propiedad. Todos estos hechos comparten la misma condición: son hechos sociales; creados y reconocidos colectivamente.

Los derechos humanos no son cuestiones inherentes a cada individuo, aparecen en el marco social y requieren de la regulación contractual. La dignidad humana que se postula en la defensa de los derechos humanos se reconoce porque hay otros seres humanos que la violan en el abuso de poder; razón por la cual, urge la creación de derechos (declaraciones) que garanticen su protección en el ámbito social e impongan obligaciones y sanciones a quienes las incumplen. En términos de Searle, y contrario a lo que proponen los naturalistas, los derechos "no son descubiertos en la naturaleza en el modo en que podríamos descubrir la fotosíntesis o los iones de hidrógeno" (2010, p. 176). Son constituidos intencionalmente para regular el comportamiento humano. Asimismo, ocurre con la dignidad humana, se atribuye a un ser que cumple con ciertas condiciones para ser considerado como humano.

IV. Lenguaje, intencionalidad y conciencia como condiciones de posibilidad de la existencia de los derechos humanos

A la luz de lo presentado hasta ahora, se conciben los derechos humanos como un hecho social, en el cual hay tres elementos que se constituyen en condición de posibilidad para su existencia: *Lenguaje, intencionalidad y conciencia colectivos*. Sin estos elementos no se presentaría la institución social de los derechos humanos en forma de declaración universal. La unión de estos elementos como condición de posibilidad para la existencia de ciertos fenómenos cuya naturaleza se ostenta tanto en la biología como en la pragmática social del lenguaje. Es lo que Rodríguez (2017) ha denominado biopragmatismo.

En la perspectiva searleana "los derechos son funciones de estatus, de esto se sigue inmediatamente que son intencionalmente-relativos. Son siempre creados e impuestos mediante la intencionalidad colectiva" (2010, p. 176). Al estar expresados en actos de habla declarativos y promisorios, hay en su base -una condición de satisfacción que permite que tales actos sean exitosos- asunción de obligaciones, las que a su vez tienen el mismo alcance del derecho. Siempre que hay un derecho se asume una obligación y la legitimación del mismo se da en el cumplimiento de esta.

Dicho lo anterior, se puede inferir que si los derechos humanos son de carácter universal entonces las obligaciones que colectivamente convocan también lo son. En términos lógicos, tal y como lo presentó Searle (2010), asumir que X tiene un derecho (X hace A), implica que X tiene una obligación frente a alguien para hacer A. Lo anterior se sustenta en que todos los derechos son derechos de alguien y las obligaciones se asumen frente a alguien. Si X tiene el derecho a la vida digna, por ejemplo, se asume la obligación de todos los demás por respetar la vida digna de X. "*Una proclamación de derechos es equivalente en su significado a la proclamación de la correspondiente obligación por parte de aquellos frente a quienes está tal derecho*" (2010, p 179). Obligación que los Estados reconocen internacionalmente a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) y que se evidencia en las constituciones políticas internas, en las que se han vinculado mecanismos de protección ciudadana que garanticen el cumplimiento de los deberes y obligaciones en defensa de los derechos del hombre. En palabras de Donnelly (2003) "*el reconocimiento internacional de los derechos humanos representa un consenso político superpuesto*" (p 40).

Ahora bien, la tradición naturalista en defensa de la dignidad humana ha sustentado que un derecho humano es algo diferente a un derecho jurídico; no obstante, este estudio intenta mostrar cómo su naturaleza es la misma, dado que no hay tal cosa que pueda llamarse *derecho natural* y tampoco puede asumirse inherente a la condición humana, si no es reconocido y legitimizado en el sistema jurídico. Los derechos son atribuibles a los seres que los reconocen y son creados intencionalmente por seres humanos a través del lenguaje, por ello, como hechos sociales tienen en su naturaleza tanto reglas regulativas, como reglas constitutivas, por lo cual, como funciones de estatus existen para regular el comportamiento social. En el mismo sentido, es importante mostrar que hablar de la existencia de un 'ser humano' implica aceptar que hay un ser de nuestra especie que cumple ciertas condiciones con las cuales se le otorga tal estatus -humano-. La condición de *humanidad* también es una

condición social reconocida por la colectividad, así como la atribución de la dignidad a los seres que son reconocidos como *humanos*.

Lo anterior, nos lleva a reconocer que como seres humanos asignamos colectiva e intencionalmente funciones de estatus a los hechos brutos del mundo (la función de contrato a una serie de normas y declaraciones escritas en un papel, la función de familia y los roles que desempeñamos en esta a un conjunto de seres humanos que la conforman y cumplen con ciertas características, etc.), de la misma manera se otorga el estatus de 'humano' a los seres que pertenecen biológica y socialmente a nuestra especie. "*El ser humano es un status al que pueden ser asignadas funciones que encajan en nuestra definición de funciones de status*" (2010, p 182). En este sentido, como funciones de estatus, los derechos humanos funcionan en la medida en que son reconocidos y atribuidos a seres que poseen condición de humanos. En términos kripkeanos, la referencia de lo que es un humano se da en término de las propiedades que determinan que así lo sea; dado que, "*a cada nombre o expresión designadora 'X', le corresponde un cúmulo de propiedades, a saber, la familia de aquellas propiedades p tales que A cree 'öX'*" (Kripke: 1995, p 73). Así pues, "*de la comprensión que se tenga de la naturaleza humana y sus propiedades deriva el trato que debe dársele a todo ser que posea dicha naturaleza, a lo que denominamos 'dignidad'*" (Martínez, 2013, p. 42).

De la misma forma que se asigna al hombre -en un Estado de derecho- la propiedad privada y el gobierno está en la obligación de hacer respetar tal derecho, se asignan los derechos humanos, y convencionalmente se acepta que todos los ciudadanos de un Estado -e internacionalmente todos Estados- están en la obligación de protegerlos, ya que estos son el garante de la dignidad humana. En este sentido, se puede admitir que los derechos humanos son creados intencionalmente por los seres humanos a través de actos de habla que los constituyen a través de funciones de estatus en poderes deónticos. Poderes que nos someten al deber y con ello a la obligación tanto moral como jurídica.

Con todo, la concepción searleana de los derechos humanos no choca con la naturalista ni con la social en la medida en que el ser humano es un ser tanto natural como social y crea estos derechos a través de sus estados mentales (emergentes) y en el uso del lenguaje. En esta perspectiva, considerar los derechos humanos como hechos creados socialmente no implica desconocer esa parte natural, ni la ontología subjetiva de los mismos. Dado que, como lo muestra Searle (1969) en *La construcción de la realidad social*, los hechos institucionales poseen una ontología natural. Los hechos sociales son creados por funciones de estatus en cuya naturaleza hay elementos tanto biológicos como sociales. Visto así, los derechos humanos son naturales, universales e iguales y devienen de nuestra naturaleza, de nuestra intencionalidad, conciencia y lenguaje. Sin estos elementos no se podría asegurar la existencia de estos hechos sociales expresados y creados por actos declarativos, así como tampoco la existencia de la dignidad humana.

Asignar funciones de estatus a algo o a alguien implica que estas sean reconocidas colectivamente en quien las vamos a asignar. Es precisamente esto lo que ocurre con los derechos humanos y con la dignidad humana. Se reconoce colectivamente que hay un ser que posee el estatus de humano al cual, a su vez, se le reconocen ciertos derechos por su

condición humana. Los derechos humanos se reconocen como poderes deónticos establecidos en actos de habla declarativos en contratos y cartas y su institucionalización conlleva a que quienes se someten al contrato asuman la obligación para con los otros.

V. Legitimación de los derechos humanos y reconocimiento de la dignidad del hombre

Lo expresado hasta ahora nos ha permitido develar la naturaleza biopragmática de los derechos humanos, en la cual se acentúa, qué elementos como la intencionalidad, la conciencia y el lenguaje son condiciones necesarias para la creación e institucionalización de estos en el marco jurídico.

A través de reglas constitutivas expresadas en declaraciones se expresan las funciones de estatus que determinan la existencia de los derechos humanos como poderes deónticos y en el marco jurídico las declaraciones aceptadas se institucionalizan en reglas regulativas del actuar de los ciudadanos. No obstante, la legitimación de las mismas va más allá de la lógica simple de los actos de habla, en la medida en que el reconocimiento político de tales derechos va de la mano de la institución económica y de los intereses de cada gobierno, los cuales -desde miradas hedonistas cubiertas con mantos nacionalistas- optan por no financiar organizaciones civiles ni mecanismos jurídicos que garanticen el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de la declaración aceptada en 1948.

Los estudios realizados por Sikkink (2018) evidencian la crisis que se presentó en torno a la deslegitimación de los derechos humanos en más de treinta y nueve países entre los años 1993 y 2012; período en el que dichos gobiernos "aprobaron leyes restrictivas sobre la financiación de organizaciones civiles" (p. 16). Acciones con las cuales los gobiernos desacreditan y deslegitimizan a muchas de las organizaciones de derechos humanos, bajo la premisa de que estas al asumir el pacto internacional han recibido apoyo económico de organizaciones, que los gobiernos consideran como foráneas y antinacionales. Así, se interponen los idealismos nacionalistas como un obstáculo para la protección de los derechos humanos al someter la declaración a la legislación nacionalista. Para Sikkink, casos como el de Estados Unidos, bajo el mandato de Trump, son una muestra clara de deslegitimación de los derechos humanos, dado que desde la campaña -del ahora presidente estadounidense- se ha propuesto como plan de gobierno aceptar la tortura y otras cosas peores. Y algunos regímenes políticos que actúan bajo lineamientos cristianos también han estado en contra de la legitimación de los derechos fundamentales.

Pese al panorama expuesto por Sikkink, es preciso decir que no todo está perdido. Desde 1948 se han presentado instituciones y ONGs que luchan por el reconocimiento y legitimación de los derechos humanos en diferentes partes del mundo. Nuevas declaraciones -fundamentadas en la carta presentada por el Comité Jurídico Interamericano (1944) y la propuesta de Dumbarton Oaks-en términos de Sikkink (2018)- aportan desde Latinoamérica una propuesta de legitimación de los derechos humanos, en el reconocimiento internacional, en la medida en que se requiere de una maquinaria, de nuevos estamentos, que representen la voluntad de la comunidad entera y sus intereses intencionales y colectivos.

Las constituciones políticas de países como México, Colombia, Uruguay, Cuba, entre otros, han vinculado mecanismos de protección que conllevan a la asunción de obligaciones jurídicas para asumir desde la política un compromiso firme con la legitimación de los derechos humanos. Los cambios en los estados democráticos de occidente y el reconocimiento de la dignidad humana no se torna ahora una cuestión de ideologías religiosas, sino que corresponden al campo del derecho civil, el cual debe garantizar que todo ser humano sin importar la raza, creencias, ideologías o tendencias sexuales participe de una jurisdicción en la que se le reconozcan sus derechos y se proteja la dignidad.

Los recientes pactos en las organizaciones e instituciones gubernamentales permiten una nueva legitimación de los derechos humanos desde postulados internacionales. Acuerdos en los cuales se manifiesta la protección de los mismos desde lineamientos civiles, políticos, culturales y económicos. De tal forma que la legitimidad, en términos de Sikkink, se asume en términos comparativos con la efectividad de dichos acuerdos frente a la protección y garantía de la dignidad humana.

Podemos decir entonces que nuestra misión como ciudadanos está anclada a "*seguir empujando a los actores estatales y no estatales hacia el cumplimiento total, sin dejar de insistir en la brecha actual entre su comportamiento y ese cumplimiento*" (2018, p 294). Puesto que la legitimación depende de todos, así como el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades frente a los seres humanos a quienes debemos garantizar el respeto por su dignidad. En este sentido, formular declaraciones que protejan la dignidad humana y crear e instituir derechos que garanticen el reconocimiento de esta condición es una cuestión procesual en la medida en que la declaración, como acto de habla, no es por sí misma el fin, sino el medio para alcanzar la práctica a través de la asunción de las obligaciones que esta trae consigo en un Estado contractual.

VI. Algunas conclusiones

Lo dicho hasta aquí podría resumirse en algunos enunciados:

- 1- Los derechos humanos no son una cuestión natural inherente a la condición de la naturaleza del hombre. Son construcciones sociales de naturaleza biopragmáticas reconocidas en el marco social (si en el mundo solo habitase un hombre no surgiría la necesidad de hablar de dignidad humana, ni sobre derechos humanos).
- 2- Hablar de derechos humanos como construcciones biopragmáticas, nos permite superar ese dualismo natural/social en la medida en que se admite a que como base de las condiciones de posibilidad para la existencia de los mismos están el uso pragmático del lenguaje, la conciencia y la intencionalidad colectiva (estados mentales), cuya naturaleza son de orden biosocial. Sin estos no es posible asignar tales funciones de estatus como derechos humanos o dignidad humana al ser que hemos considerado como: *humano*.
- 3- Los derechos humanos son creados por reglas constitutivas a través de decla-

raciones, por ello, son funciones de estatus asignadas a aquellos seres que reconocemos como humanos.

4- La función de estatus que asignamos a los derechos humanos, a través de poderes deónticos, permite el reconocimiento y la protección de la dignidad humana.

5- Aceptar que hay algo que denominamos dignidad humana y derechos humanos implica aceptar que hay otros humanos con las mismas condiciones a los cuales hay que reconocerles las funciones de estatus como poderes deónticos.

6- Al ser institucionalizados, reconocidos y legitimados en el marco jurídico, la aceptación de derechos universales conlleva implícitamente al reconocimiento de obligaciones universales. Por ello, si se asignan funciones de estatus de derecho a un ser humano, también se le asignan obligaciones jurídicas. Asignar la función de estatus del derecho a la libertad de X, implica que haya, al menos, un Y que está obligado a respetar la libertad de X y viceversa.

7- Las declaraciones, al ser poderes deónticos, nos someten como ciudadanos al cumplimiento de las mismas en la medida en que nos comprometen a través del contrato que jurídicamente ha sido aceptado por el Estado.

8- La legitimación de los derechos humanos es una cuestión que compete tanto a entes estatales como a los no estatales y requiere con urgencia de un compromiso de quienes nos reconocemos como ciudadanos para asumir las responsabilidades y obligaciones para con el otro, al reconocerlo como un ser igual a mí por sus condiciones que posibilitan la asignación de estatus de la condición de *ser humano*.

VII. Bibliografía

- AUSTIN, J. (1962). *How to do things with words*, Clarendon Press, Oxford University, Gran Bretaña.
- BENTHAM, J. (1843). "Anarchical Fallacies; Being and Examination of the Declaration of Rights Issued during the French Revolution", in John Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 2, William Tait, Edinburgh.
- DONNELLY, J. (2003). *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, New York.
- HOBBS, T. (2005). *Leviatán. O la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México.
- KANT I. (1994). *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid.
- (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Porrúa, México.
- (1991). *Antropología en sentido pragmático*, Alianza Editorial, Madrid.
- (2013). *¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, Alianza Editorial, Madrid.
- KRIPKE, S. (1995). *El nombrar y la necesidad*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

- LOCKE, J. (2014). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, Alianza Editorial, Madrid.
- MARTÍNEZ, V. (2013). "Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, año XLVI, n° 136, enero-abril de 2013.
- MICHELINI, D. (2010). "Dignidad humana en Kant y Habermas", *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, Vol. 12 n° 1.
- PLATÓN. (1988). "La República", en *Diálogos*, Gredos, Barcelona.
- RODRÍGUEZ, A. (2017). "Hacia una visión biopragmática de la conciencia humana", *Cuadernos de Filosofía Latinoamericana*, Vol. 38, n° 116.
- ROUSSEAU, J. (2003). *Del contrato social*, Alianza Editorial, Madrid.
- SEARLE, J. (1969). *Speech Acts. An essay in the philosophy of language*, Cambridge at the University Press, Cambridge.
- (1995). *The Construction of Social Reality*, The Free Press, New York.
- (2010). *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, New York.
- SEN, A. (1988). *Rights and Agency en: Consequentialism and It Critics*, Oxford University Press, Oxford.
- SIKKINK, K. (2018). *Razones para la esperanza. La legitimidad y efectividad de los derechos humanos de cara al futuro*, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires.
- WITTGENSTEIN, L. (2009) *Investigaciones filosóficas*, Trad. Alfonso García Suarez y Carlos Ulises Moulines, en Reguera, Isidoro (Ed.). *Obra completa. Tractatuslogico-philosophicus. Investigaciones filosóficas. Sobre la certeza*, Vol. I, Biblioteca de Grandes Pensadores, Editorial Gredos, Madrid.

VIVIENDA Y DERECHO DE LA VEJEZ: PERSPECTIVA JURÍDICA TRIALISTA *

HOUSING AND ELDER LAW: TRIALISTIC LEGAL PERSPECTIVE

*María Isolina Dabove ***

Resumen: Objetivo principal. Este trabajo tiene como propósito demostrar que la vivienda constituye una institución jurídica compleja que impacta de manera tridimensional en el derecho de la vejez. Metodología. Desde la metodología de la teoría trialista del mundo jurídico desarrollada por Goldschmidt y Ciuro Caldani, la vivienda puede ser comprendida como un objeto de estudio material, simbólico y funcional. La dimensión material alude al espacio cerrado y cubierto en el cual cada persona establece su centro de vida, que aquí llamaremos "casa". La dimensión simbólica hace referencia a las significaciones afectivas y biográficas que la vivienda representa para quien la mora. Es, pues, el "hogar". Por último, la vivienda cuenta con una dimensión funcional desde la cual se organiza y acondiciona el desarrollo de la vida, de modo tal que la vivienda es también, un "hábitat". Resultados. La relación de las personas mayores con su vivienda resulta singularmente crítica y dinámica en sus tres dimensiones (casa-hogar-hábitat) a causa de la evolución misma de la vejez. Las páginas que siguen están destinadas al reconocimiento de estas problemáticas a la luz del derecho de la vejez y plantea un diagnóstico jurídico acerca de los desafíos y remedios.

Palabras clave: Derecho - Vejez - Vivienda.

Abstract: Main goal. The purpose of this work is to demonstrate that housing is a complex legal institution that impact the human rights of old age in three aspects of it. Methodology. From the trialistic legal theory -developed by Goldschmidt and CiuroCaldani- housing can be understood as a material, symbolic and functional object of study. The material dimension refers to the closed and covered space in which each

* Trabajo recibido el 23 de junio de 2019 y aprobado para su publicación el 15 de agosto del mismo año.

** Abogada por la Universidad Nacional de Rosario-Argentina. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Investigadora Independiente del CONICET en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires-Argentina. Directora de la Diplomatura en Derecho de la Vejez en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Directora del Centro de investigaciones en Derecho de la Ancianidad de la Universidad Nacional de Rosario. (isolinadabove@gmail.com).

person establishes his center of life, which we shall call "house". The symbolic dimension refers to the emotional and biographical meanings that housing represents for whom dwells it. It is, then, the "home". Finally, the house has a functional dimension from which it is organized and conditions the development of life, so that housing is also a "habitat". Results. The relationship of the elderly with their housing is particularly critical and dynamic in its three dimensions (house-home-habitat) because of the evolution of old age. The following pages recognize these problems according to the elder law and identify some challenges and remedies.

Keywords: Law - Old age - Housing.

Sumario: I. Introducción. II. La casa. III. El hogar. IV. El hábitat. V. Algunas conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

1. *Habitar la vejez*. La vivienda constituye una institución jurídica compleja ya que se refiere al lugar en donde cada uno establece su centro de vida y ejerce su poder, señorío y libertad¹. Etimológicamente, alude al espacio cerrado, cubierto y acondicionado para el desarrollo cotidiano de sus moradores, en el cual, y hacia el cual, también se establecen vínculos afectivos². Por ello, de manera simultánea la vivienda puede ser comprendida como "casa, hogar y hábitat".

Más aún, como hemos señalado en otras oportunidades³, filosóficamente es imposible concebir la vida sin ella. Nacemos a partir de una vivienda, el vientre materno. Pero también morimos y nos alojamos en ella, llámese habitación, urna, o tierra. La vivienda atraviesa nuestra existencia en su totalidad⁴. Es la forma y el marco dentro del cual se despliegan las distintas posibilidades de ser y comprende, por ello, su desarrollo pantónimo⁵ y completo.

Sin embargo, cada etapa de la vida humana evidencia una forma particular de relación con su vivienda. En la niñez, el vínculo parece estrecho y nos viene dado. Hacia la juventud, el nexo se relaja, para dar lugar a un deseo: el del sitio propio. En tanto que, en la adultez, la vivienda es sinónimo de propiedad, -en sentido amplio-, de "terreno conquistado y nominado", dentro del cual puede afirmarse la identidad y autonomía del sujeto.

¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa. *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995; KRASNOW, Adriana. *Manual de derecho de familia*, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 20 y 21.

² REAL ACADEMICA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española* [visible en internet: <http://dle.rae.es/?id=JvbcNEL>].

³ DABOVE, María Isolina. "Derecho de la Ancianidad y Bioética en las Instituciones Geriátricas", *Libro Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, T.III, pp. 205 a 236.

⁴ Desde la perspectiva etimológica la palabra casa -del lat. "casa, choza"- significa "pareja de macho y hembra". Al respecto puede verse: COROMINAS, Joan. *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, 3° ed., Gredos, Madrid, 1980 PERROT, Michelle, p. 136.

⁵ De "pan: todo; nomos: ley que gobierna". Al respecto puede verse GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción filosófica al Derecho*, 6° ed., 4° reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 391.

El incremento de la longevidad y los cambios demográficos mundiales hacen que la vida humana resulte claramente más extensa para todos. En Latinoamérica, por ejemplo, la expectativa promedio de vida para las mujeres ronda los 79 años y para los varones, los 72⁶. El sistema económico también se ha transformado merced a las nuevas necesidades que este sector de la población, los "perennials"⁷, plantean hoy. Al igual que lo ha hecho la tecnología, la educación, la política, el arte, en suma, la cultura en su conjunto.

Así, esta "gerontoglobalización" y las sociedades multigeneracionales concomitantes, en las que conviven dos generaciones de personas mayores de 60 y más años, son fenómenos imparables, crecientes y deseables en el imaginario colectivo. Sin embargo, todo ello aún no se ve enteramente reflejado en el registro que el Derecho hace sobre la cuestión de la vivienda de las personas mayores.

2. *Perspectiva jurídica trialista.* En base a la metodología de la teoría trialista del mundo jurídico de Goldschmidt y Ciuro Caldani⁸ puede observarse que, la vivienda puede ser comprendida como un fenómeno tridimensional en cuya composición se destaca un plano material, otro simbólico y un tercero, de carácter funcional. La dimensión fáctica alude al espacio cerrado y cubierto en el cual cada persona establece su centro de vida, que aquí llamaremos "casa". La dimensión simbólica hace referencia a las significaciones afectivas y biográficas que la vivienda representa para quien la mora. Es, pues, el "hogar". Por último, la vivienda cuenta con una dimensión funcional desde la cual se organiza y acondiciona el desarrollo de la vida, de modo tal que la vivienda es también, un "hábitat"⁹.

Junto a ello, desde el derecho de la vejez puede apreciarse que la relación de las personas mayores con su vivienda resulta singularmente crítica y dinámica en sus tres dimensiones

⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Estimaciones y proyecciones de población a largo plazo 1950-2100*. [visible en internet: <http://www.cepal.org/es/estimaciones-proyecciones-poblacion-largo-plazo-1950-2100>]; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD -OMS, *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*, Ginebra, 2015 [visible en internet: <http://www.who.int/topics/ageing/es/>].

⁷ "Perennials es una nueva categoría codiciada por el *marketing fashion*. No se rige por la franja etaria sino por la actitud. Remite a algo que dura para siempre, y surgió de la mano de Gina Pell, jefa de contenidos del sitio británico de recomendaciones de consumos culturales *TheWhat*. Según Pell, se trata de personas de todas las edades que viven el presente, que están conectadas con lo que ocurre en el mundo, se mantienen actualizados en materia tecnológica y tienen amigos de diferentes edades. Tiene que ver con un estado de la mente y no con el rol social de una franja etaria. GONZÁLEZ CARMAN, Agustina. *Ahora la edad es lo de menos* ("La Nación", 7 de octubre de 2017) [visible en internet: <https://www.lanacion.com.ar/2069936-ahora-la-edad-es-lo-de-menos>].

⁸ Acerca de la teoría trialista que utilizamos como marco metodológico de este trabajo puede verse: GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción filosófica al Derecho*, 6º ed., 4º reimp., Depalma, Buenos Aires, 1987, pp. 8-34; CIURO CALDANI, Miguel Ángel. *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000, p. 3; *Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Zeus, Rosario, 2007, p. 5.

⁹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores* [visible en internet: <http://inmayores.mides.gub.uy/innovaportal/file/56286/1/convencion-interamericana-sobre-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-de-las-personas-mayores-oea.pdf>], artículo 2.

(casa-hogar-hábitat) a causa de la evolución misma de la vejez¹⁰. Las páginas que siguen están destinadas al reconocimiento de estas problemáticas y al desarrollo de un diagnóstico jurídico acerca de los desafíos y remedios.

II. La casa

La comprensión de la vivienda como casa permite identificar un variado abanico de institutos jurídicos de ricos alcances transversales tales como: su calidad de atributo de la personalidad, su condición de derecho subjetivo fundamental y como bien inmueble, objeto del derecho real. Una de las características de la población envejecida es la posibilidad de acumular recursos a lo largo de la vida, entre los cuales se encuentra la vivienda.

Así, en una primera significación, el derecho de la vejez considera a la vivienda una residencia, en tanto asiento material del domicilio real que le corresponde a todo mayor por ser persona. El artículo 73 del Código Civil y Comercial establece que "la persona humana tiene domicilio real en el lugar de su residencia habitual". Con relación a las personas en situación de calle, este enfoque se completa con el artículo 76 referido al domicilio ignorado, cuando señala que: "la persona cuyo domicilio no es conocido lo tiene en el lugar donde se encuentra; y si éste también se ignora en el último domicilio conocido".

Por otra parte, la vivienda es considerada también una institución perteneciente a los derechos de autonomía del derecho de la vejez, al tratarse tanto de un derecho humano, como de un bien inmueble jurídicamente protegido¹¹.

En cuanto derecho subjetivo fundamental, la vivienda ha sido consagrada por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional de la República Argentina, y ha merecido este mismo reconocimiento en numerosas declaraciones, pactos y convenciones internacionales. Del grupo de tratados que gozan de jerarquía constitucional en nuestro país, cabe mencionar a la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre -art. 11 y 23-; a la Declaración

¹⁰ Respecto de la historia de la vivienda y la vejez puede consultarse, entre otros: ALBA, Víctor. *Historia social de la vejez*, Laertes, Barcelona, 1992, p. 12; BEAUVOIR, Simone de. *La vejez*, traducción de Aurora Bernárdez, 1° ed., 1° reimp., Edhasa, Barcelona, 1989; COLLOMP, Alain. *Familias: viviendas y cohabitaciones*, en ARIES, Philippe - DUBY, Georges. *Historia de la vida privada. La comunidad, el Estado y la familia*, 1° ed., 1° reim., Taurus, Buenos Aires, 1991, tomo 6, p. 103; GRACIA, Diego. *Historia de la vejez*, en GAFO, Javier. *Ética y ancianidad*, Fundación Humanismo y Democracia, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995, p. 15; GRANJEL, Luis S. Ob. Cit., p. 7; MINOIS, Georges. *Historia de la vejez. De la Antigüedad al Renacimiento*, traducción de Celia María Sánchez, Nerea, Madrid, 1989, p. 15; PERRROT, Michelle, "Formas de habitación", en ARIES, Philippe - DUBY, Georges, *Historia de la vida privada. Sociedad burguesa: aspectos concretos de la vida privada* (traducción de Francisco Pérez Gutiérrez y Beatriz García), T.8, Taurus, Madrid, 1990, p. 9; PHILIBERT, Michel. "Le statut de la personne âgée dans les sociétés antiques et préindustrielles", *Sociologie et Sociétés*, vol. 16, N° 2 (1984); RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Sandalio. *La vejez: historia y actualidad*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1989; DABOVE, María Isolina. *Los derechos de los ancianos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002, p. 115.

¹¹ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL R.A. Artículo 225. "Inmuebles por su naturaleza. Son inmuebles por su naturaleza el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre".

Universal de los derechos del humanos -art. 25, párr. 1-; a la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial -art. 5-; a la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -art. 14, párr.2-; al Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales -art. 11-; a la Convención sobre los derechos del niño -art. 27 párr. 3-; y a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad -art. 28 inc. 1 y 2d-. En cambio, del grupo de tratados con jerarquía suprallegal se destaca el artículo 24 de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, en el cual se enfatiza que: "la persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades"¹².

Ahora bien, el tratamiento jurídico de la vivienda en calidad de inmueble abarca las relaciones jurídicas de dominio o propiedad, usufructo, o posesión que pueden establecerse sobre ella, y el derecho a la libre disposición de los bienes, ampliamente reconocidos por la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, en el artículo 24¹³.

¹² ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores*. [visible en internet: <http://inmayores.mides.gub.uy/innovaportal/file/56286/1/convencion-interamericana-sobre-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-de-las-personas-mayores-oea.pdf>], artículo 24. "Derecho a la vivienda. La persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades. Los Estados Parte deberán adoptar las medidas pertinentes para promover el pleno goce de este derecho y facilitar que la persona mayor tenga acceso a servicios socio-sanitarios integrados y servicios de cuidados domiciliarios que le permitan residir en su propio domicilio conforme a su voluntad. Los Estados Parte deberán garantizar el derecho de la persona mayor a una vivienda digna y adecuada y adoptarán políticas de promoción del derecho a la vivienda y el acceso a la tierra reconociendo las necesidades de la persona mayor y la prioridad en la asignación a aquella que se encuentre en situación de vulnerabilidad. Asimismo, los Estados Parte fomentarán progresivamente el acceso al crédito de vivienda u otras formas de financiamiento sin discriminación, promoviendo, entre otros, la colaboración con el sector privado, la sociedad civil y otros actores sociales. Las políticas deberán tener especialmente en cuenta: a) La necesidad de construir o adaptar progresivamente soluciones habitacionales con el fin de que estas sean arquitectónicamente adecuadas y accesibles a los adultos mayores con discapacidad y con impedimentos relacionados con su movilidad. b) Las necesidades específicas de la persona mayor, particularmente aquellas que viven solas, a través de subsidios para el alquiler, apoyo a las renovaciones de la vivienda y otras medidas pertinentes, según la capacidad de los Estados Parte. Los Estados Parte promoverán el establecimiento de procedimientos expeditos de reclamación y justicia en caso de desalojos de personas mayores y adoptarán las medidas necesarias para protegerlas contra los desalojos forzosos ilegales. Los Estados Parte deberán promover programas para la prevención de accidentes en el entorno y el hogar de la persona mayor".

¹³ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores*, [visible en internet: <http://inmayores.mides.gub.uy/innovaportal/file/56286/1/convencion-interamericana-sobre-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-de-las-personas-mayores-oea.pdf>], artículo 23. "Derecho a la propiedad. Toda persona mayor tiene derecho al uso y goce de sus bienes y a no ser privada de estos por motivos de edad. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. Ninguna persona mayor puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizarle a la persona mayor el ejercicio del derecho a la propiedad, incluida la libre disposición de sus bienes, y para prevenir el abuso y la enajenación

Desde el punto de vista ius-sociológico, la *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores*, ha reconocido que, en Argentina, las personas mayores en su mayoría son propietarios: "algo más de 8 de cada 10 personas de 60 años y más reviste esta categoría". Pero, se registran diferencias en relación con la composición del grupo familiar. "Entre las viviendas de parejas de personas mayores, la situación de propietarios se intensifica: "casi 9 de cada 10 adultos mayores son parte de esta categoría". En las viviendas multigeneracionales, el número de personas mayores propietarias es similar al conjunto poblacional. Mientras que, en las unipersonales, la presencia de propietarios mayores disminuye y se incrementa la de inquilinos, ocupantes gratuitos, o por pago de servicios y en viviendas que están en sucesión¹⁴.

Así, con alta frecuencia las personas mayores celebran negocios jurídicos destinados a "adjudicar en vida" los bienes del acervo hereditario, incluyendo en el reparto incluso lo más básico: la casa que se habita. Efectúan donaciones con reserva de usufructo, ceden derechos, o se establecen poderes generales de administración y/o disposición, venden propiedades, o bien, se constituyen fideicomisos, que afectan por lo general la totalidad del patrimonio, sin tener la precaución de proteger al menos la vivienda en la que se ha constituido el domicilio y centro de vida¹⁵. Pero, lejos de ser soluciones reales, estos negocios jurídicos terminan siendo una trampa para las personas mayores ya que resultan agraviadas doblemente, en lo patrimonial y en lo afectivo. Lamentablemente, numerosos son los fallos judiciales relativos a estafas, circunvencción de incapaces¹⁶, denuncias por violencia patrimonial y financiera, o revocaciones de donaciones en base a ingratitudes acreditadas¹⁷, entre otros, en los cuales se registran los efectos ambiguos y negativos hacia la persona mayor.

Por otro lado, también, suele suceder que las personas mayores vean empobrecidos sus patrimonios monetarios y financieros. Algunas razones se vinculan con la disminución de sus haberes por el acceso a la jubilación o pensión. Otras, por ejemplo, tienen que ver con el incremento de costos del nivel de vida en función de sus nuevas necesidades. En el Derecho Argentino no existen institutos que protejan la casa de las personas mayores frente a estos cambios de sus economías, como sí ocurre en otros países. Un caso ilustrativo es España, quien incorporó la figura de la "hipoteca inversa" a tal fin. Se trata de un tipo de préstamo bancario,

ilegal de su propiedad. Los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas para eliminar toda práctica administrativa o financiera que discrimine a la persona mayor, principalmente a las mujeres mayores y a los grupos en situación de vulnerabilidad respecto del ejercicio de su derecho a la propiedad".

¹⁴ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS, RA, *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012* (ENCaViAM, Serie Estudios INDEC, N° 46, 2012) [visible en internet: <https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/encaviam.pdf>], p. 18 y 19.

¹⁵ DABOVE, María Isolina. *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, 2° ed., Astrea, Buenos Aires, 2017, pp. 9 a 41 y pp. 117 a 124.

¹⁶ DABOVE, María Isolina. "Voluntad, Capacidad y Derechos Fundamentales en la Vejez: el problema cotidiano de la autonomía jurídica frente al envejecimiento", en BARIFFI, Francisco - PALACIOS, Agustina. *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Ediar, Buenos Aires, 2012, pp. 361 a 384.

¹⁷ Ver por ejemplo el fallo de la CApel.CC de Mar del Plata, Sala II, del 01 de diciembre de 2015; C., L. c. S., R. D. s/donación. Revocación (art. 1848/68, CPC), publicado en ED, 09/03/2016, Nro. 13.911, 2016.

dirigido a personas mayores de 65 años, o personas dependientes, que sean propietarios de una vivienda. Al contrario de lo que sucede en la hipoteca convencional, en este caso "es el titular quien recibe del banco una cantidad a cambio del piso (normalmente en forma de renta mensual). La ventaja es que puede seguir utilizándolo hasta su fallecimiento y en ningún momento pierde la propiedad de su vivienda" y se protegen los derechos de los futuros herederos¹⁸.

III. El hogar

La comprensión de la vivienda como hogar hace referencia a los vínculos que en su marco se establecen y a las significaciones afectivas y biográficas que este espacio representa para cada morador. Expresa la protección jurídica de su dimensión simbólica, abarca todo aquello que compone el derecho personalísimo a la intimidad personal y familiar, y se refiere a los derechos de inclusión del derecho de la vejez¹⁹. Entre las instituciones tuitivas del hogar, entre otras se destacan: el régimen de afectación de la vivienda (o bien de familia) y el derecho real de habitación del cónyuge o conviviente supérstite. Así como también merece destacarse la figura de la "unidad doméstica u hogar" consagrada por la Convención.

El envejecimiento de la población tiene importantes implicancias en la dinámica de los hogares. Las crecientes necesidades asociadas al avance de los años vividos plantean nuevos desafíos, que favorecen la cohabitación de dos o más generaciones para posibilitar su satisfacción. Por ello, es posible identificar tres tipos de hogares de personas mayores: los unipersonales; los unigeneracionales de adultos mayores y los multigeneracionales con al menos una persona mayor.

En Argentina, según la ENCaViAM: "2 de cada 10 son unipersonales; 3 de cada 10, unigeneracionales y 5 de cada 10 multigeneracionales"²⁰.

¹⁸ JIMÉNEZ CLAR, Antonio J. "La hipoteca inversa como instrumento de protección social", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (2009) tomo XXVIII, p. 97 a 142; QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José. "La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* N° 81, p. 135 a 147; CANO, Gala - ETXEZARRETA, Aitziber. "La crisis de los desahucios en España: respuestas institucionales y ciudadanas", *Revista de Economía Crítica* (2014) N°17, pp. 44 a 57; MARBÁN GALLEGU, Vicente. "Actores sociales y desarrollo de la ley de dependencia en España", *Revista Internacional de Sociología (RIS)* (2012), Vol.70, N° 2, pp. 375 a 398; CASTRO ALFARO, Maureen Priscilla A. - GUTIÉRREZ BALTODANO, Andrea Marcela. *Implementación de la hipoteca inversa como herramienta legal de acceso al crédito que propicie una mejor calidad de vida a la persona adulta mayor*, (Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho Sede Guanacaste, 2017) [visible en internet: <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2018/04/Andrea-Marcela-Gutierrez-TESES-DE-LA-UCR-GUANACASTE-ByN.pdf>].

¹⁹ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL RA. Artículo 52. "Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1" [visible en internet: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6>].

²⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS R.A. *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012* (ENCaViAM, Serie Estudios INDEC, N° 46, 2012) [visible en internet: <https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/encaviam.pdf>].

En los hogares unipersonales la vivienda es sostenida y ocupada por una sola persona que provee a sus necesidades alimenticias, o de otra índole vital, sin unirse a ninguna otra persona para formar parte²¹. Para la ENCaViAM, estos hogares están conformados por población más envejecida; mientras que 16 de cada 100 personas de 60 a 74 años reside en este tipo de hogar, la proporción se duplica al interior del grupo de 75 años y más. Las mujeres están sobrerrepresentadas y en su mayoría son viudas (alrededor del 70%), por su mayor expectativa. De modo tal que, en caso de necesidades básicas, estos mayores deben recurrir a redes de apoyo extra hogareñas, o a alguna fuente de recursos institucionales para satisfacerla²².

Los hogares pluripersonales, ya sean uni o multigeneracionales, están constituidos en cambio por dos o más personas que se asocian para proveer a sus necesidades básicas, o de otra índole vital. Los miembros del grupo pueden poner en común sus ingresos y tener un presupuesto único. El grupo puede estar compuesto por personas emparentadas entre sí, por personas sin vínculos mutuos de parentesco, o bien, por parientes y no parientes simultáneamente²³. La Convención interamericana denomina "unidad domestica u hogar", precisamente al grupo constituido por personas no vinculadas por parentesco²⁴.

De acuerdo con la ENCaViAM, los hogares unigeneracionales argentinos están integrados principalmente por parejas de adultos mayores, tienen principalmente jefatura masculina (87,8%) y tienden a concentrarse en las edades más avanzadas²⁵.

En Argentina, el Código Civil y las legislaciones especiales se ocuparon de la protección del hogar familiar, tal como lo hizo la Ley Nacional N° 14394 de defensa del bien de familia. Por su intermedio, se amparaba al inmueble en cuyo seno funcionaba la vida familiar de la acción de terceros, o de eventuales actos del propio titular, impidiendo por ejemplo embargos y ejecuciones en ese ámbito. Sin embargo, desde una interpretación literal, este régimen abarcaba únicamente a la familia matrimonial, conformada por cónyuges, sus ascendientes y los hijos biológicos o adoptivos. Razón por la cual, dejaba fuera de su alcance a las demás construcciones familiares tales como, las nacidas de uniones de hecho,

²¹ TORRADO, Susana. *Estrategias familiares de vida en América latina: la familia como unidad de investigación censal*, Cepal, Santiago de Chile, 1981 [visible en internet: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/12641/NP26-03_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y;], pp. 14 y 15.

²² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS R.A. *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012* (ENCaViAM, Serie Estudios INDEC, N° 46, 2012) [visible en internet: <https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/encaviam.pdf>], p. 17.

²³ TORRADO, Susana. Ob. Cit., pp. 14 y 15.

²⁴ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores* [visible en internet: <http://inmayores.mides.gub.uy/innovaportal/file/56286/1/convencion-interamericana-sobre-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-de-las-personas-mayores-oea.pdf>], artículo 2. "Unidad doméstica u hogar: El grupo de personas que viven en una misma vivienda, comparten las comidas principales y atienden en común las necesidades básicas, sin que sea necesario que existan lazos de parentesco entre ellos".

²⁵ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS, R.A. *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012* (ENCaViAM, Serie Estudios INDEC, N° 46, 2012) [visible en internet: <https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/encaviam.pdf>], p. 17.

las familias ensambladas, las uniones de parejas del mismo sexo, o a la persona que vivía sola²⁶.

De todas formas, por fortuna, la doctrina y la jurisprudencia fueron poniendo en evidencia la injusticia de estas soluciones y habilitaron el desarrollo de respuestas superadoras. Tal como ocurrió con la aceptación judicial de un conviviente como beneficiario de un régimen del bien de familia²⁷.

El Código Civil y Comercial actualmente vigente avanzó más allá de este régimen al consagrar la tutela del derecho a la vivienda de todas las personas por igual, frente a las acciones de terceros, de algún miembro del grupo familiar, o del propio titular del inmueble, que pudieran perjudicar u obstaculizar su pleno goce y ejercicio²⁸. Así, hoy ha quedado sustituida la figura de bien de familia de la ley N° 14394 por un sistema de amplia protección, que permite la afectación de la vivienda en amparo de todas las formas de organización familiar²⁹.

Según el artículo 244 del nuevo régimen, un inmueble destinado a vivienda puede ser afectado en forma total o parcial, pero no puede recaer sobre más de un inmueble. Están legitimados para solicitar la afectación: a) el titular registral; b) los condóminos; c) el causante por acto de última voluntad; d) el juez a petición de parte en la resolución donde atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelva las cuestiones relativas al cese de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida. Pueden ser beneficiarios tanto el conviviente, como el propietario, su cónyuge, ascendiente o descendientes (art. 246).

La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior, y no está sujeta a ejecución por deudas posteriores a su inscripción, salvo los casos previstos en el art. 249. Entre los casos de excepción el régimen incorpora como novedad, la protección expresa del acreedor alimentario, al prever que la afectación de la vivienda es inoponible a las obligaciones alimentarias a cargo del titular y a favor de sus hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida (inc. d).

En caso de que el constituyente esté casado, o viva en unión convivencial inscripta, éste no podrá transferir, ni gravar el inmueble, sin la conformidad del cónyuge, o del conviviente. Si éste se opone, falta, es incapaz, o tiene capacidad restringida, la transmisión, o el gravamen deberán ser autorizados judicialmente (art. 250).

²⁶ KRASNOW, Adriana. *Manual de derecho de familia*, Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. 20 y 21.

²⁷ C.Civ.Com. Rosario, sala 1ª, "Q., A. R. A. y otra", 13/10/1997, LL Litoral, 1998, T. I, p. 552.

²⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - MOLINA DE JUAN, Mariel F. "Protección de la vivienda de la familia no matrimonial en el Código civil y comercial argentino", *Actualidad jurídica iberoamericana* (2015) Número 3-3, p. 193 a 213; MOLINA DE JUAN, Mariel F. "La protección de la vivienda familiar en el derecho nacional y comparado latinoamericano", en FERNÁNDEZ, Silvia E. *Tratado de derecho de niños, niñas y adolescentes*, T.II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 2256.

²⁹ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, R.A. Libro I, Título III, capítulo 3 [visible en internet: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6>]

La desafectación y cancelación de la inscripción procede: a) a solicitud del constituyente; b) con asentimiento del cónyuge o conviviente, en caso de estar casado o vivir en unión convivencial inscripta; c) por autorización judicial, en el caso de que el cónyuge o conviviente se oponga, falte, sea incapaz o tenga capacidad restringida; d) a solicitud de la mayoría de los herederos, si se constituyó por acto de última voluntad, salvo disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces, o con capacidad restringida, en cuyo caso será el juez quien resuelva teniendo en cuanto lo más beneficioso para ellos; e) a solicitud de la mayoría de los condóminos; f) a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos para la afectación, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios; y g) en caso de expropiación, reivindicación, o ejecución autorizada por esta regulación (art. 255)³⁰.

El derecho real de habitación del cónyuge o conviviente supérstite es la segunda institución relevante del derecho de la vejez. Sobre todo, por el amparo que brinda al sector más vulnerable de este grupo: el de las mujeres de 75 años y más, ya que 6 de cada 10 mujeres son viudas, mientras que en el universo de varones de 75 y más años, esta situación afecta a algo más de 2 de cada 10 varones³¹.

Recordemos que esta particular institución nace con el fin de proteger a la vivienda que fuera sede del hogar familiar y durante muchos años funcionó como mecanismo de defensa del cónyuge supérstite. En 1974, la ley N° 20798 incorporó esta figura al artículo 3573 bis del viejo Código Civil, logrando evitar que el viudo o viuda fuera desalojado y despojado del inmueble habitado con su pareja, a causa del ejercicio de los derechos sucesorios de los demás herederos acreditados.

La invocación de este instituto garantizaba la permanencia del cónyuge supérstite en el hogar conyugal de manera vitalicia y gratuita, siempre que se cumplieran con algunos requisitos: existencia de un solo inmueble habitable perteneciente al acervo sucesorio, que en el inmueble se hubiese constituido el hogar conyugal, y que su valor no exceda el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia. Debía ser invocado expresamente por el cónyuge supérstite en la declaratoria de herederos, de manera tal de oponer su derecho al de los coherederos y legatarios. Este derecho se extinguía con la muerte de su beneficiario; al darle a la vivienda un destino distinto y también a causa de la celebración de nuevas nupcias por parte de su titular. Así, pues, con su constitución el viudo o viuda podía no verse privado de su hogar ante la existencia de herederos deseosos de liquidar los bienes del acervo sucesorio³².

Ahora bien, el Código Civil y Comercial argentino mejoró estos beneficios en dos planos: en relación con los sujetos y respecto del significado mismo del hogar. El artículo 2383 contempla hoy nuevas realidades convivenciales merecedoras de protección, pero

³⁰ KRASNOW, Adriana. Ob. Cit., pp. 20 y 21.

³¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS, R.A. *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012* (ENCaViAM, Serie Estudios INDEC, N° 46, 2012) [visible en internet: <https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/encaviam.pdf>], p. 13.

³² KRASNOW, Adriana. *Manual de derecho de familia*, Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. 20 y 21.

además modificó los requisitos de procedencia y extinción de este derecho, haciendo más clara la preservación de la faz afectiva o moral de la vivienda³³.

En la actualidad, este derecho de habitación ha quedado claramente reconocido tanto al cónyuge supérstite por el artículo 2383, como al conviviente, quien en el pasado debía abandonar el hogar compartido con su pareja, del cual era titular, ante el reclamo de los herederos del fallecido. En palabras del artículo 527, el Código prevé la facultad del conviviente supérstite de invocar este derecho respecto del inmueble de propiedad del fallecido que constituyó el último hogar de la pareja, siempre que el mismo no se encuentre en condominio con terceros³⁴. Con todo, cabe aún reconocer que la consideración de la unidad doméstica de la Convención Interamericana deja abierta la posibilidad ampliar el marco de relaciones afectivas protegibles, a fin de amparar aquellas que se establecen entre quienes cohabitan un hogar, sin implicar vínculos sexuales, tal como sucede de manera creciente entre personas mayores amigas que deciden vivir juntas, de manera fraternal³⁵.

Sea ello como fuere, hoy este derecho puede invocarse en los casos en que, por su situación de vulnerabilidad económica, el conviviente supérstite no posea vivienda propia ni bienes que le permitan acceder a la misma. Pero, a diferencia del beneficio en favor del cónyuge supérstite, en el caso del conviviente se prevé un plazo máximo de dos años para su disfrute. La norma establece también casuales especiales de extinción tales como: la constitución de una nueva unión convivencial, la celebración de matrimonio, el acceso a una vivienda propia o bien, a los bienes necesarios para su consecución.

Así, tal como la doctrina y la jurisprudencia venían reclamando, el Código actual dispone su operatividad de pleno derecho. Para su procedencia, exige que el inmueble haya sido el último hogar conyugal y que no se encuentre en condominio con terceras personas. Se suprime tanto el requisito de vivienda única habitable, como el tope del valor patrimonial establecido para ser declarado bien de familia. De forma tal que hoy se ha logrado reconocer la importancia de la dimensión simbólica del hogar por sobre su dimensión material o patrimonial. Pero además se realzó su significación afectiva de la vida compartida en pareja.

³³ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. R.A. Artículo 2383. "Derecho real de habitación del cónyuge supérstite. El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante".

³⁴ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. R.A. Artículo 527. "Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta".

³⁵ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores* [visible en internet: <http://inmayores.mides.gub.uy/innovaportal/file/56286/1/convencion-interamericana-sobre-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-de-las-personas-mayores-oea.pdf>], artículo 2.

IV. El hábitat

Por último, la vivienda cuenta con una dimensión funcional, desde la cual se organiza y acondiciona el desarrollo de la vida. Adquiere, así, el sentido de hábitat y se refiere a la infraestructura y servicios necesarios para que la dinámica cotidiana transcurra sin grandes sobresaltos. Alude, pues a los requisitos principales que componen el concepto de dignidad para la vivienda de esta etapa de la vida.

En el derecho de la vejez, su concreción se vincula con los derechos de los cuidados y protección. Por ello, exige garantizar una serie de estándares habitacionales ligados a su uso y funcionalidad, junto al desarrollo de prestaciones especiales tales como alimentación, recreación, cuidados, asistencia sociosanitaria, seguridad, entre otros. Integran este ámbito la problemática de la accesibilidad integral, las viviendas compartidas o *cohousing*, las viviendas asistidas y las residencias gerontológicas. También se incluye el régimen de atribución del hogar conyugal en caso de divorcio o separación, y la indivisión forzosa, ya que ambos contribuyen a la continuidad de la habitabilidad de la vivienda en la vejez.

La Convención Interamericana reconoce el derecho a una vivienda digna en su artículo 24 y obliga a los Estados a desarrollar políticas a tal fin. En particular, señala que deberán desarrollar soluciones habitacionales a fin de lograr construir o adaptar viviendas para que sean arquitectónicamente adecuadas y accesibles a los adultos mayores con discapacidad y con impedimentos relacionados con su movilidad". Igualmente, deberán satisfacer "las necesidades específicas de la persona mayor, particularmente de aquellas que viven solas, a través de subsidios para el alquiler, apoyo a las renovaciones de la vivienda y otras medidas pertinentes, según la capacidad de los Estados Parte"³⁶.

En este sentido es pertinente traer a colación el emblemático fallo de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, "Fernández de Fernández, María Mercedes y otros contra Segovia, Robustiano y otros sobre reivindicación". Allí por primera vez se reconoció que el derecho a una vivienda digna debía ser garantizado por el Gobierno provincial en favor de dos personas de avanzada edad, nonagenarios, de escasos recursos económicos y en condiciones de vulnerabilidad, quienes debían liberar el lugar con motivo de haber resultado procedente la reivindicación del inmueble por parte de los titulares legitimados en la causa³⁷.

En materia de accesibilidad, el artículo 26 de la Convención Interamericana continua los estándares de la Convención Internacional de Discapacidad. Entre otras cuestiones, exige que los Estados parte garanticen la movilidad de las personas mayores en el entorno físico, social, económico y cultural. Requiere la implementación de herramientas útiles

³⁶ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores* [visible en internet: <http://inmayores.mides.gub.uy/innovaportal/file/56286/1/convencion-interamericana-sobre-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-de-las-personas-mayores-oea.pdf>], artículo 24.

³⁷ CORTE SUPREMA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, "Fernández de Fernández, María Mercedes y otros contra Segovia, Robustiano y otros sobre reivindicación", Causa C. 107.207, 3 de abril de 2014; DABOVE, María Isolina. "La construcción judicial de la igualdad desde el Derecho de la Vejez", *Revista de Derecho de Familia*, Tomo V, 2014, pp. 116 a 127.

para que los mayores desarrollen sus vidas en forma independiente y puedan participar plenamente en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones con las demás. Junto a ello, obliga a identificar y eliminar de manera progresiva los obstáculos y barreras habitacionales y urbanísticas³⁸.

Por otra parte, la "gerontoglobalización" ha dado lugar al desarrollo de sistemas habitacionales desconocidos en otras etapas de la historia de la humanidad. Entre los más destacados cabe mencionar a las viviendas compartidas, o "*cohousing*", y a las viviendas asistidas. Las primeras son casas diseñadas para el desarrollo de la vida cotidiana de personas mayores activas, que buscan un entorno agradable y seguro donde pasar unos meses al año o vivir de forma definitiva. Las viviendas asistidas, en cambio, suelen ofrecer prestaciones especiales tales como servicios de comida, estética y cuidados corporales, gimnasio, pisos adaptados, entre otros, útiles para mayores que necesitan algún tipo de asistencia personal, o bien, para aquellos que desean liberarse del compromiso de proveérselas por sí. Desde fines de los años noventa, en Argentina se vienen desarrollando emprendimientos inmobiliarios de esta naturaleza. Sin embargo, no cuentan aún con regulación jurídica específica, suelen ser costosos y no son reconocidos los servicios sanitarios que brindan por ninguna obra social o empresa de medicina prepaga.

Mención aparte merecen las residencias gerontológicas cuya existencia se remonta al siglo VI de la Edad Media. En Argentina, el 1,3% de la población total registrada en el año 2010, se encontraban viviendo bajo esa modalidad y lo hacía en condiciones no armoniosas con lo dispuesto por la Convención Interamericana.

Desde la perspectiva jurídica, los establecimientos de larga estadía también son viviendas complejas, en las cuales una persona mayor tiene su centro de vida, junto a otras con quienes comparte habitación, comidas, rutinas, servicios, recreación derechos y deberes propios de una unidad doméstica. Sin embargo, son también residencias destinadas a brindar prestaciones y servicios que garanticen la calidad de vida de sus moradores, son, pues, hábitat por su importancia funcional³⁹.

Hasta el presente, la legislación argentina sobre esta materia ha sido elaborada en el ámbito provincial y local, sin atención a criterios iusfundamentales. De manera tal que su regulación es profusa, ambivalente, contradictoria y burocrática, y requiere con urgencia de un régimen nacional diseñado a la luz de los parámetros de la Convención Interamericana.

³⁸ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores* [visible en internet: <http://inmayores.mides.gub.uy/innovaportal/file/56286/1/convencion-interamericana-sobre-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-de-las-personas-mayores-oea.pdf>], artículo 26.

³⁹ DABOVE, María Isolina. "Las residencias gerontológicas en el derecho de la vejez: panorama normativo en Argentina", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (2014), Volumen 5, N° 2 [visible en internet: <http://www.derecho.unc.edu.ar/revistas/revista-de-la-facultad-de-derecho>], pp.173 a 214; DABOVE, María Isolina. "En el tiempo de los derechos: una mirada iusfundamental a las residencias gerontológicas", *Jurisprudencia Argentina* (2012), T. I, fascículo 4, pp. 3 a 58.

En este sentido es preciso recordar que, para el artículo 2, las residencias de larga estadía son aquellas que brindan servicios de atención por tiempo prolongado a la persona mayor con dependencia moderada o severa, que no pueda recibir cuidados en su domicilio⁴⁰. En tanto que, el artículo 12 consagra el derecho de toda persona mayor a un sistema integral de cuidados, "que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía"⁴¹.

Por otra parte, la atribución del hogar en casos de divorcios, nulidad matrimonial, o cese de la unión convivencial, ha sido regulada por el Código Civil y Comercial en los artículos 721 y 723, de acuerdo con los avances doctrinarios y jurisprudenciales. Admite que esta medida pueda ser adoptada aun cuando el inmueble sea alquilado y el locatario fuere el otro, obteniendo un derecho de continuar la locación hasta la extinción del plazo contractual⁴². Asimismo, el régimen contempla la posibilidad de establecerlo por convenio regulador de los efectos del divorcio (artículo 438) o bien, por decisión judicial en caso de desacuerdos (artículos 443 al 445).

El Código Civil y Comercial prevé también interesantes criterios de justificación para su funcionamiento, entre los cuales cabe destacar: a) el cuidado de los hijos; b) las circunstancias económicas, las personales -referidas a la edad y a la salud- y sociales, del cónyuge que lo solicita; c) los intereses de otras personas que integran el núcleo familiar (artículo 443). En el caso de las uniones convivenciales se deberá considerar: a) que el peticionante tenga a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con discapacidad o capacidad restringida; b) que el beneficiario acredite extrema necesidad de vivienda; c) y que no cuente con los recursos necesarios para proporcionársela de forma inmediata.

Finalmente, es pertinente traer a colación la figura de la indivisión forzosa, ya que su establecimiento se funda en la necesidad de conservar el buen funcionamiento de la vida familiar en la vivienda que fue sede del hogar para amparar a sus miembros más débiles. En palabras de Eduardo Fanzolato, "la protección plena y cabal de la familia y de los menores

⁴⁰ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores* [visible en internet: <http://inmayores.mides.gub.uy/innovaportal/file/56286/1/convencion-interamericana-sobre-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-de-las-personas-mayores-oea.pdf>], artículo 2. "Persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo": Aquella que reside temporal o permanentemente en un establecimiento regulado sea público, privado o mixto, en el que recibe servicios sociosanitarios integrales de calidad, incluidas las residencias de larga estadía, que brindan estos servicios de atención por tiempo prolongado a la persona mayor, con dependencia moderada o severa que no pueda recibir cuidados en su domicilio".

⁴¹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores* [visible en internet: <http://inmayores.mides.gub.uy/innovaportal/file/56286/1/convencion-interamericana-sobre-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-de-las-personas-mayores-oea.pdf>], artículo 12.

⁴² MOLINA DE JUAN, Mariel F. "La protección de la vivienda familiar en el derecho nacional y comparado latinoamericano" en FERNÁNDEZ, Silvia E. Ob. Cit, T. II, p. 2275.

e incapaces son principios jerárquicos superiores frente a los cuales, las "intocables" normas sobre la legítima deben ceder y compatibilizarse, tal como ocurre con el bien de familia y el derecho real de habitación del cónyuge supérstite"⁴³.

En el Código Civil y Comercial argentino, la indivisión forzosa puede ser establecida por el causante en su testamento, en favor de algún beneficiario concreto. Pero también puede ser planteada por los propios herederos mediante un pacto de indivisión (artículos 2330 al 2334). En cualquier caso, estos supuestos tienen un límite insoslayable: el derecho del cónyuge supérstite a oponerse a la partición de la vivienda familiar mientras viva, excepto que pueda serle adjudicada en su lote, ya que "los herederos sólo pueden pedir el cese de la indivisión si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permiten procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades" (artículo 2332).

Así, pues, en las indivisiones impuestas por el causante, el ejercicio de su autonomía personal tiene por fin la defensa de la vida cotidiana del cónyuge supérstite y de los miembros más débiles del grupo familiar. Pero, además, el nuevo régimen empodera al cónyuge sobreviviente al otorgarle herramientas eficaces para hacer frente a la pretensión de partición de herederos que no siempre comprenden la fragilización de las condiciones de vida a las que suele verse sometida la persona que enviuda en la vejez.

V. Algunas conclusiones

Tal como hemos sostenido en esta investigación, la vivienda es un fenómeno tridimensional en cuya composición se destaca un plano material, otro simbólico y un tercero, de carácter funcional. La dimensión fáctica alude al espacio cerrado y cubierto en el cual cada persona establece su centro de vida, que aquí llamamos "casa". La dimensión simbólica hace referencia a las significaciones afectivas y biográficas que la vivienda representa para quien la mora. Es, pues, el "hogar". Por último, la vivienda cuenta con una dimensión funcional desde la cual se organiza y acondiciona el desarrollo de la vida, de modo tal que la vivienda es también, un "hábitat"⁴⁴. La relación de las personas mayores con su vivienda (casa-hogar-hábitat) se ha ido transformando a lo largo del tiempo a causa de la evolución misma del proceso de envejecimiento⁴⁵.

⁴³ FANZOLATO, Eduardo I. "El régimen de bienes y la indivisión protectoria de la familia y de su vivienda", *Separata de Homenaje a los Congresos de Derecho Civil (1927; 1937; 1961; 1969)*, Tomo IV, Córdoba, 2009, p. 2258.

⁴⁴ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores* [visible en internet: <http://inmayores.mides.gub.uy/innovaportal/file/56286/1/convencion-interamericana-sobre-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-de-las-personas-mayores-oea.pdf>], artículo 2.

⁴⁵ Respecto de la historia de la vivienda y la vejez puede consultarse, entre otros: ALBA, Víctor. Ob. Cit., p. 12; BEAUVOIR, Simone de. Ob. Cit.; COLLOMP, Alain. Ob. Cit., p. 103; GRACIA, Diego. Ob. Cit., p. 15; GRANJEL, Luis S. *Historia de la vejez: Gerontología. Gerocultura. Geriatría*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1991, p. 7; MINOIS, Georges. *Historia de la vejez. De la Antigüedad al Renacimiento*, traducción de Celia María Sánchez, Nerea, Madrid, 1989, p. 15; PERROT, Michelle. "Formas de habitación", en ARIES, Philippe - DUBY, Georges. Ob. Cit., T.8, p. 9; PHILIBERT, Michel. Ob. Cit.,

La comprensión de la vivienda como casa permite identificar un variado abanico de institutos jurídicos de ricos alcances para el derecho de la vejez tales como: su calidad de atributo de la personalidad, su condición de derecho humano de autonomía y, como inmueble, objeto del derecho real. Sin embargo, en el Derecho Argentino no existen institutos que protejan la casa de las personas mayores de manera más acorde a las condiciones de vida de la persona mayor. En España, por ejemplo, se incorporó la figura de la "hipoteca inversa", un tipo de préstamo bancario, dirigido a personas mayores de 65 años, o personas dependientes, que sean propietarios de una vivienda. Al contrario de lo que sucede en la hipoteca convencional, "en este caso es el titular quien recibe del banco una cantidad a cambio del piso (normalmente en forma de renta mensual). La ventaja es que puede seguir utilizándolo hasta su fallecimiento y en ningún momento pierde la propiedad de su vivienda".

Por su parte, la perspectiva de la vivienda como hogar hace referencia a los vínculos que en su marco se establecen, y a las significaciones afectivas y biográficas que este espacio representa para cada morador. Expresa la protección jurídica de su dimensión simbólica, y abarca todo aquello que compone la autonomía y el derecho personalísimo a la intimidad personal y familiar⁴⁶. En este espacio resultan importantes, entre otras: el régimen de afectación de la vivienda (o bien de familia) y el derecho real de habitación del cónyuge o conviviente supérstite. Así como también merece destacarse la figura de la "unidad doméstica u hogar", consagrada por la Convención Interamericana de los derechos de las personas mayores.

Finalmente, la vivienda cuenta con una dimensión funcional desde la cual se organiza y acondiciona el desarrollo de la vida y así adquiere el sentido de hábitat. Se refiere a la infraestructura y los servicios necesarios para que la dinámica cotidiana transcurra sin grandes sobresaltos, y alude a los requisitos principales que componen el concepto de dignidad para la vivienda de esta etapa de la vida.

En el derecho de la vejez, su concreción exige garantizar una serie de estándares habitacionales ligados a su uso y funcionalidad, junto al desarrollo de prestaciones propias como la alimentación, recreación, cuidados, asistencia sociosanitaria, seguridad, entre otros. Por ello, forman parte de esta dimensión: la problemática de la accesibilidad integral, a las viviendas compartidas o *cohousing*, a las viviendas asistidas y a las residencias gerontológicas. También se incluye el régimen de atribución del hogar conyugal en caso de divorcio o separación, y la indivisión forzosa por el fallecimiento de alguno de los integrantes de la vivienda, ya que ambos contribuyen a la continuidad de la habitabilidad de la vivienda en la vejez.

Vol. 16, N° 2 (1984); RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Sandalio. Ob. Cit.; DABOVE, María Isolina. *Los derechos de los ancianos*. Ob. Cit., p. 115.

⁴⁶ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. R.A. Artículo 52. "Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1" [visible en internet: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6>].

En suma, para el derecho de la vejez, la vivienda es casa, hogar y hábitat y, en cuanto tal, un atributo de la persona, un derecho humano de autonomía, inclusión y protección que debe ser judicialmente garantizado. Así, pues, la vivienda es condición *sine qua non* para toda vida digna.

VI. Bibliografía

- ALBA, Víctor. *Historia social de la vejez*, Laertes, Barcelona, 1992.
- BEAUVOIR, Simone de. *La vejez*, traducción de Aurora Bernárdez, 1ª ed., 1ª reimp., Edhasa, Barcelona, 1989.
- CANO, Gala - ETXEZARRETA, Aitziber. "La crisis de los desahucios en España: respuestas institucionales y ciudadanas", *Revista de Economía Crítica*, Nº17, 2014.
- CASTRO, Alfaro – MAUREEN, Priscilla A. - GUTIÉRREZ BALODANO, Andrea Marcela. *Implementación de la hipoteca inversa como herramienta legal de acceso al crédito que propicie una mejor calidad de vida a la persona adulta mayor* (Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho Sede Guanacaste, 2017) [visible en internet: <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2018/04/Andrea-Marcela-Guitierrez-TESES-DE-LA-UCR-GUANACASTE-ByN.pdf>].
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel. *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.
- COLLOMP, Alain. *Familias: viviendas y cohabitaciones*, en ARIES, Philippe - DUBY, Georges, *Historia de la vida privada. La comunidad, el Estado y la familia*, 1ª ed., 1º reim., Taurus, Buenos Aires, 1991.
- COROMINAS, Joan. *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, 3ª ed., Gredos, Madrid, 1980.
- DABOVE, María Isolina. "Derecho de la Ancianidad y Bioética en las Instituciones Geriátricas", en *Libro Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000.
- Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2017.
- "En el tiempo de los derechos: una mirada iusfundamental a las residencias gerontológicas", *Jurisprudencia Argentina* (2012) T. I, fascículo 4.
- "La construcción judicial de la igualdad desde el Derecho de la Vejez", *Revista de Derecho de Familia* (2014) Tomo V.
- "Las residencias gerontológicas en el derecho de la vejez: panorama normativo en Argentina", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (2014) Volumen V, Nº 2 [visible en internet: <http://www.derecho.unc.edu.ar/revistas/revista-de-la-facultad-de-derecho>]
- Los derechos de los ancianos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002.
- "Voluntad, Capacidad y Derechos Fundamentales en la Vejez: el problema cotidiano de la autonomía jurídica frente al envejecimiento", en BARIFFI, Francisco y PALACIOS, Agustina, *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Ediar, Buenos Aires, 2012.
- FANZOLATO, Eduardo I. "El régimen de bienes y la indivisión protectoria de la familia y de su vivienda", en *Homenaje a los Congresos de Derecho Civil (1927; 1937; 1961; 1969)*, Tomo IV, Córdoba, 2009.
- GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., 4ª reimp., Depalma, Buenos Aires, 1987.
- GONZÁLEZ CARMAN, Agustina. *Ahora la edad es lo de menos* ("La Nación", 7 de octubre de 2017) [visible en internet: <https://www.lanacion.com.ar/2069936-ahora-la-edad-es-lo-de-menos>]

- GRACIA, Diego. "Historia de la vejez" en GAFO, Javier, *Ética y ancianidad* Fundación Humanismo y Democracia, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995.
- GRANJEL, Luis S. *Historia de la vejez: Gerontología. Gerocultura. Geriatria*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1991.
- JIMÉNEZ CLAR, Antonio J. "La hipoteca inversa como instrumento de protección social", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (2009), tomo XXVIII.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa. *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - MOLINA DE JUAN, Mariel F. "Protección de la vivienda de la familia no matrimonial en el Código civil y comercial argentino", *Actualidad jurídica iberoamericana* (2015) Número 3-3.
- KRASNOW, Adriana. *Manual de derecho de familia*, Astrea, Buenos Aires, 2016.
- MARBÁN GALLEGU, Vicente. "Actores sociales y desarrollo de la ley de dependencia en España", *Revista Internacional de Sociología (RIS)* (2012), Vol. 70, N° 2.
- MINOIS, Georges, *Historia de la vejez. De la Antigüedad al Renacimiento* (traducción de Celia María Sánchez), Nerea, Madrid, 1989.
- MOLINA DE JUAN, Mariel F. "La protección de la vivienda familiar en el derecho nacional y comparado latinoamericano", en Fernández, Silvia E., *Tratado de derecho de niños, niñas y adolescentes*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Estimaciones y proyecciones de población a largo plazo 1950-2100*. [visible en internet: <http://www.cepal.org/es/estimaciones-proyecciones-poblacion-largo-plazo-1950-2100>]
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud* (Ginebra, OMS, 2015) [visible en internet: <http://www.who.int/topics/ageing/es/>].
- PERROT, Michelle. "Formas de habitación", en ARIES, Philippe - DUBY, Georges. *Historia de la vida privada. Sociedad burguesa: aspectos concretos de la vida privada* (traducción de Francisco Pérez Gutiérrez y Beatriz García), Taurus, Madrid, 1990.
- PHILIBERT, Michel. "Le statut de la personne âgée dans les sociétés antiques et préindustrielles", *Sociologie et Sociétés*, vol. 16, N° 2 (1984).
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José. "La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 81, 2009.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS, R.A. *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012* (ENCaViAM, Serie Estudios INDEC, N° 46, 2012). [visible en internet: <https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/encaviam.pdf>]
- RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Sandalio. *La vejez: historia y actualidad* (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1989).
- TORRADO, Susana. *Estrategias familiares de vida en América latina: la familia como unidad de investigación censal*, (Santiago de Chile, Cepal, 1981) [visible en internet: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/12641/NP26-03_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y;].

Jurisprudencia citada

- CApel.CC de Mar del Plata, *Fallo*, Sala II, del 01 de diciembre de 2015; C., L. c. S., R. D. s/donación. *Revocación* (art. 1848/68, CPC), publicado en ED, 09/03/2016, N° 13.911, 2016.
- C.Civ.Com. Rosario, sala 1ª, "Q., A. R. A. y otra", 13/10/1997, LL Litoral, 1998, T. I.
- Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, *Fernández de Fernández, María Mercedes y otros contra Segovia, Robustiano y otros sobre reivindicación* (Causa C. 107.207, 3 de abril de 2014).

**EL TRATADO INTERAMERICANO
DE SOLUCIONES PACÍFICAS.
UNA EVALUACIÓN A 70 AÑOS DE SU ENTRADA EN VIGOR***

*THE INTER-AMERICAN TREATY OF PACIFIC SOLUTIONS.
AN EVALUATION AT 70 YEARS OF ITS ENTRY INTO FORCE*

Leopoldo M. A. Godio **

Resumen: El "Pacto de Bogotá" de 1948 es parte de un sistema de solución pacífica de controversias -perteneciente al Sistema Interamericano- y su valor ha sido permanentemente discutido por la doctrina especializada. En este trabajo se analiza su gestación y aplicación en los Estados americanos, así como también se indaga sobre el actual estatus de ratificaciones para, finalmente, evaluar su conveniencia como instrumento regional.

Palabras clave: Sistema Interamericano -Solución pacífica de controversias - Pacto de Bogotá - Corte Internacional de Justicia.

Abstract: The "Pact of Bogotá" of 1948 is part of a system of peaceful settlement of disputes - belonging to the Inter-American System - and its value has been permanently discussed by specialized doctrine. This paper analyses its gestation and application in the American States, inquiries about the current status of ratifications, and assesses its suitability as a regional instrument.

Keywords: Inter-American System - Peaceful Settlement of Disputes - Pact of Bogotá- International Court of Justice.

Sumario: I. Introducción.II. La solución de controversias en el continente americano hasta 1948. III. El Pacto de Bogotá de 1948 y sus características. IV. La aplicación del

* Trabajo recibido el 2 de septiembre de 2019 y aprobado para su publicación el 20 del mismo mes y año.

** Abogado. Magíster en Relaciones Internacionales (Universidad de Buenos Aires/UBA). Profesor Derecho Internacional Público (UBA-UCA-UP-USI). Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro Consejero del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales y Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, entre otras instituciones. Contacto: leopoldogodio@derecho.uba.ar

tratado por los Estados americanos. V. Las reservas al tratado y la situación de sus ratificaciones. VI. Balance y perspectiva futura: ¿es necesario y posible fortalecer o reformular totalmente el sistema interamericano de soluciones pacíficas? VII. Bibliografía y fuentes.

I. Introducción

El continente americano tuvo, históricamente, una consolidada filosofía de pacifismo entre sus integrantes e inspiró convenciones que merecieron elogiosos conceptos por parte de la comunidad internacional como, por ejemplo, el Tratado antibélico de no-agresión y de conciliación (más conocido como "Pacto Saavedra Lamas"), destinado a establecer pilares permanentes de paz y armonía en la región, al tiempo que condenaba las guerras de agresión y las adquisiciones territoriales a través del uso de la fuerza y proponía, en su lugar, la solución pacífica de las controversias, con particular fomento de la conciliación como método¹.

Sin embargo, hasta 1948 no había sido posible la consolidación de los diversos instrumentos regionales sobre solución pacífica de controversias existentes, algunos bilaterales y otros multilaterales. Lo anterior nos invita a reflexionar si, en efecto, el Tratado Interamericano de Soluciones Pacíficas de 1948 (también denominado "Pacto de Bogotá") constituye una convención relevante con características únicas y representatividad, en atención a la cantidad de disputas en el continente americano que merecieron su aplicación.

Para lograr el objetivo propuesto, realizaremos un breve desarrollo histórico sobre la experiencia de los Estados americanos para resolver las controversias entre ellos hasta 1948. Seguidamente, se identificarán los principales caracteres del tratado en análisis y su aplicación para, finalmente, presentar una evaluación sobre su contribución a la estabilidad de las relaciones internacionales en la región.

II. La solución de controversias en el continente americano hasta 1948

Con anterioridad a 1948, la región contó con acuerdos de distinta naturaleza destinados a evitar o prevenir controversias y, con el tiempo, evolucionó hacia regulaciones tendientes a resolver aquellas de modo pacífico, siguiendo la tendencia internacional que se manifestó en la Conferencia de la Paz de 1889².

¹ Para un análisis sobre las razones de este acuerdo, ver SCARFI, Juan P. "Globalizing the Latin American legal field: Continental and regional approaches to the international legal order in Latin America", *Revista Brasileira de Política Internacional*, Vol. 61, N° 2, 2018, pp. 1-12. En su análisis, el autor señala: "Isidro Fabela and Carlos Saavedra Lamas made a case for the institutionalization of a Latin American international law and reacted defensively to what they saw as an important and indirect consequence of the Great War: the rise and legitimization of the U.S. as a hegemonic power in Latin America", *Ibidem*, p. 6.

² Según SØRENSEN, la Conferencia de La Haya de 1899 "(...) preparaba el terreno para eliminar la renuencia, común en siglos anteriores, en ofrecer los buenos oficios o la mediación, que surgían de la creencia de que tales ofrecimientos podrían implicar la sujeción de cualquiera de las partes interesadas a aceptar la solución

En síntesis, es posible identificar acuerdos como el Tratado de Arbitraje Obligatorio de 1902, en la Segunda Conferencia Internacional Americana celebrada en México; el Tratado para Evitar o Prevenir Conflictos entre los Estados Americanos de 1923, en la Quinta Conferencia Internacional americana celebrada en Santiago de Chile (conocido entre los Estados americanos como "Tratado Gondra"); la Convención General de Conciliación Interamericana; el Tratado General de Arbitraje Interamericano y el Protocolo de Arbitraje Progresivo, todos de 1929, realizados en Washington; el Tratado Antibélico de No Agresión y de Conciliación de 1933, celebrado en Río de Janeiro (previamente referido y conocido como "Pacto Saavedra Lamas"); la Convención sobre Mantenimiento, Afianzamiento y Restablecimiento de la Paz, el Protocolo Adicional relativo a la No Intervención, el Tratado Interamericano sobre Buenos Oficios y Mediación y la Convención para Coordinar, Ampliar y Asegurar el Cumplimiento de los Tratados Existentes entre los Estados Americanos, todos adoptados durante 1936 en Buenos Aires, durante la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz³.

La proliferación de estos acuerdos constituyó un problema, ya que ocasionó una ausencia de coordinación entre los instrumentos, lo que preocupaba a los Estados americanos a partir de la Conferencia de Montevideo de 1933. Allí se remitió a los gobiernos para su consideración el "Código de la Paz" que había presentado México y uno de cuyos propósitos fue consolidar los tratados existentes hasta la fecha. La propuesta mexicana no tuvo éxito⁴.

En su Informe sobre los resultados de la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad en el Continente (Río de Janeiro, 1947) presentado por el entonces Director General al Consejo Directivo de la Unión Panamericana, al referirse al Artículo 2 del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (más conocido como "TIAR", firmado en Río de Janeiro en 1947), según el cual los Estados Americanos se comprometen a someter toda controversia que surja entre ellos a los métodos de solución pacífica, mediante los procedimientos vigentes en el Sistema Interamericano⁵, antes de

propuesta, pudiendo, en consecuencia, significar una intervención no permisible en los asuntos internos. La Convención, sin embargo, no prescribía ninguna obligación para las partes en conflicto de aceptar el ofrecimiento...". Cfr. SØRENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*, 5ª Reimpresión, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 628.

³ Cfr. CISNEROS, Andrés - ESCUDÉ, Carlos *et al. Historia General de las Relaciones Exteriores de la República Argentina*, Tomo IX, Grupo Editor Latinoamericano-Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 2000, pp. 31-36.

⁴ El texto de la propuesta de México puede encontrarse en <https://www.dipublico.org/14729/codigo-de-la-paz-septima-conferencia-internacional-americana-montevideo-1933/> (consulta el 30/08/2019).

⁵ Por "Sistema Interamericano" adoptamos la precisión efectuada por Ramacciotti, quien lo define como "(...) el conjunto de organizaciones multilaterales (OEA, BID, OPS, entre otros); órganos (Comité Jurídico Interamericano, Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros); entidades (Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Instituto Interamericano del Niño, entre otros); foros y conferencias intergubernamentales (Cumbres de las Américas, Reuniones de Ministros, entre otros); en alguna medida, los acuerdos subregionales (Grupo de Río, MERCOSUR, CAN, SICA, CARICOM); así como declaraciones, acuerdos y tratados multilaterales de Derecho Internacional Público y Privado que se han venido aprobando por más de un siglo bajo la iniciativa e impulso de las naciones americanas. Los países, normas e instituciones integrantes de este sistema multilateral regional, en el cual la OEA es el eje político principal, comparten un

referirla a la Asamblea General o al Consejo de Seguridad, Alberto Lleras Camargo se preguntaba:

"¿Puede garantizarse hoy que existe ese sistema? ¿Es, realmente un sistema de paz el conjunto de las Convenciones, no todas ellas ratificadas por todos los países, que han venido abriendo el campo a los progresos extraordinarios de nuestro derecho, pero que no ofrecen todavía un recurso claro y fijo para resolver cualquier controversia, ni menos aún, una prelación de métodos que han de aplicarse en cada caso? En mi opinión, el meritorio esfuerzo que han venido haciendo los Estados americanos para buscar soluciones pacíficas a cualquier conflicto que pueda surgir entre ellos está incompleto y atrasado, y no corresponde, en manera alguna, a los avances que en otros ampos ha hecho el espíritu americano, como por ejemplo, en el estrictamente político, y ahora, en lo relativo a la seguridad. Ciertamente, existen acuerdos que proveen a la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y el arreglo judicial, pero ni ellos son perfectos, ni son todos obligatorios en sí mismos, no lo son para la mayor parte de los casos, por no estar ratificados ni son procedimientos ordenados que establezcan precisamente obligaciones claras al surgir la primera diferencia entre Estados, para procurar reducirla y arreglarla, desde su iniciación satisfactoriamente. Si en Bogotá los gobiernos americanos no pudieran llegar a una convención sobre sistema interamericano de paz, los términos ordinarios de nuestra relación jurídica tradicional se habrían invertido, y habríamos confiado a la fuerza colectiva la garantía suprema de la paz, en vez de confiarla, en primer lugar, al derecho, a los procedimientos pacíficos, a la inteligencia. Nuestro sistema regional no serviría una de las funciones precisas que justifican la existencia de este género de acuerdos en la Carta de las Naciones Unidas, y otra omisión sería, además, imperdonable. Porque si convertimos la fuerza en ilegal y criminal, y la perseguimos con todo el peso de la solidaridad del hemisferio, debemos también hacerla imposible, o por lo menos, muy difícil, ofreciendo un sistema de desenlaces que no falle en la solución de los conflictos. El agresor, así, se destacará claramente en el proceso del arreglo pacífico, y no habrá dificultad alguna para determinarlo, cuando la guerra estalle en el hemisferio" ⁶.

¿Qué aconteció en la Novena Conferencia en Bogotá? Como explica el mismo Lleras Camargo -en su carácter de Secretario General de la Organización de Estados Americanos y en ocasión de presentar su informe al Consejo sobre dicha Conferencia- se presentó un cambio de rumbo que se manifestó en la adopción del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, ya que:

conjunto de principios, propósitos y mecanismos comunes que son la base de las relaciones interestatales en la región con el objetivo fundamental de promover la paz, la democracia, la justicia y la prosperidad en el hemisferio a través de la solidaridad, la cooperación y la acción colectiva". Cfr. RAMACCIOTTI, Beatriz M. *Democracia y Derecho Internacional en las Américas*, Córdoba, Lerner, 2009, p. 68.

⁶ Cfr. UNIÓN PANAMERICANA. Informe sobre la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y Seguridad del Continente, Washington, 1947, pp. 16-17.

"Cuando se creía que todo el debate habría de presentarse entre los partidarios del arbitraje obligatorio y los que consideraban demasiado avanzado ese paso, que ya en otras ocasiones había recibido serios rechazos, surgió una fórmula que fue defendida con especial vigor por Colombia, México y Uruguay, para darle prioridad al procedimiento judicial, con carácter obligatorio, como método definitivo de solución de controversias. Este procedimiento debería ser aplicado por la Corte Internacional de Justicia, dentro de las facultades de su Estatuto. El arbitraje no sería obligatorio sino cuando la Corte, en determinados casos, se declarare incompetente para entender la controversia" ⁷.

Durante las negociaciones se identificaron dos grupos de posiciones. El primero -sobre la base del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano de 1945- apoyaba la idea de un sistema facultativo de métodos de solución y que, a falta de acuerdo, se convocase una Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores; mientras que el segundo propiciaba un mecanismo más estricto y aplicable luego del fracaso del procedimiento de conciliación -a criterio de una de las partes- que habilitaba la competencia obligatoria de un método jurisdiccional. En otras palabras, de este modo la solución de la controversia resultaría por vía conciliatoria, por laudo arbitral o sentencia judicial y desaparecería, por lo tanto, el procedimiento de consulta como medio de solución pacífica. Sobre este debate, Regules opinó que el primer criterio tendía a organizar una "magistratura pacificadora" con la conciliación y finalmente la consulta, mientras que la segunda propuesta se orientaba hacia la conciliación y su desenlace en la Corte Internacional de Justicia. Este último, fue el régimen que prevaleció en el Pacto de Bogotá de 1948⁸.

III. El Pacto de Bogotá de 1948 y sus características

El texto definitivo consolidó el principio fundamental del artículo 27 de la Carta de la OEA, que impone a los Estados miembros resolver sus controversias a través de los medios pacíficos, obligando a sus miembros a agotar los mecanismos regionales de solución antes de acudir al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁹ y resulta coherente con el artículo 23 original de la Carta de la OEA del año 1948, e idéntico al artículo 26 luego de la reforma de 1967. En su redacción original, luego de establecer las bases del sistema interamericano de paz y formular una enumeración enunciativa de procedimientos, en la actual redacción de los artículos 25¹⁰ y 27, que refiere expresamente al Pacto de Bogotá. La

⁷ Cfr. OEA. *Anales de la Organización de los Estados Americanos*, Vol. 1, N° 1, 1949, p. 48.

⁸ Cfr. REGULES, Dardo. "El Pacto de Bogotá", *Revista Nacional*, Año XII, N° 124, pp. 9-10.

⁹ Cfr. VILLALTA VIZCARRA, Ana E. "Solución de controversias en el derecho internacional", *XLI Curso de Derecho Internacional*, Comité Jurídico Interamericano, Organización de Estados Americanos, Río de Janeiro, 2014, pp. 26-27.

¹⁰ La norma dispone que son procedimientos pacíficos: la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje y los que especialmente acuerden, en cualquier momento, las Partes.

última norma dispone que: "Un tratado especial establecerá los medios adecuados para resolver las controversias y determinará los procedimientos pertinentes a cada uno de los medios pacíficos, en forma de no dejar que controversia alguna entre los Estados americanos pueda quedar sin solución definitiva dentro de un plazo razonable".

En otras palabras, el artículo de la Carta reconoce dos principios receptados en el Pacto de Bogotá: 1) que toda controversia debe solucionarse por medios pacíficos, lo que Regules consideraba como "universalidad de la competencia pacificadora"¹¹; y, 2) que esos procedimientos deben cumplirse en plazos razonables. Su implementación se advierte desde el propio inicio del texto acordado, ya que el Capítulo I del Pacto establece la obligación de resolver las controversias por los medios pacíficos sin desconocer la plena soberanía de los Estados para recurrir a los procedimientos pacíficos que consideren más adecuados para llegar a la solución de la disputa.

Asimismo, las partes no necesitan recurrir a ningún procedimiento -ya sea los estipulados en el Pacto u otros a su elección- hasta que a su juicio la controversia no pueda resolverse por negociaciones directas (artículos II y III). Ello puede prestarse a que se ocasionen demoras si una de las partes no está de acuerdo en que el diferendo no puede solucionarse por la vía diplomática directa.

La negociación está fuera del Pacto, pues su finalidad es crear procedimientos para solucionar la disputa o generar la solución definitiva de aquella por acuerdo voluntario entre las partes. El Pacto de Bogotá establece tres excepciones a los procedimientos de arreglo pacífico.

La primera excepción se encuentra en el artículo V y se refiere "(...) a las materias que por su esencia son de la jurisdicción interna de los Estados". En rigor, creemos que el concepto está mal expresado, ya que no existen materias que por su "esencia" pertenezcan al derecho interno, tal como lo enseña Kelsen¹² y, superando toda discusión teórica, basta recordar que el 9 de febrero de 1967 la Corte Europea de Derechos Humanos rechazó -por unanimidad- las excepciones preliminares opuestas por el Reino de Bélgica en el asunto referido a *Ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, iniciado por sus ciudadanos de habla francesa que alegaban la existencia de un derecho a educar a sus hijos en esa lengua, pese a encontrarse domiciliados en la región flamenca¹³. La Corte

¹¹ Cfr. REGULES, Dardo. *Supra* nota 8, p. 9.

¹² Cfr. KELSEN, Hans. *Principles of International Law*, Rinehart, New York, 1952, pp. 102 y 402. También se puede consultar en KELSEN, Hans. *Principios de Derecho Internacional Público* (trad. Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida), Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1965.

¹³ La controversia a dilucidar trataba sobre si algunas disposiciones de la legislación lingüística belga en materia de enseñanza respondían o no a las exigencias de los artículos 8, 11 y 14 del Convenio, y al artículo 2 del Protocolo adicional de 20 de marzo de 1952. Los demandantes, padres y madres de familia de nacionalidad belga, recurrieron a la Comisión en nombre propio y en el de sus hijos menores cuyo número sobrepasa los ochocientos. Alegando que son francófonos o que se expresan habitualmente en francés, desean que sus hijos sean instruidos en esta lengua. Al resolver el fondo de la controversia, en 1968, el Tribunal señaló que en el artículo 14 -incluso en conexión con el artículo 2 del Protocolo- no tiene por efecto garantizar a los hijos o a sus padres el derecho a una instrucción impartida en la lengua de su elección. Sin embargo, declaró que el modelo territorial belga no es conforme a las exigencias de aquella norma por cuanto impide a determinados

consideró, en el caso, que la Convención Europea de Derechos Humanos y su Protocolo se refieren a asuntos que normalmente corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados Parte, y estos instrumentos no persiguen otro propósito que establecer estándares internacionales que deben ser observados por los Estados en sus relaciones con las personas que se encuentran bajo su jurisdicción¹⁴. El Tribunal, al entenderse competente para interpretar y aplicar ambos instrumentos, señaló que no se trataba de una cuestión de exclusiva jurisdicción interna de Bélgica. Ello no constituye un impedimento en el Pacto de San José de Costa Rica, ya que el artículo V del Pacto de Bogotá dispone que "(...) *si las Partes no estuvieran de acuerdo en que la controversia se refiere a un asunto de jurisdicción interna, a solicitud de cualquiera de ellas esta cuestión podría ser sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia*". Asimismo, el artículo XXXIII del mismo acuerdo estipula que "(...) *si las Partes no se pusieren de acuerdo acerca de la competencia de la Corte sobre el litigio, la propia Corte decidirá previamente esta cuestión*", en una solución concordante con el artículo 36 (6) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

La segunda excepción es la "cosa juzgada", presente en el artículo VI. Cualquier excepción de esta naturaleza también sería resuelta por la Corte, de conformidad con el artículo XXXIII del Pacto.

La tercera excepción se vincula al ejercicio de la protección diplomática¹⁵, una institución utilizada en forma abusiva por las grandes potencias a finales del siglo XIX y comienzos del XX, al punto de vulnerar el principio de no intervención en los países de América Latina¹⁶. Como consecuencia de estos lamentables sucesos es que los Estados de la región comenzaron a rechazar la posibilidad de establecer un estándar mínimo internacional en el trato a los extranjeros cuando éstos cuenten con el mismo que los nacionales. En otras palabras: si un Estado concede igualdad de trato a nacionales y extranjeros, al tiempo que cumple con sus obligaciones internacionales, sólo sería posible activar el instituto de la protección diplomática a través de la denegación de justicia o por

niños -con el solo fundamento de residencia de sus padres, lo que sería un añadido a las exigencias de la territorialidad- asistir a las escuelas de lengua francesa de otras zonas en las que aquéllas existen.

¹⁴ Fuente disponible en https://madalen.files.wordpress.com/2008/03/tehd_caso_lingc3bcc3adstico_belga.pdf (consulta el 30/08/2019).

¹⁵ La protección de los nacionales en el extranjero es una función clásica del Estado en situaciones donde los bienes o derechos de sus nacionales son lesionados por acción u omisión del Estado local. Según Arredondo, el objetivo de esta protección es impedir el completo desamparo a los nacionales que se encuentran fuera del territorio del Estado, reconociéndoseles a cambio un determinado nivel de protección contra actos arbitrarios que menoscaben sus derechos o signifiquen la violación de una norma internacional y que, por ello, acarreen responsabilidad internacional. Cfr. ARREDONDO, Ricardo. *Derecho Diplomático y Consular*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 109, nota 33.

¹⁶ Ello motivó la aparición de sólidas críticas y tesis para evitar la injerencia de Estados europeos en América Latina. Entre ellas se destaca la doctrina de la "Comunidad de fortuna" elaborada por Podestá Costa, la que procuraba evitar los abusos de Estados extranjeros a través de pretextos para inmiscuirse en la jurisdicción interna de Estados "débiles". Para una síntesis histórica, ver VIZCARRA, Rodolfo. "Doctrina Podestá Costa: La protección diplomática no alcanza a aquellas personas que se han integrado al Estado de residencia conformando una comunidad de fortuna", en Horacio D. Piombo (coord.), *Doctrinas argentinas de derecho internacional*, Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. 105-123.

la aplicación de disposiciones internacionales convencionales que así lo autoricen, como por ejemplo un tratado de protección bilateral de inversiones¹⁷.

En los capítulos sucesivos, el Pacto contempla procedimientos de buenos oficios y mediación (Capítulo II)¹⁸, investigación y conciliación (Capítulo III, que combina ambos métodos), judicial (Capítulo IV) y arbitraje (Capítulo V). Como lo dispone el artículo III "(...) el orden de los procedimientos pacíficos establecidos (...) no significa que las partes no puedan recurrir a lo que consideren más apropiado en cada caso, ni que deban seguirlos todos, ni que exista, salvo disposición expresa al respecto, prelación entre ellos".

No nos vamos a detener en el examen de cada uno de estos procedimientos. Por ser de particular interés y constituir un rasgo característico del Pacto de Bogotá de 1948, nos referiremos brevemente al procedimiento judicial. El artículo XXXI establece:

"De conformidad con el inciso 2° del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria ipso facto, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre:

- a) La interpretación de un Tratado;*
- b) Cualquier cuestión de Derecho Internacional;*
- c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional;*
- d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional".*

Respecto de la norma, Dupuy señala que aquella establece una "descontinentalización" del sistema interamericano al dar intervención a un órgano que no es regional, descartando la idea de una Corte Interamericana de Justicia. El sistema interamericano que exige órganos

¹⁷ La práctica histórica en esta cuestión, tal como señala Brownlie, muestra que en la mayoría de los casos la protección diplomática se confunde con las posiciones menos altruistas y más enconadas de los Estados inversores y acreedores con los países en desarrollo. Cfr. BROWNLIE, Ian. "The Place of the Individual in International Law", *Virginia Law Review*, Vol. 50, Issue 3, 1964, pp. 435-462. Para un análisis más actual, con particular referencia a la situación de la República Argentina, ver SOMMER, Christian G. *Laudos Arbitrales del CIADI. Reconocimiento y ejecución*, Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. 19-81.

¹⁸ Según Betancur Restrepo, los internacionalistas de finales de siglo XIX y comienzos del siglo XX se esforzaron en reclamar la existencia de un derecho internacional "separado" del europeo y equiparable a éste, pero que debía primar sobre este último entre las relaciones de los Estados latinoamericanos. Esta sensibilidad vivió un auge en la primera mitad del siglo XX y ello tuvo consecuencias en la Carta de la OEA y el Pacto de Bogotá, pretendiendo que este último unifique los distintos métodos sin establecer una jerarquía de preferencia. En cuanto al Capítulo II del Pacto, dedicado a los buenos oficios y la mediación, la autora destaca que se trata del primer y único instrumento internacional actualmente vigente que se esfuerza por diferenciar los buenos oficios de la mediación, aunque en apariencia no se distingue de la concepción doctrinaria de la época en cual fue redactado. Cfr. BETANCUR RESTREPO, Laura. *La tensión entre lo jurídico y lo político: un debate sobre la juridicidad de la mediación internacional*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2018, pp. 90-95.

propios en lo político, administrativo y económico adopta en el orden judicial una posición universalista recurriendo al órgano judicial principal de la Organización de las Naciones Unidas¹⁹.

La jurisdicción obligatoria de la Corte está regida por el artículo 36 de su Estatuto. Según el párrafo 1º, aquella puede surgir de "(...) los tratados y convenciones vigentes" y opcionalmente, según lo autoriza el párrafo 2º, a través de la cláusula de habilitación opcional²⁰.

Por esta razón creemos correcto afirmar que el artículo XXXI del Pacto de Bogotá de 1948 no constituye una aplicación estricta del sistema de la cláusula opcional. A mayor abundamiento, la cláusula opcional constituye una declaración que hace un Estado ante el Secretario General de las Naciones Unidas -de conformidad con el artículo 36 (4) del Estatuto de la CIJ- y no una disposición convenida multilateralmente. El Pacto de Bogotá fue comunicado a la Corte por el Secretario General de la Novena Conferencia Internacional Americana, pero la Corte no incluyó este documento en la lista de declaraciones que reconocen su jurisdicción compulsoria, de acuerdo con el artículo 36 (2) del Estatuto de la CIJ, sino que figura por separado en la lista cronológica de otros instrumentos que habilitan la jurisdicción de la Corte, cuyo registro posee la Secretaría General de las Naciones Unidas²¹.

Pero estos aspectos formales no privan la validez de este acuerdo destinado a establecer la jurisdicción compulsoria de la Corte: su única consecuencia es que a pesar de lo que se dicen en contrario en tales acuerdos, esa competencia obligatoria estaría basada, no en el sistema de la cláusula opcional propiamente dicha, sino en las convenciones y tratados vigentes tal como está previsto en el artículo 36 (1) del Estatuto de la CIJ.

Asimismo, Jiménez de Aréchaga observa las consecuencias interpretativas de la expresión "(...) respecto a cualquier otro Estado Americano" si se entendiere que este artículo XXXI constituye una aplicación de la cláusula opcional. En efecto, si nos atenemos al mecanismo de esta última, al reconocerse como obligatoria *ipso facto* la jurisdicción de la CIJ respecto "(...) a cualquier otro Estado Americano", parecería que dicha aceptación de la jurisdicción no estaría sujeta a que ese otro Estado Americano haya aceptado la misma obligación, ni se exija que el mismo haya ratificado el Pacto de Bogotá de 1948²².

¹⁹ Cfr. DUPUY, René-Jean. *Le nouveau Paramérisanisme: L' evolution du système Inter-Américaine vers le Fédéralisme*, Pedone, Paris, 1956.

²⁰ En general los Estados pueden, en cualquier momento, declarar que reconocen la obligatoriedad *ipso facto* y sin necesidad de convenio especial, la jurisdicción de la CIJ para todas las controversias suscitadas en relación con: 1) la interpretación de un tratado; 2) cualquier cuestión de derecho internacional; 3) la existencia de cualquier hecho que, determinado, pueda constituir un incumplimiento de una obligación internacional; y 4) la naturaleza o extensión de la reparación como consecuencia de la responsabilidad internacional atribuida. Actualmente se contabilizan, aproximadamente, setenta declaraciones vigentes para la jurisdicción de la Corte y, desde su establecimiento, alrededor del 30% de las controversias examinadas tienen su origen en aquellas. Cfr. AGNU, Doc. A/68/963, p. 12.

²¹ Fuente: disponible en <https://www.icj-cij.org/en/treaties> (consulta el 30/08/2019).

²² Cfr. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. "Tentativas de reforma al Pacto de Bogotá", *OEA Anuario Jurídico Interamericano* 1986, pp. 3-12.

Por ello, el internacionalista uruguayo citado entiende que este riesgo se disipa si se tiene en cuenta que la aceptación de la jurisdicción de la CIJ se justifica en el artículo 36 (1) de su Estatuto y no en el 36 (2) ni en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá de 1948. De tal modo, un Estado no puede invocar un tratado o convención vigente, como base de la jurisdicción de la Corte, si él no es Parte de dicho tratado²³.

Según Lupinacci, la solución debe encontrarse en la expresión "(...) mientras esté vigente el presente tratado", a tenor de lo dispuesto en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá de 1948 -que condiciona su vigencia para fundamentar el recurso a la jurisdicción compulsoria de la Corte- cuya aplicación resulta imposible si quien lo invoca no ha ratificado el propio tratado²⁴. Lo anterior se completa con la letra del artículo LIII, por cuanto señala que la Convención "(...) entrará en vigencia entre las Partes contratantes en el orden que depositen sus respectivas ratificaciones"; y del XXXV, al disponer que las reservas efectuada por alguna de las partes se aplicarán en relación con el Estado que las formule y hacia todos los Estados signatarios a título de reciprocidad, situación que se traduciría en un absurdo si se aplicase aquella con los Estados que ratifiquen el Pacto de 1948 pero eximiese las reservas con aquellos que no han ratificado el acuerdo.

Otra de las disposiciones importantes es el artículo XXXII²⁵, ya que consagra el automatismo del Pacto de Bogotá de 1948. Tal como hemos visto, las Partes poseen libertad para recurrir al procedimiento de arreglo pacífico que consideren más adecuado para la solución de la controversia. Ahora bien, cuando recurran a la conciliación y por este medio no se alcance el arreglo de la disputa, si en el plazo de seis meses las Partes no conviniesen el procedimiento arbitral, cualquier de ellas podrá habilitar la competencia de la CIJ a través de una solicitud escrita dirigida al Secretario de ésta.

Al respecto, Córdova señala que, según el régimen del Pacto de Bogotá de 1948, las controversias jurídicas serán resueltas por la CIJ, al tiempo que los Estados deben recurrir forzosamente al arbitraje para poner fin a las disputas de índole política. Por nuestra parte entendemos que ello no es así, ya que el artículo XXXII señalado -que prevé la presentación unilateral ante la CIJ- comprende a "(...) todos los litigios que las partes le sometan" y "(...) todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes", de conformidad con el artículo 36 (1) del Estatuto de la

²³ *Ibidem*, p. 4. Asimismo, ver JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. "The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice under the Pact of Bogota and the Optional Clause", en Yoram Dinstein (ed.), *International Law at a time of perplexity, Essays in Honor of Shabtai Rosenne*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, pp. 355-360. Asimismo, ver VALENCIA-OSPINA, Eduardo. "The Role of the International Court of Justice in the Pact of Bogotá", en Calixto Armas Barea [AA.VV.], *Liber Amicorum in memoriam of Judge José María Ruda*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 291-329.

²⁴ Cfr. LUPINACCI, Julio C. "Los Procedimientos Jurisdiccionales en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá)", *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, 1962, pp. 174-183.

²⁵ La norma dispone, expresamente: "Cuando el procedimiento de conciliación anteriormente establecido conforme a este Tratado o por voluntad de las partes, no llegare a una solución y dichas partes no hubieren convenido en un procedimiento arbitral, cualquiera de ellas tendrá derecho a recurrir a la Corte Internacional de Justicia en la forma establecida en el artículo 40 de su Estatuto. La jurisdicción de la Corte quedará obligatoriamente abierta conforme al inciso 1º del artículo 36 del mismo Estatuto".

CIJ. En otras palabras ¿puede quedar alguna disputa fuera de esta jurisdicción? Regules contesta que no, ya que la expresión "tratados y convenciones vigentes" comprende la Carta de la OEA, el TIAR y el Pacto de Bogotá, resultando "(...) físicamente imposible concebir una controversia fuera de la ancha zona de los convenios referidos". Agrega que al incluirse en el artículo XXXII la palabra "obligatoriamente", se fijó mejor la universalidad de la competencia al no dejar asunto alguno al margen de la potestad soberana²⁶.

Al comentar esta disposición del Pacto, Villalta Vizcarra opina que el propósito de los Estados Americanos fue "reforzar sus compromisos mutuos con relación al arreglo judicial" y que el propio artículo XXXII, junto con el XXXIII, le otorga capacidad a la CIJ para decidir respecto de su propia competencia, por lo que puede entender en todos los asuntos que le sometan, aun los que no sean de naturaleza jurídica²⁷.

En efecto, coincidimos con la última autora y ello es coherente con nuestra observación anterior, ya que el artículo XXXIII del Pacto de 1948 dispone que la CIJ puede decidir su propia competencia, atento a las posibles excepciones contenidas en los artículos V, VI y VII del acuerdo²⁸, tal como lo autoriza el artículo XXXIV del mismo convenio²⁹.

Sin embargo, el artículo XXXV establece que la Corte puede declararse incompetente "(...) por cualquier otro motivo" y que en esa eventualidad "(...) las Altas Partes Contratantes se obligan a someterla a arbitraje, de acuerdo con las disposiciones del capítulo quinto de este Tratado". Al respecto, Van Wynen Thomas y Thomas (Jr.) afirman que esta disposición configura un inextricable rompecabezas en lo referido a la competencia de la CIJ³⁰.

Previo a analizar la norma en cuestión, es posible advertir que aquella es la única que dispone el arbitraje obligatorio en el Pacto de Bogotá. Por otra parte, es posible preguntarse: ¿cuándo podría la CIJ declararse incompetente por motivos distintos a los señalados en los Artículos V, VI y VII del Pacto?

Una posible respuesta se puede inferir de la opinión de Regules -en sentido aproximado a Córdova- cuando afirma que la CIJ podría determinar una cuestión como de posible solución *ex aequo et bono* y la remite, en consecuencia, a un tribunal arbitral³¹. No obstante, creemos

²⁶ Cfr. REGULES, Dardo, *supra* nota 8, p. 10.

²⁷ Cfr. VILLALTA VIZCARRA, Ana E., *supra* nota 9, p. 28.

²⁸ Se trata de exclusiones expresamente dispuestas para evitar la jurisdicción de la CIJ respecto de: jurisdicción doméstica; asuntos resueltos por arreglo de partes; asuntos resueltos por laudo arbitral; asuntos resueltos por sentencia de un tribunal internacional; asuntos que se encuentran regidos por acuerdos o tratados en vigencia a la fecha del Pacto; asuntos que refieren a la protección de nacionales que hayan tenido expedidos los medios para acudir a los tribunales domésticos del Estado respectivo; y asuntos cuyo fundamento se encuentre en la equidad *ex aequo et bono*.

²⁹ Si la Corte se declarare incompetente para conocer de la controversia por los motivos señalados en los artículos V, VI y VII de este Tratado, se declarará terminada la controversia.

³⁰ En palabras de los autores: "This article is something of a Chinese puzzle as it relates to the jurisdiction of the Court (...)." Cfr. VAN WYNENTHOMAS, Ann - THOMAS (Jr.), A. J. (eds.) *The Organization of American States*, Southern Methodist University Press, Dallas, 1963, p. 290.

³¹ Cfr. REGULES, Dardo, *supra* nota 8, pp. 10 y ss.

que debemos ser coherentes en la solución sobre la distinción entre controversias jurídicas y políticas, ya que el artículo 38 (1) del Estatuto de la CIJ dispone que la función de la propia Corte es decidir, conforme al derecho internacional, las controversias entre Estados que le sean sometidas. En otras palabras, si la Corte juzgare que no existe norma jurídica internacional que respalde la pretensión del Estado demandante, no habrá de declararse incompetente, sino que sencillamente rechazará la demanda. Tampoco, en el supuesto de declararse incompetente, podrá considerar la controversia justiciable como *ex aequo et bono* y derivarla a una solución arbitral, aunque sí podría resolver la disputa con fundamento en esta misma equidad, siempre que las partes así lo convinieren, de conformidad con el artículo 38 (2) del Estatuto de la CIJ y el artículo 36 *in fine* del Pacto de Bogotá de 1948.

Por esta razón concluimos que la posibilidad arbitral del Pacto de Bogotá de 1948 no sólo posee un carácter secundario, sino que su hipótesis de aplicación obligatoria -prevista en el artículo XXXV- es remota y dificultosa, para no calificarla como imposible. En esa misma idea, estimamos que las disposiciones del Capítulo V del acuerdo se encuentran, en realidad, destinadas a reglar el arbitraje facultativo y que el procedimiento allí establecido posee un carácter supletorio de la voluntad de las Partes.

El acuerdo de las Partes sobre las modalidades del arbitraje torna innecesario aplicar las reglas del Capítulo V y deja a aquellas en libertad para recurrir al arbitraje en la forma que juzguen más conveniente. Así, el artículo XXXIX se refiere a la constitución del tribunal arbitral "(...) a menos de existir acuerdo en contrario", al tiempo que el artículo XLI regula, detalladamente, su conformación como "de común acuerdo" por las partes "en la forma que consideren más conveniente".

Por otra parte, el supuesto previsto en el artículo XL comprende dos etapas: 1) cada parte designará un árbitro de reconocida consideración moral y competencia en derecho internacional, y comunicará su elección al Consejo de la OEA. Simultáneamente, presentará al Consejo una lista de diez juristas escogidos de entre aquellos que conforman la nómina general de miembros de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya y que no pertenezcan a su grupo nacional, los cuales deben estar dispuestos a aceptar el cargo. La designación del árbitro por cada parte y la comunicación de la lista debe ser realizada por ambas partes al mismo tiempo "(...) dentro del plazo de dos meses, contados desde la notificación de la decisión de la Corte (...)"; 2) dentro del mes siguiente a la presentación de las listas, el Consejo de la OEA procederá a integrar el tribunal arbitral con otros tres árbitros, tal como lo determina detalladamente el procedimiento del artículo XL (2), sin perjuicio del supuesto del artículo XLV aplicable a situaciones en que una de las partes no designase a su árbitro ni presente su lista de candidatos en el plazo previsto, ya que en esa hipótesis la Parte afectada podrá solicitar al Consejo que constituya el tribunal luego de una última intimación por el plazo de 15 días³².

En cada caso, las partes celebrarán el compromiso arbitral definiendo claramente la materia objeto de la controversia y demás cuestiones referidas al funcionamiento del tribunal

³² Vencido dicho plazo, el propio Consejo de la OEA integrará el tribunal del modo establecido en el artículo XL.

-conforme al artículo XLIII- y en caso de transcurrir tres meses de su constitución sin acordar el compromiso, el mismo será formulado -a través de procedimiento sumario- por la CIJ y con carácter obligatorio para las partes.

El laudo se adoptará por mayoría de votos y será motivado. Los árbitros disidentes podrán dejar fundada su opinión y fundamentos. El laudo será inapelable y será inmediatamente ejecutable, sólo admitiéndose recursos de interpretación -para evitar diferencias en cuanto a su ejecución- y revisión, por cualquiera de las partes y antes de cumplirse un año de la notificación del Laudo en caso de descubrirse un hecho ignorado por el tribunal y anterior a la decisión que -ignorado hasta entonces por la parte que lo invoca- podría haber tenido una diferencia significativa sobre el Laudo.

El Capítulo VI del Pacto, con un único artículo L, se refiere al cumplimiento de las decisiones al señalar que:

"Si una de las Altas Partes Contratantes dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte Internacional de Justicia o un laudo arbitral, la otra u otras partes interesadas, antes de recurrir al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, promoverá una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores a fin de que acuerde las medidas que convenga tomar para que se ejecute la decisión judicial o arbitral".

En este punto resulta útil recordar el artículo 94 (2) de la Carta de las Naciones Unidas, por cuanto dispone que:

"Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo".

La primera observación posible entre ambas normas es que la Carta de la ONU sólo se refiere a las decisiones de la CIJ y no a los laudos arbitrales; la segunda reflexión radica en que el Pacto de Bogotá de 1948, crea un paso regional previo utilizando un órgano que no figura en su articulado: la Reunión de Consulta; y, la tercera cuestión a destacar es la posible generación de controversias interpretativas entre ambas disposiciones, aunque con una aclaración en el caso del Pacto de 1948: la confianza que atribuye este instrumento a la Reunión de Consulta es "para que se ejecute la decisión" y eso jamás puede entenderse como una "revisión" de aquella, sino simplemente del modo en que se observa su cumplimiento y ello no afecta en lo más mínimo el poder jurisdiccional ni el carácter de definitivo y firme de la solución.

Finalmente -aunque no es objeto principal de nuestro análisis-, cabe mencionar que el artículo LI del Pacto faculta a las partes interesadas a solicitar, de común acuerdo y por intermedio del Consejo de la OEA, la Asamblea General o el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica.

IV. La aplicación del tratado por los Estados americanos

A pesar de su prolongada vigencia³³, la utilización del Pacto de Bogotá de 1948 ha considerada como escasa e indirecta, limitada a una "(...) minoría de asuntos americanos sucedidos desde su firma"³⁴. A continuación, realizaremos una breve síntesis de aquellos y posteriormente, presentaremos algunas consideraciones personales.

IV.1 Jurisprudencia

IV.1.a) *La controversia entre Costa Rica y Nicaragua (1948-1949)*

Fue consecuencia del artículo 3 del Pacto de amistad, concebido y redactado en el seno del Órgano de Consulta y que suscribieron ambos Estados -reconoció la obligación, conforme al TIAR y a la Carta de la OEA de someter las controversias entre ellos a métodos de arreglo pacífico- para lo cual otorgaron plena validez al Pacto de Bogotá de 1948.

IV.1.b) *La nueva disputa entre Costa Rica y Nicaragua (1955-1956)*

Conforme a la Resolución II del Órgano de Consulta de la OEA, se hizo un llamamiento a ambos Estados para que, entre otras cosas, designasen sus respectivos miembros de la Comisión de Investigación y Conciliación que les correspondía integrar según el artículo XVII del Pacto de Bogotá. Oportunamente, el Órgano de Consulta fue notificado de la constitución de la Comisión, formalizado por acuerdo de las partes en la Unión Panamericana, el 9 de enero de 1956.

IV.1.c) *Los diferendos de límites territoriales entre Honduras y Nicaragua (1957 y 1999-2007)*

En apretada síntesis, la controversia entre las partes surge con la independencia de ambas respecto de España en 1821. En efecto, Nicaragua y Honduras adquirieron soberanía sobre sus respectivos territorios, incluidas las islas adyacentes situadas frente a sus costas, pero dichas islas no fueron señaladas por sus nombres. El 7 de octubre de 1894, ambos Estados firmaron el Tratado Gámez-Bonilla, un acuerdo general de fronteras, que entró en vigor en 1896 y reconoció la conformación de una Comisión Mixta de Límites (artículo I) y aplicación del principio del *uti possidetis juris* (artículo II). Con fundamento en el artículo III del acuerdo, los Estados presentaron su controversia sobre la frontera restante al Rey de España como árbitro único, quien laudó el 23 de diciembre de 1906, estableciendo una frontera impugnada por Nicaragua recién el 19 de marzo de 1912, luego de incidentes fronterizos³⁵.

³³El acuerdo entró en vigor el 5 de junio de 1949. Fuente: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-42.html> (consulta el 30/08/2019).

³⁴Cfr. GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, Luis. "El Tratado Americano de Solución Pacífica de Controversias (Pacto de Bogotá), *Agenda Internacional*, Vol. 4, N° 8, 1997, p. 59.

³⁵Cfr. *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, pp. 673-685, para. 33-71.

Esta situación latente dio lugar a una de las más amplias aplicaciones del Pacto de 1948. El Órgano de Consulta sugirió a los Estados resolver la controversia sobre el Laudo emitido, en 1906 por el Rey de España y someter aquel a la Corte Internacional de Justicia.

La Corte decidió que el Laudo del Rey de España era válido y obligatorio para Nicaragua. Sin embargo, las partes no acordaban como ejecutar el Laudo de 1906 y Nicaragua solicitó la intervención de la Comisión Interamericana de la Paz, la que estableció una Comisión Mixta que completó la demarcación de la línea fronteriza. La controversia entre las partes se reinicia en la proyección limítrofe hacia el sector marítimo en 1977 y se profundiza a finales del siglo XX, en que se formaliza un reclamo de Nicaragua presentado ante la CIJ en 1999, el que culmina con una sentencia emitida en el año 2007³⁶.

IV.1.d) La controversia entre El Salvador y Honduras (1969-1980)

Desde el momento de su independencia, ambos Estados tuvieron tensas relaciones por controversias fronterizas, cuestiones políticas y socioeconómicas, que desembocaron en una ruptura de las relaciones diplomáticas en junio de 1969 y el ingreso de tropas de El Salvador en Honduras al mes siguiente³⁷. Entre tanto, se había celebrado una Reunión de Consulta (Washington, del 23 al 30 de junio) y se convino que ambas partes debían emplear el Pacto de Bogotá, pero aquella determinación fue ignorada por ambos. Tuvo como particularidad la denuncia del Pacto por parte de El Salvador -en 1973, durante el curso de las negociaciones- y fue sometido a mediación en 1976, cuando los Cancilleres de ambos Estados aceptaron renunciar a los reclamos recíprocos por daños como consecuencia del conflicto armado de 1969. Culminó en 1980 con la firma de un tratado de paz, luego de la labor de mediación de José Luis Bustamante y Rivero (ex presidente del Perú entre 1945-1948), elegido por acuerdo entre las partes³⁸.

IV.1.e) Las demandas promovidas por Nicaragua contra Costa Rica y Honduras (1986-1992)

Se trata de reclamos presentados ante la CIJ por invocación expresa del artículo XXXI del Pacto de Bogotá y las declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la Corte realizadas por los Estados, de conformidad con el artículo 36 del Estatuto de la CIJ.

El 28 de julio de 1986, Nicaragua inició procedimientos contra Costa Rica y Honduras, respectivamente, alegando diversas violaciones del derecho internacional y la respectiva responsabilidad de los últimos Estados en razón de actividades militares dirigidas -desde su territorio- contra autoridades nicaragüenses.

³⁶ Cfr. *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 659.

³⁷ Cfr. PASSARELLI HAMANN, Eduarda. *Resolução Imediata da "Guerra do Futebol", entre Honduras e El Salvador, pela Organização dos Estados Americanos*, Instituto de Relações Internacionais, Rio de Janeiro, 2002, p. 22.

³⁸ Para una síntesis de los hechos y sus efectos, ver BOLOGNA, Alfredo B. "Consecuencias del conflicto Honduras - El Salvador", *Revista de Política Internacional*, N° 159, septiembre-octubre 1978, pp. 75-92.

Posteriormente, el 7 de agosto de 1987, Nicaragua firmó con Costa Rica y otros cuatro Estados de América Central un acuerdo denominado "Esquipulas II" y solicitó suspender su reclamo contra aquel demandado. Costa Rica no se opuso a la interrupción y el caso fue eliminado de la Lista General de la CIJ el 19 de agosto de 1987³⁹.

En cuanto al reclamo contra Honduras, la Corte decidió la admisibilidad de la solicitud el 20 de diciembre de 1988. En lo que nos interesa, la competencia de la CIJ se fundó en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá de 1948 y consideró, además, que la norma en cuestión era independiente de las declaraciones de aceptación de su jurisdicción que realizan los Estados que aceptan el Estatuto de la Corte⁴⁰.

Una vez establecida las fechas para la presentación de la Memoria y la Contramemoria, las partes acordaron prorrogar las presentaciones y posteriormente, en mayo de 1992, Nicaragua informó a la CIJ la obtención de un acuerdo extrajudicial con Honduras. El 27 de mayo de 1992, el Tribunal emitió una orden que registraba la interrupción del proceso y ordenaba su eliminación de la Lista General⁴¹.

El reclamo fue desistido luego de la participación de un grupo de observadores de las Naciones Unidas.

IV.1.f) La disputa de soberanía y delimitación marítima entre Nicaragua y Colombia (2001-2012)

El 6 de diciembre de 2001, Nicaragua presentó una solicitud en la CIJ contra Colombia a fin de resolver un grupo de disputas jurídicas que subsistían entre los dos Estados sobre la soberanía de territorios insulares y los espacios marítimos que corresponderían en consecuencia. En lo que nos interesa, al resolverse las excepciones preliminares formuladas por Colombia, la Corte señaló que poseía jurisdicción para considerar la disputa siempre que no fuese sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, atento la existencia de un tratado firmado en 1928 entre las Partes y que, por lo tanto, la CIJ

³⁹ Cfr. *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Costa Rica)*, Order of 19 August 1987, I.C.J. Reports 1987, p. 182.

⁴⁰ Cfr. *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988, p. 69. En particular, cabe destacar las palabras de la Corte en dos referencias expresas: "Under these circumstances, the Court has to conclude that the commitment in Article XXXI of the Pact is independent of such declarations of acceptance of compulsory jurisdiction as may have been made under Article 36, paragraph 2, of the Statute and deposited with the United Nations Secretary General pursuant to paragraph 4 of that same Article. Consequently, it is not necessary to decide whether the 1986 Declaration of Honduras is opposable to Nicaragua in this case; it cannot in any event restrict the commitment which Honduras entered into by virtue of Article XXXI. The Honduran argument as to the effect of the reservation to its 1986 Declaration on its commitment under Article XXXI of the Pact therefore cannot be accepted" e "In short, Articles XXXI and XXXII provide for two distinct ways by which access may be had to the Court. The first relates to cases in which the Court can be seised directly and the second to those in which the parties initially resort to conciliation.", *Ibidem*, p. 88-90, para. 41 y 47.

⁴¹ Cfr. *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Order of 27 May 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 222.

no podía tener jurisdicción sobre aquel en virtud del Pacto de Bogotá de 1948 -el cual también fue invocado por Nicaragua como base para la jurisdicción de la Corte- pero que al mismo tiempo este acuerdo le otorgaba competencia para juzgar sobre el alcance y la composición del resto del archipiélago de San Andrés, ya que el tratado de 1928 no proporcionaba respuestas sobre qué otras características marítimas formaban parte de aquel y por lo tanto la disputa no se había resuelto en el sentido del Pacto de Bogotá, por lo que concluyó que tenía jurisdicción para juzgar sobre ella⁴².

IV.1.g) La controversia entre Ecuador y Colombia por la fumigación aérea con herbicidas (2008-2013)

Ecuador inició un proceso ante la CIJ contra Colombia por una disputa relacionada con la presunta fumigación aérea con herbicidas tóxicos en las proximidades de la frontera ecuatoriana lindante, ocasionando daños graves a individuos, cultivos, animales y al entorno natural en los alrededores, con posibles riesgos de daños graves en el futuro. Asimismo, Ecuador alegó la realización de repetidos y sostenidos esfuerzos para negociar el cese de las fumigaciones, pero que aquellas negociaciones habían resultado infructuosas.

Como base para la competencia de la CIJ, Ecuador invocó el artículo XXXI del Pacto de Bogotá, del cual ambos Estados eran partes. Asimismo, justificó la competencia de aquella en el artículo 32 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988. Luego de las dos rondas de presentación de escritos de las partes, la Corte fijó el 30 de septiembre de 2013 como fecha de apertura para el procedimiento oral.

Sin embargo, en septiembre de 2013 el agente de Ecuador notificó a la CIJ un acuerdo celebrado por las partes tres días antes, que resolvió definitivamente la controversia en su totalidad y, con fundamento al artículo 89 del Reglamento de la Corte, solicitó la baja del caso en la Secretaría General de la CIJ⁴³.

IV.1.h) La delimitación marítima entre Perú y Chile (2008-2014)

El 16 de enero de 2008, Perú presentó una solicitud ante la CIJ para iniciar el procedimiento relativo a la controversia de delimitación de la frontera marítima entre los Estados en el Océano Pacífico, toda vez que las mismas no habían podido ser acordadas por ambos. El fundamento de Perú para la jurisdicción de la Corte fue el artículo XXXI del Pacto de Bogotá, del cual ambos Estados eran Parte.

En su decisión del 27 de enero de 2014, la CIJ resolvió la disputa entre las Partes a partir de la intersección de un paralelo de latitud denominado "hito N° 1" que sigue una línea destinada a definir el curso de la frontera marítima entre las Partes, aunque sin

⁴²Cfr. *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 2007, p. 832.

⁴³Cfr. *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*, *Order of 13 September 2013*, I.C.J. Reports 2013, p. 278.

determinar las coordenadas geográficas precisas, ya que recordó que ello no le fue solicitado por los Estados en sus presentaciones finales⁴⁴.

IV.1.i) La determinación sobre la existencia de una "obligación de negociar" entre Bolivia y Chile (2013-2018)

El 24 de abril de 2013, Bolivia presentó una solicitud a fin de iniciar el procedimiento contra Chile en relación a la controversia sobre la existencia de una "obligación de Chile de negociar de buena fe" y "efectivamente" para alcanzar un acuerdo que otorgue a Bolivia un acceso soberano al Océano Pacífico. En su pedido, el demandante fundamentó la competencia de la Corte en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá, del cual ambos Estados eran partes.

Se trató de un caso interesante, aunque no constituya más que una "Ley para las Partes" aplicable a Bolivia y Chile, a la luz de las pruebas aportadas por el demandante durante el proceso conocido como *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico*, con el objeto de demostrar la obligación de negociar que Chile habría asumido, aspecto que no pudo ser demostrado⁴⁵.

IV.1.j) La cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia más allá de las 200 millas de la costa nicaragüense (2013-vigente)

El reclamo fue iniciado en septiembre de 2013 por Nicaragua con el objeto de delimitar la frontera marítima entre ella y Colombia respecto de la plataforma continental más allá de las 200 millas de la zona nicaragüense, siguiendo los criterios de la propia CIJ determinados en la sentencia del 19 de noviembre de 2012 respecto de la disputa de soberanía y delimitación marítima de la columna de agua.

El fundamento de la solicitud nicaragüense se encuentra en la existencia de una disputa por la reclamación de la plataforma continental en el área del Mar Caribe y que la competencia de la CIJ surge del artículo XXXI del Pacto de Bogotá. Asimismo, la solicitud presenta otra particularidad: Nicaragua señaló que debió presentar el reclamo ya que, el 27 de noviembre de 2012 Colombia había notificado la denuncia del Pacto de Bogotá y que -de conformidad con el Artículo LVI del Pacto- aquella tendría efecto después de cumplirse un año, por lo que la solicitud se encontraba -a criterio del Estado demandante- en tiempo y forma⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 3

⁴⁵ Cfr. *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Judgment, I.C.J. Reports 2018, en prensa. La controversia no consistió en obtener una "salida al mar", sino en determinar la existencia de una obligación negociar de buena fe, una actitud que constituye uno de los pilares de las relaciones pacíficas entre los Estados y que trata de un principio general de derecho, reconocido en la Carta de la ONU y distintos acuerdos internacionales de carácter bilateral, regional y general. Para un resumen en español, junto con un análisis preliminar ver GODIO, Leopoldo M. A. - RODRÍGUEZ, Facundo D. "Obligación de negociar el acceso al Océano Pacífico (Bolivia v. Chile)", Corte Internacional de Justicia, decisión del 1° de octubre de 2018", *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, N° 9, 2018. Disponible en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=69&idediccion=1919> (consulta el 30/08/2019).

⁴⁶ Fuente: <https://www.icj-cij.org/en/case/154/press-releases> (consulta el 30/08/2019).

La Corte rechazó las excepciones preliminares de Colombia y ratificó su competencia para conocer en el asunto, con fundamento en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá. El fondo de la controversia aún se encuentra pendiente⁴⁷.

IV.1.k) La disputa entre Chile y Bolivia sobre el estado y la utilización de las aguas del Silala (2016-vigente)

El 6 de junio de 2016 Chile presentó una solicitud de procedimiento contra Bolivia ante la CIJ, argumentando que las aguas del Silala -originadas en manantiales de agua subterránea presentes en territorio boliviano y a pocos kilómetros de la frontera común- fluyen hacia Chile, quien la utiliza con distintos propósitos para el suministro de agua a la ciudad de Antofagasta y los pueblos de Sierra Gorda y Baquedano.

La controversia radica, según Chile, en una declaración boliviana de 1999 que las considera "exclusivamente bolivianas" sin poder arribar las partes a un acuerdo, ya que este último Estado considera que tiene derecho al total del uso de las aguas. Por esta razón, Chile afirma que su contraparte debe considerar al Silala como un curso de agua internacional y debe respetar los derechos y obligaciones resultantes entre las partes en virtud del derecho internacional. Cabe destacar que el fundamento de la competencia de la Corte invocado por Chile es el artículo XXXI del Pacto de Bogotá. El proceso aún se encuentra en desarrollo⁴⁸.

IV.2. Evaluación parcial

Desde la entrada en vigor del Pacto de Bogotá -lo que ocurrió al año siguiente de su firma- llegaron a conocimiento de la CIJ un total de once disputas. De ellas: cuatro se sitúan temporalmente en el siglo XX; una se re-inicia en el final de aquel y culmina en el siglo XXI; y seis ya se sitúan en el presente.

Lo anterior amerita reconsiderar una creencia asentada sobre la aplicación esporádica del Pacto de Bogotá, ya que en tiempos recientes -y a pesar de no contar con un incremento de ratificaciones, sumado a la proliferación de tribunales internacionales- su utilización ha sido invocada. Sin dudas, esta situación no justifica la indiferencia con la cual el Pacto fue históricamente tratado, pero al menos es posible analizar estas afirmaciones con una óptica distinta.

V. Las reservas al tratado y la situación de sus ratificaciones

A poco de aprobarse el texto del Pacto de Bogotá, sólo seis Estados habían precisado reservas iniciales al momento de firmar el texto y se interpretaba que, del total de veintidós

⁴⁷ Cfr. *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 2016, pp. 133-134 y 139-140, para. 91, 94 y 126.

⁴⁸ La denominación oficial del caso es *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*. Fuente: <https://www.icj-cij.org/en/case/162> (consulta el 30/08/2019).

Estados de la OEA, se contaba con un respaldo sustancial al acuerdo y no se esperaba otro resultado "que la fuerza creciente del derecho determinará, a plazo próximo, el cese de los (...) resistentes actuales"⁴⁹.

El Pacto cuenta actualmente con catorce Estados Parte de un total de treinta y dos que conforman la OEA, aunque tuvo históricamente dos miembros más que hoy no lo son: El Salvador lo denunció en 1973 y Colombia en 2012⁵⁰. Sin embargo, si se analiza el estado de las firmas y ratificaciones del convenio, es posible clasificar los siguientes resultados:

1. Diez Estados en sus relaciones recíprocas están sometidos a los procedimientos de solución pacífica del Pacto, de manera incondicional⁵¹;
2. Dos Estados más, en sus relaciones recíprocas y en sus relaciones con los otros diez Estados Parte, están sometidos a dichos procedimientos en la medida que no hayan quedado restringidos por las reservas hechos por aquéllos al Pacto⁵²;
3. Según el procedimiento que se trate, entre cinco a siete Estados Parte, en sus relaciones recíprocas, están sometidos a los instrumentos anteriores al Pacto de Bogotá de 1948, según el procedimiento de solución de que se trate⁵³;
4. Veinte Estados no están obligados por el Pacto de Bogotá de 1948⁵⁴; y,
5. Once Estados no están obligados ni por el Pacto de 1948 ni por instrumentos latinoamericanos preexistentes a aquel⁵⁵.

Sin duda, las reservas que se han hecho al Pacto limitan su validez y eficacia, debido a la modificación que importan, en desmedro de sus potenciales aplicaciones. Algunas de ellas, como las de Paraguay y Perú, son de fondo y dejan de lado importantes disposiciones del instrumento, ya que sus declaraciones afectan las obligaciones sobre los dos procedimientos jurisdiccionales regulados en el pacto: el arbitraje y la solución judicial.

⁴⁹ Cfr. REGULES, Dardo. *supra* nota 8, p. 20. El autor considera que los "resistentes" eran Argentina, Perú y Estados Unidos, a tenor del análisis de las reservas que afectan, por su universalidad o sus efectos a todo el Pacto de 1948. *Ibidem*, pp. 20-25.

⁵⁰ Fuente: disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-42.html#1> (consulta el 30/08/2019).

⁵¹ Brasil, Costa Rica, Chile, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Uruguay.

⁵² Paraguay y Perú.

⁵³ Argentina, Bolivia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala y Venezuela, según el tratado o convención que se trate.

⁵⁴ Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Bolivia, Colombia, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, y Venezuela.

⁵⁵ Se trata de los Estados latinoamericanos del Caribe que fueron admitidos con posterioridad a la firma de la Carta de la OEA.

VI. Balance y perspectiva futura: ¿es necesario y posible fortalecer o reformular totalmente el sistema interamericano de soluciones pacíficas?

La ausencia de ratificación o adhesión del Pacto de Bogotá de 1948 por parte de la mayoría de los actuales Estados miembros de la OEA -así como la presencia de reservas sobre aspectos sensibles y de fondo del texto- han sido invocadas por algunos de ellos para proponer la reforma del tratado o bien proponer su reemplazo por un nuevo acuerdo interamericano sobre la materia.

A modo anecdótico, en 1954 se incluyó en el temario de la Conferencia de Caracas la posibilidad de revisar el Pacto de Bogotá de 1948. La Conferencia resolvió que el entonces Consejo de la OEA efectuase una encuesta entre los Estados Miembros para considerar la conveniencia y oportunidad de proceder a la revisión. El Consejo declaró que el resultado de aquella fue que la mayoría de los encuestados expresó una opinión desfavorable a dicha revisión. Asimismo, en 1971, la Asamblea General de la OEA -a raíz que el Pacto no había sido ratificado por todos los Estados Miembros- encargó al Comité Jurídico Interamericano el estudio de los tratados y convenciones que forman el sistema interamericano de paz sobre la base de la experiencia obtenida, con miras a fortalecer el sistema. En su dictamen del 18 de septiembre de 1971, el Comité consideró tres opciones respecto del Pacto de Bogotá: 1) elaborar un nuevo tratado; 2) modificarlo para facilitar su aceptación; o 3) que sea ratificado, sin cambios, por los Estados que aún no lo han hecho. El Comité Jurídico se inclinó por la última alternativa.

Por otra parte, y sin perjuicio de lo anterior, el Comité Jurídico Interamericano analizó, en 1991, la posible creación de un Tribunal Interamericano de Justicia -retomado por el Secretario General de la OEA en su informe anual 2005-2006⁵⁶- para dar respuesta a las controversias de un modo que respete los principios y particularidades del denominado "Derecho Internacional Americano"⁵⁷.

Finalmente, tal como afirma Infante Caffi, durante décadas se consideró al Pacto de Bogotá como un instrumento anticuado poco utilizado y caracterizado por un genuino propósito común, a juzgar por las reservas y la ausencia de ratificación que no hacen más que afectar sus principios generales. Sin embargo, la misma autora advierte con razón que la actuación de la CIJ ha evidenciado otras facetas del acuerdo⁵⁸ y sobre ello nosotros agregamos que el propio valor del Pacto puede evidenciarse desde tres ópticas igualmente válidas: 1) por su utilización, que en las últimas dos décadas tuvo más casos que en la segunda mitad del siglo XX; 2) por su silenciosa labor, al influir en los Estados Parte de la controversia para adecuar su conducta al derecho regional e internacional; y 3) por la cantidad de Estados Parte, cuyas críticas resultan también sin dudas atendibles. Mientras tanto, en la valoración global, el Pacto ha demostrado resultar operativo y conveniente para resolver

⁵⁶ Cfr. Doc. OEA/Ser.D/III.56.

⁵⁷ Cfr. Doc. CJI/RES.II-21/93.

⁵⁸ Cfr. INFANTE CAFFI, María T. "The Pact of Bogotá: Cases and practice", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, Vol. 10, 2017, p. 88.

casi una docena de controversias y evitar la generación de otras que no han trascendido por voluntad de los Estados.

En definitiva, podemos concluir que el sistema interamericano, por razones históricas, políticas y culturales, se encuentra -potencialmente- en mejores condiciones que el propio foro universal para contribuir, de modo eficaz, a la solución pacífica de las controversias de la región y por esta razón respondemos afirmativamente a aceptar toda oportunidad para fortalecer el Pacto de 1948 o bien, en caso de resultar necesario un nuevo acuerdo, tomar nota de las razones que llevaron a una baja ratificación del convenio analizado y proponer -en esa hipótesis- una negociación sin prisa.

VII. Bibliografía y Fuentes

- ARREDONDO, Ricardo. *Derecho Diplomático y Consular*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016.
- BETANCUR RESTREPO, Laura. *La tensión entre lo jurídico y lo político: un debate sobre la juridicidad de la mediación internacional*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2018.
- BOLOGNA, Alfredo B. "Consecuencias del conflicto Honduras - El Salvador", *Revista de Política Internacional*, N° 159, septiembre-octubre 1978, pp. 75-92.
- BROWNLIE, Ian. "The Place of the Individual in International Law", *Virginia Law Review*, Vol. 50, Issue 3, 1964, pp. 435-462.
- CISNEROS, Andrés - ESCUDÉ, Carlos *et al. Historia General de las Relaciones Exteriores de la República Argentina*, Tomo IX, Grupo Editor Latinoamericano-Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 2000.
- DUPUY, René-Jean, *Le nouveau Paramericanisme: L' evolution du système Inter-América invers le Fédéralisme*, Pedone, Paris, 1956.
- GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, Luis. "El Tratado Americano de Solución Pacífica de Controversias" (Pacto de Bogotá), *Agenda Internacional*, Vol. 4, N° 8, 1997, pp. 51-61.
- GODIO, Leopoldo M. A. - RODRÍGUEZ, Facundo D. "Obligación de negociar el acceso al Océano Pacífico (Bolivia v. Chile), Corte Internacional de Justicia, decisión del 1° de octubre de 2018", *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, N° 9, 2018.
- INFANTE CAFFI, María T. "The Pact of Bogota: Cases and practice", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional(ACDI)*, Vol. 10, 2017, p. 88, pp. 85-116.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. "The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice under the Pact of Bogota and the Optional Clause", en Yoram Dinstein (ed.), *International Law at a time of perplexity, Essays in Honor of Shabtai Rosenne*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, pp. 355-360.
- Tentativas de reforma al Pacto de Bogotá", en OEA, *Anuario Jurídico Interamericano* 1986, pp. 3-12.
- KELSEN, Hans. *Principios de Derecho Internacional Público* (trad. Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida), Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1965.
- Principles of International Law*, Rinehart, New York, 1952.
- LUPINACCI, Julio C. "Los Procedimientos Jurisdiccionales en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá)", *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, 1962, pp. 174-183.
- OEA, *Anales de la Organización de los Estados Americanos*, Vol. 1, N° 1, 1949.
- PASSARELLI HAMANN, Eduarda. *Resolução Imediata da "Guerra do Futebol", entre Honduras e El Salvador, pela Organização dos Estados Americanos*, Instituto de Relações Internacionais, Rio de Janeiro, 2002.
- RAMACCIOTTI, Beatriz M. *Democracia y Derecho Internacional en las Américas*, Lerner, Córdoba, 2009.

- REGULES, Dardo. "El Pacto de Bogotá", *Revista Nacional*, Año XII, N° 124, pp. 5-26.
- SIQUEIROS, José L. "La OEA y el derecho internacional", *Revista Mexicana de Política Exterior*, Vol. 54, junio-septiembre 1998, pp. 37-67.
- SCARFI, Juan P. "Globalizing Latin American legal field: Continental and regional approaches to the international legal order in Latin America", *Revista Brasileira de Política Internacional*, Vol. 61, N° 2, 2018, pp. 1-12.
- SOMMER, Christian G. *Laudos Arbitrales del CIADI. Reconocimiento y ejecución*, Astrea, Buenos Aires, 2016.
- SØRENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*, 5ª Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1994.
- UNIÓN PANAMERICANA. Informe sobre la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y Seguridad del Continente, Washington, 1947.
- VALENCIA-OSPINA, Eduardo. "The Role of the International Court of Justice in the Pact of Bogotá", en Calixto Armas Barea [AA.VV.], *Liber Amicorum in memoriam of Judge José María Ruda*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 291-329.
- VAN WYNENTHOMAS, Ann - THOMAS (Jr.), A. J. (Eds.). *The Organization of American States*, Southern Methodist University Press, Dallas, 1963.
- VILLALTA VIZCARRA, Ana E. "Solución de controversias en el derecho internacional", en Comité Jurídico Interamericano, *XLI Curso de Derecho Internacional*, Río de Janeiro, Organización de Estados Americanos, 2014, pp. 15-35.
- VIZCARRA, Rodolfo. "Doctrina Podestá Costa: La protección diplomática no alcanza a aquellas personas que se han integrado al Estado de residencia conformando una comunidad de fortuna", en Horacio D. Piombo (coord.). *Doctrinas argentinas de derecho internacional*, Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. 105-123.

Jurisprudencia (ordenada cronológicamente)

- Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Costa Rica)*, Order of 19 August 1987, I.C.J. Reports 1987, p. 182.
- Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988, p. 69.
- Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Order of 27 May 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 222.
- Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 659.
- Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 832.
- Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*, Order of 13 September 2013, I.C.J. Reports 2013, p. 278.
- Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 3.
- Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 100.
- Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Judgment, I.C.J. Reports 2018.
- Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*. Aún sin incorporar al I.C.J. Reports.

**LA BIOPROSPECCIÓN:
UN DESAFÍO AL SISTEMA JURÍDICO ANTÁRTICO***

*BIOPROSPECTING:
A CHALLENGE TO THE ANTARCTIC LEGAL SYSTEM*

*Graciela R. Salas***

Resumen: Transcurridos casi sesenta años desde la firma del Tratado Antártico (TA), el sistema antártico se ve ante tres nuevos grandes desafíos: el medio ambiente, que se proyecta sobre los otros dos: el turismo, y la bioprospección. La bioprospección a su vez plantea grandes desafíos al sistema jurídico vigente en la región, tanto en materia del espacio en el que sea posible su ejercicio cuanto en lo relativo a las condiciones de su desarrollo, habida cuenta del resurgimiento de los efectos de las reclamaciones territoriales que podría provocar por vincularse esta actividad con la soberanía sobre los recursos naturales de los respectivos Estados reclamantes.

Palabras clave: Bioprospección - Sistema jurídico antártico.

Summary: Almost sixty years after the signing of the Antarctic Treaty (AT), the Antarctic system faces three new major challenges: the environment, which is projected on other two: tourism, and bioprospecting. Bioprospecting poses great challenges to the legal system, both in terms of the space in which it is possible to exercise it and in relation to the conditions of its development, given the resurgence of the effects of territorial claims that could be caused by linking this activity with sovereignty over the natural resources of the respective claimant states.

Keywords: Bioprospecting - Antarctic legal system

Sumario: I. Introducción. II. Conceptos clave. III. Fundamentos jurídicos. IV. Conclusiones.

* Trabajo recibido el 14 de agosto de 2019 y aprobado para su publicación el 9 de septiembre del mismo año. Fue presentado como ponencia en el XXX Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Rosario, 2018 en la Sección Derecho Internacional Público.

** Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Catedrática de Derecho Internacional Público (DIP), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba y Profesora Titular de DIP en la Universidad Blas Pascal, Córdoba-Argentina.

Introducción¹

La creación del sistema antártico, a partir de la celebración del Tratado Antártico (1959), constituyó sin lugar a dudas, un gran avance no sólo para el continente antártico sino también para el sistema jurídico internacional que pocos años después aquilataría esa experiencia al proyectarse hacia el espacio ultraterrestre.

Dentro de este sistema se creó el SCAR², que comenzó a reunir la información científica obtenida en los términos del Art. II del Tratado Antártico y vertida en las reuniones consultivas que se celebraron cada dos años hasta 1994, para hacerse anualmente a partir de esa fecha.

Sin embargo, los objetivos originarios más vinculados con el mantenimiento de la paz y la seguridad del continente³ fueron cediendo ante otros intereses, como la necesidad de la preservación de los recursos vivos marinos⁴ o la creación de zonas protegidas por otras razones⁵. Desde la década de los años '80 esos intereses se vieron complementados por una tendencia mundial, como es la protección del medio ambiente, que derivaría en la celebración del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente⁶. En ese contexto, desde la creación del sistema antártico se celebraron reuniones de expertos, conferencias diplomáticas, reuniones consultivas especiales del Tratado Antártico, y reuniones consultivas del Tratado Antártico (RCTA), a las que nos remitimos en honor a la brevedad y cuyos detalles se encontrarán en la página web de la Secretaría del Tratado Antártico⁷. A partir entonces de la década de los años '90 se perfilaron tres nuevos enfoques en la Antártida: por un lado, la protección del medio ambiente, que a su vez se va a proyectar sobre los otros dos: el turismo y la bioprospección.

En este trabajo nos concentraremos en el tercero de estos enfoques, por considerar que es el que más desafíos ofrece al sistema antártico actualmente.

¹ Siglas: ATCM Secretaría del Tratado Antártico; CCRvMA Convención de Canberra sobre Recursos Vivos Marinos Antárticos; CONVEMAR Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar; RCTA Reunión de Consulta del Tratado Antártico; SCAR Scientific Committee on Antarctic Research; SCOR Comité Científico para las Investigaciones Oceanográficas. STA Sistema del Tratado Antártico; TA Tratado Antártico.

² Scientific Committee on Antarctic Research. <https://www.scar.org/>

³ El mundo había salido de la Segunda Guerra mundial sumido en la guerra fría y en los años previos a la celebración del Tratado de Washington (1959) ya se habían producido algunos incidentes en el territorio antártico. Uno de ellos se produjo en Bahía Esperanza en 1952, cuando militares argentinos hicieron disparos de advertencia sobre un grupo de británicos. En esos momentos se estudiaba la posibilidad de la utilización de la Antártida para experiencias nucleares o al menos como basurero nuclear. También se la consideraba como un elemento vital para la instalación de sistemas de alerta temprana.

⁴ Es así que se celebraron convenciones como la Convención para la Conservación de las Focas Antárticas (1972), la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (1982), entre otras normas aplicables a la región, atento a que como sabemos los recursos vivos en ese continente dependen del mar.

⁵ Como sitios históricos, existencia de colonias de animales, musgos, líquenes u otras especies.

⁶ Celebrado en Madrid, fue aprobado por Argentina por Ley N°24216 de 1993.

⁷ Fue creada en el año 2004, con sede en Buenos Aires. Disponible en: https://www.ats.aq/devAS/ats_meetings.aspx?lang=s

La preocupación por el estudio de los ecosistemas antárticos comenzó a poco de entrar en vigor el Tratado Antártico, ya en la década de los años '60 de la mano del interés en la explotación de recursos como el kril. Fue así que, en el año 1972, el SCAR encargó a un Subcomité del Grupo de Trabajo de Biología que se ocupara de los ecosistemas antárticos, el que centró sus estudios sobre ese crustáceo.

Al mismo tiempo se firmó la Convención para la Conservación de las Focas Antárticas (1972)⁸.

En la década de los años '70 ya se había comenzado a analizar las posibilidades de la existencia de recursos minerales en la Antártida, hasta que, en el año 1973, el "Glomar Challenger", un buque norteamericano de investigación y perforación científica en aguas profundas para estudios de oceanografía y geología marina, encontró evidencias sobre la existencia de hidrocarburos en el Mar de Ross. Como consecuencia de lo cual se generó un gran interés por parte de las empresas petroleras, lo que llevó al tratamiento de la cuestión en la Sexta Reunión Consultiva del Tratado Antártico (1970), en Tokio.

Esta preocupación derivó en la firma de la Convención para la Reglamentación de las Actividades sobre Recursos Minerales Antárticos (1988), conocida también como Convención de Wellington.

Mientras tanto, en 1975, la Comisión Oceanográfica Intergubernamental invitó al SCAR a que propusiera proyectos sobre el tema. Para ello elevó al Subcomité a Grupo de Especialistas, bajo el patrocinio del Comité Científico para las Investigaciones Oceanográficas⁹. Se puso de manifiesto la necesidad de adoptar medidas para la protección de los recursos vivos marinos antárticos, como quedó de manifiesto en la reunión consultiva de ese año, la que adoptó una recomendación en tal sentido¹⁰.

El SCAR convocó a una reunión en la que el Grupo de Trabajo presentó un plan detallado para realizar investigaciones biológicas integradas y coordinadas llamadas "Biomass" para presentar al SCOR¹¹. Con posterioridad se avanzó en la negociación de lo que sería la Convención de Canberra sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, firmada en 1980, a partir de la importancia para el ecosistema del recurso kril¹².

⁸ Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/21676-nacional-convencion-para-conservacion-focas-antarticas-Int0000119-1977-10-31/123456789-0abc-defg-g91-10000tcanyel?q=%28numero-norma%3A21676%20%29&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n%7CFecha%7COrganismo%7CPublicac>

⁹ Este organismo fue creado en 1957 para la cooperación y la realización de investigación oceanográfica. Es además el órgano consultivo de la Comisión Oceanográfica Intergubernamental (COI) de la UNESCO. Disponible en: <http://www.scor-int.org>

¹⁰ Recomendación RCTA VIII-10 (Oslo, 1975). Disponible en: https://www.ats.aq/devAS/ats_meetings_meeting_measure.aspx?lang=s

¹¹ Este proyecto se llevó a cabo hasta 1986. ROMERO, P. "Presencia de Chile en la Antártida", en *Política Antártica de Chile*. F. Orrego Vicuña, M. Infante Caffi y P. Amanet (Dirs.), Estudios Internacionales Universidad de Chile, Santiago, 1984, p. 144. Disponible en: http://www.libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/312/submission/proof/files/assets/common/downloads_847a3ed6/IEI_030.pdf

¹² Disponible en: <https://www.ccamlr.org/es/organisation/convenci%C3%B3n-de-la-crvma>

En la Antártida quizás el primer proyecto de bioprospección fue el *Primer Experimento -Biológico Internacional* (conocido como FIBEX), que tenía como objeto conocer la cantidad, distribución y comportamiento del kril, mediante técnicas hidroacústicas¹³.

En ese contexto se firmó el Protocolo de Madrid (1991), que cuenta a su vez con seis anexos. En su art. 2 se designa a la Antártida como reserva natural consagrada a la paz y a la ciencia. A renglón seguido el art. 3 fija los principios medio ambientales que lo inspiran como el de planeamiento de las actividades a llevar a cabo en la Antártida, la información, los estudios de impacto ambiental, la cooperación en la planificación y la realización de las actividades, siempre de acuerdo a lo establecido en el TA. Pero posiblemente lo más relevante de este protocolo está en lo resuelto en el art. 7: "*Cualquier actividad relacionada con los recursos minerales, salvo la investigación científica, estará prohibida*".

De esta forma terminó de desaparecer todo sentido de la Convención de Wellington¹⁴.

En el año 2004 se creó la Secretaría del Tratado Antártico, con sede en Buenos Aires, una de cuyas funciones es la de brindar apoyo a las Reuniones Consultivas del Tratado Antártico (RCTA), que se celebran anualmente, y la reunión del Comité para la Protección del Medio Ambiente (CPA)¹⁵. A partir de allí las reuniones consultivas mantuvieron una atención permanente en la prospección biológica del continente antártico¹⁶.

Por otra parte, la investigación biológica actualmente ha experimentado una gran expansión en el mundo, especialmente en zonas consideradas extremas de acuerdo a sus características particulares, lo que ha colocado a la Antártida en la mira de esta clase de investigaciones¹⁷, una muestra de lo cual es la enumeración de Morten Waloe Tvedt¹⁸.

¹³ ROMERO, P. "Presencia de Chile en la Antártida", en *Política Antártica de Chile*, Ob. Cit., p. 35-50. Según esta publicación, fue el experimento más grande que se hubiera realizado hasta entonces, incluyendo barcos de diferentes Estados. Ello fue seguido por una serie de talleres para comparar y analizar la información utilizando avanzados sistemas de computación y modelaje, y planificando para el siguiente experimento (FIBEX) a desarrollarse en 1984. Disponible en: http://www.libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/312/submission/proof/files/assets/common/downloads_847a3ed6/IEI_030.pdf

¹⁴ Recordemos que fue firmada en 1988 y no alcanzó a entrar en vigor.

¹⁵ Secretaría del Tratado Antártico. Disponible en: <https://www.ats.aq/s/about.htm>

¹⁶ Así lo vemos en la reunión de 2005 de Estocolmo, en la Resolución 7 (2005) - RCTA XXVIII - CPA VIII, tema 17 del programa de la Reunión Consultiva del Tratado Antártico, "La prospección biológica en la Antártida", incluso en lo que concierne a las obligaciones enunciadas en el artículo III, apartado 1, inciso c, del Tratado; en el anexo a la resolución adoptada en la Reunión de 2008 de Kiev sobre Análisis de dominios ambientales para el continente antártico, disponible en: [file:///C:/Users/pc/Downloads/Att408_s%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/pc/Downloads/Att408_s%20(1).pdf); la Resolución 6 (2013) RCTA XXXVI – CPA XVI, Bruselas; un paso importante se produjo con la Resolución 2 (2017) – RCTA XL – CPA, Pekín, al aprobar el Código de conducta del SCAR para la exploración e investigación de medioambientes acuáticos subglaciares, disponible en: https://www.ats.aq/devAS/ats_meetings_meeting_measure.aspx?lang=s

¹⁷ Para el año 2013 la página web www.bioprospector.org registra 185 patentes en la Antártida. Este proyecto de la Universidad de las Naciones Unidas es de información pública sobre bioprospección en espacios sin soberanía.

¹⁸ Morten Walløe TVEDT efectúa una interesante enumeración en su publicación *Ley de patentes y bioprospección en la Antártida*. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/polar-record/article/patent-law-and-bioprospecting-in-antarctica/F285A818D5A18E745E70CD4AD63340E2>. *Report of the ATCM intersessional contact group to examine the issue of biological prospecting in the Antarctic Treaty a.*

Un punto que no debemos perder de vista es el hecho de que en distintas reuniones consultivas se ha mantenido con firmeza la prohibición de realizar actividades mineras en el continente antártico, lo que refuerza el sentido del funcionamiento actual de todo el sistema¹⁹.

II. Conceptos clave

A tales efectos, debemos comenzar por definir qué consideramos como "bioprospección" atento que se trata de un concepto que proviene de una ciencia extra-jurídica. Y ante muchos conceptos, seleccionamos uno simple, en virtud del cual la bioprospección es *la exploración de la biodiversidad con fines comerciales*. También se entiende que es *la búsqueda de información a partir de especies biológicas para su uso posterior en procesos de producción en diversos sectores*²⁰. Es decir que comprende la búsqueda de componentes químicos, material genético que se obtiene de plantas, animales o micro-organismos, y no sólo la extracción sino también el ensayo de ese material con vistas a un posible desarrollo con fines económicos.

Sobre finales del último siglo y comienzos del presente, con la base jurídica perfilada, quedaba abierto el interés por parte de empresas privadas que se enfrentan a la jurisdicción a la que deberán solicitar una autorización en caso de necesidad. Se presenta así con características propias una cuestión gigantesca a comenzar a resolver por el sistema antártico, cual es la investigación científica con fines económicos, es decir con el objetivo de comenzar su explotación económica, digámoslo con todas las letras, porque ese es el verdadero problema.

En esta época las abogadas australianas Julia Jabour y Dianne Nicol, sintetizan la actividad de bioprospección como *la exploración de materiales biológicos útiles por sus componentes o genes, en cuatro etapas: primera, es la recolección de muestras; segunda, la bioprospección, que corresponde al aislamiento, caracterización y cultivo de las especies; tercera, consiste en detectar la utilidad de las muestras para fines comerciales; y la cuarta corresponde al desarrollo del producto, sus posibilidades de patentarlo, venta y marketing*²¹. Como puede observarse se trata de un concepto complejo que tampoco arroja demasiada

¹⁹ Así queda de manifiesto en la Resolución 6 (2016) RCTA XXXIX – CPA XIX. Disponible en: https://www.ats.aq/devAS/info_measures_listitem.aspx?lang=s&id=642

²⁰ ALATORRE, Gerardo. *Bioprospección, ¿una herramienta para el manejo sostenible de los recursos naturales?* Disponible en: <http://base.d-p-h.info/es/fiches/premierdph/fiche-premierdph-1858.html>

²¹ JABOUR, J. – NICOL, D. "Bioprospecting in Areas outside National Jurisdiction: Antarctica and the Southern Ocean", *4 Melbourne Journal of International Law*, 76, 76-112 (2003). Disponible en: <https://eprints.utas.edu.au/2668/2/03Green-Nicol%5B1%5D.pdf>. Sostienen, además, en la p. 12, que: "*In order to understand the implications of bioprospecting in the Antarctic, it is essential to have a basic understanding of how the patent system works, what is patentable and how patents can be used. The protection provided by patenting is likely to attract criticism because of its potential to curtail freedom of access, freedom of scientific research, and benefit sharing*". Destacan así la complejidad de la bioprospección antártica y las diferentes vías en su estudio.

luz sobre las posibilidades de alcanzarse sobre el espacio antártico y dentro del sistema antártico.

Para Michelle Rogan-Finnemore la bioprospección antártica es *la búsqueda de la biodiversidad novedosa que puede ser utilizada en un producto o proceso, para ser posteriormente comercializada*²².

Ante esta necesidad de definición de la bioprospección algunos Estados hicieron propuestas en las reuniones consultivas. Así Nueva Zelanda, a partir del proyecto "Gateway" de la Universidad de Canterbury dirigido por Rogan Finnemore y Alan Hemmings, sostiene que *la bioprospección es la búsqueda (generalmente en el mundo natural) de materiales biológicos útiles, sobre todo, compuestos químicos o genes*²³.

Como puede observarse, son definiciones pragmáticas que permiten comenzar a analizar el tema y no abundan nuevas propuestas, de allí que Argentina propusiera que se considerara como tal *la búsqueda de los productos del metabolismo o de los genomas de los seres vivos para su utilización en procesos industriales o biotecnológicos que redunden en un beneficio para quienes los usufructúen*²⁴. En este caso avanzamos un poco más hacia la definición de las características propias de la bioprospección, a los que se agregan sus objetivos, ya reconocidos por otras definiciones.

Vemos así que en el sistema antártico no existe una definición sobre lo que se debe entender por bioprospección como tampoco lo hay en el ámbito internacional, del mismo modo que en los instrumentos que integran el sistema antártico no se menciona a los recursos genéticos.

Si analizamos el tratamiento que este tema fue teniendo en el sistema antártico vemos que ya en la ATCM (2003)²⁵ Reino Unido, Noruega y Nueva Zelanda encabezaron la presentación de informes sobre esta problemática y, en el punto 174, se lee: "*Chile destacó la importancia del enfoque precautorio de ecosistemas con respecto a las cuestiones planteadas por la bioprospección en las zonas marinas antárticas y recordó que la CCVRMA abarca todos los organismos vivos del Océano Austral*". Es decir que se está fijando una posición respecto de la aplicación de la Convención de Canberra a todas las especies vivas y a todos los espacios marítimos dentro del área de aplicación de ésta, es decir de la convergencia antártica, lo que, como veremos en el apartado siguiente, es discutido por algunos autores.

²² Citada por CONDE PÉREZ, Elena, en *Retos jurídicos de las actividades de bioprospección marina: especial referencia a las zonas polares*. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/261992823_Access_Obligations_and_Benefits_Regulating_Bioprospecting_in_the_Antarctic

²³ Citado por VILLAMIZAR LAMUS, F. "La bioprospección antártica: indefiniciones e incompatibilidades con el Sistema del Tratado Antártico", *23 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, pp. 53-86 (2013).

²⁴ MESA REDONDA SOBRE BIOPROSPECCIÓN. En el marco del Vº Simposio Argentino y Iº Latinoamericano sobre Investigaciones Antárticas, organizado por el Instituto Antártico Argentino Dirección Nacional del Antártico entre el 30 de agosto y el 3 de septiembre de 2004, se realizó la mesa redonda sobre bioprospección. Disponible en: <http://mail.dna.gov.ar/CIENCIA/SANTAR04/CD/MRBIOP.PDF>

²⁵ Tercera Parte, punto 7. *Prospección biológica*. Disponible en: https://www.ats.aq/documents/ATCM26/fr/ATCM26_fr003_s.pdf

Ya en ese momento se creía necesario no sólo precisar un concepto de bioprospección, sino de diferenciar la investigación científica fundamental en el sentido del art. 2 del TA, de la bioprospección con fines comerciales.

La distinción no carece de fundamento, atento que respecto de la primera rigen los términos del art. 3 del TA, mientras que respecto de la segunda se filtra la confidencialidad de los descubrimientos con fines comerciales, que inclusive podrían afectar a especies de lento desarrollo en el tiempo.

Asimismo, Argentina viene advirtiendo que, más allá de toda consideración jurídica, las Partes en el STA *deberían también contar con información sobre el impacto ambiental de las actividades realizadas y la relación entre las entidades científicas oficiales y la industria en lo que se refiere a los usos comerciales*²⁶. Para lo primero es esencial el cumplimiento de lo establecido por el TA en lo relativo al intercambio de información respecto de las actividades programadas y realizadas en la Antártida. Respecto del segundo punto se abre el gran desafío de mantener la investigación científica en manos oficiales, en los términos establecidos por el sistema antártico, y a partir de allí abrir los resultados a los usos comerciales.

III. Fundamentos jurídicos

A partir de resoluciones de las RCTA es que comenzaremos a analizar los fundamentos jurídicos que regulan la bioprospección en la Antártida.

En efecto, según surge de la Resolución 9/2009 de la XXXII RCTA que se reunió en Baltimore, EE.UU.²⁷ –que retoma la misma línea ya expresada por la Resolución 7/ 2005 de la XXXVII RCTA celebrada en Ciudad del Cabo, Sudáfrica– se establece que *el sistema antártico constituye el marco jurídico apropiado para regular las actividades de bioprospección antártica*. Aunque algunos autores colocan signos de interrogación sobre esta afirmación sobre todo teniendo en cuenta la zona de aplicación de los diferentes instrumentos que conforman el sistema antártico.

Según se desprende del apartado anterior tendremos que detenernos aunque más no sea brevemente en cuestiones jurídicas que, si bien no se vislumbraban en el momento de la firma del TA por las razones apuntadas, lentamente fueron abriéndose camino: esencialmente la relación entre el sistema antártico, constituido principalmente por el TA y Convención para la Conservación de las Focas Antárticas (1972), la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (CCRVMA) (1980), el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente y la Convención sobre Derecho del Mar (CONVEMAR), a los que se agregó más recientemente el Código Polar²⁸. Esto en el ámbito

²⁶ Informe Final de la XXXI RCTA (Kiev 2009) Disponible en: https://www.ats.aq/documents/ATCM31/fr/ATCM31_fr001_s.pdf. Se inscribe en la misma posición ya fijada en la Resolución 7 (2005).

²⁷ Disponible en: https://www.ats.aq/devAS/info_measures_listitem.aspx?lang=s&id=450

²⁸ Disponible en: [http://www.prefectura naval.gov.ar/web/es/doc/dpsn_resoluciones_mepc/mepc/MEPC.264\(68\).pdf](http://www.prefectura naval.gov.ar/web/es/doc/dpsn_resoluciones_mepc/mepc/MEPC.264(68).pdf)

estrictamente antártico, a los que habría que agregar el Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena (1946)²⁹. Todo lo cual implica un verdadero desafío de interrelación de normas convencionales de diferentes orígenes, objetivos e integrantes.

En efecto, no pocos autores sostenían que en la Antártida no era de aplicación todo lo relacionado con la CONVEMAR en razón de las dificultades en la fijación de las líneas de base, como así también todo lo relativo a las reclamaciones territoriales y los fundamentos del art. 4° del TA. Sin embargo, en este punto alguna doctrina sostiene que la línea de baja marea, a los efectos de establecer las líneas de base, debe fijarse en el borde externo de las barreras de hielo y que inclusive podrían fijarse líneas de base rectas³⁰. Por otra parte, teniendo en cuenta las modificaciones que se vienen produciendo, consecuencia del calentamiento global y la reducción de algunas barreras de hielo, la cuestión dista mucho de quedar resuelta en la práctica.

Esto nos lleva a plantear otra cuestión que, si bien quedó congelada con el artículo cuarto, requirió del art. 8° del TA para tratar de prevenir situaciones que puedan suscitarse:

*"1. Con el fin de facilitarles el ejercicio de las funciones que les otorga el presente Tratado, y sin perjuicio de las respectivas posiciones de las Partes Contratantes, en lo que concierne a la jurisdicción sobre todas las demás personas en la Antártida, los observadores designados de acuerdo con el párrafo 1 del Artículo VII y el personal científico intercambiado de acuerdo con el subpárrafo 1(b) del Artículo III del Tratado, así como los miembros del personal acompañante de dichas personas, **estarán sometidos sólo a la jurisdicción de la Parte Contratante de la cual sean nacionales, en lo referente a las acciones u omisiones que tengan lugar mientras se encuentren en la Antártida con el fin de ejercer sus funciones**".*

De todo ello surge con claridad que el ejercicio de la jurisdicción en el continente continúa siendo una cuestión abierta en tanto no se ha renunciado a los derechos adquiridos previamente ni se han adquirido nuevos derechos (art. 4°) y se aplica el principio de nacionalidad que cubre a las personas que cumplen funciones en el continente, en vistas a la protección de las mismas.

Más recientemente algunos de los Estados reclamantes³¹ han manifestado una nueva mirada sobre la región, en aplicación de normas más estrictas en la protección de especies, ya aplicadas en su propio territorio, conforme a lo establecido por el art. 4° de la CCRvMA:

²⁹ El Convenio Internacional para la regulación de la pesca de la ballena, firmada en Washington, 2 de diciembre de 1946. Disponible en: <https://iwc.int/convention-es#convention>

³⁰ VAN DER ESSEN, A. "Les régions arctiques et antarctiques", en *Traité du Nouveau Droit de la Mer*, Ed. René-Jean Dupuy - Daniel Vignes, Economica, París, 1985, pp. 466-467. Citado por María Teresa Infante en "Antártica y la jurisdicción marítima de los Estados", *Revista de Derecho Público*, Vol. 77 MT Estudio.

³¹ Así lo vienen haciendo Argentina, Australia y Chile.

"Art. 4.(...)

2. Nada de lo contenido en la presente Convención y ningún acto o actividad que tenga lugar mientras la presente Convención esté en vigor:

(a) *constituirá fundamento para hacer valer, apoyar o negar una reclamación de soberanía territorial en la zona del Tratado Antártico, ni para crear derechos de soberanía en la zona del Tratado Antártico;*

(b) *se interpretará como una renuncia o menoscabo, por cualquier Parte Contratante, ni como perjudicial a ningún derecho o reclamación o fundamento de reclamación para el ejercicio de la jurisdicción de Estado ribereño conforme al derecho internacional en la zona a que se aplica la presente Convención"; (...)*".

Resaltamos la última expresión *en la zona a la que se aplica la presente convención* en tanto se trata de una zona diferente a la delimitada por el paralelo de 60° de Latitud Sur fijada por el TA, la convergencia antártica. Creemos que este espacio es el que abre la posibilidad de que se planteen dificultades en el tema que nos ocupa.

De allí la importancia de la delimitación de los respectivos espacios marítimos y de la plataforma continental argentina ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, que incluye precisamente los espacios marítimos antárticos, más allá de que no se apliquen en plenitud las normas nacionales en esa región. Esta posición vendría a dar por tierra con la ya mencionada afirmación respecto de que la Antártida carecería de espacios marítimos, en tanto sus derechos sobre éstos derivan de su calidad de Estado costero, en base a derechos adquiridos previo a la celebración del TA y conforme a un principio de Derecho Internacional según el cual la tierra domina al mar. Precisamente al respecto, en la XXXI Reunión de Consulta del Tratado Antártico (Kiev 2009) Argentina y Chile pusieron de relieve su posición de que en la Antártida se aplican todos los espacios marítimos en el Derecho del Mar.

Otro punto a destacar es la importancia de la normativa a aplicar a la bioprospección antártica. En efecto, más arriba ya nos hemos referido a algunos de ellos que se integran al sistema antártico, a los que agregamos la CONVEMAR, y tendríamos que citar también la Convención sobre la Diversidad Biológica (1992)³². Esta Convención deja a salvo los derechos y obligaciones asumidos en cualquier acuerdo internacional existente, salvo que éstas causen daños a la diversidad biológica o pudieran ponerla en riesgo. Complementario de lo que acabamos de mencionar son las Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de su utilización (2002)³³, entre otros.

Podemos decir que ya desde el art. 3 del TA encontramos normas atinentes a la investigación científica, como así también en el Protocolo de Madrid en su Anexo I, en el

³² Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29276/norma.htm>

³³ Disponible en: https://www.miteco.gob.es/va/biodiversidad/temas/recursos-geneticos/directrices_bonn_tcm39-156095.pdf

art. 2 de la CCRvMA, en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, cuya Parte XIII, arts. 238 - 263 se refiere a la investigación científica, al desarrollo y a la transmisión de tecnología marina en la parte siguiente.

Una cuestión que no podemos soslayar es la relativa al espacio físico de aplicación de las normas a las que estamos haciendo referencia como dejamos perfilado más arriba.

En efecto, el TA introdujo como ámbito de aplicación el paralelo de 60° de Latitud Sur, al que la CCRvMA agregó la zona de la convergencia antártica que en parte coincide con él pero que en ocasiones lo supera. Sin embargo, conforme a sus objetivos el Anexo IV del Protocolo de Madrid, en su art. 8 amplía de alguna forma esa zona:

*"Efecto sobre **ecosistemas dependientes asociados***

*ARTÍCULO 8.-En la aplicación de las disposiciones de este Anexo se prestará la debida consideración a la necesidad de evitar los efectos perjudiciales en los **ecosistemas dependientes y asociados**, fuera del área del Tratado Antártico".*

Por su parte la Convención para la Conservación de las Focas Antárticas, que también se aplica "al mar al sur de los 60° de Latitud Sur, respecto del cual las Partes Contratantes afirman las disposiciones del artículo 4 del Tratado Antártico...

"Art. 5. (...)

*(7) No obstante las disposiciones del párrafo (1) del Artículo 1, las Partes Contratantes, de conformidad con su derecho interno informarán a cada una de las demás y al SCAR para su consideración estadísticas relativas a las focas antárticas que figuran en la lista del párrafo 2 del Artículo 1 que hayan sido sacrificadas o capturadas por sus nacionales y buques bajo sus respectivas banderas en el **área del hielo flotante en el mar al norte de los 60° de Latitud Sur**".*

Este último caso prácticamente colocaría en el área del hielo flotante en el mar al norte de los 60° de Latitud Sur espacios cuanto menos incluidos en los espacios reclamados por diversos Estados, entre ellos el sector de la República Argentina, y también en la plataforma continental conforme a la presentación efectuada por nuestro país a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental. Por lo demás, la zona de hielos flotantes no constituye una constante alrededor de la Antártida, sino que depende de la mayor o menor dureza de la época invernal o estival en su caso, a lo que podríamos agregar actualmente los efectos del cambio climático sobre las barreras de hielo.

Otro caso que no tendríamos que perder de vista es el relativo a lo establecido en el art. 2 del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, el Protocolo de Madrid, que dice que las partes "*se comprometen a la **protección global del medio ambiente antártico** y los **ecosistemas dependientes y asociados** y, mediante el presente Protocolo, designan a la Antártida como reserva natural, consagrada a la paz y a la ciencia*".

Aparece entonces otro interrogante acerca de qué debemos entender por *protección global del medio ambiente antártico*. En primer lugar, entendemos que el medio ambiente

antártico es aquel que se refiere al área del TA, es decir conforme a lo establecido en el artículo 1 inc. b) del mismo Protocolo:

"... (b) "Área del Tratado Antártico" significa el área a que se aplican las disposiciones del Tratado Antártico de acuerdo con el Artículo VI de ese Tratado";

Y éste dice:

"ARTÍCULO VI. Las disposiciones del presente Tratado se aplicarán a la región situada al sur de los 60° de latitud Sur, incluidas todas las barreras de hielo (...)".

Sin embargo, no sólo hace referencia al medio ambiente antártico sino también a los *ecosistemas dependientes y asociados*, lo que amplía seriamente la zona, no sólo a los ámbitos de la convergencia antártica en el sentido de la Convención de Canberra, sino superándola largamente, atento a que el medio ambiente de gran parte del hemisferio sur depende directa o indirectamente de la Antártida.

En consecuencia, conforme a lo establecido por el artículo 2 del TA, en la Antártida rige la libertad de investigación científica en base al principio de cooperación internacional. Sin embargo, los planteamientos se complican si de esa investigación se busca consagrar una patente de invención que pudiera afectar el espíritu del TA y particularmente las disposiciones del artículo 3 del TA, en particular lo relativo a:

"ARTÍCULO III. 1. Con el fin de promover la cooperación internacional en la investigación científica en la Antártida, prevista en el ARTÍCULO II del presente Tratado, las Partes Contratantes acuerdan proceder, en la medida más amplia posible:

(a) al intercambio de información sobre los proyectos de programas científicos en la Antártida, a fin de permitir el máximo de economía y eficiencia en las operaciones;(...)

(c) al intercambio de observaciones y resultados científicos sobre la Antártida, los cuales estarán disponibles libremente".

Ahora bien, ¿cómo se compatibilizan estas obligaciones con las acordadas en otros regímenes legales? Estamos haciendo referencia a lo establecido p. ej. por el Reglamento del Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del Procedimiento en materia de Patentes³⁴, o el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio³⁵ en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio.

Si partimos de la base de la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales y de la presencia de reclamaciones territoriales sobre determinados sectores antárticos, nos encontraríamos con la necesidad de que quienes ejerzan actividades de bioprospección se ajusten a lo establecido por el TA y cuenten con la autorización de los respectivos Estados territoriales. Esto parecería superado por el tiempo, sin embargo, son cuestiones que, ante la mera posibilidad de que se ejerza este tipo de actividades resurjan con nuevos bríos las

³⁴ Disponible en: <http://www.wipo.int/treaties/es/registration/budapest/>

reclamaciones territoriales, al igual que ocurre con el ejercicio de derechos sobre los respectivos espacios marítimos que dependen de los territorios sobre los que consideran tener derechos adquiridos.

En consecuencia, la zona de aplicación de las normas del STA no es tan precisa ni determinante como aparentaría ser, sino que, teniendo en cuenta los instrumentos jurídicos que venimos mencionando, los límites se van tornando flexibles, particularmente en cuanto a cuestiones ambientales se refiere.

Otro tema que reaparece ante la bioprospección es el que oportunamente dio fundamento a lo establecido por el art. 4 del TA y que fuera transcrito en otros acuerdos del mismo sistema, y donde vuelven a manifestarse las diferencias entre los Estados reclamantes de soberanía, los no reclamantes y los reservantes. Aunque parezca extraño volver a esta cuestión a estas alturas, no es de desechar la posible existencia de diferentes enfoques, teniendo en cuenta el valor del territorio para unos y otros, y sobre todo la existencia de grandes potencias entre los últimos, en los que abundan también los grandes intereses y las grandes empresas que podrían estar interesadas en la bioprospección antártica.

Más allá de las dudas apuntadas, la Resolución 6 de la Reunión de Consulta del TA de 2013³⁶ al menos intenta delimitar la cuestión planteada:

"Los Representantes

(...) que el Sistema del Tratado Antártico es el marco adecuado para la recolección del material biológico en la zona del Tratado Antártico y de considerar su uso;

Recomiendan que los gobiernos informen, según proceda, sobre la prospección biológica llevada a cabo bajo su jurisdicción a fin de facilitar una mejor comprensión y evaluación de este tipo de actividades, y

Animen a sus gobiernos a que examinen formas de mejorar el intercambio de información al respecto y a considerar la posibilidad de adaptar el Sistema de Intercambio de Información Electrónica para este propósito".

Queda precisada entonces la posición del sistema antártico: es el sistema jurídico aplicable a la bioprospección antártica, pero los límites del TA son estrechos, mientras que los límites de la convergencia antártica y sus *ecosistemas dependientes y asociados* son lábiles.

He ahí el gran reto y la necesidad de que se mantenga dentro de las normas establecidas, caso contrario, surgirán nuevas controversias.

³⁵ Disponible en: http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=305906

³⁶ *Los Representantes, (...) Recordando las Resoluciones 7(2005) y 9 (2009) de Prospección Biológica de la Antártica y 9 (2009) sobre la recopilación y uso de material biológico antártico...* Resolución 6 (2013) - RCTA XXXVI - CPA XVI, Bruselas. Disponible en: https://www.ats.aq/devAS/ats_meetings_meeting_measure.aspx?lang=s

IV. Conclusiones

La bioprospección antártica implica una nueva visión de la Antártida.

El sistema antártico está vigente como en sus orígenes y los derechos adquiridos por algunos Estados subsisten como en aquel momento, pero las circunstancias han cambiado.

En el camino el sistema ha producido una red de normas apoyadas en principios jurídicos clásicos y de Derecho Internacional Ambiental, que ha permitido que un grupo de Estados haya creado un esquema que a través de sus libertades se ha impuesto pacíficamente a los demás Estados. Desde la celebración de la Convención de Canberra (1980) quedó planteada la posibilidad de que en un futuro el antártico fuera objeto de explotación económica.

En este momento el paso hacia adelante es la evidencia de que esa explotación está cada vez más cerca, la primera etapa se está abriendo camino a través de la bioprospección: cómo se haga deberá ser siempre a través del sistema antártico, ya que fuera de él sólo podrá ser en las condiciones establecidas por los Estados reclamantes en sus respectivos territorios, y ahí recomenzarían los grandes conflictos.

LA CONSTRUCCIÓN DE LAS POLÍTICAS AMBIENTALES: SU EXPRESIÓN EN LA FORMULACIÓN NORMATIVA PROVINCIAL*

THE CONSTRUCTION OF ENVIRONMENTAL POLICIES: ITS EXPRESSION IN THE PROVINCIAL NORMATIVE FORMULATION

*Marta S. Juliá** y Ma. Eugenia Perez Cubero****

Resumen: El presente trabajo forma parte del desarrollo de una línea de investigación sobre políticas públicas ambientales¹ cuyo objetivo es analizar la construcción de la política pública ambiental en Argentina con énfasis en la formulación normativa de la provincia de San Luis. El artículo realiza un recorrido desde los aspectos teóricos considerados para el análisis de la formulación normativa de la política ambiental de la provincia de San Luis, los principales elementos a tener en cuenta, los mecanismos jurídicos, políticos e institucionales que se han usado para implementarla, la referencia a las normativas nacionales, la sistematización de la formulación normativa en las diferentes gestiones gubernamentales que permite identificar prioridades y modalidades en las políticas formuladas. Todo ello para identificar el desarrollo realizado y alcanzado por la provincia en sus políticas públicas ambientales.

Palabras clave: Construcción de políticas - Política ambiental - Formulación normativa - Régimen provincial - Provincia de San Luis.

* Trabajo recibido el 2 de agosto de 2019 y aprobado para su publicación el 3 de septiembre del mismo año.

** Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales egresada de la Universidad Nacional de Córdoba. Directora del grupo de investigación. Profesora Titular por concurso de Medio Ambiente y Legislación de los Recursos Naturales de la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de San Luis. Directora del Instituto de Derecho Ambiental de la Universidad Católica de Córdoba. (E-mail: dramartajulia@gmail.com).

*** Abogada, Universidad Nacional de Córdoba. Escribana. Magister en Derecho Ambiental y Urbanismo, Universidad de Limoges. Especialista en Derecho Ambiental y Tutela del Patrimonio Cultural, Universidad Nacional del Litoral. Doctoranda en Ciencia Política, Centro de Estudios Avanzados, Universidad Nacional de Córdoba. Becaria Doctoral CONICET. Profesora Adjunta Medio Ambiente y Legislación de los Recursos Naturales en la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de San Luis. (E-mail: eugenia.perezcubero@gmail.com).

¹ Proyecto PROICO 15-1216 de la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de San Luis.

Abstract: This work is part of the development of a research line on environmental public policies whose objective is to analyze the construction of environmental public policy in Argentina with emphasis on the regulatory formulation of the province of San Luis. The article takes a review from the theoretical aspects considered for the analysis of the normative formulation of the environmental policy of the province of San Luis, the main elements to take into account, the legal, political and institutional mechanisms that have been used to implement it, the reference to the national regulations, the systematization of the normative formulation in the different governmental managements that allows to identify priorities and modalities in the formulated policies. All this to identify the development carried out and achieved by the province in its environmental public policies.

Keywords: Construction of policies - Environmental policy - Normative formulation - Provincial regime - Province of San Luis.

Sumario: Introducción. I. Generalidades y alcances del estudio de las políticas públicas. II. Como observar la política ambiental en las provincias en el sistema argentino. III. La política ambiental y la formulación normativa. IV. La expresión en Argentina. V. El análisis en el campo jurídico político ambiental. VI. De qué modo influyen los temas nacionales en la provincia de San Luis. VII. Reflexiones finales. VIII. Bibliografía.

Introducción

El presente artículo forma parte de la línea de investigación sobre políticas públicas ambientales del proyecto PROICO 15-1216 de la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de San Luis. En el proyecto que desarrolla nuestro equipo de investigación nos planteamos como objetivo general analizar la construcción de la política pública ambiental en Argentina en el marco del nuevo orden jurídico ambiental constitucional, haciendo especial énfasis en su expresión en la formulación normativa de la provincia de San Luis, para observar los principales debates y las disputas que se generan en el campo jurídico-político.

Para dar cumplimiento a los distintos objetivos y a poco de profundizar en esta temática se hace necesario contar con referentes teóricos adecuados que nos ayuden a comprender desde diferentes perspectivas las políticas públicas y los ciclos en que se han desarrollado, para desentrañar las diferentes modalidades en que se construye la política, considerando que es un elemento central en nuestro análisis. Ubicaremos los diferentes aspectos teóricos considerados en el trabajo para el estudio de la construcción de la política ambiental y cómo analizarlos en el campo político, jurídico e institucional ambiental en su expresión en la formulación normativa provincial.

En el presente trabajo realizamos una primera aproximación que nos conduce al estudio de las políticas públicas, las formas en que se definen y estudian, las generalidades y los alcances que tienen, para ubicarlos y describir cómo observarlos en el campo ambiental. De este modo apuntamos en un primer aspecto a destacar la formulación normativa de la política ambiental, las particularidades que tiene en su expresión en Argentina y el significado del análisis en la especificidad del campo jurídico político ambiental.

En un segundo aspecto, abordamos cómo observar la política ambiental en las provincias en el sistema argentino, considerando las expresiones diversas que ofrece la realidad ambiental.

En un tercer aspecto, el análisis se va a centrar en el modo que influyen los temas nacionales en la provincia de San Luis para establecer las relaciones observadas en la formulación normativa nacional y provincial, profundizando también en los principales mecanismos jurídicos e institucionales utilizados en la provincia, planteando también el camino delineado por la provincia en la construcción de las políticas ambientales en San Luis, realizando algunas reflexiones finales.

I. Generalidades y alcances del estudio de las políticas públicas

Aproximarse a la problemática en torno al estudio y análisis de las políticas públicas presenta un conjunto de desarrollos teóricos de relevancia que informan y profundizan en el tema. En las afirmaciones que nos sirven de punto de partida para nuestro trabajo, nos llamó la atención encontrarnos con que: "Ninguna disciplina ha aceptado (hasta ahora) que cuenta con todas las respuestas a las preguntas que se plantean en el análisis de las políticas, aunque la ciencia económica y política pueden competir en programas de investigación. En este aspecto ante la existencia de diversos programas se buscan mejores soluciones para anticipar la emergencia de problemas, definirlos, etc."².

Lo interesante es que, además de lo anteriormente mencionado, existen múltiples visiones y perspectivas desde las cuales se estudian las políticas en general, las políticas públicas y sus principales etapas, los aspectos y la conformación de las mismas. Cuando tratamos de seleccionar una perspectiva que nos aproxime al análisis que queremos realizar de las políticas ambientales, es muy difícil elegir una de ellas ya que todas y cada una aporta un aspecto relevante para su estudio.

En la búsqueda de perspectivas de análisis que agreguen nuevas miradas a la profundización en las políticas, en nuestro caso de las ambientales, encontramos análisis interesantes que consideran observar la construcción de la política, que para nuestra línea de trabajo también constituye una estrategia innovadora en el abordaje de los problemas ambientales.

La elección de formas de aproximación a las políticas, de metodologías adecuadas, especialmente en la formulación normativa de las políticas y su proceso de implementación por parte del Estado hasta su expresión en el territorio de las provincias, nos presenta múltiples espacios y actores que intervienen e influyen en la construcción de la política, que es el tema en que nos interesa profundizar.

Al indagar en estudios sobre estrategias vinculadas a la construcción de las políticas, en general, nos encontramos con escasa información y desarrollo teórico, en ese marco

² MERINO, M. - CEJUDO, G. M. "Introducción", en MERINO, M. y CEJUDO, G.M. (Comp.) *Problemas, decisiones y soluciones*, Fondo de Cultura Económica, Centro de Estudios Económicos, México, 2010, p. 12.

aporta a la explicación de tal situación que *"muchas razones, históricas y teóricas, explican el descuido y hasta olvido de la hechura de las políticas. Para limitarnos al ámbito intelectual, la razón principal es la orientación que tomó la ciencia (sociología) política, junto con la administración pública, y que terminó por volverse dominante. En la perspectiva de la ciencia política estándar el proceso de gobierno y, más singularmente, el proceso de decisión y puesta en práctica de las políticas no ocuparon nunca centralidad alguna. [...] Hoy, en contraste, parece que la decisión de las políticas comienza a colocarse en el centro de la teoría política y administrativa"*³. La preocupación actual por comprender la decisión que se toma acerca de las políticas y las respuestas que da la teoría política y administrativa, se expresa en distintas perspectivas de análisis que los autores profundizan en una multiplicidad de problemáticas. Todas y cada una aportan y amplían las visiones en su utilización en los temas ambientales.

Así en la búsqueda de perspectivas teóricas adecuadas al objeto de estudio nos dio un indicio muy importante: la afirmación que *"ninguna de las entradas teóricas disponibles es desdeñable y desde este punto de vista, ninguna es necesariamente contradictoria todas aportan elementos para que el analista de políticas pueda hacer la mejor selección posible de problemas públicos"*⁴.

A partir de ello, uno puede priorizar o seleccionar un punto de partida para el análisis como hicimos con la selección del ciclo de las políticas públicas que constituyen un elemento analítico básico y desde allí iniciar un largo camino teniendo en cuenta que *"En suma, las políticas públicas son, al mismo tiempo, decisiones racionales, elección de valores, estrategias discursivas, entramados legales, productos institucionalizados, razones políticas y un largo etcétera"*⁵. Todas ellas representan perspectivas con su especial producción y teorías propias.

En la tarea de comprensión del ciclo de políticas públicas en materia ambiental, hicimos un recorrido desde 2008 en adelante casi circular, primero avanzamos en la sistematización de la información institucional conceptualizando la institucionalidad ambiental en Argentina y clasificando las modalidades en que se realizaron en las diferentes jurisdicciones⁶ porque entendíamos que las instituciones eran un elemento central en las políticas ambientales y pretendíamos contar con la información de las instituciones ambientales, lo que nos permitió observar los principales aspectos y tendencias en la temática. Luego, nos concentramos en comprender y profundizar en la formulación de las políticas ambientales, en el material normativo en que se han plasmado en cada nivel gubernamental las políticas ambientales⁷.

³ AGUILAR VILLANUEVA L. F. *Problemas públicos y agenda de gobierno*, Colección Antologías de Política Pública, Miguel Ángel Porrúa, México, 1993, pp. 14-19.

⁴ MERINO, M. - CEJUDO, G.M. "Introducción", Ob. Cit., p. 17.

⁵ *Ibidem*, p. 23.

⁶ JULIÁ, M. S. - DEL CAMPO, C. - FOA TORRES, J. G. *La institucionalización Ambiental en Argentina*, Lerner, Córdoba, 2009.

⁷ JULIÁ, M.S. - DEL CAMPO, C. - FOA TORRES, J.G. *Formulación de políticas públicas ambientales. El caso de Aguas, Bosque Nativo y Residuos Peligrosos*, Lerner, Córdoba, 2013.

En este recorrido llegamos a destacar el camino desde la formulación hasta la ejecución de las políticas ambientales en el territorio⁸ y fue un elemento clave para la comprensión de la temática. La principal formulación normativa de la política ambiental se realiza en Argentina a nivel nacional en las leyes de presupuestos mínimos de protección⁹, que están reconocidas a nivel constitucional luego de la reforma constitucional de 1994, donde se han seleccionado temas prioritarios sobre los que se establecieron pisos mínimos para todo el territorio en diferentes gestiones gubernamentales desde 2002 hasta el momento. Llegamos a nuestro punto inicial revisando nuevamente la institucionalidad (actualizada a 2015) y otra vez ello sirvió para repensar el ciclo de las políticas y el proceso desarrollado, para observar cómo se estructuran o construyen las políticas ambientales y quienes intervienen y de qué manera.

En la búsqueda relatada, todo ello nos llevó -a poco de profundizar en el ciclo de las políticas públicas y tratar de desentrañar los principales aspectos a tener en cuenta- a encontramos con una multiplicidad de factores, relaciones de poder e interacciones que es imprescindible entender y observar para poder abordar las políticas ambientales.

Las definiciones y los conceptos involucrados conforman una búsqueda permanente para precisar las temáticas objeto de estudio, así encontramos que: *"Puede definirse la política pública como el sistema de cursos de acción -generalmente administrativos- de los gobiernos y parlamentos enfocados hacia los temas de una agenda pública, definidos por estas entidades como susceptibles de ser regulados, normados o financiados en el marco legal vigente"*¹⁰.

Así distintos autores, en muchos de los análisis de las políticas públicas hacen referencia a qué se entiende o qué comprende su estudio: *"Cuando hablamos, por tanto, de "Política pública", nos estamos refiriendo a "procesos", "decisiones", "resultados" (...), pero sin que ello excluya conflictos entre intereses presentes en cada momento, tensiones entre diferentes definiciones del problema a resolver, entre diferentes racionalidades organizativas y de acción, y entre diferentes baremos y perspectivas evaluadoras. Estamos pues ante un panorama lleno de "poderes" en conflicto, enfrentándose y colaborando ante opciones y cursos de acción específicos"*¹¹.

Todo ello lo hemos percibido claramente en el proceso de elaboración e implementación de las políticas ambientales en la Argentina y el desafío es esclarecer algunos aspectos centrales de esa complejidad, de tal manera que podamos observar en materia ambiental cómo se van conformando y expresando las tensiones, los debates, las disputas y los poderes en conflicto.

⁸ JULIÁ, M.S. "El complejo camino de la formulación a la ejecución de las políticas ambientales en Argentina", *Revista de Derecho Ambiental*, abril-junio, N° 34, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

⁹ JULIÁ, M. S. *et al. Los presupuestos mínimos y el nuevo orden jurídico ambiental en Argentina: Conflictos, debates y disputas en el campo político jurídico (2014 - 2015)*, Advocatus, Córdoba, 2016.

¹⁰ PARKER GUMUCIO, C. "El mundo académico y las políticas públicas frente a la urgencia del desarrollo sustentable en América Latina y el Caribe", *Polis*, en línea, 39 (<http://polisrevuesporg/10469>), 2015, p. 2.

¹¹ LINDBLOM C. E. *El proceso de elaboración de políticas públicas*, Estudios, Madrid, 1991, p. 7.

Las miradas sobre las políticas varían y hay aspectos básicos que es necesario tomar en cuenta para nuestro análisis, así: *"En la construcción teórica, las posiciones varían según la teoría politológica mayor a la que se adhiere o según las conjeturas básicas con las que se explica la ocurrencia de la política"*¹².

Podemos observar cómo al hacer foco en diferentes situaciones o manifestaciones de la política que son objeto de estudio se van a resaltar algunos aspectos por sobre otros que tienen que ver con la importancia que le adjudican cada uno de los actores a las distintas expresiones del problema. En este sentido destacamos que *"las normas, los procedimientos, los programas de acción, los actores que se ven involucrados en una intervención deliberada del Estado para modificar el statu quo, con el propósito de resolver un problema público determinado, las políticas públicas (en sus distintas fases de realización) expresan así la conducta efectivamente realizada por quienes los eligen, las diseñan y las implementan"*¹³.

Las políticas públicas están relacionadas con diferentes variables que cada autor destaca desde las perspectivas que las enfoca y así *"cada política pública está moldeada por las instituciones, el entorno organizacional, el marco legal, las condiciones políticas y económicas y los valores sociales en juego a esta lista se agrega además el discurso"*¹⁴. A todo lo que agregamos que muchas veces los actores que participan en la elección de las políticas son distintos a quienes las diseñan y a quienes las implementan, por lo tanto, hay diferencias en las visiones y en las formas en que implementan las políticas. Además de los actores, las disputas pueden variar y los mecanismos de presión sobre los diferentes sectores y actores que intervienen pueden ser modificados.

II. Como observar la política ambiental en las provincias en el sistema argentino

En el análisis de una política específica no podemos dejar de observar lo que se viene planteando hasta aquí: la formulación y el diseño de las políticas, en qué marcos institucionales y organizativos se desarrollan las mismas, cómo se presenta lo normativo, lo valorativo, la legitimidad, entre otros aspectos que se entrelazan y que son imprescindibles tener en cuenta en el trabajo.

Más aún, si pretendemos indagar en la expresión de políticas ambientales en la formulación normativa provincial, debemos observar no solo el marco jurídico, político e institucional de la Argentina, sino que también debemos abordar el contexto de la provincia, su propio sistema normativo, cómo y con qué jerarquía la dimensión ambiental se ha insertado en su estructura jurídica provincial.

¹² AGUILAR VILLANUEVAL, F. *Problemas públicos y agenda de gobierno*, Colección Antologías de Política Pública, Miguel Ángel Porrúa, México, 1993, p. 21.

¹³ MERINO, M. "La importancia de la ética", en MERINO, M y CEJUDO G. M (Comp.) *Problemas, decisiones y soluciones*, Fondo de Cultura Económica, Centro de Estudios Económicos, México, 2010, p. 33.

¹⁴ CEJUDO, G. M. "Discurso y políticas públicas, enfoque constructivista", en MERINO, M y CEJUDO G. M (Comp.) *Problemas, decisiones y soluciones*, Fondo de Cultura Económica, Centro de Estudios Económicos, México, 2010, p. 93.

En un país como la Argentina con la extensión territorial que la caracteriza, sabemos que las prioridades ambientales varían según la jurisdicción de que se trate, por lo tanto no todo lo ambiental merece uniformidad legislativa, con la salvedad de los mencionados pisos mínimos ambientales, dado que restaría agilidad y singularidad a las decisiones administrativas frente a problemáticas locales que exigen rápida y adecuada solución por las autoridades más inmediatas que son primero los municipios y luego las provincias.

Es por ello que nuestro sistema jurídico constitucional delega a la órbita federal solo lo que implica presupuesto mínimo de protección ambiental, y en todo lo demás las provincias conservan la potestad de completar, extender y ampliar el resguardo ambiental, porque aunque existan necesidades y problemas comunes en todo el país y los conflictos ambientales en gran medida sean de carácter interjurisdiccional, cada región requiere protección y soluciones específicas y propias, con características locales de acuerdo a sus condiciones geográficas, y por ello la responsabilidad de las provincias es primaria y fundamental a la hora de construir la política ambiental.

En las provincias vamos a tener en cuenta el ciclo de las políticas, iniciando la observación en la formulación de las políticas ambientales, los procesos desarrollados, las temáticas prioritarias y su relación con las políticas nacionales, para ello vamos a considerar la relación nación-provincia, los impactos en las instituciones y en las normas.

III. La política ambiental y la formulación normativa

Para pensar desde lo ambiental o lo ecológico las referencias que realizan algunos autores y cómo destacan diferentes aspectos, a modo de ejemplo, hemos referenciado lo siguiente.

En primer lugar, la visión de cómo debe ser la política ambiental. Durán plantea que *"para tratar de solucionar de forma eficaz los problemas ambientales los responsables de elaborar las políticas ambientales deben proyectar políticas que actúen tanto sobre las presiones como sobre las fuerzas motrices que subyacen dichos problemas"*¹⁵.

En consideración del mismo autor, el fundamento político de la sustentabilidad se encuentra estrechamente vinculado a los procesos de democratización y construcción de ciudadanía. A nivel micro democratizar a la sociedad y a nivel macro la democratización del Estado, para lograr la democratización a través del control ciudadano del Estado y la incorporación del concepto de responsabilidad política en la actividad pública¹⁶. *Los conceptos de gobernabilidad e institucionalidad son fundamentales para la construcción de políticas ambientales sustentables*¹⁷.

En segundo lugar, la visión de Giménez considera que *"La política ambiental, su acción institucional, muestra el interés operativo de programas concretos adecuados a los*

¹⁵ DURÁN, D. *Proyectos ambientales y sustentabilidad*, Lugar Editorial, Buenos Aires, 2013, p. 17.

¹⁶ *Ibidem*, p. 53.

¹⁷ *Ibidem*, p. 68.

*complejos problemas de la ecología y necesita de la adopción de instrumentos jurídicos, tanto en el plano internacional como en el nacional por ello el derecho es el instrumento privilegiado de la política ambiental"*¹⁸.

Otra situación se produce *"cuando las políticas públicas asumen el desafío ambiental deben asumir la complejidad de los escenarios y la multiplicidad de actores involucrados. Se ha llamado gobernanza ambiental a la capacidad de articulación de acuerdos en el marco de procesos de negociación de políticas y opciones de desarrollo entre todos los actores involucrados en el tema ambiental y ya no sólo al Estado y sus organismos"*¹⁹.

El derecho como instrumento que forma parte de la política y permite su construcción es destacado, considerando que *"necesitamos pasar de una forma de entender el derecho que la monopoliza a una que la estructura a partir de una combinación de varias formas de conocimiento jurídico y que, por consiguiente, lo acerca a la sociedad civil y a su vez lo politiza. La idea no es politizar algo que no lo es, sino demostrar que siempre lo fue y que la ideología hegemónica actual no hizo más que ocultar esa realidad"*²⁰.

Entender el proceso de formulación de las políticas ambientales permite indagar acerca de las estrategias utilizadas por los actores para lograr sus objetivos, qué acciones, procedimientos o técnicas jurídicas utilizan y qué demandan. El derecho cumple múltiples funciones que se expresan y son empleadas por diferentes sectores. El uso de acciones directas conforma un camino que produce o pretende realizar efectos inmediatos en la realidad. Por lo que las elecciones de acciones, vías y trámites a seguir configuran las elecciones que los actores realizan para el logro de objetivos que se proponen para defender sus derechos.

Las políticas ambientales se montan en los espacios institucionales existentes y cabalgan en los procesos normativos donde normas viejas y nuevas compiten en el alcance sobre las situaciones jurídicas ambientales. La trascendencia de los mecanismos jurídicos, institucionales y administrativos se manifiestan en como ingresan las políticas y como se acomodan en el sistema para implementarse.

Por todo ello, el proceso de construcción tiene en los mecanismos jurídicos, institucionales y administrativos particularidades, ya que allí van a aparecer presiones, tensiones y debates que impactan en la política, que trataremos más adelante.

IV. La expresión en Argentina

La temática ambiental se ha desarrollado en Argentina, desde hace varias décadas, con distintas expresiones que es necesario profundizar y analizar, de manera que reconstruyamos

¹⁸ GIMÉNEZ T.V. *Justicia Ecológica en la Era del Antropoceno*, Trotta, Madrid, 2016, p. 28.

¹⁹ PARKER GUMUCIO, C. "El mundo académico y las políticas públicas frente a la urgencia del desarrollo sustentable en América Latina y el Caribe", Ob. Cit., p. 4.

²⁰ SANHUEZA CUBILLOS, C. "Notas para un territorio", en RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (Coord.) *Extractivismo versus derechos humanos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016, p. 9.

analíticamente el ciclo de las políticas públicas ambientales, observando cómo se han formulado e implementado, las modalidades que se adoptaron, el diseño normativo, institucional y los mecanismos jurídicos administrativos que se han seleccionado para aplicarlas en el sistema.

Las políticas ambientales empiezan a surgir en los Estados, por una parte, ante la inserción de la dimensión ambiental en su estructura y por otra, en el diseño y planificación de la gestión ambiental por parte de las instituciones ambientales gubernamentales²¹. Los autores analizan la gestión ambiental gubernamental como un aspecto en que se expresa la problemática y se atiende desde el sector estatal.

En lo que respecta las apreciaciones sobre el campo ambiental coincidimos en que *"Aunque el campo de la política ambiental en Argentina es todavía un ámbito en construcción, no podría decirse que la multiplicación de los conflictos ambientales siga una dinámica al margen de las instituciones"*. A lo que agrega que *"en las últimas décadas el campo de las políticas ambientales ha sido un ámbito subsidiario en el conjunto de las políticas públicas"*²².

La autora se plantea que *"si hemos dicho que no han sido las reformas propias del campo institucional las que han desencadenado este proceso progresivo de protagonismo político de las demandas ambientales, entonces, ¿cuáles son los principales acontecimientos que permiten explicar este giro hacia la emergencia de la cuestión ambiental como asunto público?"*²³.

La ciencia política, como hemos abordado en los puntos precedentes, en estas problemáticas plantea su instrumental de análisis y las consideraciones a tener en cuenta para un abordaje de las políticas que nos interesa aplicar en las políticas ambientales.

La expresión en Argentina se puede observar internamente en las características que tiene nuestro sistema político, jurídico e institucional con sus particularidades tal como se destaca en la siguiente referencia: *"La República Argentina posee un sistema político institucional federal en el que conviven tres órdenes de gobierno: el nacional, el provincial y el municipal. El sub-nacional se compone de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 23 provincias y alrededor de 2.171 municipios"*²⁴.

Las competencias concurrentes en materia ambiental producen la complejidad en la definición de los límites entre un nivel y otro, en los distintos sectores que participan de las políticas y zonas o áreas de actuación común en el territorio que trae sus dificultades. En este aspecto se afirma: *"En efecto, el diseño de la política ambiental generalmente se*

²¹ KOOLEN, R. "La organización institucional del estado en relación a la incorporación de la dimensión ambiental en la planificación del desarrollo", en *La dimensión ambiental en la planificación del desarrollo*. Grupo Editor Latinoamericano, CEPAL/ILPES/ PNUMA, Buenos Aires, 1986, p. 47-88.

²² MERLINSKY, G. *Cartografía del conflicto ambiental en Argentina*, CICCUS, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013, p. 19.

²³ MERLINSKY, G. Ob. Cit., p. 22.

²⁴ HERNÁNDEZ TRILLO, F. *Federalismo ambiental en América Latina: Una revisión*, CEPAL, Santiago de Chile, 2015, p. 27.

*realiza en un contexto donde los distintos niveles de gobierno intervienen, lo que implica determinar cuál es el rol de cada orden de gobierno en el diseño e implementación de una política para el medio ambiente"*²⁵.

La política ambiental se la puede ubicar, mencionada entre sus áreas claves (medioambiente) entre las políticas públicas que *"conforman un campo que suele definirse por áreas o sectores de las políticas públicas. Es en gran medida, dentro de esa modalidad que tiene lugar la interacción interdisciplinaria e interinstitucional"*²⁶.

Para analizar la política ambiental nacional se debe partir de las modalidades en que la temática ambiental ingresa al escenario político nacional, cómo se acomoda en el sistema jurídico, político e institucional, observando el ciclo particular que ha desarrollado.

V. El análisis en el campo jurídico político ambiental

La definición de la política ambiental en tanto concepto que integra la formulación de políticas públicas nos lleva a profundizar en la interpretación que realizan los autores que trabajan con estos conceptos y la visión de la política ambiental que utilizan.

Para Acuña *"los objetivos ambientales y los objetivos de política ambiental implícitos en la norma están, también, orientados a mejorar las condiciones de vida de los habitantes de un territorio-país determinado, lo que es un objetivo central de la administración del Estado"*²⁷.

Para Rodríguez-Becerra *"Las políticas son el conjunto de objetivos, principios, criterios y orientaciones generales para la protección del medio ambiente de una sociedad particular"*²⁸.

La problemática ambiental en la Argentina tiene un bajo nivel de politización. *"Los partidos y coaliciones políticas de mayor relevancia electoral a nivel nacional no tienen posicionamientos programáticos claros y expresos sobre la agenda ambiental que permitan diferenciar sustancialmente una coalición de otra"*²⁹.

La política ambiental en Argentina se ha construido en el tiempo con diferentes modalidades, continuidad y prioridades. Hemos destacado que conjuntamente con la formulación de la política y su implementación se observan las instituciones encargadas de desarrollarlas.

²⁵ HERNÁNDEZ TRILLO, Ob. Cit., p.18.

²⁶ PARSONS, W. *Políticas Públicas: una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, FLACSO, México, 2007, p. 65.

²⁷ ACUÑA G. *La importancia de la aplicación y el cumplimiento de la legislación ambiental como política pública*, CEPAL, Chile, 2008.

²⁸ RODRÍGUEZ BECERRA, M. *et al. Gestión ambiental en América Latina y el Caribe: Evolución, tendencias y principales prácticas*, BID, Washington, EE.UU., 2002, p. 81.

²⁹ RYAN D. "Política y ambiente en la Argentina: ¿Un caso de baja politización? Análisis de la aprobación de las leyes de bosques nativos y protección de glaciares", *Revista Estado y Políticas Públicas*, N° 3, pp. 22-32, 2014.

Si analizamos los momentos de institucionalización de la política desde 1973, con la interrupción en el proceso militar, para reiniciarse en la recuperación de la democracia, marcando períodos de jerarquización, de descenso y nueva jerarquización hasta el momento actual. No existió un correlato o una relación directa entre la formulación normativa y la institucionalidad solo de manera esporádica, a veces casual y hasta contradictorios en determinados momentos.

Las formulaciones normativas realizadas con anterioridad a la reforma constitucional se caracterizan por una normativa de tipo sectorial, recursista, difusa y con una mirada limitada de la temática ambiental en términos de recursos naturales.

La reforma constitucional de 1994 viene a incluir lo ambiental en el sistema jurídico, político e institucional en Argentina con una formulación en la máxima norma del derecho-deber a un ambiente sano, aparece una conceptualización trascendente del ambiente en el marco del desarrollo sustentable y la equidad intergeneracional, explicita la responsabilidad frente al daño, plasma un mandato explícito hacia todas las autoridades en sus funciones (ejecutiva, legislativa y judicial), y asigna una nueva distribución de competencias que plantea políticas normativas concretas para el funcionamiento del sistema.

Las políticas ambientales formuladas legislativamente en normas, encuentran en el poder ejecutivo y el poder judicial un entramado en el propio sistema donde se interpreta y se aplica lo formulado constitucionalmente y en las leyes de presupuestos mínimos.

Todo ello conforma un proceso objeto de análisis permanente, ya que en el sistema se producen debates y tensiones en los límites de las funciones y cuando las autoridades detentan el mandato (ej. caso Mendoza, la Corte Suprema considera su intervención en el problema). En el caso del poder legislativo va a demorar 8 años en formular normativamente los presupuestos mínimos ambientales. Los autores van a desentrañar su importancia y desarrollo en el sistema de las normas dictadas; el impacto que producen, las temáticas incorporadas, los debates, las interpretaciones.

La reforma del Código Civil y Comercial también tiene un importante impacto en el sistema jurídico y la visión ambiental de los juristas, qué dicen los actores, qué instalan, qué debaten, pone en valor aspectos ambientales que antes no se habían considerado.

La justicia en particular en su expresión máxima, con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia: podemos observar los temas ambientales que llegan a la Corte, el objeto de análisis y las respuestas, incluso preventivas y precautorias, que se otorgan en las principales sentencias que se han dictado a través del tiempo.

Las políticas se diseñan con ciertas características y existen herramientas específicas, a través de las cuales se puede desarrollar la política ambiental. Entre los instrumentos, a través de los cuales se llevan adelante, se distinguen tres grandes mecanismos:

- Por un lado, se destacan los *mecanismos jurídicos* (normas jurídicas en sentido amplio) que, como recurso estatal exclusivo, están destinados a establecer específicos sistemas de gestión ambiental según cada temática, a fijar prohibiciones y sanciones, a objetivar marcos normativos ambientales generales (leyes generales de ambiente), a crear instrumentos de gestión, registros de datos, etcétera.

- Por otro parte, se encuentran los *mecanismos institucionales*, donde encontramos: modelos institucionales jerárquico-organizacionales elegidos como autoridad de aplicación de la política formulada o a formular, e infraestructura humana y material sobre la que descansa la implementación, de acuerdo a los recursos financieros asignados.
- Por último, podemos complementar a estos mecanismos, los *mecanismos de mercado o instrumentos económicos*, son aquellos que buscan "corregir" los precios de bienes y servicios para que incorporen el costo social y ambiental, además del privado, incurrido en su producción o consumo.



Figura I (elaboración propia)

V.1. Los mecanismos jurídicos y administrativos ambientales



Figura II (elaboración propia)

El camino en el que se estructuran las políticas ambientales responde tanto a presiones externas e internas, como a la percepción social de los problemas y en cómo aquellos se insertan en la agenda pública, en cada espacio en el que se configuran las políticas es necesario profundizar e indagar qué situaciones están siendo reguladas y cómo se pretende llegar a su implementación en el territorio. Es importante entender aquí que, en la formulación de políticas, el Estado no monopoliza la política ambiental, sino que aparecen otros actores que juegan un papel importante en determinar la agenda ambiental.

VI. De qué modo influyen los temas nacionales en la provincia de San Luis

Todos los temas específicos que se han incorporado a nivel nacional, mediante los presupuestos mínimos, influyen e impactan en las políticas de las provincias, dado que se trata de normas de aplicación obligatoria en las jurisdicciones provinciales y que, además, tienen una competencia concurrente con la posibilidad de dictar sus propias normas complementarias delineando así la política ambiental, dado que son las dueñas originarias de los recursos naturales.

Podemos observar cómo a partir del año 2003 en adelante comienza a expresarse en la realidad normativa de la provincia de San Luis la formulación de políticas ambientales de acuerdo a los temas de la agenda que se han establecido por un lado en las leyes especiales y por otro en las leyes de presupuestos mínimos.

Así, por un lado, la provincia adhiere a algunas leyes especiales nacionales como las leyes de fomento forestal, de protección y conservación de suelos, de fauna, de preservación

del aire, de residuos peligrosos, y de fomento para el uso de fuentes renovables de energía destinadas a la producción de energía eléctrica. Esto implica una decisión política de tomar las regulaciones nacionales para aplicarlas en su territorio provincial, lo cual en muchos casos trae inconvenientes de adaptación e implementación en los procesos jurídicos administrativos.

Por otro lado, la provincia construye su política ambiental en materia de gestión de las áreas reguladas por los pisos mínimos de las leyes de presupuestos de protección ambiental. En este orden se encuentran las leyes sobre agua, que contemplan los comités de cuencas como unidades de gestión del recurso; el ordenamiento ambiental de los bosques nativos cumpliendo de este modo con una de las exigencias que impuso la ley 26.631; el procedimiento de evaluación de impacto ambiental; la gestión de los residuos sólidos urbanos; y el acceso a la información pública ambiental. A continuación, podemos observar en el gráfico las temáticas señaladas *supra* identificando la gestión de gobierno en la cual se sanciona la norma.

TEMÁTICAS	AÑOS	GESTIONES DE GOBIERNO
Ley N° VI-0159-2004. Código de Aguas de la Provincia de San Luis	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° 0172-2004 Adhesión al Acta Constitutiva del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA). Ratifica el Pacto federal Ambiental	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0328/2004. Incendios Rurales y Forestales. Plan Provincial de Lucha contra Incendios.	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0697-2009 de Ordenamiento Ambiental de bosques nativos de la Provincia	2007-2011	Alberto Rodríguez Saá
Ley IX-0749-2010 Tratado de Paz entre Progreso y Medio Ambiente. Estrategia 2010-2020	2007-2011	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0841-2013 Plan Maestro del Agua 2012-2025	2011-2015	Claudio Poggi
Ley N° IX-0873-2013 de gestión integral de residuos sólidos urbanos	2011-2015	Claudio Poggi
Ley N° IX-0876-2013 Evaluación de Impacto Ambiental (EIA)	2011-2015	Claudio Poggi
Ley N° V-0924-2015 Régimen de Acceso a la Información Pública en la Provincia de San Luis	2011-2015	Claudio Poggi

Una particularidad de la provincia de San Luis es su organización legislativa que se realiza en el año 2003, cuando mediante ley N° 5382 se dispone una revisión de la totalidad de la legislación vigente en la provincia, lo que implica una revisión de lo existente y

mantener la vigencia de las normativas en uso. El artículo 5 preveía que todas las normas que sean ratificadas, más aquellas que sean sancionadas durante ese mismo período, debían reordenarse en su numeración y ser reagrupadas temáticamente en un Digesto.

Como consecuencia de este reordenamiento normativo se ubicó bajo el número arábigo IX el título de "Recursos Naturales, Ecología y Medio Ambiente". A diferencia del número II que se titula "Educación, Cultura, Ciencia y Técnica" donde se ubicada lo relativo a patrimonio cultural. La creación del digesto normativo es un signo del orden y la sistematización del marco normativo vigente en la provincia, donde en la temática ambiental permite identificar lo nuevo y lo viejo que configura el entramado de la regulación en la materia.

La formulación normativa está íntimamente relacionada con las gestiones de gobierno, los temas que constituyen agenda gubernamental y los tiempos en que se sancionan las normas y su implementación.

1- Gestión 2003-2007

En la gestión provincial 2003-2007 podemos observar dos temas centrales que son el código de aguas y la ley que adhiere al acta constitutiva del COFEMA.

El código de aguas ley N° VI-0159-2004 (5546 *R) texto ordenado ley XVIII-0712-2010 - ley VIII-0671-2009 en las disposiciones generales establece que: "*Este Código y su reglamentación constituyen el régimen jurídico que regirá en la Provincia de San Luis, el aprovechamiento, mejoramiento, conservación e incremento, del recurso hídrico y sus cauces, las obras hidráulicas, las limitaciones al dominio privado en interés público de su uso, la defensa contra sus efectos nocivos*" (Artículo 5).

Sus objetivos están claramente definidos en el artículo 4, donde hemos destacado algunos conceptos novedosos incorporando instrumentos de política y gestión que reflejan una visión ambiental, para lo cual hemos destacado los aspectos más importantes.

"Son objetivos de la presente Ley:

- a) Regular técnica y jurídicamente la obtención e inventario de las aguas y preservar y promover el uso y aprovechamiento efectivo y beneficioso, múltiple y sostenible de las aguas en el territorio Provincial y su distribución equitativa.*
- b) Promover la participación y gestión integral de las aguas en todos sus ciclos, como bien económico, social, ecológico, procurando la unidad de la cuenca hidrográfica y evitando la escasez o el exceso.*
- c) Mantener un sistema informativo Provincial sobre las aguas con el objeto de procesar el flujo permanente y actualizado.*
- d) Desarrollar mecanismos tendientes a educar y concientizar a la población sobre el valor de las aguas y la necesidad de utilización racional y equitativa, evitando el desaprovechamiento de la misma.*

- e) *Mantener un adecuado nivel de cantidad y calidad de aguas evitando toda actividad que sea causal de contaminación y degradación.*
- f) *Procurar la reutilización, reciclaje y recirculación de las aguas mediante un adecuado manejo y conservación.*
- g) *Impedir la acumulación de compuestos tóxicos y degradantes en el suelo y subsuelo, capaces de contaminar las aguas.*
- h) *Velar por la conservación de los ecosistemas acuáticos.*
- i) *Promover la participación del sector privado, creando condiciones adecuadas para la compatibilización del uso de un bien del dominio público con los intereses sectoriales de la producción garantizando y asegurando derechos a los concesionarios para que éstos puedan producir con seguridad jurídica y según el título de la concesión" (Artículo 4).*

Si bien no pretendemos profundizar en el análisis del código de aguas, el objetivo es destacar la visión a partir de la cual se regula y los aspectos ambientales incorporados. Entre los más destacables, la sostenibilidad se incluye como concepto imprescindible asociado al agua, la participación ciudadana y la gestión integral en todos los ciclos del agua, la unidad de cuenca, muchos de los principios que han sido aprobados con posterioridad en el Consejo Hídrico Federal.

También destaca la educación y concientización de la población en el valor del agua, uso racional y equitativo. La reutilización, reciclaje y recirculación que son conceptos modernos en la regulación del recurso.

Por otra parte, la aprobación del pacto federal ambiental a través de la adhesión al Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA) muestra la vocación de la provincia de participar en las discusiones y consensos de las políticas ambientales nacionales para su aplicación en la provincia de San Luis.

2- Gestión 2007-2011

En el período de gestión considerado se sancionan dos leyes vinculadas a las políticas nacionales: la ley Nº IX-0697-2009 de Ordenamiento Ambiental de Bosques Nativos de la Provincia y la ley IX-0749-2010 Tratado de Paz entre Progreso y Medio Ambiente. Estrategia 2010-2020.

En materia de bosque nativo la ley lo define de acuerdo a lo regulado en la ley Nº 26331 de presupuestos mínimos de bosque nativo. En su título II realiza la categorización de los bosques:

- *Categoría I. La Categoría I (rojo) está conformada por los Bosques Nativos que se encuentran dentro de las áreas rojas del mapa Anexo I de la presente Ley. Dichos bosques se consideran de muy alto valor de conservación y que no deben transformarse, entre los que se encuentran: los suelos con pendientes mayores del VEINTICINCO POR CIENTO (25%), lugares poco productivos pero con gran necesidad de mantener la fijación de los suelos a través del bosque; las áreas naturales*

protegidas dentro del territorio provincial; los ríos y arroyos y sus márgenes hasta un ancho de CIEN (100) metros a cada lado a contar desde sus riberas; la margen Este del Río Desaguadero, por ser un humedal y sitio RAMSAR; los bosques que forman parte de las cuencas hídricas. Podrán incorporarse a esta Categoría aquellas áreas de interés especial por su valor biológico, turístico, cultural u otros que deban ser conservadas.

- *Categoría II. La Categoría II (amarillo) está conformada por los Bosques Nativos que se encuentran dentro de las áreas designadas con color amarillo dentro del mapa Anexo I de la presente Ley. Dichos bosques se consideran sectores de mediano valor de conservación que, dependiendo de sus condiciones naturales, podrán ser sometidos a los siguientes usos: aprovechamiento sostenible, turismo, recolección e investigación científica. Quedan comprendidos en esta Categoría las zonas de bosque que no tienen posibilidad de riego, ya sea superficial como subterránea; las zonas de comunicación de corredores biológicos; las zonas de pequeños productores que se dediquen a actividades agrícolas, avícolas, ganaderas, forestales, de caza, pesca o recolección, utilicen mano de obra familiar y obtengan la mayor parte de sus ingresos de dicho aprovechamiento.*
- *Categoría III. La Categoría III (verde) estará conformada por Bosques Nativos que se encuentran dentro de las áreas verdes designadas en mapa Anexo I de la presente Ley. Dichos bosques se consideran sectores de bajo valor de conservación, encontrándose incluidas las zonas con alta productividad agropecuaria, los que podrán transformarse parcialmente o en su totalidad, conforme los criterios y pautas de la presente Ley y de su reglamentación.*

En las actividades de desmonte en estas áreas se deberán prever cortinas rompevientos, isletas, bosquecillos, entre otras protecciones, las que sumadas en su superficie no deberán ser inferiores a un diez por ciento (10%) de la superficie afectada al desmonte.

Según el Informe del Estado del Ambiente presentado en 2016 de acuerdo a la obligación nacional establecida en el artículo 18 de la LGA, la Provincia de San Luis se compone de dos regiones: la región parque chaqueño y la región espinal.

De acuerdo al relevamiento de la Dirección de Bosques de Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación de enero de 2018 (hoy Secretaría) sobre el cumplimiento de los OTBN en las provincias, se estipula que San Luis tiene en un total de 3.152.630 hectáreas, el 17% en categoría rojo (526.962 ha), el 60% en categoría amarillo (1.887.363 ha) y el 23 % comprendido en la categoría verde (738.305 ha).

Como dato a destacar es relevante que, a partir de enero de 2018, el Gobierno de la Provincia mediante el área ambiental trabaja en la actualización del ordenamiento ambiental y territorial de los bosques nativos a efectos de categorizar las zonas que presentan vegetación autóctona y como modo de categorizar zonas que habían quedado sin ser registradas bajo ninguna categoría y que quedaban como zonas grises.

3- Gestión 2011-2015

En el período de la Gestión 2011-2015 se sancionan cuatro normas con temas vinculados a los presupuestos mínimos de protección nacional. Entre ellos: el plan maestro del agua, la ley de gestión integral de residuos sólidos urbanos, la evaluación de impacto ambiental, y la ley de acceso a la información pública de la provincia.

En materia de agua y como complemento de la regulación en materia hídrica, se sanciona el plan maestro del agua 2012-2025 (ley N° IX-0841-2013) que declara "*a la administración, la protección, uso y cuidado del agua como Política de Estado prioritaria y estratégica para el progreso e inclusión económico social, en armonía con el desarrollo (Artículo 2)*", crea la Comisión Interministerial que deberá aplicar y ejecutar dicho Plan de gestión.

En materia de Residuos Sólidos Urbanos (RSU) la provincia implementa la ley N° 25916 de Presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión integral de residuos domiciliarios, mediante ley N° IX-0873-2013 que expresamente en su artículo 1 declara ser ley complementaria de aquella. En el artículo 9 reconoce la responsabilidad de los Municipios de la Provincia en materia de la Gestión Integral de los Residuos Sólidos Urbanos y, a su vez, les impone la obligación de "*presentar para su aprobación ante la Autoridad de Aplicación un Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos (GIRSU) aprobado por una norma municipal, dirigido a evitar la contaminación ambiental que contenga pautas mínimas para cada etapa; y establecer prácticas para prevenir el arrojado de residuos en basurales a cielo abierto e impedir el establecimiento de nuevos basurales en sus respectivas jurisdicciones. Dicho Plan será auditado por la máxima Autoridad de Aplicación en pos de su correcta ejecución*" (Artículo 12), para caso de incumplimiento establece sanciones administrativas en la misma norma que no impiden la aplicación de sanciones civiles o penales que pudieren corresponder.

En lo que se refiere a la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), que es un instrumento de gestión ambiental contemplado en la LGA, la provincia complementa la normativa con la ley N° IX-0876-2013 sobre Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) y su decreto Reglamentario N° 7755/2014 de fecha 15 de octubre de 2014, que deroga al anterior régimen aplicable del decreto N° 4504-MMA-2011. En el artículo 18 se enuncia la participación pública: "*La Autoridad Ambiental Provincial o Municipal deberá institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente. La audiencia pública deberá ser consensuada con la Autoridad Ambiental correspondiente, siendo los costos que demanden los procedimientos sufragados por los proponentes de tales actividades. La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para la autoridad convocante; pero en caso de que ésta presente opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública, deberá fundamentarla y hacerla pública*". En el decreto Reglamentario N° 755/2014 se regula minuciosamente el procedimiento de la Participación Pública en el artículo 18.

En cuanto a la temática de acceso a la información ambiental que se encuentra regulada también en la LGA en tanto objetivo de la ley, como instrumento de política y gestión ambiental y como derecho ciudadano, por su parte San Luis ha dictado en 2015 la ley N° V-

0924 que contempla el Régimen de Acceso a la Información Pública en San Luis haciendo alusión expresamente a que es complementaria de la ley de presupuestos mínimos de información ambiental.

4- Gestión 2015-2019

En la gestión 2015-2019 aparecen dos leyes de relevancia relacionadas a la urgencia de la temática ambiental: La ley N° IX- 0939-2016 de Emergencia Publica en Materia Ambiental en el Ámbito de la Cuenca el Morro y su Área de Influencia; y la ley N° IX- 0957-2016 que regula el Sistema de Prevención, Erradicación y Lucha Contra factores de Riesgo Sanitarios y Medioambientales. Puede observarse que estas leyes no han sido colocadas en la tabla dado que no tienen una vinculación directa con las leyes de presupuestos mínimos, sino que más bien se trata de respuestas jurídicas que se han propuesto frente a la problemática del ascenso de las napas freáticas que han generado una serie de conflictos ambientales y sociales en el territorio.

VI.1. Principales mecanismos utilizados en la provincia de San Luis

En la construcción de su política ambiental, la provincia avanza con diferentes modalidades, a través del formato de la sanción de normas jurídicas, mediante la creación de instituciones especializadas o abocadas a la temática, y también con la implementación de instrumentos económicos en general. En cuanto a los mecanismos utilizados por la provincia de San Luis observaremos las tres categorías señaladas previamente: los instrumentos jurídicos, institucionales y económicos.

Con respecto a los *mecanismos jurídicos*, por un lado, y como hemos podido observar, las leyes provinciales han receptado algunos de los presupuestos mínimos nacionales en su ordenamiento, por otro lado, y como estrategia normativa, se ha utilizado el reordenamiento de toda la legislación vigente en la provincia (año 2003) para dar lugar en 2004 a la reagrupación temática en el Digesto Jurídico ubicando bajo el título de "Recursos Naturales, Ecología y Medio Ambiente" todo lo relacionado. Otra medida específica en el área ambiental consiste en el Digesto Ambiental de la Provincia que se aprueba en el año 2013, proyecto que reúne en dos tomos, organizados y sistematizados de acuerdo a subtemas, toda la legislación relacionada a la temática en cuestión.

La particularidad de la provincia de San Luis se manifiesta en dos aspectos centrales: por un lado, la sistematización de sus marcos normativos vigentes con el uso del reordenamiento y el digesto, una medida política sobre el marco normativo de la provincia que aparece como una forma de organización. El otro mecanismo es utilizar las leyes provinciales como forma del establecimiento de los presupuestos mínimos nacionales.

En cuanto a los instrumentos jurídicos de gestión ambiental y en especial en lo relativo a la participación ciudadana, ya sea en el proceso participativo del ordenamiento ambiental de los bosques nativos, o bien en los procesos de audiencias o consultas públicas en el proceso de las EIA, se hacen visibles las organizaciones de la sociedad civil, sean fundaciones, asociaciones, incluso asambleas de vecinos auto-convocados reclamando su

derecho a ser consultadas y a opinar en los procedimientos administrativos que tengan relación con la preservación y protección del medio ambiente.

En relación a los *mecanismos institucionales*³⁰ podemos observar que la provincia ha realizado un cambio de estrategia dado que en 2006 se creó el Ministerio de Medio Ambiente, señalando que su dependencia funcional era de cercanía directa al Poder Ejecutivo Provincial, razón por la cual lo identificamos con la letra A denominado netamente ambiental de mayor jerarquía por la posición y el rango que ocupaba la temática en la construcción de la política provincial³¹. Posteriormente, mediante ley N° V-0938-2015 de Ministerios de la Provincia de San Luis se cambia la institucionalidad ambiental y se crea el Ministerio de Ambiente, Campo y Producción con objeto compartido entre tres grandes áreas de gobierno, si bien no baja en jerarquía se unifica con otras áreas y aparece el objetivo de promover y asegurar el avance hacia el desarrollo sostenible, identificando las fortalezas y potencialidades naturales y ambientales del territorio provincial, así como sus debilidades y problemas. La citada ley N° V-0938-2015 es derogada por L. N° V-1004-2018. En la misma se efectúa un cambio sustancial en la institucionalidad y por lo tanto en la jerarquía. La temática ambiental pasa a una Secretaría dependiente de Gobernación, la Secretaría de Estado de Medio Ambiente, mientras que se crea el Ministerio de Producción.

Por último, en lo que refiere a los *mecanismos económicos*, en concordancia con el gobierno nacional (ley nacional N° 24295 a partir de la cual Argentina integra la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático; y ley N° 25438 de ratificación del Protocolo de Kioto donde asume la responsabilidad de reducir los Gases de Efecto invernadero -GEI-, entre otras acciones y compromisos asumidos), la provincia de San Luis adhirió al "Programa del Protocolo de Kioto" con el fin de instrumentar políticas que contribuyan a la captura de los GEI mediante el decreto N° 6314-MLyRI-2005, que propone supervisar y monitorear los proyectos de Mecanismos de Desarrollo Limpio (MDL). A su vez el decreto N° 6442-MMA-2006 crea el Programa Protocolo de Kioto dentro de la institucionalidad del Ministerio de Ambiente con organismos propios para la instrumentación.

Al final del camino, como en el resto de las situaciones que afectan a la vida social, *"el Derecho aparece como el principal medio de acción a disposición de los gobernantes para traducir las decisiones políticas en reglas aplicables en un ámbito determinado"*³². En distintos foros internacionales, lo que *"actualmente define la lucha tanto local como global, es construir no solamente la agenda política ambiental sino -y esto es lo más importante- conceptualizar lo ambiental como componente de lo político. Sin embargo, no siempre está claro que las cuestiones ambientales significativas sean estratégicamente políticas"*³³.

³⁰ JULIÁ M. S. - DEL CAMPO M. C. - FOA TORRES J. G. *La institucionalización ambiental en Argentina*, Ob. Cit.

³¹ PÉREZ CUBERO M. E. "San Luis", en JULIÁ M.S. (Dir.) et al. *La institucionalidad ambiental actual en Argentina 2009-2014*, Narvaja Editores, Córdoba, 2015, p. 114.

³² JUSTE RUIZ, J. y CASTILLO DAUDÍ, M. *La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 33.

³³ ADAMES MAYORGA E. "Teoría crítica y crítica política en la cuestión ambiental: problemas y perspectivas", en ALIMONDA Héctor (Comp.) *Los tormentos de la materia. Aportes para una ecología política latinoamericana*, CLACSO, Buenos Aires, 2006, p. 52.

VI.2. El camino de la construcción de las políticas ambientales en San Luis

Las políticas ambientales destacadas en la agenda provincial, con respecto a la agenda nacional y su impacto en la provincia de San Luis se manifiestan en los siguientes temas:

- En lo relativo a las leyes especiales, la provincia adhiere a las regulaciones en materia de recursos naturales específicos, como es el caso de las leyes de protección y conservación de suelos (ley N° IX-0315-2004, adhesión a la ley nacional N° 22428), y en materia de preservación del aire (ley N° IX-0334-2004, adhesión ley N° 20.284).

- También la provincia adhiere a algunas de las leyes de fomento como mecanismo o instrumento técnico económico para la implementación de las políticas. Es el caso del fomento forestal (ley N° VIII-0249-2004, adhesión a la ley nacional N° 25080 de fomento forestal) y de las energías renovables (ley N° VIII-0737-2010, adhesión a la ley nacional N° 26190 fomento nacional para el uso de fuentes renovables de energía destinada a la producción de energía eléctrica).

- Por último, la provincia adhiere a la ley de Residuos Peligrosos y emplea la estrategia de sancionar su propio decreto reglamentario (ley N° IX-0335-2004, adhesión a la ley nacional N° 24051).

En el caso particular de las leyes de presupuestos mínimos, tal como hemos podido observar, la provincia toma los pisos en materia de gestión de recursos hídricos, otorga importancia al rol del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) en la articulación para las políticas ambientales, realiza y aprueba por ley el Ordenamiento Ambiental de los Bosques Nativos, establece el procedimiento de Gestión de los Residuos Sólidos Urbanos asignándoles una especial competencia a los municipios, reglamenta el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, y contempla una ley específica de acceso a la información pública la cual hace referencia explícita a la ley de presupuestos mínimos de acceso a la información pública ambiental (ley N° 25831).

Haciendo foco en la agenda propiamente provincial aparecen diversos temas de interés regulados y con algunas particularidades, en primer lugar, y en lo relativo a la planificación de la política ambiental, aparece la ley marco N° I-0648-2008 que contempla un Plan Estratégico de Visión Inteligente Territorial y Ambiental (Plan EVITA), cuyo artículo 2 establece los cuatro derechos de tercera generación en los que está basado el Modelo de Desarrollo Sustentable que propone: la paz, la autodeterminación, el desarrollo y el ambiente sano. Su artículo 4 reconoce a la participación activa de la comunidad como elementos operativos del Modelo. Y hace referencia explícita a instrumentos del derecho internacional ambiental.

Podríamos pensar que dicha norma fue el antecedente del posterior Plan Estratégico 2010-2020 denominado Tratado de Paz entre Progreso y Medio Ambiente (ley IX-0749-2010), que enuncia como uno de sus principios: *"El progreso será propiamente humano en armonía con un ambiente equilibrado, y al mismo tiempo, la protección y la restauración del ambiente serán factores de progreso". "En el Estado Social y Democrático de Derecho, la Paz entre el Progreso y el Medio Ambiente es un componente fundamental de la justicia social"*. En estos dos principios se esboza la idea de un progreso en armonía con la naturaleza.

También la agenda propiamente provincial avanza en otras áreas, como por ejemplo en lo que respecta a la Minería donde aparece la declaración de la Provincia como Zona No Nuclear (ley N° IX-0312-2004) y la ley de preservación y restauración ambiental del sector minero (ley N° IX 0634-2008). En materia de flora se protege el arbolado público provincial (ley N° IX-0318-2004) y se establece la conservación de hierbas medicinales y/o aromáticas (ley N° IX-0327-2004). En lo referente a la fabricación, fraccionamiento, formulación, almacenamiento, transporte, comercialización, utilización y aplicación de agroquímicos también hay un ley en particular que detalla el procedimiento a seguir (ley N° IX-0320-2004). En cuanto a los Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos se estipula un plan de gestión sustentable en la provincia (ley N° IX-0881-2013).

Tal como pudimos observar la institucionalidad ambiental ha tenido cambios a lo largo de los años dado que ley de ministerios V-0938 de 2015 estableció el Ministerio de Medio Ambiente, Campo y Producción con un objeto compartido, a diferencia de la institucionalidad anterior (Ministerio de Medio Ambiente)³⁴ y en noviembre de 2018 se modifica la estructura, quedando el Ministerio de Producción y pasando a Secretaría de Estado de Medio Ambiente la temática particular.

VII. Reflexiones finales

Profundizar sobre el estudio de las políticas desde una mirada del ciclo de las políticas públicas, nos permitió diferenciar lo que sería la primera etapa que es la formulación normativa de la política que tiene lugar predominantemente en el sector gubernamental; del proceso complejo de construcción de la política ambiental donde intervienen diferentes actores que de acuerdo a sus intereses, perspectivas y miradas pugnan y disputan por introducir diferentes temas en la agenda política.

Esta diferenciación nos permitió observar con más detalle ese proceso ampliado que es la construcción de la política, en especial nos interesó hacer hincapié en la política ambiental, donde se observa que los compromisos internacionales que los países firman y ratifican tienen un peso relativamente importante en el tratamiento de la temática ambiental en la región de América Latina y en el caso de la Argentina, así como también aparece la sociedad civil con un importante y cada vez más reconocido peso en el debate por el tipo de política ambiental que se formulará e implementará.

La aparición cada vez más constante de una ciudadanía interesada directamente en participar de la construcción de la política ambiental, muestra las diferentes herramientas e instrumentos jurídicos y/o administrativos que emplean para ubicar sus posiciones en la temática e influir en las decisiones de políticas.

La provincia de San Luis ha tenido su propia conformación de las políticas ambientales a través del tiempo, incorporando normativas especiales nacionales, insertando las leyes de

³⁴ Ver JULIÁ, M. S. *La institucionalidad ambiental actual en Argentina 2009-2014*, pp. 114-119, 1a ed., Narvaja Editor, Unquillo, Córdoba, 2016. E-Book. ISBN 978-987-530-125-2.

presupuestos mínimos a través de mecanismos jurídicos e institucionales propios, lo que ha demandado un análisis conforme a cada gestión gubernamental para dictar sus propias normas.

La sistematización y el análisis de la formulación normativa de la política ambiental provincial, permitió realizar distintas lecturas acerca de las modalidades de los diferentes mecanismos jurídicos, políticos e institucionales utilizados para profundizar el análisis.

Comprender las modalidades en que se ha formulado normativamente la política ambiental en la provincia de San Luis es un importante elemento para el análisis de la construcción de las políticas provinciales, la forma en que se implementa institucionalmente, desde un actor central que es el gubernamental, para reconocer e iniciar la profundización sobre los debates y disputas que produce en los distintos actores. Todo ello ha incorporado nuevas preguntas y elementos objeto de análisis para profundizar.

VIII. Bibliografía

- ACUÑA G. *La importancia de la aplicación y el cumplimiento de la legislación ambiental como política pública*, CEPAL, Chile, 2008.
- ADAMES MAYORGA E. "Teoría crítica y crítica política en la cuestión ambiental: problemas y perspectivas", en ALIMONDA Héctor (Comp.) *Los tormentos de la materia. Aportes para una ecología política latinoamericana*, CLACSO, Buenos Aires, 2006.
- AGUILAR VILLANUEVA L. F. *Problemas públicos y agenda de gobierno*, Colección Antologías de Política Pública, Miguel Ángel Porrúa, México, 1993.
- CASAR, M. - MALDONADO C. "Formación de agenda y procesos de toma de decisión", en MERINO, M. y CEJUDO, G. M. (Comp.) *Problemas, decisiones y soluciones*, Fondo de Cultura Económica, Centro de Estudios Económicos, México, 2010.
- CEJUDO, G. M. "Discurso y políticas públicas, enfoque constructivista", en MERINO, M. y CEJUDO, G. M. (Comp.) *Problemas, decisiones y soluciones*, Fondo de Cultura Económica, Centro de Estudios Económicos, México, 2010.
- DURÁN, D. *Proyectos ambientales y sustentabilidad*, Lugar Editorial, Buenos Aires, 2013.
- GIMÉNEZ T.V. *Justicia Ecológica en la Era del Antropoceno*, Trotta, Madrid, 2016.
- HERNÁNDEZ TRILLO, F. *Federalismo ambiental en América Latina: Una revisión*. CEPAL, Santiago de Chile, 2015.
- JULIÁ, M. S. - DEL CAMPO, C. - FOA TORRES, J. G. *La institucionalización Ambiental en Argentina*, Lerner, Córdoba, 2009.
- Formulación de políticas públicas ambientales. El caso de Aguas, Bosque Nativo y Residuos Peligrosos*, Lerner, Córdoba, 2013.
- JULIÁ, M.S. "El complejo camino de la formulación a la ejecución de las políticas ambientales en Argentina", *Revista de Derecho Ambiental*, abril-junio, N° 34, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
- JULIÁ, M. S. *et al. Los presupuestos mínimos y el nuevo orden jurídico ambiental en Argentina: Conflictos, debates y disputas en el campo político jurídico (2014 - 2015)*, Advocatus, Córdoba, 2016.
- La institucionalidad ambiental actual en Argentina 2009-2014*, Narvaja Editor, Unquillo-Córdoba, 2016. E-Book.

- JUSTE RUIZ, J. - CASTILLO DAUDÍ, M. *La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- KOOLEN, R. "La organización institucional del Estado en relación a la incorporación de la dimensión ambiental en la planificación del desarrollo", en *La dimensión ambiental en la planificación del desarrollo*, Grupo Editor Latinoamericano, CEPAL/ILPES/PNUMA, Buenos Aires, 1986, p. 47-88.
- LINDBLOM, C. E. *El proceso de elaboración de políticas públicas*, Estudios, Madrid, 1991.
- MERINO, M. "La importancia de la ética", en MERINO, M. y CEJUDO, G. M. (Comp.) *Problemas, decisiones y soluciones*, Fondo de Cultura Económica, Centro de Estudios Económicos, México, 2010.
- MERINO, M. - CEJUDO, G. M. "Introducción", en MERINO, M. y CEJUDO, G.M. (Comp.) *Problemas, decisiones y soluciones*, Fondo de Cultura Económica, Centro de Estudios Económicos, México, 2010.
- MERLINSKY, G. *Cartografía del conflicto ambiental en Argentina*, CICCUS, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013.
- PARKER GUMUCIO, C. "El mundo académico y las políticas públicas frente a la urgencia del desarrollo sustentable en América Latina y el Caribe", *Polis*, en línea, 39, 2015 (<http://polisrevuesporg/10469>).
- PARSONS, W. *Políticas Públicas: una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, FLACSO, México, 2007.
- RODRÍGUEZ BECERRA, M. *et al. Gestión ambiental en América Latina y el Caribe: evolución, tendencias y principales prácticas*, BID, Washington, EE.UU., 2002.
- RYAN, D. "Política y ambiente en la Argentina: ¿Un caso de baja politización? Análisis de la aprobación de las leyes de bosques nativos y protección de glaciares", *Revista Estado y Políticas Públicas*, Nº 3, 2014.
- SANHUEZA CUBILLOS, C. "Notas para un territorio", en RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (Coord.) *Extractivismo versus derechos humanos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.

**SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE UNA DOGMÁTICA
CONSTITUCIONAL
EL CASO DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL
ARGENTINA***

*ON THE IMPOSSIBILITY OF A CONSTITUTIONAL LEGAL SCIENCE
THE CASE OF ARTICLE 19 OF ARGENTINEAN NATIONAL
CONSTITUTION*

*Juan Iosa ***

Resumen: Desarrollaré en este trabajo las consecuencias que para el derecho constitucional tiene la asunción de una tesis que no por conocida ha sido menos ignorada, menos tenida en cuenta en la producción doctrinaria, en el quehacer teórico de muchos de nuestros constitucionalistas. Sostenida hace ya tiempo por Ronald Dworkin, la tesis afirma que las cláusulas constitucionales que establecen derechos y garantías no pueden ser interpretadas sino apelando a nuestras creencias morales, específicamente a nuestras creencias sobre cuál es el punto moral del derecho como práctica en general y de la institución en particular que estemos tratando. De aquí se sigue, a mi juicio, que no puede haber "dogmática jurídica" en sentido clásico, *ie.* descripción del contenido semántico de los textos jurídicos, cuando el texto en cuestión es la Constitución. Apelando al problema de cuál sea la correcta interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina presentaré escuetamente el esquema de trabajo que considero debe aplicarse cuando estamos frente a casos constitucionales.

Palabras clave: Dogmática jurídica - Dogmática constitucional - Ronald Dworkin - Lectura moral de la Constitución - Artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina.

Abstract: I will unfold in this work the consequences that for constitutional law has the assumption of a thesis that not for well-known has been less ignored, less taken into account in the doctrinal production, in the theoretical work of many of our constitutionalists. Sustained long ago by Ronald Dworkin, the thesis affirms that the constitutional clauses that establish rights and guarantees cannot be interpreted but appealing to our moral beliefs, specifically to our beliefs about what is the moral point

* Trabajo recibido el 9 de agosto de 2019 y aprobado para su publicación el 12 de septiembre del mismo año.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba / UNC. Investigador asistente de CONICET-CIJS-UNC. Docente de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UNC. Miembro investigador de la Secretaría de Investigación de la US21. Correo electrónico: juanfiosa@gmail.com.

of the law as a practice in general and of the particular institution that we are dealing with. It follows, in my opinion, that there can be no "legal science" in the classical sense, *ie.* description of the semantic content of legal texts, when the text in question is the Constitution. Appealing to the problem of what is the correct interpretation of article 19 of the Argentinean National Constitution, I will briefly present the scheme of work that I believe should be applied when we are dealing with constitutional cases.

Keywords: Legal science - Constitutional legal science - Ronald Dworkin - Moral reading of the Constitution - Article 19 of the Argentinean National Constitution.

Sumario: Introducción. II. El problema interpretativo. III. La ambigüedad del texto del artículo 19 de la Constitución. IV. Las teorías políticas subyacentes: Liberalismo y Perfeccionismo. V. El artículo 19 en la jurisprudencia de la Corte. VI. ¿Cuál es la mejor interpretación moral de la Constitución?

I. Introducción

Desarrollaré aquí las consecuencias que para el derecho constitucional tiene la asunción de una tesis que no por conocida ha sido menos ignorada, menos tenida en cuenta en la producción doctrinaria, en el quehacer teórico de muchos de nuestros constitucionalistas. Sostenida hace ya tiempo por Ronald Dworkin, la tesis afirma que las cláusulas constitucionales que establecen derechos y garantías no pueden ser interpretadas sino apelando a nuestras creencias morales, específicamente a nuestras creencias sobre cuál es el punto moral del derecho como práctica en general y de la institución en particular que estamos tratando¹. De aquí se sigue, a mi juicio, que no puede haber "dogmática jurídica" en sentido clásico, *ie.* descripción del contenido semántico de los textos jurídicos, cuando el texto en cuestión es la constitución².

¹ La tesis dworkiniana requiere que "todos -jueces, abogados y ciudadanos- interpretemos y apliquemos esas cláusulas abstractas (de la Constitución), en el entendido de que ellas invocan principios morales de decencia y justicia" (Dworkin, 1996, 2). Quisiera destacar que, con independencia de lo que opine Dworkin al respecto, la tesis aquí defendida se limita a la *interpretación constitucional*, no se extiende a todo el derecho. Respecto del resto del derecho a mi juicio son plausibles posiciones como las de Waldron, Raz o Atria, *ie.*, excluyentes, tales que exigen, por razones morales, que dejemos el juicio moral de lado.

² No pretendo aquí ponerme a apuntar con el dedo a "constitucionalistas dogmáticos". Básteme citar como ejemplo de lo que tengo en mente la *Constitución Comentada* de Helio Juan Zarini (Zarini, 1998), particularmente su análisis del art. 19 CN. Allí el texto constitucional aparece como si fuera completamente llano, carente de complejidades, pliegues o posibles y contradictorias interpretaciones morales, como si el intérprete tuviera acceso directo al único y correcto sentido del texto. Tampoco pretendo dar cuenta del enorme problema relativo al significado del término "dogmática jurídica", como si de hecho hubiera un auténtico significado para ese término y no múltiples usos. En todo caso aquí lo utilizo en su sentido clásico (tal vez ya anticuado) de descripción del derecho positivo. Un jurista "dogmático" toma las palabras del legislador (o el constituyente en nuestro caso), como autoridad última. El jurista dogmático parte de la ley y va de ahí para abajo, derivando proposiciones que en última instancia han de auxiliar al juez o al abogado a decidir si un caso concreto está o no dentro del alcance de la norma en cuestión. Lo que tiene 'prohibido' el jurista dogmático es remontarse en su pesquisa hacia las razones (morales, prudenciales, etc.) que puedan haber llevado al legislador a dictar esa ley. Tampoco puede tener en cuenta el fin, la función o el espíritu de la norma o institución bajo estudio. Concibe entonces su tarea como una explicitación del significado de esas palabras. Para ello

Creo además, con Fernando Atria, que toda interpretación moral de una norma constitucional es polémica, es decir, que no se puede adjudicar, decidir sobre su aplicación en un caso concreto, de modo imparcial. El punto no es uno relativista, *ie.*, que no existen interpretaciones correctas. Sino que (por razones que pueden consultarse en Atria, 2016 o en Waldron, 1999), cuando sostenemos en nombre propio una interpretación de una cláusula constitucional como correcta o verdadera, esa corrección o verdad a quien está en desacuerdo con nosotros no se le aparece como tal, *in propria persona* por así decirlo, sino como *nuestra* (equivocada y partisana) creencia. Consecuentemente, cuando se adjudica la constitución se toma partido por una interpretación, de derecha o de izquierda, conservadora o progresista, del derecho en cuestión. De aquí se sigue, claro está, que, siendo la jurisdicción una actividad imparcial por definición, también es imposible una jurisdicción constitucional en sentido estricto³.

Mi argumentación será indirecta. Mostraré los problemas que ha de enfrentar quien quiera defender como verdadera o correcta determinada interpretación de los conceptos contenidos en un texto constitucional. Junto con explicitar la enorme complejidad envuelta en la interpretación de un texto en particular, el del artículo 19 de la Constitución Nacional, pretendo mostrar, como dije arriba, que no hay otro modo de encarar esta tarea que no sea haciendo teoría moral, moralidad política. Utilizaré el artículo 19 de nuestra Constitución como ejemplo. Pero creo que el problema se reproduce en la mayoría de las cláusulas constitucionales que establecen derechos y garantías, por no decir en todas.

II. El problema interpretativo

El texto de la primera parte del artículo 19 de la Constitución Nacional es patentemente ambiguo. Esta ambigüedad ha permitido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la coexistencia de dos opciones interpretativas diferenciables en virtud del modo en que delimitan la clase de las acciones que quedan alcanzadas por la garantía. Las llamaré lectura amplia y lectura restrictiva. La elección del intérprete suele depender de su *preferencia* por una u otra de (simplificando) dos teorías de moralidad política opuestas respecto de cuál sea la justificación y cuáles sean los límites de la actuación del estado frente a los individuos: la liberal y la perfeccionista. A la fecha, ni en la jurisprudencia ni en la doctrina hay un acuerdo sostenido respecto de cuál de estas interpretaciones y cuál de estas teorías políticas debemos imputarle a la Constitución Nacional. Efectivamente, al interior de la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene dándose una larga discusión sobre el tema, con fallos en uno

generalmente apela a lo que considera el uso común de los términos. También puede apelar a la intención empírica del legislador o a otro tipo de investigaciones sobre el significado de las palabras de la ley en tanto ello no implique debates morales. Pero no es mi intención profundizar en este problema ahora. Para ello puede verse Nino 1984 y 1999, Lariguet, 2007, Nuñez Vaquero, 2014, Tamayo y Salmorán, 1996.

³No argumentaré sobre este último punto ni pretendo defender ni atacar ningún diseño institucional específico: más vale consultar directamente las fuentes referidas. Aquí sólo quiero dejar sentada mi postura actual al respecto. Un desarrollo más elaborado de la cuestión y de la medida en que las ideas de Atria me resultan problemáticas puede encontrarse en Iosa, 2019.

y otro sentido conforme pasan las décadas, con un último volantazo en el fallo Arriola⁴. La doctrina tampoco es estable: ambas interpretaciones cuentan con sus abogados en el ámbito teórico⁵. Pero aun sin desconocer los importantes estudios que han tenido esta cuestión por objeto, no creo pecar de ingenuo ni de soberbio si afirmo que, pese a su centralidad política, el artículo en cuestión no ha recibido la atención que requiere por parte de la doctrina constitucional argentina. Tanto es así que Nino, al momento de estudiar el tema en sus *Fundamentos de Derecho Constitucional* (Nino, 2000, 304-327), entre los autores nacionales sólo se consideró en la necesidad de hacer referencia al trabajo de Sampay (Sampay, 1975), mientras que Gargarella, en "Constitucionalismo y Privacidad" (Gargarella, 2008, 779-796) sólo hace referencia al de Nino. Basterra también se pronuncia en este sentido destacando que el análisis exhaustivo del artículo 19 CN "ha sido abordado por muy pocos de nuestros juristas" (Basterra, 2009, 887). Hay espacio, entonces, para un trabajo teórico que pretenda determinar el alcance preciso que debemos darle a la garantía contenida en el artículo 19 de la Constitución, *ie.*, si debemos interpretarlo en términos amplios o restrictivos y, consecuentemente, si recepta el principio de autonomía⁶ propio de la lectura liberal o si, por el contrario, debe ser interpretado en términos perfeccionistas. No pretendo hacer ese trabajo aquí. Sí quisiera demarcar cuáles, a mi juicio, son las líneas centrales por las que podría transitar un análisis teórico del tipo que propongo. Comenzaré entonces analizando el artículo en cuestión, presentando la ambigüedad aludida y explicitando lo afirmado tanto por la doctrina constitucional como por las teorías políticas (liberalismo y perfeccionismo) que subyacen a la opción del constitucionalista de turno y que pueden reclamar *status* constitucional gracias a la referida indeterminación. Mostraré luego cómo la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reflejado dicha ambigüedad en fallos contradictorios a lo largo de su historia. Por último, sostendré que la solución del debate interpretativo (doctrinario y jurisprudencial) depende de la solución del debate teórico-político. Es decir, depende de cuál teoría de moralidad política, teoría anterior a las palabras de la Constitución y que en todo caso la Constitución refleja, hemos de considerar que cuenta con los mejores argumentos y que por lo tanto es correcta (aunque no por ello hemos de guardar las esperanzas de convencer a quienes desacuerdan con nosotros sobre temas tan complejos y controvertidos). En otras palabras, la mejor interpretación del texto será aquella que nos permita vernos a nosotros mismos, como comunidad política, como adoptando los mejores principios morales compatibles con nuestra práctica jurídica.

III. La ambigüedad del texto del artículo 19 de la Constitución

El artículo 19 de la Constitución Nacional en su primera parte establece:

"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados".

⁴Fallos (A 891 XLIV).

⁵A favor de la interpretación liberal Nino 2000 y 2007, Gargarella, 2008, Basterra, 2009, Bidart Campos, 1998, 522, Etchichury y Piccardo, 2012, 599, Cayuso, 2006, 27. A favor de la interpretación perfeccionista Sagües, 2003, 391, Valiente Noailles, 1966, 30 - 36, Gelli 2005, 252.

⁶Para un análisis del principio de autonomía ver Iosa 2010a, 2010b y 2011, Nino, 2007, C. 5.

Como puede verse tenemos tres conjuntos de acciones: a) las acciones privadas de los hombres, b) las acciones que de ningún modo ofenden el orden y la moral pública y c) las acciones que no perjudican a terceros. Presentemos entonces la ambigüedad referida⁷.

La interpretación amplia de la garantía (amplia porque de ser ésta la interpretación correcta entonces más acciones genéricas gozarían de amparo constitucional, *ie.*, quedarían exentas de la autoridad de los magistrados) entiende que los conjuntos aludidos son coextensivos, es decir que las acciones privadas de los hombres son las mismas acciones que no ofenden el orden y la moral pública y a su vez que estas últimas son justamente aquellas que no dañan a terceros. Bajo esta lectura deberíamos leer el artículo como afirmando que 'las acciones privadas de los hombres, *es decir, aquellas* que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública ni perjudiquen a un tercero...'

La interpretación restrictiva, por su parte, entiende que "las alternativas son diferentes una de las otras y todas permiten la restricción de las conductas personales" (Gelli 2005, 252). Bajo esta última interpretación lo que indicaría el artículo es que hay un conjunto central de acciones relevantes, las "privadas" y que a su vez este conjunto es restringido por dos calificaciones: si se les ha de atribuir la consecuencia normativa de estar exentas de la autoridad de los magistrados dichas acciones no deben ofender el orden y la moral pública ni, por otro lado, perjudicar a terceros. De ser viable esta interpretación bien podría haber acciones privadas que ofendan el orden y la moral pública y/o perjudiquen a terceros. Pensemos casos como el de las relaciones homosexuales o el ejercicio de la prostitución. Supongamos, *arguyendo*, que son privadas y ofenden la moral pública. De ser ese el caso estas acciones no caerían dentro del alcance de la garantía, *ie.*, podrían ser sancionadas por los magistrados. El caso más claro, que nos empuja en dirección de esta lectura es, a mi entender, el de las exhibiciones obscenas en la vía pública (suponiendo también, por amor del argumento, que no perjudican a terceros).

La defensa ya clásica de la interpretación amplia de la garantía la encontramos en Carlos Nino: "*Cuando el artículo en cuestión habla de 'acciones privadas de los hombres', esta expresión debe interpretarse teniendo en cuenta que ella describe acciones que se distinguen de aquellas que "ofenden la moral pública". El contraste que la norma establece no es entre las acciones que se realizan en privado y las que se realizan en público, sino entre las acciones que son privadas porque... sólo contravienen una moral privada y las acciones que ofenden la moral pública. En definitiva, la distinción que la norma formula es la que está subyacente en la concepción liberal de la sociedad y que consiste en discriminar las pautas morales referidas al bienestar de terceros de los ideales de excelencia humana, que constituyen una moral privada. El alcance de la moral pública está definido por el propio artículo 19 al presuponer que las acciones que la ofenden son coextensivas con las acciones que perjudican a un tercero; la moral pública es la moral intersubjetiva"* (Nino 2007: 426 - 427, Cfr. Nino, 2000: 317).

Paradigmas de interpretación restrictiva puede encontrarse en las obras de Joaquín V. Gonzalez y de Valiente Noailles. Como bien destaca Santiago Legarre, "Joaquín V. González,

⁷ Gelli destaca explícitamente la ambigüedad, cosa que pocos autores hacen, en Gelli, 2005, 252.

uno de los pioneros del constitucionalismo argentino, fue el primero en enrolarse en esta posición "delgada" y lo hizo adoptando lo que se daría en llamar más tarde "la teoría de la interioridad". Según ésta, el ámbito de las acciones privadas está limitado a la interioridad de las personas; la ejecución de lo pensado o lo querido ya es algo que cae lícitamente (desde el punto de vista constitucional) dentro de la esfera de la regulación legal, y se aplica a su respecto la segunda parte del artículo 19: se podrá o no ejecutar la acción pergeñada según que esté o no prohibida por una ley (González, 1897:101)"⁸.

Valiente Noailles, por su parte, luego de distinguir los diversos requisitos aquí enunciados y afirmar que lo estrictamente privado se da sólo cuando todos estos requisitos están reunidos (sin duda esta distinción indica que el autor no los considera coextensivos) afirma que "la intangibilidad de la esfera estrictamente privada no es óbice para que, en determinados supuestos, los poderes públicos tengan en cuenta la moralidad de las personas. La Constitución no consagra un beaterío a la inversa, es decir, una ceguera total y absoluta frente a la moralidad privada." (Valiente Noailles, 1966, 38 -39). Está claro entonces que para este autor hay acciones privadas que no están exentas de la autoridad de los magistrados.

A mi juicio ninguna de estas interpretaciones está excluida en virtud del tenor literal del texto constitucional. Creo que a esto se refiere Roberto Gargarella cuando dice que este artículo es al mismo tiempo el cielo y el infierno del liberal. En todo caso la opción por una u otra lectura dependerá de qué deba entenderse por términos como "acción privada", "moral pública" y "daño a terceros". Los autores citados usan los términos en diferentes sentidos y de aquí la divergencia en sus lecturas. Así, dentro de la tradición liberal, 'moral pública' se entiende por oposición a 'moral privada' como refiriendo a la distinción kantiana entre deberes para con uno mismo y deberes para con los demás (Kant, 1996. 6: 412). La interpretación restringida, por su parte, suele apelar a otro concepto de acciones privadas y de moral pública. Si bien a veces también utiliza la idea de acciones privadas para referirse a acciones que en todo caso contravienen deberes para con uno mismo (y el perfeccionismo no considera que el estado deba abstenerse de hacer cumplir esos deberes) a veces también lo hace para referirse a acciones realizadas en privado, en el domicilio por ejemplo. A su vez por 'moral pública' esta interpretación suele referirse a la moral objetiva, la correcta, incluyendo en su alcance a las acciones autorreferentes. Por último "moral pública" puede referir a la moral considerada por el estado o por la mayoría de la sociedad como correcta: a la moral positiva. Llamemos *moralismo legal* a esta interpretación, en honor al principal defensor de esta idea (que no será desarrollada aquí): Patrick Devlin (Devlin, 1965). A su vez, en clave originalista, esta última interpretación puede referir a los valores sostenidos por los constituyentes (la moral católica de la época del dictado de la Constitución) o, bajo una interpretación evolutiva, a los de hecho vigentes en la comunidad actual.

Estas tan opuestas opciones interpretativas están guiadas por los valores (no hay, a mi juicio, otro modo de explicar el desacuerdo) y, en última instancia, por la teoría de moralidad

⁸Legarre, "Presupuestos teóricos de una interpretación espacial de lo privado", de próxima aparición en Álvarez, S., Gargarella R., Iosa J, *El artículo 19 de la Constitución Nacional*, Rubinzal Culzoni.

política a la que cada intérprete adhiere. Seguidamente presentaré esquemáticamente estas teorías políticas.

IV. Las teorías políticas subyacentes: Liberalismo y Perfeccionismo

La doctrina liberal ha evolucionado desde sus defensores clásicos (Hobbes, Locke, Mill, etc.) a los contemporáneos (Dworkin, Rawls, Ackerman, Nino entre muchos otros). En todo caso, si hay algo que comparten estos autores es la creencia en que toda restricción a la libertad individual debe estar justificada (Gaus, 2011). Un gobierno es legítimo entonces sólo si respeta ciertos límites en relación a los individuos sometidos a su poder. Particularmente el liberalismo entiende que el gobierno no está para promover el bien de las personas (especialmente no si esto implica ir más allá de su consentimiento) sino para evitar que estos, al perseguir su propio bien en los términos que ellos mismos lo conciben, se interfieran mutuamente (Quong, 2011:1). Este principio de neutralidad estatal implica, como puede verse, una clara distinción entre el ámbito público, donde hay espacio para la intervención legítima del poder estatal, y el privado, donde dicha intervención está proscrita.

En el ámbito privado rige el principio de autonomía personal. Nino lo formula en los siguientes términos: *"Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución"* (Nino 2007: 204).

Para el liberalismo, una vez que se ha establecido que una acción pertenece al ámbito privado, no hay ninguna razón que pueda justificar la injerencia estatal: está exenta de la autoridad de los magistrados.

Por su parte, la concepción perfeccionista de la política niega el principio de neutralidad respecto de las concepciones privadas o personales del bien. Por el contrario, afirma que "no existe un principio general de la moralidad política que prohíba al Estado el promover directamente el bien, aun cuando el bien esté sujeto a un desacuerdo razonable" (Wall, 2012). Para el perfeccionismo "el estado tiene la responsabilidad y el derecho de perseguir el bien, el bienestar, el florecimiento y la excelencia de todos sus ciudadanos y desalentarlos, aun coercitivamente, de al menos algunas de las acciones y disposiciones que los dañarían, degradarían o humillarían, incluso si esas acciones y disposiciones son autorreferentes" (Finnis, 1987: 434). Según esta concepción lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida, *ie.*, no es definido autónomamente. Por ello el estado puede, incluso a través de la fuerza, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores (Nino, 2007: c. V y X). Consecuentemente, aun si una acción es privada, el hecho de que, a juicio de la autoridad, implique autodegradación moral (el consumo de drogas o el ejercicio de la prostitución son ejemplos típicos) constituye una razón suficiente para que el derecho la obstaculice, induciendo así a los hombres y mujeres a adoptar modelos de conducta digna.

Entre nosotros Valiente Noailles ha sostenido esta doctrina como fundamento de su interpretación de la norma constitucional: "*Para proteger la moral pública el Estado no sólo debe evitar -a través de una legislación adecuada que contemple tanto la persuasión como el ejercicio de la policía de la moralidad- los ataques contra ella, sino que debe contribuir a elevar el grado de moralidad de la población a través de los medios directos a su alcance, que sean compatibles con nuestro orden constitucional*" (Valiente Noailles, 1966: 34).

Aun cuando el perfeccionismo sea fundamento corriente de gobiernos autoritarios, no debemos creer que esté esencialmente vinculado al autoritarismo ni que esté hoy desechado como teoría política con credenciales suficientes para merecer ser discutida. Por el contrario, goza de renovada vitalidad y hoy es la opción teórico-política al liberalismo (Cfr. Raz, 1986, Hurka, 1993, Haksar, 1979). Después de todo, ¿para qué queremos el estado sino porque creemos que es una herramienta que nos puede ayudar a vivir mejor? Así hoy Raz, uno de sus mayores defensores actuales, afirma que "es el fin de toda acción política el capacitar a los individuos para perseguir concepciones válidas de lo bueno y desalentar aquellas malvadas o vacías" (Raz, 1986, 133).

Menos aún debemos infravalorar el perfeccionismo si tenemos en cuenta que la valoración de la autonomía personal, de la capacidad de elegir por uno mismo el propio modo de vida, puede verse ya, como una opción no neutral⁹. No todas las sociedades ni todas las personas valoran igual la autonomía. De modo que diseñar las instituciones para que protejan y maximicen este valor es ya un modo de perfeccionismo. Llamémosle perfeccionismo liberal. De hecho, más adelante insinuaré (aunque no afirmaré) que una solución posible al problema con que nos enfrenta el artículo 19 podría venir de la mano de la adopción de esta concepción intermedia como esta.

V. El artículo 19 en la jurisprudencia de la Corte

Hasta ahora tenemos que el artículo 19 CN soporta dos opciones interpretativas y que dichas opciones se corresponden con sendas teorías políticas. No tenemos ningún criterio que nos permita optar. Ahora bien, si la jurisprudencia argentina fuera pacífica, si hubiera interpretado sistemáticamente el artículo en uno de los sentidos enunciados, y dado que las principales teorías del derecho actuales (entre ellas cabe destacar al realismo jurídico, al positivismo hartiano y el antipositivismo de Dworkin) dan un lugar central en la definición de lo que el derecho es a la palabra de los jueces, entonces no habría demasiado lugar para el debate. Deberíamos interpretar el derecho conforme a la unánime interpretación judicial. Pero éste no es el caso: la jurisprudencia, específicamente la de la Corte Suprema, no es pacífica sobre el punto.

⁹ De hecho, esta es una de las críticas más importantes que ha recibido el liberalismo tal como lo describimos arriba. De ahí que ha tenido que reformular sus tesis de modo tal que no presupongan ninguna concepción controvertida, metafísica, de persona ni de lo que le otorga valor. Al respecto puede verse Seleme, 2004: 245; González del Solar y Iosa, 2018.

Efectivamente, un repaso, necesariamente incompleto, de la jurisprudencia argentina nos permite ver que en diversos tiempos han prevalecido lecturas alternativas del artículo 19¹⁰. Así hay por un lado un grupo de sentencias perfeccionistas y deflacionistas del principio contenido en el artículo 19. Estos fallos garantizan *en el mejor de los casos* un espacio de intimidad (en el sentido de que estarían protegidas las acciones realizadas en privado) pero nada más fuerte. Otro grupo de fallos, o de votos dentro de fallos, afirman que el artículo 19 debe leerse en el sentido del establecimiento de un ámbito de autonomía personal en los términos sostenidos por la doctrina liberal.

a) Precedentes perfeccionistas

Como sostiene Nino, más allá de algunos fallos tempranos a favor de una interpretación liberal del artículo 19¹¹ hasta bien entrado el siglo XX la jurisprudencia de la Corte entendió dicho artículo en un sentido restringido, tal que permitía la interferencia estatal aun cuando las acciones privadas en cuestión no afectaran a terceros.

Un hito de perfeccionismo judicial lo tenemos en el fallo "Colavini", de marzo de 1978¹². Allí la Corte de la dictadura sostuvo que el consumo de drogas es una conducta "viciosa" que "determina la desintegración individual y colectiva, con influjos perniciosos en la moral y la economía de los pueblos y su acción sobre la delincuencia común, la subversiva y la destrucción de la familia"; mantuvo que es lícita toda actividad de Estado destinada a conjurar semejantes riesgos. Los fallos de este tono fueron frecuentes durante el régimen militar¹³.

Tras un breve período de dominancia de fallos liberales dictados durante el gobierno de Alfonsín (que estudiaremos en el apartado siguiente), la Corte retomó la línea perfeccionista en el fallo "Montalvo" de diciembre de 1990¹⁴. Allí la mayoría declaró que la tenencia de estupefacientes para consumo personal no era alcanzada por la garantía del artículo 19 sobre la base de los siguientes argumentos: *"Que el amparo (de la norma penal que castiga la tenencia para consumo)... se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía... abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda... Es que la importancia de los bienes tutelados... determina que interesen a la comunidad en general. Si no fuera así, la sociedad toda y la juventud en particular, podría creer que consumir estupefacientes no es conducta disvaliosa y que al Estado no le interesa que los miembros de la comunidad se destruyan a sí mismos y a los demás..."*.

¹⁰ Para una revisión histórica de las interpretaciones jurisprudenciales del artículo 19 ver Nino, 2000:317 y ss.; Basterra, 1999 y Bianchi, 1995.

¹¹ Fallos, 150:419.

¹² Fallos, 300:254.

¹³ Fallos, 301:673, 303:1205; 304:1678 y 305:137.

¹⁴ Fallos, 313:1333. Entre nuestros dogmáticos, Sagües afirma que la solución contenida en Montalvo es la solución correcta. Cfr. Sagües, 2003, 391.

Está claro que para la mayoría la mera inmoralidad de una conducta, incluso cuando sólo afecte al actor, es causa suficiente de su represión estatal. Incluso bien puede pensarse que para este fallo no hay acciones privadas estrictamente hablando. Toda acción inmoral tiene la potencialidad de afectar a los demás, *ie.*, a la moral pública.

De la misma época, otro importante precedente perfeccionista, *ie.*, que afirma que hay acciones privadas que ofenden la moral pública y que por lo tanto no gozan del amparo de las leyes aun cuando no dañen directamente a terceros, es el voto de la mayoría y especialmente del Dr. Boggiano en el fallo "Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia" del 22 de noviembre de 1991¹⁵. Allí el referido juez sostuvo lo siguiente: *"La democracia requiere un sustrato de valores comunes. Y la desintegración de estos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo. La permisividad que viene rechazada de la instancia anterior pudo razonablemente haberse considerado como una fractura esencial de aquellos valores comunes, pues si el abuso del poder lleva a la tiranía, el abuso de la libertad conduce a la disolución"*¹⁶. *"Que la recurrente no ha demostrado que la pública defensa de la homo-sexualidad con vistas a su aceptación social sea materia ajena a la moral pública... Las acciones privadas de los hombres ofenden de algún modo al orden, a la moral pública y perjudican a terceros cuando producen un daño a sus familias o a la sociedad en las que tales acciones repercuten o a sí mismos, pues nadie puede consentir válidamente que se le inflija un serio daño"*¹⁷.

Para estos fallos entonces hay acciones privadas que ofenden la moral pública e incluso que dañan a terceros. En este último voto el daño a terceros parece inferirse de la mera contradicción con la "moral pública" entendida como los valores aceptados por la mayoría de la sociedad argentina. También parece inferirse del daño a sí mismos que provoca el hecho de asumir conductas inmorales. Vemos que bajo esta interpretación la garantía parece reducirse a un punto evanescente.

b) Precedentes liberales

Antes de ser retomada por la Corte menemista en "Montalvo", la línea de decisiones perfeccionistas fue cortada en el fallo "Ponzetti de Balbín" del 11/12/84¹⁸ y en "Bazterrica", fallo del 29/08/86¹⁹. En este último la mayoría sostuvo: *"Que el artículo 19 CN circunscribe el campo de inmunidad de las acciones privadas, estableciendo su límite en el orden y la moral pública y en los derechos de terceros..."*²⁰. *"Que el accionar del legislador... no puede exceder... el campo de las acciones de los hombres que ofendan la moral pública, al que se refieren las normas morales que se dirigen a la protección de bienes de terceros"*²¹. *"Conviene*

¹⁵ Fallos, 314:1531.

¹⁶ Considerando 11 de su voto.

¹⁷ Considerando 17 de su voto.

¹⁸ Fallos, 306:1892.

¹⁹ Fallos, 308:1412.

²⁰ Considerando 4 del voto de la mayoría.

²¹ Considerando 5 del voto de la mayoría.

distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros. Precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y la moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es, acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el artículo 19 CN, aclarando aquellos conceptos. La referida norma impone, así límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el artículo 18, sino aquéllas que no ofendan el orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones" ²².

Particularmente relevante es el voto concurrente del Dr. Petracchi. No es posible aquí reproducir sus diversas y abundantes consideraciones sobre el valor de la autonomía y sobre la correcta interpretación del artículo 19. Baste citar, ya que es un argumento relevante para evaluar si ha de preferirse una interpretación perfeccionista o liberal del artículo 19 y de la CN en general, los siguientes párrafos: *"La idea de la autonomía de la conciencia y la voluntad personal que resulta fundante de la democracia constitucional ha sido también proclamada por el Concilio Vaticano II en el sentido de que, para asegurar la libertad del hombre, se requiere 'que él actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido y guiado por una convicción personal e interna y no por un ciego impulso interior u obligado por mera coacción exterior...' Conviene recordar la síntesis acuñada en el siglo pasado por Cooley cuando define el derecho de privacidad como el 'derecho a ser dejado a solas', fórmula ya clásica que significa que la persona goza del derecho de ser dejada a solas por el Estado -no por la religión, la moral o la filosofía- para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales de ella, plan que le compete personalísimamente y excluye la intromisión externa y más aún si es coactiva... El orden jurídico debe pues, por imperio de nuestra Constitución, asegurar la realización material del ámbito privado concerniente a la autodeterminación de la conciencia individual para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes personales de vida no se vea frustrado... La protección material del ámbito de privacidad resulta, pues, uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y un rasgo diferencial entre el Estado de Derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias" ²³.*

Por último, hay que destacar que, si bien esta línea interpretativa fue dejada de lado, como ya vimos en "Montalvo", la Corte en su actual configuración la ha retomado en el fallo "Arriola"²⁴. El fallo remite explícitamente a "Bazterrica", siendo ésta entonces la interpretación vigente en el derecho argentino.

²² Considerando 8 del voto de la mayoría.

²³ Considerando 8 del voto del Dr. Petracchi.

²⁴ Fallos, A 891 XLIV, Considerandos 11 y 29 entre otros.

VI. ¿Cuál es la mejor interpretación moral de la Constitución?

Como vemos la jurisprudencia de la Corte ha derivado entre interpretaciones liberales y perfeccionistas del artículo 19. No podemos solucionar el problema interpretativo en base a la existencia de una única y coherente línea jurisprudencial. Quizás el hecho de que la interpretación hoy vigente sea la liberal sea razón suficiente para que, por principio de autoridad, deba ser considerada como la correcta. Pero en el futuro la opinión de este tribunal puede cambiar. Mejor haríamos en tener un criterio independiente para sustentar nuestra posición.

Para la búsqueda de ese criterio considero que no hay más alternativa que utilizar el método interpretativo propuesto por Ronald Dworkin. Según Dworkin una teoría de la interpretación *"se divide en dos partes. Una parte perfecciona y desarrolla la idea de que una interpretación debe adecuarse a los datos que interpreta"* (Dworkin 1990:29). Esta dimensión de *fit* o adecuación de la interpretación se dirige esencialmente al pasado: la interpretación propuesta debe ajustarse suficientemente a los textos, los precedentes y en general a la historia institucional del derecho en cuestión. Pero, como vimos, la historia institucional no nos permite resolver la disputa interpretativa. Ahora bien, esta dimensión de adecuación a la historia es sólo la primera parte de la teoría de Dworkin. *"Por otro lado, una segunda parte de la teoría tácita de la interpretación de cualquier juez será completamente independiente de esas cuestiones formales. Comprenderá los ideales sustantivos de la moral política que determinan si se ha de preferir una interpretación putativa, porque muestra mejor la práctica jurídica, desde el punto de vista de la justicia sustantiva"* (Dworkin 1990:29). Aquí lo importante, y supuesto que la jurisprudencia relevante no permita excluir una de las interpretaciones en pugna, es qué interpretación permite ofrecer la mejor lectura de la práctica institucional desde un punto de vista moral.

En última instancia entonces la pregunta por la adecuada lectura del artículo 19 CN se reduce a cuál es la mejor lectura de la Constitución desde el punto de vista moral, y esto, a su vez, a si tenemos razones para optar por el liberalismo, por el perfeccionismo o por alguna lectura intermedia o alternativa como la doctrina de moralidad política fundante de nuestras instituciones. En este, cómo en todos los casos constitucionales, no hay, a mi juicio, posibilidad de una lectura dogmática de la constitución. Cuando digo "dogmática" me refiero, como aclaré más arriba, a una interpretación que tome en cuenta lo que dijo el legislador, el texto, y utilice los diversos criterios interpretativos con que contamos pero que evite remontarse a las razones (morales) que pudo haber tenido el legislador para dictar el texto autoritativo que dictó. Cuando tenemos una ley hemos de tomarla como un texto con autoridad. Eso significa que las razones que nosotros podemos considerar a favor o en contra del dictado de ese texto, o las razones morales que pueden justificar una u otra lectura, quedan fuera de la ecuación. En este sentido la "dogmática constitucional" es un oxímoron. En esto difiere de la interpretación *legal* donde la posibilidad de la dogmática en sentido estricto es, a mi entender, en principio posible e incluso deseable; en todo caso opinable. Allí en cambio no podemos partir de lo que dijo el constituyente y de ahí ir para abajo. Necesariamente debemos remontarnos a las razones morales que están detrás de lo que dijo el constituyente. De aquí entonces que en relación a la cuestión de si debemos

optar por una interpretación amplia o una restrictiva de lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional sólo podremos responder si hemos respondido primero a la cuestión de qué teoría política, el liberalismo, el perfeccionismo, o alguna doctrina intermedia, ofrece la mejor lectura moral de la Constitución. Y para ello deberemos establecer cuál de ellas es preferible, *ie.*, es más sólida desde el punto de vista teórico y moral: cuál nos hace mejores, más buenos como comunidad política. En derecho constitucional entonces, de los textos para arriba.

VII. Bibliografía

- ATRIA, F. *La Forma del Derecho*, Abeledo Perrot, Madrid, 2016.
- BASTERRA, M. "El Derecho a la Intimidad", en SABSAY, D. - MANILI, P. (Dir. y Coord.) *Constitución de la Nación Argentina y Normas Complementarias, Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- "El Principio de Autonomía de la Persona en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". *Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, N° 1, primavera-verano de 1999,
- BIANCHI, A. "Habeas Data y Derecho a la Privacidad", *El Derecho*, tomo 161, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1995.
- BIDART CAMPOS, G. *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, EDIAR, Buenos Aires, 1998.
- CAYUSO, S. *Constitución de la Nación Argentina, Claves para el Estudio Inicial de la Norma Fundamental*, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965.
- DWORKIN, R. "Retorno al Derecho Natural", en Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, Eds. *Derecho y Moral, Ensayos Analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990.
- Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford university press, Oxford, 1996.
- ETCHICHURY, H. - PICCARDO, I. "Declaraciones, Derechos y Garantías," en Hernández, A. M. (Ed.) *Derecho Constitucional*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- FINNIS, J. "Legal Enforcement of 'Duties to Oneself': Kant v. Neo-Kantians", *Columbia Law Review* 87, 1987.
- GARGARELLA, R. "Constitucionalismo y Privacidad", en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- GAUS, G. "Liberalism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), 2011, disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/liberalism/>
- GELLI, M. A. *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- GONZALEZ DEL SOLAR, M. - IOSA, J. "El principio de autonomía personal en la Corte Suprema Argentina: Análisis y Crítica de "Albarracini Nieves" y "D.M.A.", próximamente en *Historia de la Corte*, Laura Clérico y Paula Gaido (Eds.), 2018.
- HAKSAR, V. *Equality, Liberty and Perfectionism*, Nueva York, Oxford University Press, 1979.
- HURKA, T. *Perfectionism*, Oxford University Press, Nueva York, 1993.
- IOSA, J. "La Normatividad del derecho en el pensamiento de Fernando Atria", próximamente en *Comentarios a la Forma del Derecho de Fernando Atria*, Javier Gallego Saade (Coord.), UNAM, 2019.

- IOSA, J. "Concepciones de la autonomía", *Revista Brasileira de Filosofia*, Editora Revista dos Tribunais, año 59, N° 234, 2010.
- "Wolff, entre autoridad y autonomía. Un análisis de la concepción voluntarista de la autonomía como autolegislación y de la tesis de la incompatibilidad conceptual entre autoridad y autonomía", *Doxa*, 33, Universidad de Alicante, 2010b, disponible en: http://revistas.marcialpons.es/fichaarticulo.php?id_articulo=2146 Ahora también en IOSA, J., *El Conflicto entre Autoridad y Autonomía*, México, Fontamara, 2017.
- "La Estructura del Conflicto entre Autoridad y Autonomía", en *Analisi e Diritto 2011*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2011, disponible on line en http://revistas.marcialpons.es/fichaarticulo.php?id_articulo=2187 Ahora también en IOSA, J. *El Conflicto entre Autoridad y Autonomía*, México, Fontamara, 2017.
- KANT, I. *Metafísica de las Costumbres* (1797), trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Altaya, Barcelona, 1996.
- LARIGUET, G. *Dogmática Jurídica y Aplicación de Normas*, Fontamara, México, 2007.
- NINO, C. *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, III, UNAM, México, 1984.
- Algunos Modelos Metodológicos de "Ciencia" Jurídica*, Fontamara, México, 1999.
- Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000.
- NUÑEZ VAQUERO, A. "Dogmática Jurídica", en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 6, marzo - agosto 2014.
- QUONG, J. *Liberalism Without Perfection*, Oxford University Press, Nueva York, 2011.
- RAZ, J. *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- SAGÜES, N. *Elementos de Derecho Constitucional*, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 2003.
- SAMPAY, A. *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/contextos/article/view/2831/2635>
- SELEME, H. *Neutralidad y Justicia. En torno al liberalismo político de John Rawls*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R. "Dogmática Jurídica y Teoría Moral", en *Isonomía*, N° 4, 1996.
- VALIENTE NOAILLES, C. *La Moral Pública y las Garantías Constitucionales*, La Ley, Buenos Aires, 1966.
- WALDRON, J. *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999.
- WALL, S. *Liberalism, Perfectionism and Restraint*, Cambridge University Press, Nueva York, 2012.
- ZARINI, H. *Constitución Argentina Comentada y Concordada*, Astrea, Buenos Aires, 1998.

**FEDERALISMO DELIBERATIVO:
UN MODELO OBJETADO DURANTE LA TRANSICIÓN
DEMOCRÁTICA PAMPEANA****

*DELIBERATIVE FEDERALISM:
AN OBJECTED MODEL DURING THE PAMPEAN DEMOCRATIC
TRANSITION*

*Nicolás Emanuel Olivares****

Resumen: Hacia 1983 tras la emergencia en Argentina de un nuevo gobierno democrático se pusieron en tensión nuevos usos semánticos de términos políticos fundamentales tales como derechos humanos y democracia, los cuales comenzaron a discutirse durante la *transición democrática* (1979-1983) mediante el debate entre quienes se mostraron partidarios de un discurso político monista y aquellos que defendieron un discurso político pluralista. Desde el novel gobierno alfonsinista se promovió explícitamente un discurso político deliberativo federal, el cual fue paradigmáticamente explicitado en los informes emitidos por el Consejo para la Consolidación de la Democracia (CCD) y se presentaba como fuente de una nueva gramática política necesaria para la *consolidación democrática*. Sin embargo, la no concreción de dichas reformas institucionales y la adopción de un federalismo pluralista impropio tras la reforma de 1994, han generado una notoria desatención o falta de consideración de estas en tanto tópico de investigación de una historia política argentina del pasado reciente. En este trabajo nos proponemos alcanzar tres objetivos específicos: 1) reconstruir el contexto de enunciación y justificación de dicho discurso democrático

* Trabajo recibido el 27 de junio de 2019 y aprobado para su publicación el 12 de agosto del mismo año.

** El presente trabajo fue desarrollado en el marco de una Beca de investigación Posdoctoral Interna del CONICET (2017-2019) siendo el título del proyecto: "Federalismo, Teoría no ideal y Republicanismo". Agradezco a los integrantes del proyecto científico "Transición democrática y construcción política en las provincias de La Pampa, Neuquén y Chubut", aprobado por Resolución del CD de la Facultad de Ciencias Humanas (UNLPam), N° 107-2016, por sus aportes efectuados en la construcción de insumos informativos de los cuales se nutre este trabajo, así como a: M. Moroni, F. Camino Vela, G. Rafart, M. Franco y H. Bacha por sus generosos comentarios efectuados a una versión preliminar de este artículo

*** Abogado (Universidad Nacional de Córdoba / UNC). Profesor Universitario (Universidad Católica de Córdoba). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Magister en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC). Becario Posdoctoral CONICET-IEHSOLP. Profesor en Historia Constitucional (Universidad Nacional de La Pampa / UNLPam) y Profesor en Derecho Constitucional (UNLPam). Lugar de Trabajo: IEHSOLP-UNLPam. E-mail: olivares.nicolasemanuel@gmail.com

deliberativo federal; 2) identificar los diseños institucionales propuestos en los informes emitidos por el CCD; y 3) indagar en las aporías e inconvenientes prácticos propios de aquel discurso deliberativo federal.

Palabras clave: Historia política reciente - Discurso monista - Discurso pluralista - Federalismo deliberativo.

Abstract: Towards 1983 after the emergency in Argentina of a new democratic government, new semantic uses of fundamental political terms such as human rights and democracy were put into tension, which began to be discussed during the democratic transition (1979-1983) through the debate among those who supported a monist political discourse and those who defended a pluralistic political discourse. From the novel Alfonsinist government it was explicitly promoted a federal deliberative discourse, which was paradigmatically made explicit in the reports issued by the Council for the Consolidation of Democracy (CCD) and was presented as a source of a new political grammar. However, the lack of concreteness of these institutional reforms and the adoption of an improper pluralist federalism after the 1994 reform have generated a notable neglect or lack of consideration of these as a topic of investigation of recent Argentinian political history. In this work we will attend to three specific objectives: 1) to reconstruct the context of enunciation and justification of federal deliberative democratic discourse; 2) to identify the institutional designs proposed in the reports issued by the CCD; and 3) to investigate the aporias and practical inconveniences of that deliberative federal discourse.

Keywords: Recent political history - Monist discourse - Pluralist discourse - Deliberative federalism.

Sumario: I. Introducción: historia conceptual de lo político y filosofía política normativa. II. Discursos políticos de la transición democrática pampeana: monismo vs. pluralismo. III. El gobierno democrático de R. R. Alfonsín y un genuino laboratorio institucional. IV. Los ideales y sus circunstancias: aporías del modelo deliberativo federal alfonsinista. V. Conclusión: la relevancia hermenéutica del discurso deliberativo federal para la historia política argentina reciente. VI. Bibliografía.

I. Introducción: historia conceptual de lo político y filosofía política normativa

Este trabajo de investigación científica responde en términos metodológicos a una particular y necesaria confluencia entre elementos propios de una historia conceptual de lo político reciente y una filosofía política normativa crítica. Así también su objeto de estudio esta notoriamente imbuido de los tópicos discursivos atendidos por estos dos campos de conocimiento científico social, es decir, no solamente es deudora de sus métodos, sino también de sus objetos y desde luego de aquellos sujetos que se han especializado en aquellas temáticas.

Por un lado, en el marco de una historia conceptual de lo político reciente, el tema de la recuperación, transición y/o reconstrucción de la democracia en América Latina, así como su estabilidad y consolidación no ha ocupado aún el lugar preponderante que debiera tener entre nuestras discusiones historiográficas, como sí lo tuvo en las ciencias políticas

empíricas de corte liberal. Esta desatención es inversamente proporcional a la gran contradicción que se da entre un imaginario social esperanzado en la fuerza civilizadora de la democracia propia de fines de los años 80, la cual se asoció libremente a una concepción normativa agregativa, pluralista, minimalista de democracia política, con el contemporáneo desencanto, resignación y cinismo de aquellos ciudadanos otrora ilusionados. La aporía política detrás de aquella idea minimalista de democracia sería adecuadamente identificada y contrarrestada por una historia política conceptual situada que no tome como punto de partida acrítico aquella particular perspectiva pluralista del *demokratos* ni los postulados de una ciencia política liberal igual de agregativa y pluralista (Mira Delli-Zotti, 2010: 1456-1457)¹.

Por otro lado, la historia política reciente argentina ha surgido de la angustia y dolor generados por los crímenes de lesa humanidad perpetrados por la última dictadura militar (1976-1983). En este sentido, podría señalarse que nuestra democracia actual se construyó desde el horror teniendo por base fundamental el rechazo a un modelo estatal represivo y violatorio de derechos humanos (Mira Delli-Zotti, 2010: 1457). De este modo, se ha señalado la relevancia del informe *Nunca más* emitido en 1984 por Comisión Nacional sobre Desaparición Forzada de Personas (CONADEP). En este entendimiento, los usos semánticos atribuidos desde entonces al sintagma *derechos humanos* serían deudores de la interpretación y significación que se le da al mismo en dicho Informe. Podríamos señalar de forma holística que dicho informe está especialmente preocupado por el valor "justicia humanitaria", es decir por los derechos humanos individuales y colectivos conculcados durante la última dictadura argentina (Franco y Feld, 2015a, 2015b).

No obstante, partiendo de aquellas dos premisas, el rechazo de ciertas teorizaciones propias de las ciencias políticas de los años 90 tomadas por mucho tiempo como incontrovertidas, así como la afirmación de un complejo proceso de semantización del sintagma derechos humanos, es que en este trabajo advertimos un notorio descuido de la semantización proyectada infructuosamente desde los Informes del *Consejo Para la Consolidación de la Democracia* (CCD), los cuales aún no han sido objeto de un profuso debate por parte de la emergente historia conceptual de lo político reciente. Podríamos sintéticamente señalar que la preocupación principal de los informes emitidos desde dicha entidad deliberativa residía en la resignificación e institucionalización del principio de legitimidad democrática. El objetivo general de este trabajo es subsanar dicho vacío analítico aportando ciertas intuiciones e hipótesis teóricas sobre el valor historiográfico y filosófico político de los mismos, evidenciando, identificando y explicitando un uso semántico deliberativo federal del término democracia, diverso al que fuere impuesto desde las ciencias políticas, el cual proyectaba un modelo pluralista agregativo.

¹ "La relación entre el ADN de las actuales democracias latinoamericanas y el momento seminal de la transición que las fecundó, lo primero sería reconocer que el discurso sobre cómo se instaló la democracia al sur del río Bravo fue monopolizado por la Ciencia Política. Tanto la compilación de O'Donnell, Schmitter y Whitehead, como el libro de Huntington acuñando el concepto de "Tercera Ola" se convirtieron en textos canónicos para acceder al tema e interpretar un cambio político que parecía decisivo en la historia reciente del subcontinente (...)" (Mira Delli-Zotti, 2010: 1458).

II. Discursos políticos de la transición democrática pampeana: monismo vs. pluralismo

Tras un primer intento fallido de apertura al diálogo por parte de la cúpula de la Junta Militar, en 1980 se evidenció en las discusiones políticas periodísticas nacionales y provinciales pampeanas la necesidad de munirse de argumentos adecuados para comenzar a trazar el camino más legítimo y eficiente para el retorno a un sistema democrático.

En el ámbito provincial pampeano, ya desde 1979 se veía tal resquebrajamiento del gobierno dictatorial. En enero de dicho año se dio "la instalación en pleno del Gabinete Provincial en General Pico" bajo las órdenes del Gobernador, general de Brigada J. C. Etchegoyen (*La Arena*, 2/1/80, p. 8). Se analizó en cancillería de la nación argentina el informe sobre DD.HH. emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reunión de la cual forman parte ciertos representantes de la OEA (*La Arena*, 4/1/80, p. 5). En aquel entonces la prensa pampeana empleaba las palabras de monseñor P. Langhi, quien señalaba que las palabras vertidas por el Papa Juan Pablo II en referencia a la violencia debían ser atendidas, a los fines de "(...) enfrentarnos con esa realidad, y también hacer nuestro examen de conciencia, sin tergiversaciones" (*La Arena*, 4/1/80, p. 6).

Los partidos políticos pampeanos rechazaron el contenido, alcance, mecanismos y condicionamientos impuestos por las Fuerzas Armadas (FF.AA.) y se avocaron a la tarea de precisar un lenguaje y concepción desde la cual justificar la implementación futura, algo incierta aún, de un sistema político democrático. Este proceso de redefinición de lo político se construyó en gran parte por definición negativa, es decir en repulsa de las particularidades del régimen militar vigente, promoviendo variaciones en cuatro aspectos centrales: a) representatividad política; b) aparato sindical; c) macroeconomía; d) medios de comunicación; y e) punitivismo penal (Franco, 2015- 2017).

En relación con el aspecto macroeconómico, cabe destacar que los empresarios pampeanos solicitaban a la Junta Militar de gobierno la introducción de reformas económicas a los fines de corregir el rumbo de la economía nacional, dada la creciente inflación, recesión y la comprobada ineficiencia de las medidas tomadas por J. Martínez de Hoz (*La Arena*, 15/01/80, p. 10). Los gremios y sindicatos locales desaprobaban constantemente la Ley de Asociaciones gremiales de los trabajadores o ley sindical, dado que perjudicaba a los trabajadores en un doble sentido. En primer lugar, de forma directa, atento a que no les permitía tener condiciones adecuadas de trabajo ni salarios dignos. En segundo lugar, de forma indirecta, ya que debilitaba a las asociaciones sindicales, las cuales tienen por meta primordial proteger los intereses de los trabajadores (*La Arena*, 16/01/80, p. 3). Ante las reiteradas y crecientes presiones desde las FF.AA. y externas, el ministro de economía J. Martínez de Hoz señalaba hacia 1980 que, a fines de dicho año, concluiría su plan económico y se retiraría de sus funciones en 1981 (*La Arena*, 19/01/80, p. 4).

Con relación al ámbito comunicacional, cabe señalar que los periodistas pampeanos solicitaban una genuina apertura al diálogo democrático, amparándose en el derecho constitucional de libertad de prensa. En este sentido, cobraban notoriedad los pronunciamientos del director provincial de ADEPA C. Ovidio Lagos, quien criticaba

duramente el encarecimiento del papel apto para impresión de periódicos, siendo que su mayor costo era percibido como un ataque a la referida libertad de prensa, derecho fundamental de la democracia, que el pueblo había reservado para su exclusivo arbitrio sin delegarlo a ningún tipo de gobierno (*La Arena*, 5/1/80, p. 5).

Al respecto, es dable destacar que, en relación a dichos cuatro aspectos del Proceso de Reorganización Nacional (PRN), la representatividad estaba dada en los activos militares que asumían roles políticos tanto en el gobierno nacional como en los gobiernos provinciales, los sindicatos y partidos políticos permanecían proscritos, los medios de comunicación eran sometidos a un estricto seguimiento, con prohibición expresa de aquellos asociados a partidos o movimientos catalogados como subversivos y/o corruptos, la economía era liberalizada al extremo y las acciones perseguidas con criterios punitivos extralegales y anticonstitucionales, empleando categorías como las de peligrosidad, desorden e inmoralidad pública (Canelo, 2015).

En este contexto, es posible identificar dos discursos políticos rivales, a los que denominaremos pluralista y monista².

El primero de ellos, de tipo pluralista, defendía como bases de un orden democrático legítimo, los derechos humanos, una amplia libertad de prensa y la negociación entre grupos sociales, económicos, políticos diversos. Esta perspectiva discursiva consideraba que un adecuado y respetuoso proceso de transición democrática debía ser comandado por civiles, en particular por los partidos políticos.

El segundo, defendía la dignidad humana, la tolerancia moral, el diálogo filtrado, así como el sostenimiento de cierto orden moral *a priori*, no negociable, sustentado en la dignidad, desde el cual evaluar todo proyecto de institucionalidad democrática. Esta perspectiva discursiva sostenía que un eficiente proceso de restablecimiento de la normalidad institucional requería necesariamente que las FF.AA. ejercieran un rol tutelar por sobre los actores políticos y sociales.

En este particular contexto discursivo, la perspectiva democrática monista fue considerada ilegítima, así como se mostró ineficiente para encausar la necesaria cohesión política por parte de aquellos grupos sociales y políticos enfrentados a las FF.AA. Este dato de la realidad, puede explicarse en diversos defectos propios de aquel enfoque. En particular, pueden identificarse tres tipos de objeciones, normativas, discursivas y pragmáticas, dirigidas contra el monismo democrático. En primer lugar, en continuidad con los principios morales enunciados en el Acta del PRN, la perspectiva monista asumía una tónica moral comprehensiva emparentada con la Iglesia Católica, pero que empleaba retóricamente

² A su vez, a nivel nacional se ha señalado la existencia de tres bandos al interior de las FF.AA. dada la existencia de una primera facción dura, ultra, revolucionaria, o plenamente castrense, una segunda facción intermedia, moderada, convergente, dialoguista, y una tercera facción flexible, partidista o politizada. La primera de dichas facciones no deseaba dialogar con los partidos y consideraba plenamente justificados los medios castrenses para los objetivos del PRN. La segunda, fue el artífice de la creación del Movimiento de Opinión Nacional. La tercera prefería intervenir e influir en los sindicatos y partidos afines a sus intereses sin violencia ni crear partidos (Canelo, 2015, 2016).

argumentos supuestamente inspirados en el cristianismo para auto amnistiar el horror propugnado por las FF.AA. En segundo lugar, la perspectiva democrática monista no incluía a todos los actores sociales y políticos, con lo cual, asumía una postura política que no reconocía ni brindaba un trato equitativo a todos los sujetos políticos, evidenciando con ello un discurso sectario. En especial, rechazaba abiertamente aquellas ideologías y movimientos progresistas, socialistas y laboristas que colisionaban con un estado comandado por las FF.AA. En tercer lugar, desde una perspectiva contextual, el monismo democrático no receptaba adecuadamente los profusos y persistentes reclamos sociales de mejoras económicas, laborales, humanitarias, por parte de algunos sectores representativos de las clases medias y bajas.

En forma diametralmente opuesta, cabe señalar que la perspectiva pluralista democrática poseía tres notorios atractivos. En primer lugar, en cuanto al aspecto normativo, la perspectiva pluralista rechazaba la imposición de principios morales comprensivos sea de quienes sean por sobre ciertos derechos humanos y fundamentales evidentemente conculcados por las FF.AA., así como resultaba consistente con los principios normativos propios de diversas doctrinas políticas. En segundo lugar, la perspectiva democrática pluralista incluía a todos los actores sociales y políticos, exceptuando solamente a aquellos que empleaban sistemáticamente violencia simbólica y material, con lo cual, asumía una postura política que reconocía y brindaba un trato equitativo a todos los sujetos políticos democráticos, evidenciando con ello un discurso inclusivo. En tercer lugar, desde una perspectiva contextual, el pluralismo democrático receptaba adecuadamente los profusos y persistentes reclamos sociales de mejoras económicas, laborales, humanitarias, propugnadas por parte de algunos sectores representativos de las clases medias y bajas.

En este contexto, la Multipartidaria debe ser entendida como la expresión política más acabada de la concepción democrática pluralista, la cual vencería a la perspectiva monista, la cual crearía un particular partido político elitista, el Movimiento de Opinión Nacional (MON) creado en las mismísimas filas castrenses para perpetuar en democracia los valores morales comprensivos y postulados económicos de aquel gobierno autocrático. El pluralismo democrático como base pragmática y normativa de sustentación, en su expresión más palmaria de la Multipartidaria persistiría en plena vigencia hasta la elección de R. R. Alfonsín como presidente de la nación en 1983. Cabe destacar que el presidente electo, asesorado por C. S. Nino, delineó una política democrática dialógica y respetuosa de los DD.HH., aunque con numerosas dificultades y desaciertos en dicho sendero, la cual se distanciaba de la lógica poliárquica y pluralista antes mencionada, intentando profundizar, complejizar, multiplicar las metas democráticas. En otras palabras, si bien con numerosas distancias, desaciertos e imprecisiones, es innegable que, durante los primeros años del gobierno alfonsinista, el ideal regulativo o concepción democrática que comenzaba a perfilar como superador era el deliberativo federal.

III. El gobierno democrático de R. R. Alfonsín y un genuino laboratorio institucional

El proceso democratizador de la Argentina abierto a partir de la transición iniciada en 1983 condujo a la presidencia a R. R. Alfonsín apoyado en un consenso social que daba la

espalda al autoritarismo y defendía el estado de derecho. Frente a una cultura política de escaso respeto por el orden constitucional, cristalizada durante medio siglo de inestabilidad, y frente al gran poder de veto del que gozaban las corporaciones empresarial y sindical sobre las decisiones públicas, R. R. Alfonsín proponía un proyecto fundante de una "nueva política" en el país (Basombrío, 2014: 378) *¿Y en qué consistía el mensaje progresista de R. R. Alfonsín?* Ante todo, debe aclararse que tenía una visión rupturista respecto del período anterior, la cual se manifestó en la forma de "frontera política". Es decir, por un lado, el político buscaba romper con el pasado inmediato al cual demonizaba asociándolo a la guerra, al autoritarismo y a la muerte. Como contrapartida, defendía el estado de derecho asociado a la paz, la moral, la vida y el orden democrático. Pero también buscaba una ruptura con un pasado más lejano caracterizado por el faccionalismo. Proponía para enfrentarlo una democracia asociada con el bienestar y la prosperidad, que suponía la conformación de una nueva cultura política. Esto exigía generar un cambio en la manera de hacer política en la Argentina e implicaba refundar la democracia, respetar el pluralismo y el disenso y recortar la influencia de las corporaciones.

Entonces, el proyecto político alfonsinista se orientaba a la formulación de una "nueva política" que tomaba de la tradición yrigoyenista la concepción de la acción política como reforma moral e introducía al mismo tiempo la aceptación de la alteridad en la identidad política (Basombrío, 2014: 380-381). La aspiración de R. R. Alfonsín en el marco del proceso de transición democrática era fundacional, ya que deseaba instaurar una nueva república democrática liberal sobre pautas políticas y diseños institucionales disímiles a los existentes y predominantes entre 1930-1982. En este sentido, cabe señalar que el discurso político democrático de dicho líder radical se amparaba en cuatro categorías típicamente democráticas republicanas tales como: la dictadura como exceso político e inmoral; la corrupción y venalidad de cierto sector oligárquico comercial; la guerra (de Malvinas) en tanto hecho refundacional; y el amor a la patria en tanto entidad constituida principalmente por instituciones políticas democráticas formales. A mayor abundamiento, el presidente radical deseaba generar con su gobierno dos nítidas rupturas con el pasado institucional argentino. En primer lugar, pretendía investigar mediante tribunales civiles y penales ordinarios los crímenes producidos durante el PRN. En segundo lugar, postulaba la necesidad de crear un acuerdo político y cívico entre todas las fuerzas y organizaciones políticas que operara como valla de contención, límites, ideas, pautas y correcciones a las decisiones de gobierno encaradas por cada gobierno de turno (Morán y Padilla, 2016: 315-324). Ello, no obstante, no haber neutralizado a los actores ni modificado gran parte de los factores que habían obstaculizado la estabilización de un régimen democrático. A esto se añadía la herencia económica de estancamiento, inflación, empobrecimiento y deuda externa, así como un escenario internacional conflictivo. Se trataba, por tanto, de una "transición tormentosa" que pondría en evidencia la tensión entre las expectativas y las restricciones políticas, sociales, económicas y culturales con las que objetivamente se enfrentaba. Éste fue el difícil contexto, R. R. Alfonsín, se mostró consciente de que la sociedad argentina estaba sin rumbo y necesitaba de criterios constructivos claros, razón por la cual tuvo como prioridades de su naciente gobierno las cuestiones democráticas y de derechos humanos a fin de refundar la República (Basombrío, 2014: 382).

El presidente apeló en aquel entonces al asesoramiento de varios intelectuales para encarar el tema de los derechos humanos y del restablecimiento del estado de derecho en el país. En este contexto -como ya se señalara- resultó trascendental la interacción entre un intelectual como C. S. Nino y un representante político como R. R. Alfonsín. Por su parte, C. S. Nino percibió que podía ofrecer un impulso innovador, que su rol intelectual no se oponía a la actividad práctica y decidió colaborar con la recuperación de la legitimidad y estabilidad democrática (Basombrío, 2008: 18).

La influencia de C. S. Nino puede analizarse en dos momentos políticos. Por un lado, entre 1983 y 1985, se destaca su trabajo en pos de pergeñar una estrategia jurídica adecuada en el juzgamiento de los comandantes de las Fuerzas Armadas del autodenominado Proceso de Reorganización Nacional. Por otro lado, entre 1985 y 1987, cabe valorar su rol como coordinador del *Consejo para la Consolidación de la Democracia* (CCD), ámbito académico intersubjetivo que funcionaría como un genuino laboratorio de nuevos mecanismos, organismos y diseños institucionales democráticos (Basombrío, 2008: 19).

R. R. Alfonsín se proponía cambiar la manera de hacer política en la Argentina, construyendo una "nueva política", tanto en su manera de comunicar, deliberar como decidir, lo cual implicaba a su entender refundar la democracia sobre nuevos principios morales, respetar el pluralismo axiológico vigente en la sociedad y morigerar la influencia de ciertas corporaciones (Basombrío, 2008: 20).

C. S. Nino observaba cierta incapacidad del liberalismo argentino para incorporar los valores propios de la tradición democrática. Frente a esto, hacía hincapié en el carácter igualitario que debía tener el liberalismo. Defendía un proyecto liberal y al mismo tiempo igualitario en materia socio-económica. Concebía la transición a la democracia como un cambio institucional que debía modificar prácticas y hábitos de conducta, dado que en su diagnóstico de nuestra situación política identificaba cuatro tendencias recurrentes y perjudiciales en el transcurso de nuestra historia argentina, a saber: a) el dualismo ideológico entre liberales y conservadores; b) el corporativismo económico que promovía la existencia de ciertos privilegios inapropiados a determinados grupos; c) la anomia ciudadana, entendida como el sistemático incumplimiento de normas; y d) la concentración del poder político por parte del presidente de la Nación (Basombrío, 2008: 22-23).

Estos cuatro fenómenos constantes y perjudiciales explicaban a su entender la reversión del desarrollo político y económico de la Argentina. Para revertir estas cuatro variables nefastas, C. S. Nino proponía adoptar una concepción democrática disímil a la pluralista agregativa vigente, que él definía como deliberativa e igualitaria, la cual permitiría establecer un régimen real de gobierno más legítimo y estable desde el punto de vista moral. En síntesis, la institucionalización de ciertos mecanismos formales e informales que favorecieran el complejo, abierto y provisorio proceso de deliberación pública ciudadana era el norte fundamental de esta nueva perspectiva democrática, en tanto plafón normativo fundamental para superar aquellas cuatro indeseables tendencias (Basombrío, 2008: 23).

Atendiendo a la meta democrática republicana de refundación, es que el 24 de diciembre de 1985 el presidente creó por decreto el *Consejo para la Consolidación de la Democracia* (CCD en adelante), nombrando a C. S. Nino coordinador de este, quien aceptó convencido

de que la tarea de proponer reformas estructurales promovería el cambio institucional que modificaría prácticas y hábitos de conducta.

El *Consejo para la Consolidación de la Democracia* (CCD) estuvo integrado por figuras notables del ámbito cultural, intelectual y político argentino. Sus miembros fueron Oscar Albrieu (justicialista), José Antonio Allende (demócrata cristiano), Ismael Amit (Movimiento Federalista Pampeano), Leopoldo Bravo (bloquismo), Genaro Carrió (constitucionalista), Raúl Dellepiane (socialista), Guillermo Estévez Boero (socialista), René Favalaro (cardiólogo), Ricardo Flouret (militar), Enrique Nosiglia (radical), Julio H. G. Olivera (economista), Emma Pérez Ferreira (físico-matemática), Oscar Puiggrós, Ángel F. Robledo (justicialista) Fernando Storni (sacerdote católico), Jorge A. Taiana (justicialista), Alfredo Vítolo (desarrollista), María Elena Walsh (artista) y Emilio Weinschelbaum (derechos humanos)³.

El 07/10/1986 C. S. Nino en su rol de Coordinador del CCD, presentó al presidente R. R. Alfonsín una apretada síntesis del Dictamen Preliminar relativo a Reforma Constitucional. El objeto de esta visita era hacerle entrega de un dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia, el cual respondía a una solicitud presidencial del 13 de marzo de 1986, que solicitaba a dicho cuerpo asesor que recopile antecedentes y opiniones, así como que emita su propio juicio sobre la necesidad, oportunidad y posibles temas de una reforma constitucional.

En cuanto a su objetivo general el CCD tenía por función crear un espacio plural que fuera capaz de sostener el proceso democrático, en los primeros años luego de la caída de la dictadura en 1983. Entre los temas que concentraron la atención del Consejo se encontraban la reforma constitucional, el traslado de la capital de la Nación, una nueva ley de radiodifusión y el futuro Mercosur. Más específicamente el CCD produjo cuatro materiales que fueron publicados por Eudeba: a) Presidencialismo vs. parlamentarismo: materiales para el estudio de la reforma constitucional; b) Radiodifusión: proyecto de ley y dictamen; c) Reforma constitucional: dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia; y d) Reforma constitucional: segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia.

El discurso político dialógico alfonsinista se alimentó de los aportes intelectuales de dos grupos académicos convocados por R. R. Alfonsín como colaboradores para su campaña y gobierno democrático. Por un lado, puede identificarse un conjunto de jóvenes profesores en filosofía política y del derecho que asumían una perspectiva liberal igualitaria y estaban nucleados por la figura de C. S. Nino. Por otro lado, cabe destacar un grupo de jóvenes científicos sociales partidarios de un discurso socialista democrático, los cuales tenían por referente convocante a M. Goodbar (Basombrío, 2014: 376).

³ Más específicamente el CCD Cabe aclarar que el equipo de colaboradores y asesores jóvenes de C. S. Nino incluía a: Gabriel Bouzat, Daniel Sabsay, Marcelo Alegre, Marcela Rodríguez, Roberto Gargarella, Miguel Ángel De Dios, Marcela Gianzone, Jorge Mayer, Javier Sarán, etc. Entre los asesores de los miembros del Consejo se encontraban Julio Lotes, Alberto José Robles, Marta Ferreyra, entre otros.

Por un lado, el liberalismo progresista igualitario defendido por C. S. Nino, se apoyaba en pensadores liberales fuertemente igualitarios como John Rawls y Ronald Dworkin. Este enfoque tributario de la tradición de izquierda del pensamiento norteamericano con la que C. S. Nino estaba muy vinculado por medio de la Universidad de Yale. El liberalismo igualitario combina los valores de la libertad y de la igualdad y promueve una distribución igualitaria de la libertad. Lejos de ser enemigo de los derechos sociales, considera que ellos son la extensión natural de los derechos individuales que descansan en los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona. Los individuos deben ser igualados con relación a las diferencias que emergen de las distintas circunstancias materiales. El liberalismo igualitario compromete al Estado con la provisión de ciertos bienes básicos, esenciales para que cada persona afirme su autonomía. Le preocupan las acciones y las omisiones del Estado. Entiende la sociedad política como un sistema equitativo de cooperación social que supone entender a los ciudadanos como razonables y racionales, libres e iguales (Basombrío, 2014: 386).

Por otro lado, el socialismo democrático defendido por M. Goodbar y aquellos intelectuales que integraron el denominado "Grupo Esmeralda" es resultado, por una parte, de la traumática experiencia pasada que condujo a la revalorización democrática y al desprestigio de las interpretaciones de los años sesenta y setenta, y por otra, de un cambio de paradigma a nivel internacional producto del nuevo rol de los medios de comunicación y de la técnica en política, de la compartimentación y especialización del saber en desmedro de las visiones totalizadoras y omnicomprendivas de los comportamientos sociales, junto a la disolución del componente antagónico y las contradicciones en la sociedad que los intelectuales de izquierda reconocían y explicaban en el pasado. El corte que las teorías transicionistas y las ciencias sociales establecieron entre autoritarismo y democracia y que R. R. Alfonsín asumió como parte integral de su programa al demonizar el pasado, convertía a éste en el límite de la identidad intelectual en democracia y se teñía de una fuerte autocrítica (Basombrío, 2014: 386-387).

En particular, la actuación intelectual de ambos grupos permite delinear un sentido disímil de los términos políticos democracia, derechos humanos, justicia y reforma institucional, a los asumidos desde los discursos democráticos monista y pluralista ya analizados. Una especial injerencia tuvo en la definición de estos términos el intelectual C. S. Nino quien auspició como asesor del presidente R. R. Alfonsín. Veamos pues qué sentido se les atribuyó a dichos significantes.

En primer lugar, con relación al término *democracia*, el discurso político dialógico se sustentó en una concepción liberal igualitaria del concepto de democracia deliberativa, conforme la cual la legitimidad democrática depende de que las normas, instituciones y medidas sean discutidas por los ciudadanos por ellas afectados (Nino, 1989). En segundo lugar, la noción de *derechos humanos* era entendida como potestades jurídicas justificadas desde una perspectiva moral constructivista, puestas en manos de sujetos individuales, dirigidas a evitar, reparar o castigar aquellas acciones que vayan contra un elemento material o simbólico de una persona humana (Nino, 1989). En tercer lugar, el término *justicia* asumió una perspectiva liberal igualitaria, distanciándose de las definiciones libertarias, comuni-

taristas y utilitaristas defendidas por otros autores contemporáneos (Nino, 1989). En este entendimiento la justicia debe ser entendida de forma individual, aunque relacional, y parte de valores morales fundamentales o derechos *a priori* tales como los de dignidad y autonomía (Nino, 1989). En cuarto lugar, la noción de *reforma institucional* se definió desde una perspectiva filosófica política normativa, asumiendo que dicho proceso de modificación constitucional debía estar guiado por principios y criterios normativos predefinidos, tales como los de legitimidad, justicia y estabilidad, siendo necesaria la deliberación previa entre ciudadanos (Nino, 1992).

El dictamen incluía ciertos escritos anexos donde figuraban documentos redactados por equipos técnicos creados por el CCD, así como por miembros y asesores expertos de Buenos Aires y del interior del país, representantes políticos, jueces, partidos políticos, sindicatos obreros y entidades empresarias, autoridades universitarias, profesores, dando lugar incluso a la palabra de la ciudadanía en general mediante diversas organizaciones. La preocupación generalizada de quienes participaron de uno u otro modo en construir insumos para dicho informe era la de diseñar mecanismos institucionales para descentralizar el poder político y económico, fortaleciendo el *federalismo*. De este modo, C. S. Nino advertía que la mayoría del CCD había concluido que una reforma parcial de la Constitución Nacional Argentina resultaba necesaria y oportuna (Nino, 1989).

En particular, cabe destacar que el CCD recomendaba *reformar profundamente el Poder Ejecutivo*, a los fines de desconcentrar las tareas del presidente y dar más flexibilidad a la institución presidencial en situaciones de tensión o crisis. En miras a dicha meta proponía instituir la figura de un Primer Ministro el cual sería nombrado por el presidente, debiendo este último a propuesta del primero nombrar a los restantes integrantes del Gabinete. Por un lado, el presidente sería electo por sufragio universal y directo según el sistema de doble vuelta y durar cuatro años en su cargo. Sería reelegible sucesivamente por una sola vez. Por el otro, el Primer Ministro y los ministros podrían ser removidos por el presidente, sin perjuicio de la responsabilidad que ellos tienen frente a la Cámara de Diputados (Nino, 1989).

Conforme dicho dictamen de la CCD la Constitución debía deslindar las competencias del presidente y del Primer Ministro y su Gabinete. Así: 1. En su papel de Jefe Supremo de la Nación, el Presidente, sin necesidad de refrendo ministerial, ejercerá atribuciones privativas tales como designar el Primer Ministro; disolver la Cámara de Diputados; dictar reglamentos de necesidad y urgencia; ejercer el cargo de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas; promulgar y vetar las leyes; hacer todos los nombramientos que en la Constitución vigente exigen acuerdo del Senado; ejercer la iniciativa legislativa en lo que atañe a sus facultades privativas; 2. El Primer Ministro ejercerá las atribuciones propias del Jefe de la Administración Pública y las que por Decreto le delegue el Presidente de la República; y 3. Las restantes funciones que la Constitución Nacional encomienda al Poder Ejecutivo serán ejercidas por el Presidente con refrendo ministerial.

C. S. Nino consideraba que la participación ciudadana brinda a la democracia un contenido social y epistémico, lo cual posibilita que los derechos reconocidos en la Constitución se concreten en el plano político real. La perspectiva democrática deliberativa

defendida por C. S. Nino ofrecía los siguientes atractivos: a) permite desarrollar la solidaridad frente al individualismo y atenúa la competitividad que impiden la solución equitativa de los problemas; b) promueve el conocimiento de la realidad y, en consecuencia, determinar responsablemente la dirección en que quiere transformarla; c) posibilita colocar las instituciones al servicio de las necesidades sociales; y d) la participación ciudadana mejora el resultado y la eficiencia de toda gestión social y mejora al hombre porque lo hace artífice de su destino. Por ello, el CCD proponía incorporar al texto constitucional nuevas formas de democracia participativa de tipo semidirectas, tales como plebiscito, referéndum, consulta e iniciativa popular, las cuales tengan por objeto el refuerzo de la democracia representativa, pero a su vez allanan el camino para la construcción de una democracia deliberativa participativa. Es por ello que en este nuevo esquema de participación política resultaba trascendental desde luego la participación directa de la ciudadanía (Nino, 1989).

IV. Los ideales y sus circunstancias: aporías del modelo deliberativo federal alfonsinista

No obstante, la valiosa labor teórica de aquellos intelectuales, la transición democrática argentina asumió ciertas características que impidieron la adecuada concreción de la construcción de una nueva república democrática sobre consensos políticos estables y sólidos, por lo cual dicha anhelada reforma propuesta por el CCD no pudo realizarse.

Por un lado, entre los obstáculos generales impuestos al gobierno alfonsinista podrían destacarse cuatro. En primer lugar, cabe señalar que, de forma tímida a pocos meses de asumir el nuevo gobierno, luego mucho más álgida acercándose a su fin, una gran parte de la UCR y del Peronismo consideraba excesivas las medidas y proyecciones progresistas de R. R. Alfonsín. En segundo lugar, la Multipartidaria se disolvió y no continuó operando como una legítima y estable esfera deliberativa de consensos interpartidarios, sino que los partidos políticos asumieron un rol agonial, demagógico y no dialógico, rayano al existente de forma previa al PRN. En tercer lugar, los aspectos culturales, económicos y castrenses mostraban rasgos de notoria continuidad con la inercia ejercida por las acciones políticas del PRN. En cuarto lugar, el PRN había dejado una economía netamente dependiente del crédito internacional y había fulminado la capacidad de desarrollo económico, social y cultural vernáculo, todo ello fruto de medidas económicas libertarias centralistas (Morán y Padilla, 2016: 318-319).

Por otro lado, en cuanto a los obstáculos específicos que, durante y tras la presidencia de R. R. Alfonsín, el discurso deliberativo o perspectiva democrática dialógica afrontó, otros autores identifican cuatro, a saber: a) la resistencia de cierto sector político conservador que no desea democratizar las instituciones ni ciertos enclaves culturales; b) cierto sector sindical que bajo un esquema político maniqueo traduce todo reclamo profundo, complejo, plural en una presión salarial y divide al país en obreros y empleadores; c) un importante sector populista decisionista que descrea del diálogo político y considera que la salida a todos nuestros males vienen de la mano de un líder cuasi mesiánico; y d) la posición económica periférica de la Argentina, que la pone en situación de constante dependencia de créditos internacionales sin los cuales garantizar su estabilidad (Novaro, 2010).

Especial análisis merece el *factor económico fiscal*, en tanto causal de fracaso de la refundación política propiciada desde el alfonsinismo. Al respecto y en el marco del proceso de ajuste económico que de forma fragmentaria y contradictoria propinó el gobierno radical para salir de la profunda crisis económica desatada, cabe advertir que las provincias lideraron la reorganización y revalorización del patrón territorial de construcción política en la Argentina, imponiendo su particular manera de entender la política (Cao, 2017: 275).

Durante el gobierno autocrático y unitario autodenominado Proceso de Reorganización Nacional, la inmoral e ilegal dictadura imperante entre 1976 y 1983, se adoptó un modelo económico neoliberal de forma consistente con el boom regional y mundial de dichas ideas, lo cual implicaría el ocaso del desarrollismo como modelo económico y su reemplazo por aquellas ideas de ajuste estructural (Cao, 2017: 276). Las políticas neoliberales producían el debilitamiento de las redes institucionales que por décadas habían sostenido la organización de las clases populares y que las había articulado con el proyecto de industrialización por sustitución de importaciones (Cao, 2017: 296). En respuesta a este modelo económico excluyente, el gobierno democrático radical emergente en 1983, adoptó entre sus medidas de reforma institucional, algunas que estaban expresamente orientadas a promover la descentralización de la política, generando así la tan deseada revalorización de las provincias en el plano social, administrativo, económico y político, con lo cual se produjo una notoria amplificación de la importancia del patrón territorial en el complejo proceso de construcción política de la Argentina (Cao, 2017: 277).

En otras palabras, la debilidad del gobierno radical hizo que, efectivamente, las provincias incrementaran sus recursos y que con ellos construyeran una plataforma de construcción territorial que estaba destinada a impactar notablemente sobre la estructura política argentina. Esta nueva plataforma tenía dos vectores; uno, dirigido a construir un microcosmos de relaciones en el territorio sobre la base de la asistencia social, la cultura, las economías solidarias, los movimientos sociales, y otro enfocado a sumar a la alianza a las clases dominantes a partir de desplazar a actores de extracción extra regional (Cao, 2017: 299).

De este modo, paradójicamente la promoción por parte del alfonsinismo de la descentralización de la política argentina, posibilitó el fortalecimiento de la liga de gobernadores opositores de ideología peronista, la cual terminó socavando la legitimidad, estabilidad y gobernabilidad del gobierno nacional, al imponer una mirada sectorial, regional y fragmentada de la política. No obstante, esta consecuencia indeseada fue precedida por genuinos y provisorios escenarios de acuerdos políticos entre alfonsinistas y peronistas, los cuales fueron perdiendo vigencia, credibilidad y valor tras el avance de ciertas medidas antiinflacionarias desplegadas por el gobierno nacional (Cao: 2017: 280).

Sin que fuera notado ni por analistas, ni por académicos, ni por funcionarios, a nivel provincial y municipal comenzaba a darse un cambio trascendente en el país: la creciente importancia de la construcción territorial de la política que buscaba la contención de los actores populares mediante empleo público y asistencia social, así como garantizar la supervivencia de las burguesías regionales. En cumplimiento de dichos dos fines políticos se degradaron circuitos y estructuras institucionales, pues las unidades estatales fueron

inducidas a ocupar las grietas generadas por la crisis y no a cumplir las funciones específicas para las que fueron creadas. Ahora bien, este esquema tiene una contradicción básica: existía y se desarrollaba a partir de las transferencias desde el Estado central y necesitaba, para reproducirse, crecientes recursos. Esta sería la batalla que quedara abierta de cara a la crisis de 1989 y que tendría sucesivos episodios de tensión y choque en la siguiente década (Cao, 2017: 295-298).

En particular, cabe señalar que la inclinación de los actores y organizaciones que se divorciaron de las iniciativas gubernamentales justificaron sus opiniones en dos direcciones. Algunos pensaban que los juicios no habían sido suficientemente firmes para reparar el daño y someter a los militares a la autoridad civil; otros pensaban que fueron demasiado severos y dañinos para lograr ese cometido. El hundimiento del consenso alfonsinista explicó en gran medida el motivo por el cual las organizaciones de derechos humanos eran ajenas a los ideales liberales y republicanos promovidos por el oficialismo. Si bien las iniciativas del gobierno respecto del enjuiciamiento a los militares dejaron un legado positivo, Alfonsín no se había colocado en sintonía con las preferencias y estrategias de actores sociales representativos; tampoco logró imponer en la opinión pública principios suficientemente legítimos y aceptados, ni pudo conseguir reglas institucionales que fueran efectivas para satisfacer las demandas (Crisafi, 2016: 180).

En síntesis, ni la convergencia política con la oposición, ni el deseo de la flexibilización del propio partido enunciados, ni el proyecto de reforma institucional propuesto por el CCD prosperaron. Para 1987 Alfonsín había perdido el apoyo de la civilidad y en las elecciones nacionales de ese año, la UCR quebraba su predominio en la Cámara de Diputados y era relegada en casi todas las provincias. Ya en diciembre de 1986 la situación empezó a cambiar para la concreción del proyecto alfonsinista cuando el presidente envió al Congreso el proyecto de ley de "Punto Final" que se sancionó como ley 23492 y contribuyó al desprestigio del presidente. Tanto el grupo liberal igualitario como el socialista democrático fueron muy críticos respecto de esta ley y del manejo de la información que hizo el gobierno, cuya consecuencia fue hacer pensar que se buscaba evitar confrontar con el pasado. El panorama también se agravaría desde el punto de vista económico: hacia mediados de enero de 1989, el Banco Mundial comunicó que no desembolsaría los créditos que había prometido a la Argentina. Esta noticia se filtró a la prensa. Se inició la corrida contra el austral. El 31 de marzo Sourrouille renunció al ministerio de Economía. La profunda crisis cambiaría culminaría con la hiperinflación y el presidente adelantaría la entrega del mando (Basombrío, 2014: 393-394).

Estos obstáculos han colocado a la perspectiva dialógica hasta el día de hoy en una posición minoritaria, a la vez que revelan una genuina aporía en su enunciación, dado que mientras intenta imponerse como la voz de la democracia, la mirada más respetuosa de la soberanía popular no ha sido construida teóricamente ni aplicada en la práctica propiamente por y para sectores populares, sino intelectuales (Gargarella, 2010).

Aquellas y otras causales discursivas y empíricas pusieron en descubierto la incapacidad del liberalismo alfonsinista para generar las bases de su propia estabilidad y las consecuencias que pueden seguirse de aquellos (Gargarella, 2010: 23). Este diagnóstico suele ser justifi-

cativo para dos tesis diversas sobre las proyecciones de la ambigüedad del discurso político alfonsinista. Por un lado, algunos consideran que el gobierno alfonsinista sucumbió a una matriz política discursiva pretérita, a un ciclo liberal-conservador (Gargarella, 2010: 23). Por otro lado, algunos consideran que el alfonsinismo fagocitó parcialmente ciertos caracteres propios de un populismo clásico caído hacia fines de 1970, de manera que rescató el carácter fundacional sin generar las necesarias bases sociales ni consensos políticos, económicos y sociales para construir una nueva república (Aboy Carlés, 2005: 129).

Desde luego, la falta de legitimación y consenso en derredor del proceso de reforma constitucional democrático propuesto por el CCD entre 1985-1987 demuestra la falta de condiciones normativas no ideales aptas para la consolidación de un modelo democrático superador del pluralista agregativo enunciado y justificado en el período 1979-1983.

Consideramos, que el escaso impacto de las propuestas reformistas podría justificarse en cuatro causas complementarias, a saber: a) el discurso deliberativo fue propuesto desde una lógica *top-bottom* y no *bottom-top*, es decir, se recurrió a la opinión de intelectuales, técnicos y expertos, pero no fue dicho proceso acompañado por un relato político masivo, ni se construyeron las bases de sustentación social de dicho proceso reformista (Gargarella, 2010: 32); b) el discurso deliberativo humanitarista se empleó en muchas ocasiones como fuente de argumentos críticos de ciertas organizaciones sociales, entre ellas sindicales, que pertenecían a una tradición política populista movimientista, con lo cual el discurso deliberativo fue considerado por los sujetos colectivos atacados como antipopular (Aboy Carlés, 2010: 78-79); c) el discurso deliberativo humanista no fue acompañado con medidas económicas sociales de redistribución radical de la riqueza, disociando los problemas de legitimidad política, de los de justicia humanitaria, así como de aquellos referidos a la justicia social, en otras palabras se priorizó el valor justicia humanitaria por sobre el valor justicia social, con lo cual los avances efectuados fueron rápidamente licuados ante la primera grave crisis económica, en este sentido existe una notoria discontinuidad entre el discurso alfonsinista y el discurso de transición de la Multipartidaria, la cual sí ponderaba prioritariamente la justicia social, valor con el cual se inició el camino a un nuevo proceso democrático (Gargarella, 2010: 24-29; Olivares, 2018: 7-15); d) el discurso político alfonsinista fue ambiguo y osciló entre la confrontación inicial con la oposición peronista y las corporaciones empresarias y sindicales, para luego asumir una tónica dialógica con dichos mismos actores frente a un escenario económico social adverso (Aboy Carlés, 2010: 67-70); y e) la cultura política institucional argentina sustentada sobre premisas agonales ofrecía imágenes sobradas de que la falta de hegemonía debía ser considerada como un signo incontrastable de debilidad y estabilidad institucional (Gargarella, 2010: 23).

Los argumentos vertidos en términos generales, válidos para toda la Nación, acerca del frustrado intento del alfonsinismo de construir una nueva república democrática de bases deliberativas, halla su particular correlato en la esfera provincial pampeana.

El diario *La Arena* en un titular denominado "El cooperativismo en la acción oficial nacional durante 1984" señalaba que tras un largo período de 1976 a 1983 caracterizado por el cierre de numerosas cooperativas, en un año de gestión el gobierno radical había fomentado la inclusión de 283 nuevas cooperativas, entre las cuales destacaban por su

número e influencia las de vivienda y de consumo. Este resultado auspicioso se justificaba en la prensa pampeana, como resultado de la política de estado nacional impuesta por R. R. Alfonsín quien afirmaba que *el sistema cooperativo ostentaba dos grandes atractivos*, su perfil solidario y su capacidad transformativa, ambos aspectos sumamente relevantes en el marco de una herencia económica dictatorial desastrosa signada por principios y medidas neoliberales. Especialmente cabe destacar que el novel gobierno democrático había creado una *Secretaría de Acción Cooperativa* la cual dirigía, coordinaba y evaluaba el Plan Nacional de Desarrollo Cooperativo, así como el Consejo Federal Asesor, siendo ambos organismos legales medios aptos para comunicar, potenciar y colaborar a las asociaciones, cooperativas y federaciones, sean ellas provinciales o municipales. La relevancia de tales organismos era tal que se preveía exponer los avances teóricos y prácticos efectuados en la materia en diversos foros internacionales de integración económica propiciados por la Organización de los Estados Americanos (*La Arena*, 3/1/85: 19).

La prensa pampeana señalaba que 1985 sería para dicho espacio geopolítico *un año carente de elecciones locales relevantes*, lo cual implicaba cierto límite para el profundo proceso de transición democrático iniciado en 1983. Únicamente se produciría la elección de tres diputados nacionales, los cuales por sorteo verían reducido su mandato a dos años, atento el esquema de reestructuración institucional impuesto por el gobierno alfonsinista y la normativa constitucional e infraconstitucional pampeana. El sistema constitucional pampeano vigente desde 1960 establecía que la duración en el cargo de todos representantes políticos, menos de los senadores, era de 4 años, debiendo renovarse entonces los cargos de gobernador, vicegobernador, intendentes, concejales y jueces de paz, de manera uniforme, a diferencia del sistema nacional y de otras provincias que permitía la renovación escalonada no uniforme.

Entre los graves defectos propios de tal sistema constitucional local la prensa identificaba los siguientes: a) la pérdida de aprendizaje político, es decir, la incapacidad de retener la experiencia política; b) el refuerzo de la discontinuidad histórica de los mandatos estructuralmente interrumpidos desde 1955 por sendos golpes de estado nacionales; c) la ralentización de los debates y labores parlamentarias; d) la falta de sensibilidad a las variaciones en la opinión ciudadana, lo cual era resultado de mandatos políticos uniformes, prolongados y fijos; e) el desaliento de la deliberación, participación e influencia ciudadana en el rumbo de las instituciones republicanas de gobierno; y f) el refuerzo del rol secundario, pasivo o dependiente del poder legislativo en relación al poder ejecutivo provincial, afirmando su carácter de lujoso apéndice político (*La Arena*, 3/1/85: 23).

La Arena, el diario de mayor tirada provincial, señalaba que el gobierno alfonsinista tenía entre sus metas políticas *vencer a la influencia de tres corporaciones negativas para nuestro sistema democrático*, a saber: el poder militar, el poder sindical y el poder financiero. La primera de las batallas obtuvo un éxito general, aunque no rotundo. La segunda batalla fue parcialmente victoriosa, dado que por un lado no se logró la aprobación de la ley de democratización sindical, por el otro se logró la renovación vía eleccionaria de ciertos representantes sindicales. La tercera batalla, a dos años de asumir su mandato, ya se predestinaba como pérdida, dado la falta de avances concretos y positivos en la materia.

Ante este escenario financiero, las opciones eran dos a consideración del editorial del referido diario: frenar la especulación o bien sucumbir a las artimañas de la denominada *patria financiera*. En este sentido, hacia comienzos de 1985, la prensa pampeana afirmaba que "(...) si no se pone una valla, mediante la limitación estricta de las tasas y la adopción de acciones complementarias como la nacionalización de la banca y del comercio exterior, la reactivación de la industria y de otros sectores productivos quedará solo como una expresión de deseos (...)" (*La Arena*, 4/1/85: 2). Los senadores, justicialistas primero y los radicales luego, hicieron llegar a la prensa nacional y provincial su *descontento con el manejo de la situación financiera*, dando a entender la falta de valentía, fiereza y proactividad del gobierno nacional radical (*La Arena*, 5/1/85: 3).

En respuesta a la supuesta inacción del gobierno nacional en el plano económico, el entonces secretario de hacienda nacional N. Bertaina señalaba que en 1985 se había girado un 4% más a las provincias en concepto de Coparticipación Federal que lo efectuado en 1984. Este aspecto económico nacional se transformaría desde 1985 en *el gran talón de Aquiles de la gobernabilidad radical*, desandando el camino del diálogo y colocando a justicialistas y radicales en veredas opuestas. En especial cabe destacar el rol desempeñado por los senadores justicialistas pampeanos J. M. Vernet y A. Puricelli, quienes consideraban que habían sido improductivas las reuniones entre senadores justicialistas y los diversos representantes del gobierno, siendo a su entender un atropello a las soberanías provinciales el entonces vigente sistema de coparticipación federal de impuestos (*La Arena*, 5/1/85: 3).

Cabe destacar que R. R. Alfonsín, incluso en dicho contexto socioeconómico desfavorable, ante la opción de imponer un decreto presidencial o promover un debate amplio, decidió siempre lo segundo en materia de coparticipación federal. La oposición justicialista la cual comandaba la gobernación de diversas provincias amenazaba entonces incluso con la posibilidad de promover *juicio político* al presidente en caso de que se negase a negociar y prefiriese prorrogar lo ya firmado por decreto (*La Arena*, 7/1/85: 3).

El debate acerca de la coparticipación federal de impuestos fue conducido con hábil retórica desde la oposición justicialista, señalando que lo que estaba en discusión no era un aspecto económico cuantitativo sino político cualitativo, a saber: la *soberanía provincial*. *A priori*, parecería curioso destacar que en este contexto de transición democrática los periódicos nacionales y provinciales pampeanos emplearon el término *soberanía* en lugar del técnico *nomen iuris* de *autonomía*. Lo cierto es que la estrategia argumentativa opositora al radicalismo deseaba retomar un ideal regulativo confederal negocial para obligar al gobierno nacional a hacerse cargo en solitario de la deuda externa a la par que debía de satisfacer los deseos de mayores ingresos de las provincias. Para evitar la calificación de egoísmo o falta de patriotismo con la que se percibía la actitud de numerosos gobiernos provinciales justicialistas por parte del partido oficialista, las mismas provincias se embanderaron como defensoras de la extraviada "soberanía provincial". Lo cierto es que desde 1853 a la fecha, en rigor técnico las provincias argentinas son meramente *autónomas* y no soberanas, componiendo una federación acotada, limitada o mixta, estando ello lejos de un sistema confederal robusto de soberanía plural. Los gobernadores provinciales bien sabían

esta realidad constitucional, pero era necesario echar mano de cuanto recurso discursivo hiciera falta para imponer su visión en este debate coyuntural pero trascendental (*La Arena*, 14/1/85: 7).

Hacia fines de 1985 como contrapartida de los constantes embates opositores R. R. Alfonsín se mostró nuevamente abierto al diálogo político exhortando a todos los representantes políticos a efectuar "un pacto democrático" el cual tuviera en miras construir "una sociedad moderna, participativa y éticamente solidaria" (*La Arena*, 2/12/85: 2). Alejándose de metas más abstractas y con un discurso algo más pragmático el presidente señaló: "(...) no hablemos ya de reforma ni de revolución, discusión anacrónica, situémonos, en cambio, en el camino acertado de la transformación racional y eficaz (...)" (*La Arena*, 2/12/85: 2). La gran mayoría de los representantes políticos acompañó el discurso retóricamente pero no así con sus acciones políticas las cuales siguieron haciendo hincapié en las diferencias partidarias y en reclamos económicos de algunas provincias (*La Arena*, 3/12/85: 3).

Bajo el título "Alfonsín constituye consejo de notables" el diario provincial de mejor distribución local daba cuenta de la construcción del *Consejo para la Consolidación de la Democracia* (CCD). Se señalaba que la misión fundamental de tal organismo sería la de elaborar un proyecto de transformación fundado en la *ética de la solidaridad* y en la *democracia participativa*. Además de establecer que la presidencia de tal consejo de Estado estaría en manos de C. S. Nino, se mencionaba que el mismo estaría integrado por 18 personalidades de diversos ámbitos, los cuales tendrían las cualidades de secretarios de Estado, cumplimentando sus funciones *ad-honorem* y haciendo llegar sus proyectos, sugerencias, aportes y opiniones por intermedio del Ministerio del Interior. En definitiva, la meta principal era la de superar definitivamente la etapa transicional y comenzar a construir la *etapa de consolidación democrática republicana* (*La Arena*, 27/12/85: 3). Inmediatamente, la prensa local pampeana se manifestó de forma crítica respecto a su composición y a las posibilidades reales de cumplimiento de aquellas loables, pero algo abstractas metas. Por un lado, señalaba que producía estupor en la ciudadanía y representantes pampeanos la inclusión en dicho organismo del jefe del Movimiento Federalista el cual habría tenido un rol fundamental en el execrable proceso dictatorial que se deseaba superar. A mayor abundamiento el diario local por excelencia señalaba que incluso la ciudadanía había demostrado su desaprobación pública a tal figura pampeana y su agrupación mediante una contundente derrota electoral en los recientes comicios para selección diputados provinciales. Peor aún, la selección a libro cerrado del presidente de este dirigente claramente cuestionado dejaba en una penosa posición al radicalismo pampeano el cual había sido desconsiderado, dando muestras con ello de un notorio retroceso en el camino de la democracia participativa y del federalismo auténtico (*La Arena*, 27/12/85: 2).

A los fines de darle un aura creacionista el presidente argentino señalaba que dicho consejo asesor de notables inauguraba una *etapa fundacional* en nuestra República Argentina aludiendo al acto inaugural de dicho organismo en el Salón Blanco de la Casa Rosada (*La Arena*, 28/12/85: 24). Al respecto, cabe aclarar que el Partido Comunista (PC) en la primera línea de sus dirigentes acompañaba la intención política de R. R. Alfonsín de defender las instituciones democráticas republicanas incluso de las corporaciones internacionales

crediticias. En particular el Secretario General del PC Athos Fava efectúa una dura autocrítica de su partido, reconociendo la falta de diálogo con otras agrupaciones defensoras de los derechos humanos. Finalmente, en el aspecto económico el PC era sumamente crítico con el gobierno alfonsinista, señalando que resultaba contraproducente ajustar gastos y reducir el mercado interno, generando así dependencia del capital extranjero, en lugar de bregar por la soberanía y producción nacional (*La Arena*, 30/12/85: 3).

En la síntesis del año político radical la prensa pampeana mencionaba la ofensiva oficialista en pos de construir *una genuina tercera república*, mencionando con especial relevancia la proyección de un pacto democrático, así como la creación del Consejo para la Consolidación de la Democracia. En este contexto el radicalismo en general se mostraba mucho más lento de reflejos políticos y menos proactivo que aquella agrupación intelectual progresista (*La Arena*, 31/12/85: 1).

Bajo el acápite de "Los legionarios de la democracia" se reseña el acto creativo y los primeros pasos del *Consejo para la Consolidación de la Democracia*. En esta oportunidad la prensa pampeana efectúa numerosas críticas a dicho consejo, a saber: a) se advierte la falta de precisión, claridad o efectividad de las medidas a desarrollar por dicho mecanismo; b) el objetivo general de construir una sociedad sobre la ética de la solidaridad y la democracia participativa resulta sumamente ambiguo; c) se objeta la conformación del referido órgano colegiado asesor, señalando que no incluye a representantes de los partidos políticos, dado que los mismos constituyen los elementos componentes básicos de la democracia y la finalidad principal de dicho consejo era construir institucionalidad a los fines de consolidar la democracia; y d) atribuir exclusivamente a un "consejo de notables" -expresión propia de la prensa local- la responsabilidad de construir una nueva institucionalidad política, podría ser interpretado incluso como un gesto elitista antidemocrático (*La Arena*, 31/12/85: 3).

Desde el gobierno provincial pampeano se anunciaba hacia 1986 que independientemente del rumbo incierto de la política nacional, donde parecía campar el "sálvese quien pueda", en el ámbito local la economía estaba ordenada y mostraba índices positivos, entre los cuales cabía destacar la existencia de mayores créditos a la industria de la construcción y un nivel menor al 3% de desocupados en toda la provincia norpatagónica. Lo destacado por el joven gobernador provincial era la *parcial recomposición del ámbito fiscal interprovincial*, en el cual a falta de una ley de coparticipación federal justa y democrática, existían ciertas nuevas adendas o parches provisorios que traían algo de calma a la población (*La Arena*, 01/04/86: 12).

El miércoles 16 de abril de 1986 el diario *La Arena* afirmaba en su tapa que R. R. Alfonsín había anunciado en discurso ante los miembros del CCD durante la noche del martes 15 *el traslado de la Capital Federal* a Viedma, ubicada en la margen sur del Río Negro, como primer paso empírico concreto para refundar la República Argentina. Este primer paso sería fuertemente simbólico y emblemático de una futura reforma institucional, estatal y constitucional. La medida tenía también un gran relevancia en miras a *robustecer el sistema federal argentino*, dado que la experiencia e historia constitucional internacional daba cuenta de que "(...) los sistemas que han pretendido consolidar el régimen federal y

mantener un equilibrio razonable entre las diversas regiones del territorio, han preferido siempre capitales centrales en general modestas, administrativas y alejadas de las grandes urbes dominantes (...)", siendo necesario entonces "(...) revertir el proceso centrípeto de concentración de poder que se ha dado en las últimas décadas en el país, de modo de fortalecer el poder de las provincias, la autonomía de los municipios, la capacidad de gestión de los entes autárquicos (...)" (La Arena, 16/04/86: 3).

A esta medida el presidente nacional sumaba otras dos de gran relevancia, a saber: a) refundar el Ministerio Público otorgándole autarquía y autonomía para controlar de forma orgánica al Poder Judicial Nacional; y b) virar hacia un sistema de gobierno nacional mixto, híbrido de tipo semipresidencial, que otorgara mayor capacidad de intervención política al Congreso Nacional. En conjunto dichas tres medidas principales, sumadas a otras no menores, darían lugar al nacimiento de una "segunda República" en Argentina (*La Arena*, 16/04/86: 3).

Por su parte, el senador radical pampeano A. T. Berhongaray manifestaba en aquel entonces su pleno acuerdo con las propuestas alfonsinistas, adhiriendo en particular al traslado de la Capital Federal a la Patagonia -región de la cual también participa la provincia de La Pampa-, siendo que a su entender "en el sur está el futuro" (*La Arena*, 17/04/86: 9). Así también el gobernador provincial pampeano R. H. Marín señalaba que a su entender el traslado de la Capital Federal al sur del país constituía una excelente iniciativa, la cual era consistente con pretensiones añejas de otros gobiernos democráticos republicanos nacionales, así como constituía un genuino gesto federalista, que propendía al refuerzo de dicho sistema. Sin embargo, el primer magistrado provincial lamentaba que otros proyectos tendientes a robustecer el sistema federal argentino, que protegían en mejor y mayor medida los ríos no eran desarrollados ni promovidos con el mismo entusiasmo por el gobierno nacional (*La Arena*, 17/04/86: 11).

En este contexto donde la perspectiva descentralizadora ganaba adeptos, se discutía incluso la *federalización de la radiodifusión*, resignificando sus contenidos, controles y/o medios. La discusión, de gran relevancia para la comunicación nacional, era sostenida por quienes de un lado defendían la provincialización, mientras que por el otro estaban los que bregaban por un sistema nacional federal. Los defensores de la primera perspectiva señalaban la necesidad de respetar las autonomías provinciales y municipales en ese tema. Los partidarios de la segunda opción señalaban que la experiencia demostraba el carácter adecuadamente tuitivo del régimen nacional, evitando con él ciertas injerencias indebidas de poderes opacos, corporativos locales (*La Arena*, 16/04/86: 8).

V. Conclusión: la relevancia hermenéutica del discurso deliberativo federal para la historia política argentina reciente

En primer lugar, este trabajo permite evidenciar que los dictámenes (1985 y 1987) del CCD suelen ser menospreciados en tanto antecedente político institucional fundamental del proceso de reforma constitucional de 1994. Los desplazamientos existentes en los usos semánticos de términos políticos tales como democracia y república en el período 1983-

1987 son fundamentales para comprender adecuadamente los desplazamientos semánticos posteriores ocurridos no solo en el período democrático transicional, sino también a aquellos acontecidos con ocasión de la reforma constitucional de 1994. En este sentido, consideramos que este último proceso constituyente tendría por pretensión implícita dar por cerrado el ciclo de *consolidación democrática* iniciado por el gobierno alfonsinista en 1983. En abono de esta última hipótesis cabe señalar que los actores políticos radicales y justicialistas de dicha época entendían que los pactos de Olivos y de la Rosada eran deudores del proceso de discusión intra-partidario iniciado durante el gobierno alfonsinista (Novaro, 2010; López Rosas, 1996).

Así también, hemos advertido que la discusión sobre los derechos humanos suele tomarse por la historia política del pasado reciente como una discusión mucho más relevante que la relativa a la legitimidad y estabilidad de las instituciones políticas contemporáneas, con lo cual se sostiene implícitamente la prioridad de los derechos por sobre la democracia, o si se prefiere de la justicia social sobre la legitimidad política. Este olvido, descuido o desatención del valor legitimidad democrática ha sido mencionado recientemente por diversos autores especializados en teoría e historia constitucional (Pisarello, 2012; Gargarella, 2014). No obstante, ha quedado claro que el valor legitimidad política fue pensado por el CCD como un valor objetivo fundamental referido a la aceptabilidad moral de las normas, instituciones y medidas políticas aplicadas en un contexto democrático determinado. Más precisamente, C. S. Nino asumió una concepción deliberativa federal del valor legitimidad democrática, señalando que una norma, institución o medida política debiera tenerse por legítima, si y solo si fuere deliberada y aceptada por quienes debieran considerarse afectados por las mismas en diversos ámbitos descentralizados (Nino, 1997)⁴.

En abono de estas conclusiones, cabe señalar que, desde una perspectiva filosófica política, pueden identificarse en la reforma constitucional de 1994 ciertos presupuestos normativos propios de un discurso político pluralista agregativo. El modelo de democracia pluralista, a diferencia del elitista, presupone que ningún grupo está por encima de la sociedad o está en condiciones de dominarla. El pluralismo traza una nítida separación entre sociedad civil y Estado, así como aísla la esfera política de la económica. El poder, para los pluralistas clásicos, no se acumula, sino que se halla disperso, por ello el rol central del Estado es el de mediar, regular, apaciguar los conflictos que surgen al interior de la sociedad. R. Dahl señalaba que en un modelo pluralista hay centros de poder múltiples, ninguno de ellos enteramente soberano (Smith, 1997: 220).

De este modo, es mediante las elecciones, planteos, y demandas sociales, que se va fijando la agenda política pública. Sin embargo, como bien aclaraba R. Dahl "*el pluralismo no significa que todos los ciudadanos estén dentro del proceso político. Pone de manifiesto el hecho de que muchos ciudadanos permanecen inactivos, que los ingresos, la riqueza y*

⁴ Esta concepción del valor legitimidad política convivió con una perspectiva progresista socialista, proyectada por el "Grupo Esmeralda", conforme la cual la legitimidad se desprende de una negociación entre diversos sectores políticos, sociales y económicos, superadora de la dicotomía entre la tradicional perspectiva agonal que enfrentaba un grupo minoritario oligárquico y otro sector popular amplio (Nun y Portantiero, 1987).

los recursos políticos no están distribuidos de forma equitativa" (Smith, 1997: 223). De este modo, la esfera política para los pluralistas no es un ámbito equitativo ideal, sino una arena de libre y constante negociación que permite resolver pacíficamente nuestros conflictos y desacuerdos. R. Dahl hacia 1956 decía que: "*mientras que una dictadura era el gobierno de una minoría, una democracia es el gobierno de una cantidad de minorías, que varían en número, tamaño y diversidad"* (Nun, 2015: 38).

Particular relevancia tuvo entre los analistas políticos argentinos la resignificación que de la teoría democrática pluralista de R. Dahl efectuó el cientista político J. J. Linz quien aplicó dichos conceptos al estudio de las transiciones democráticas en Europa y América latina, tomando por ideal regulativo el poliárquico o pluralista y promoviendo activamente la parlamentarización de la política (Smith, 1997: 223). Los estándares de evaluación de las instituciones políticas pergeñados por J. J. Linz fueron los empleados por los teóricos políticos argentinos de la transición democrática, criterios que a su vez ocuparon un rol preponderante en la reforma constitucional de 1994 (Nino, 1992, 1997).

El *modelo pluralista*, al cual J. J. Linz adhiere, parte del presupuesto empírico de que ningún grupo de poder está por encima de la sociedad o reúne las condiciones para dominarla (García Samaniego, 2010). El pluralismo traza una nítida separación entre sociedad civil y Estado, así como aísla la esfera política de la económica. El poder, para los pluralistas clásicos, no se acumula, sino que se halla disperso, en *centros de poder múltiples*, ninguno de ellos enteramente soberanos, por ello el rol central del Estado es el de mediar, regular, apaciguar los conflictos que surgen al interior de la sociedad. De este modo, mediante una serie de *complejas negociaciones* entre distintas facciones de poder, se va fijando la agenda política pública, y con ello adquieren mayor poder político aquellos grupos que estén en mejores condiciones de responder a dichos desafíos (Smith, 1997).

Por su parte, C. S. Nino sostenía que el sistema federal argentino posee *graves defectos morales* en términos de *legitimidad democrática*, originados ellos por la adopción de una *concepción pluralista impropia de la democracia* como base normativa justificatoria del diseño constitucional argentino. El adjetivo calificativo "impropia" hace alusión a la indebida concentración de funciones en manos del Poder Ejecutivo que efectúa la constitución argentina. En este sentido, cabe señalar, que una concepción pluralista propia o genuina, rechaza el desequilibrio *ab initio* entre poderes constituidos de gobierno. Los defectos normativos propios del presidencialismo argentino, bajo una concepción pluralista impropia de la democracia a los cuales refiere C. S. Nino son los siguientes: 1) dispersión de soberanía; 2) deficiente procesamiento del consenso colectivo; 3) mediación imperfecta; 4) apatía política; y 5) empobrecimiento del debate público (Nino, 1992: 577).

En segundo lugar, en este artículo de investigación afirmamos que la teorización sobre la transición y consolidación democrática en la Argentina en particular, y en el espacio político rioplatense en general estuvo dominada por las Ciencias Políticas Empíricas, imponiendo con ello un criterio de evaluación liberal anglosajón de legitimidad política conteste con los métodos, objeto y sujetos epistémicos predominantes hacia fines de los 80 y 90 del siglo XX. De este modo, advertimos que resulta necesario tomar criterios, herramientas y nociones propias de la filosofía e historia política, a los fines de llevar

adelante un adecuado proceso de análisis del período 1979-1989, siendo insuficientes, ineficaces e incluso muchas veces distorsivas las hipótesis efectuadas puramente desde una ciencia política empírica liberal agregativa.

En tercer lugar, en conexión con trabajos de investigación anteriores, consideramos que el lenguaje político deliberativo federal del CCD debe ser claramente diferenciado de los lenguajes políticos monista y pluralista del primer momento transicional (1979-1983) (Olivares, 2018). Por un lado, la perspectiva que hemos sindicado como monista asumía una postura conciliatoria entre militares y civiles, posición que sería predominante hasta pocos meses después de terminada la guerra de Malvinas con su saldo desfavorable. Por el otro, la perspectiva denominada pluralista se plantaba por el contrario en una tesitura rupturista con el pasado militar inmediato, demandando un profundo cambio institucional construido sobre una nueva identidad nacional común que generara cohesión social frente a los nuevos y complejos desafíos que imponía la transición (Morán y Padilla, 2016: 320-323).

Así como aquellos dos discursos políticos, monista y pluralista, asumían una particular postura, el CCD no sería la excepción, generando un discurso político deliberativo federal -intermedio si se nos permite-, de manera que el radicalismo proponía su propia interpretación de la gran reconciliación nacional, evitando en términos jurídicos caer en los extremos de un juicio a todos y cada uno de los participantes, así como la inmoral amnistía generalizada y consecuente olvido. En este proceso de construcción de un nuevo sentido de lo político, y con el de la república, el CCD se apoyará en las organizaciones de DDHH, así como en ciertos grupos intelectuales progresistas (Basombrío, 2014: 174, 376-387)⁵.

El lenguaje político del CCD es *un lenguaje para la consolidación democrática*, sus objetivos ya no son instituir una democracia cualquiera, sino construir e implementar una democracia deliberativa, liberal y federal. Ello demuestra que la discusión acerca de la deseabilidad y aplicabilidad de una democracia deliberativa debe rastrearse a nivel teórico y práctico en dicho intento de reforma constitucional efectuado entre 1985-1987 (Olivares, 2018). En otras palabras, si y solo si se tiene en cuenta este discurso político deliberativo, así como su fracaso como proceso de reforma institucional, es que puede entenderse adecuadamente el universo semántico y circunstancias normativas no ideales en las cuales los actores de la reforma constitucional de 1994 emitieron y justificaron sus discursos políticos.

El discurso político de la CCD asumió un discurso netamente deliberativo federal, no necesariamente reñido con ciertos reclamos populares ni tampoco rechazaba plenamente las exigencias de grupos sociales desaventajados. Desde una perspectiva deliberativa el criterio de corrección es el del mejor argumento, no el de la mayor cantidad de votos, ni el de la mejor negociación (Gargarella, 2010: 36-38; Aboy Carlés, 2010: 74).

Algunos autores, han señalado que el lenguaje político alfonsinista penduló entre un discurso confrontativo de tipo hegemónista populista y un lenguaje deliberativo conciliatorio

⁵ Al respecto, cabe señalar que los lenguajes políticos monista, pluralista y deliberativo son retomados en la convención constituyente de 1994 por el radicalismo, siendo paradigmática su descripción y contraste en la voz de R. R. Alfonsín, con lo cual se demuestra cierta continuidad discursiva entre el proceso 1979-1983 y el 1985-1987.

(Aboy Carlés, 2010: 74). Sin embargo, consideramos que el populismo no nace como discurso político en la transición democrática argentina. O mejor dicho, la emergencia del populismo emerge de la no consolidación de cierto proceso democrático más profundo en el marco de la transición democrática argentina⁶.

Al respecto de dicha situación o contexto, se ha señalado que existe una aparente pero acuciante paradoja política en la Argentina contemporánea que emerge de un proceso de transición democrática, en muchos aspectos deficitario (Olivares, 2017). Dicha aporía política o ciclo antirrepublicano se da entre gobiernos neolibertarios y neopopulistas. En abono de esta tesis, se ha señalado que "(...) *nuestra democracia ha tomado así una forma específica e híbrida que ya no se reconoce ni en el antiguo modelo de la democracia populista, ni se termina de identificar en el modelo normativo de la democracia liberal (...)*" (Aboy Carlés, 2010: 81).

En cuarto lugar, aquella política alfonsinista de construir normas, instituciones y medidas políticas "desde arriba", es decir fraguarlas desde grupos intelectuales, nos pone en situación de preguntarnos si genuinamente un complejo y profundo proceso de transformación democrática, como el que hoy continuamos transitando en Argentina, necesita de y debe partir de intelectuales o bien estos deben ser ante estos procesos un simple sector más o solo acompañar al genuino sujeto de cambio, el pueblo. Creemos que las dos últimas opciones, configuran dos roles propios de discursos democráticos que no atienden adecuadamente a la historicidad y complejidad del discurso democrático, ya que reducir a los intelectuales a un simple actor más igualado en capacidad de reflexión al común de los ciudadanos implica construir una ontología de la ciudadanía que presupone el rechazo de la reflexión y producción intelectual. lo cual es falso, así como subordinar a los intelectuales a los dictámenes del pueblo conlleva asumir que tal sujeto colectivo, es homogéneo e infalible, lo cual también resulta falso. Por supuesto, asumir la necesidad de contar con intelectuales sociales no conlleva, bajo una perspectiva democrática dialógica, tomarlos como príncipes filósofos omniscientes, sino entenderlos como aquellos ciudadanos que, por vocación, y prestando un servicio social, se han abocado, -con todas sus falencias desde ya- a pensar "lo político", es decir, la trama de lo común, sin renunciar a admitir que son una parte del todo y no el todo mismo (Gargarella, 2010: 32).

En otras palabras, la experiencia alfonsinista nos demuestra que la falta de concreción en un mundo no ideal de un ideal político no implica su falsedad o bien indeseabilidad, sino

⁶ En primer lugar, no podía surgir allí, dado que ningún partido político, movimiento social o facción partidaria tenía representatividad/identidad con un grupo mayoritario estable. En segundo lugar, no debía emerger allí, dado que el vencedor de la disputa discursiva debía ser lo suficientemente acomodaticio como para integrar posturas muy diversas, a la par que asumir cierto radicalismo en la defensa de ciertos valores. El populismo emerge recién tras la caída del gobierno alfonsinista, como respuesta sintomática a la incapacidad de la sociedad argentina de trazar acuerdos políticos más amplios y profundos. Lo social supera a lo político en este sentido y es reforzado por un discurso político populista ya que se vuelve una bandera atractiva ante la falta de medidas eficientes en salud, educación, infraestructura. Su contracara será un libertarianismo muy cercano al de Martínez de Hoz, pero moderado por ciertos principios democráticos ahora indiscutidos (Aboy Carlés, 2010: 67-74).

solo su falta de eficacia y practicabilidad en un momento dado. Ello nos obliga a poner de relieve la relevancia de construir categorías historiográficas y filosóficas lo suficientemente sensibles y conscientes a los momentos políticos que ofician de contexto de enunciación y justificación, lo cual a su vez nos obliga a asumir la relevancia de que sean adecuadamente efectivas para producir aquel deseado cambio social. Los cambios políticos necesariamente deben ir de la mano de cambios sociales si desean tener una base de estabilidad y legitimación popular. En este sentido, es preferible declarar la discusión intelectual y los consensos sociales como co-originarios de las reformas en las normas, instituciones y medidas políticas (Nino, 1992).

En conexión con lo anterior cabe señalar que la propuesta alfonsinista de construir una nueva república sobre la base de justicia humanitaria, garantizada con un adecuado proceso jurídico que incrimine y condene a quienes perpetraron delitos durante el PRN (1976-1983), así como de la legitimidad democrática, aplicando una reforma constitucional que dé forma a un sistema semiparlamentario *sui generis*, dan cuenta de dos facetas igual de relevantes. En otras palabras, la consolidación democrática, o mejor dicho la construcción de una nueva república democrática en Argentina no solo requería repensar los derechos humanos, sino prioritariamente la idea y proyecciones institucionales de una concepción de legitimidad democrática.

Finalmente, no puede desconocerse que el concierto político internacional hacia fines de 1980 y principios de 1990 había fijado claramente un rumbo político libertario, conforme el cual la justicia de los intercambios entre particulares dependía de los vaivenes del mercado, siendo la democracia un sistema de agregación de preferencias individuales. En este contexto emerge un nuevo pluralismo agregativo que ya no posee los contornos del pluralismo agregativo fundante de la Multipartidaria, el cual partía de movimientos sociales, proclamas de justicia social económica, defensa de los derechos humanos, politización de la economía nacional, sino por el contrario, ahora tendrá por base el individualismo, el mercantilismo, en una palabra, la globalización. Los consensos financieros internacionales como el de Washington son la fuente de criterios de corrección no solo de las economías sino de los procesos democráticos (Pisarello, 2012; Olivares, 2017).

VI. Bibliografía

- AA.VV. *Diario La Arena, Colección 1980-1981*, Tomos 30-35, La Arena Srl., Santa Rosa.
- ABOY CARLÉS, G. (2005), "Populismo y democracia en la Argentina contemporánea. Entre el hegemonismo y la refundación", en *Estudios Sociales*, N° 28, pp. 125-149.
- ABOY CARLÉS, G. (2010), "Raúl Alfonsín y la fundación de la segunda república", en Gargarella, R., Murillo, M. V. y Pecheny M., (Comps.), *Discutir Alfonsín, Siglo XXI*, Buenos Aires, pp. 67-84.
- ALFONSÍN, R. R. (2004), *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*, F.C.E., Buenos Aires.
- BASOMBRÍO, M. C. (2008), "Intelectuales y poder: la influencia de Carlos Nino en la presidencia de Alfonsín", en *Temas de la historia argentina y americana*, N° 12, pp. 15-51.
- BASOMBRÍO, M. C. (2014), "Intelectuales y poder: la confluencia socialismo-liberalismo durante la presidencia de Alfonsín", en *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica Rio de Janeiro*, Vol. 6, N° 2, pp. 376-398.

- (2017), "Discurso político y prensa escrita durante el alfonsinismo (1987-1989)", en *Improntas de la comunicación y la cultura*, N° 5, pp. 1-23.
- CAO, H. (2017), "Reforma estatal y provincias en el sexenio alfonsinista", en *Revista Perspectivas de Políticas Públicas*, Vol. 6 N° 12, pp. 275-303.
- CANELO, P. (2015), "La descomposición del poder militar en la Argentina. Las Fuerzas Armadas durante las presidencias de Galtieri, Bignone y Alfonsín (1981-1987)", en *Revista del Programa Interuniversitario de Historia Política*, pp. 1-33.
- (2016), *La política secreta de la última dictadura argentina (1976-1983)*, Edhasa, Buenos Aires.
- CRISAFI, N. H. (2016), "Discutir Alfonsín. Reseña", en *Revista de la Red Intercatedras de Historia de América Latina Contemporánea*, Año 3, N° 4, N° 180-182.
- DAHL, R. (1982), *Dilemmas of Pluralist Democracy*, Yale U. Press, New Haven.
- (1985), *Preface to Economic Democracy*, California U. Press, Berkeley.
- (1997), *Democracy and Its critics*, Yale U. Press, New Haven.
- FAIR, H. (2009), "La dinámica del sistema político durante el gobierno de Alfonsín", en *Temas y Debates*, N° 17, pp. 35-67.
- FELD, C. y Franco, M. (2015a), "Introducción", en Feld, C. y Franco, M., *Democracia, hora cero. Actores, políticas y debates en los inicios de la posdictadura*, FC.E., México D.F., pp. 6-15.
- (2015b), "Democracia y Derechos Humanos en 1984, ¿hora cero?", en Feld, C. y Franco, M., *Democracia, hora cero. Actores, políticas y debates en los inicios de la posdictadura*, FC.E., México D.F., pp. 257-280.
- FRANCO, M. (2015), "La "transición a la democracia" en la Argentina frente a las cristalizaciones de la memoria", en *Revista Caravelle*, Vol. 104, pp. 115-131.
- (2017), "La transición argentina como objeto historiográfico y como problema histórico", *Ayer: Revista de Historia Contemporánea*, 2017, Vol. 107, N° 3, pp. 125-152.
- FRANCO, M. y Levin F. (2007), "El pasado cercano en clave historiográfica", en Franco, M. y Levin, F. (Comp.). *Historia reciente. Perspectivas y desafíos para un campo en construcción*, Paidós, Buenos Aires.
- GARCÍA SAMANIEGO, F. R. (2010), "Sobre el Pluralismo político, en teoría y métodos de la Ciencia Política", Reseña publicada en *Revista de Ciencia Política*, N° 9.
- GARGARELLA, R. (2010), "Democracia y derechos en los años de Raúl Alfonsín", en Gargarella, R., Murillo, M. V. y Pecheny M. (Comps.), *Discutir Alfonsín*, Siglo XXI, Buenos Aires, pp. 23-40.
- (2014), (2014), *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz Editores, Buenos Aires.
- LÓPEZ ROZAS, J. R. (1996), *Historia Constitucional Argentina*, Astrea, Buenos Aires.
- MAZZEI, D. (2011), "Reflexiones sobre la transición democrática argentina", en *Revista PolHis*, Año 4, N°7, pp. 8-15.
- MIRA DELLI-ZOTTI, G. (2010), "Transiciones a la democracia y democratización en América Latina: un análisis desde la historia del presente", en Rey Tristán, Eduardo; Calvo González, Patricia, *XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional*, Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, Santiago de Compostela, pp. 1456-1475.
- MIRA DELLI-ZOTTI, G. (2010), "Transiciones a la democracia y democratización en América Latina: un análisis desde la historia del presente", en *Consejo Español de Estudios Iberoamericanos*, pp.1456-1475.
- MORÁN S. Y PADILLA M. C. (2016), "La república como proyecto en la transición democrática

- argentina", en Rodríguez Rial, G., *República y republicanismos. Conceptos, tradiciones y prácticas en pugna*, Miño y Dávila, Buenos Aires, pp. 315-328.
- NINO, C. S. (1989), *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª edición ampliada y revisada, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires.
- (1992), *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires.
- (1997), *Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Buenos Aires.
- NOVARO, M. (2010), *Historia de la Argentina. 1955-2010*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- NUN, J. (2015), *Democracia: ¿gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?*, Capital Intelectual, Buenos Aires.
- NUN, J. y Portantiero C. (Comps.), (1987), *Ensayos sobre la transición democrática en la Argentina*, Puntosur Editores, Buenos Aires.
- OLIVARES, N. E. (2017), "Paradoja Democrática y República Deliberativa", en *Revista de la Facultad (UNC)*, Vol. VIII, N° 2, pp. 257-281.
- (2018), "La legitimidad democrática como ideal político transicional: Tres lenguajes políticos argentinos en pugna en el período 1980-1987", en las *Actas de las "X Jornadas Internacionales de Jóvenes Investigadores en Historia del Derecho"*.
- PISARELLO, G. (2012), "Un largo termidor. Historia y crítica del constitucionalismo democrático", *Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, N° 4, Quito.
- PINTO, J. y RODRÍGUEZ RIAL, G. (2016), *Entre la iracundia retórica y el acuerdo: El difícil escenario político argentino*, Eudeba, Buenos Aires.
- ROSANVALLON, P. (2009), *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*, Manantial, Buenos Aires.
- SMITH, M. 1997, "El pluralismo", en Marsh, D. y Stoker, G. (Eds.), *Teoría y Métodos de la Ciencia Política*, Alianza Editorial, Madrid, pp. 217-234.

**COORDINACIÓN INTERGUBERNAMENTAL
EN MATERIA FISCAL EN EL NUEVO FEDERALISMO
SUBNACIONAL ARGENTINO***

*INTERGOVERNMENTAL COORDINATION IN FISCAL MATTERS IN
ARGENTINE SUBNATIONAL FEDERALISM*

*Marcelo Bernal** y Valeria Bizarro****

Resumen: A partir de la reforma constitucional argentina del año 1994 surgen dos ideas muy poderosas. Por un lado, la emergencia de un gobierno multinivel moderno y complejo, y por el otro, la consolidación de un federalismo de bases cooperativas con renovados fines e instrumentos de gobierno del territorio. De la lectura constitucional se desprende que el federalismo argentino tiene una notable correspondencia con las actuales tendencias globales, quedando pendiente, con el paso del tiempo, el desafío de llevar estas definiciones a la realidad cotidiana. Entre las principales deudas pendientes, reconocemos la ausencia de un pacto fiscal federal y la falta de institucionalización de múltiples formatos de relaciones intergubernamentales (RIGs) que caracterizan a todo federalismo moderno, y dan cauce a los intereses y miradas de todos los actores implicados. El principal objetivo de este trabajo es analizar las RIGs existentes entre las provincias y municipios argentinos en materia fiscal, indagando acerca de las normas, instituciones y procesos que median dicha relación, su nivel de institucionalización y desarrollo, y eventualmente, si las mismas cumplen sus finalidades o son suplantadas por otro tipo de mecanismos informales.

Palabras clave: Federalismo - Federalismo fiscal - Relaciones intergubernamentales - Gobierno multinivel.

Abstract: From the constitutional reform Argentina of the year 1994 two very powerful ideas arise. On the one hand, the emergence of a modern and complex multilevel government and, on the other, the consolidation of a federalism of cooperative bases

* Trabajo recibido el 31 de julio de 2019 y aprobado para su publicación el 3 de septiembre del mismo año.

** Abogado (Universidad Nacional de Córdoba/UNC), Magister en Relaciones Internacionales (CEA - UNC), Magister en Gestión Pública Local (Universidad Carlos III, Madrid), Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Cuyo). Es profesor de Derecho Constitucional en las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas de la UNC y en la Universidad Siglo 21. Es director de equipos de investigación y autor de numerosas publicaciones especializadas. Contacto: bernalmarcelo@hotmail.com

*** Abogada, egresada sobresaliente de la UNC. Diplomada en Tributos Ambientales, Responsabilidad Social y Desarrollo Sostenible (IEFPA) y Doctoranda en Administración y Políticas Públicas (IIFAP-UNC). Becaria doctoral de CONICET con lugar de trabajo en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC-CONICET). Adscripta a las cátedras de Derecho Tributario y Derecho Público Provincial y Municipal (UNC). Integrante en proyectos de investigación vinculados a la temática. Contacto: valeriabizarro1@gmail.com

with renewed purposes and instruments of territory government. From the constitutional reading it follows that Argentine federalism has a remarkable correspondence with the current global trends, pending, over time, the challenge of bringing these definitions to everyday reality. Among the main outstanding debts, we recognize the absence of a federal fiscal pact and the lack of institutionalization of multiple formats of intergovernmental relations (RIGs) that characterize all modern federalism, and give rise to the interests and looks of all the actors involved. The main objective of this work is to analyze the existing RIGs between the Argentine provinces and municipalities in fiscal matters, inquiring about the norms, institutions and processes that mediate said relationship, their level of institutionalization and development, and eventually, if they comply with their purposes or are supplanted by other types of informal mechanisms.

Keywords: Federalism - Fiscal federalism - Intergovernmental relations - Multilevel government.

Sumario: I. Presentación del tema. II. Federalismo y relaciones intergubernamentales. III. Federalismo fiscal en Argentina. Estado de situación. IV. Las relaciones financieras y tributarias Provincia - municipios en el federalismo subnacional argentino. IV.1. Tipo y nivel de reconocimiento de la autonomía municipal en las Constituciones Provinciales. IV.2. Características de los mecanismos de coordinación fiscal existentes en las constituciones provinciales, las leyes orgánicas municipales y de coparticipación en cada provincia. IV.3 Porcentaje de recursos coparticipables, como indicador del grado de autonomía con que cuentan los municipios. IV.4 Características y relevancia de las oficinas técnicas del gobierno provincial destinadas a coordinar políticas con los gobiernos locales. V. Consideraciones finales. VI. Bibliografía.

I. Presentación del tema

De la reforma constitucional del año 1994 surgen dos ideas muy poderosas. Por un lado, la emergencia de un gobierno multinivel moderno y complejo, adaptado a los desafíos del presente y del futuro, que establece cuatro niveles de gobierno autónomos (Nación-Provincias-CABA-Municipios), junto con la posibilidad de las provincias de crear regiones, de llevar adelante proyectos transfronterizos y de participar en la agenda de la cooperación internacional descentralizada.

La otra idea fuerza es la consolidación de un federalismo cooperativo. La Constitución determina la aprobación de una ley convenio de coparticipación y le impone al Congreso una agenda legislativa de naturaleza federal destinada a paliar las asimetrías y a promover un desarrollo armónico e integrado del territorio, delimitando que todo proceso de descentralización de competencias debe surgir del acuerdo entre las partes.

De la lectura constitucional se desprende que el federalismo argentino tiene una notable correspondencia con las actuales tendencias globales, y debiera garantizar el cumplimiento de las premisas básicas de autonomía de las partes, cooperación, solidaridad interterritorial, subsidiaridad y compensación de las posibles asimetrías. ¿Qué ha sucedido entonces en veinticinco años para que el capítulo federal sea hoy una promesa incumplida? ¿Por qué existe una relación de tensión tan grande entre el texto de la norma y la realidad?

Sin lugar a dudas, la ausencia de un pacto fiscal federal aprobado en los términos propuestos por el artículo 75 inciso 2) de la Constitución Nacional (CN) desnuda las precarias bases del nuevo diseño federal, ya que aún no se han podido generar los consensos necesarios para dar sanción a la ley convenio de coparticipación, mientras, nos seguimos rigiendo por una antigua norma de 1988 y por una serie de instrumentos multilaterales a los que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha dado en llamar derecho intrafederal¹.

Otra deuda pendiente del federalismo argentino es no haber generado entre sus socios múltiples formatos de relaciones intergubernamentales (RIGs) y diálogos técnicos (horizontales y verticales) estables en el tiempo. Estos vínculos interjurisdiccionales, que caracterizan a todo federalismo moderno, dan cauce a los intereses y miradas de todos los actores territoriales.

Cuando no existe un entramado de relaciones institucionalizadas, los vínculos entre los diferentes niveles de gobierno se tornan precarios e inestables, y cada cambio de autoridades es un volver a empezar. A su vez, en ese diálogo se desnudan las asimetrías en las capacidades técnicas de las partes. Quien maneja los recursos, tiene el personal más capacitado y un mejor acceso a la información, por lo tanto, cuenta con mayor capacidad de decisión. Esta situación se ve cotidianamente reflejada en las negociaciones entre el gobierno nacional y las provincias, y entre éstas últimas y sus municipios. Todo ello empuja hacia una informalización de las RIGs y a una personalización del vínculo entre quien pide y quien otorga, factores altamente distorsivos de un diálogo federal consolidado. Aspectos todos, que reflejan la naturaleza de los vínculos y RIG's en nuestro federalismo subnacional argentino.

En cuanto al objetivo de este trabajo², nos proponemos responder la pregunta acerca de cuáles son las principales características de las relaciones intergubernamentales provincia -municipios en su dimensión fiscal, analizando al conjunto de las provincias argentinas a partir de cuatro dimensiones: a) el tipo y nivel de reconocimiento de la autonomía municipal en las Constituciones Provinciales; b) las características de los mecanismos de coordinación fiscal en las constituciones provinciales, leyes orgánicas municipales y leyes de coparticipación en cada provincia; c) el porcentaje de recursos coparticipables, como indicador del grado de autonomía con que cuentan los municipios; y d) las características y relevancia de las oficinas técnicas del gobierno provincial destinadas a coordinar políticas con los gobiernos locales.

En lo que respecta al abordaje metodológico, el mismo es de naturaleza cualitativa y con un modelo de diseño emergente que permite un cierto grado de flexibilidad en las diferentes etapas de recolección y análisis de las fuentes documentales, a partir de un enfoque de carácter comparativo.

¹ Entendido como aquella rama del Derecho que regula las relaciones tributarias entre los distintos niveles de gobierno a los fines de evitar la doble o múltiple imposición.

² Este trabajo se desarrolla en el marco del proyecto de investigación denominado "Características de las relaciones intergubernamentales provincia - municipios en el federalismo subnacional argentino", radicado en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Como hipótesis planteamos que las RIGs fiscales entre provincias y municipios en nuestro país son profundamente heterogéneas, y que en ellas no prima un diálogo técnico entre las partes, frente a la carencia de espacios institucionalizados que lo faciliten. Por el contrario, estas negociaciones se vuelven personalizadas entre gobernadores e intendentes y se cristalizan posteriormente en normas y dispositivos institucionales que no necesariamente reflejan la existencia de un diálogo o acuerdo en el que intervengan todas las partes en condiciones de igualdad, lo que evidencia las asimetrías en los vínculos, y desnuda un desbalance de poder, siempre que el gobierno provincial es quien cuenta con mayores capacidades institucionales, y dispone de mayores recursos.

II. Federalismo y relaciones intergubernamentales

Coincidimos con un clásico de los estudios federales, Carl J. Friedrich (1968), quien afirma que no se puede hablar de federalismo en singular, ya que todo Estado federal cuenta con características y singularidades que lo vuelven único. Por ello el autor sostiene la conveniencia de hablar de federalismos, en plural. Añade también que todo federalismo es un proceso en el que intervienen factores históricos, geográficos, culturales, étnicos, religiosos, etc., que brindan fisonomías específicas a cada modelo estatal.

No obstante, creemos que es posible afirmar que existe un conjunto de elementos característicos de un sistema federal, como: a) la presencia de una norma escrita fundamental en donde se determinan la distribución de competencias y atribuciones entre los diferentes niveles de gobierno; b) dicho texto no puede modificarse unilateralmente por alguna de las partes; c) en el sistema de división de poderes existe habitualmente una cámara legislativa orientada a defender los intereses de los gobiernos subnacionales autónomos (Senado o similares) y un órgano jurisdiccional con competencia originaria en la materia federal; d) en todos ellos rige un acuerdo fiscal federal que determina las funciones y competencias a desempeñar por cada uno de los niveles de gobierno y los recursos otorgados a tales efectos; y e) un conjunto de normas, procesos e instituciones que llevan adelante la gestión de los servicios o las políticas públicas comunes y compartidas.

Estos tres últimos elementos (normas, procesos e instituciones) componen un moderno campo disciplinar, el estudio de las relaciones intergubernamentales. Entendemos a las mismas como los vínculos de coordinación, cooperación, apoyo mutuo, e intercambio de acciones que se dan entre dos o más órdenes o niveles de gobierno... Las mismas forman parte de los procesos de gestión política como modalidades de un esfuerzo de armonización, cooperación, compatibilización y negociaciones contratadas, acordadas, convenidas o concertadas (Pontifes Martínez, 2002).

En materia de vínculos intergubernamentales, el país enfrenta un severo déficit. Si bien la dimensión normativa fue abordada en profundidad con la reforma constitucional de 1994, el federalismo argentino cuenta con una muy baja densidad de instituciones y procesos que lleven adelante la gestión asociada de los temas comunes entre el gobierno federal y las provincias, y la de éstas con sus municipios, lo que se traduce en un infradesarrollo notable de las relaciones intergubernamentales.

En nuestro país, a partir de la reforma constitucional del año 1994 se lleva adelante una modernización de su capítulo federal, ya que se amplían las competencias de las provincias (Artículos 74, incisos 19) y 30), y 124) y se reconoce el dominio originario de sus recursos naturales (Artículo 124 *in fine*), la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (Artículo 129) y de los gobiernos municipales (Artículo 123), se amplía la composición del Senado (Artículo 54) y sus funciones en materia federal (Artículo 75, incisos 2) y 19), y como aspecto a destacar, se constitucionaliza un acuerdo fiscal federal en base a la sanción de una ley convenio de coparticipación en cuya aprobación y seguimiento deben participar de manera necesaria todos las partes implicadas (Artículo 75, inciso 2).

Sobre este último aspecto, se evidencia también un severo déficit institucional, al no existir al presente una ley convenio con las características previstas por el texto constitucional, tras más de dos décadas y media de sucedida dicha reforma, cuestión que, será objeto de abordaje en el apartado siguiente.

A partir de lo anterior, podríamos afirmar que el esqueleto normativo descrito brinda un soporte de posibilidades que es subutilizado por la inexistencia de músculos y tendones que brinden movimiento y articulación al federalismo argentino, ya que las relaciones interjurisdiccionales existentes –aspecto central para el funcionamiento de cualquier federalismo– son escasas, con bajas capacidades técnicas o de incidencia en la definición de la política pública, y están basadas en vínculos asimétricos.

En el caso argentino, el modelo de coordinación intergubernamental ha emulado históricamente al norteamericano (Jordana, 2002), el cual se compone de ámbitos legislativos específicos (comisiones bicamerales y temáticas) y espacios multilaterales destinados a la coordinación de políticas y de acciones de gobierno, como es el caso de los Consejos Federales. Los mismos, caracterizados, en principio, como instancias formalizadas para la coordinación de políticas públicas entre representantes de nivel nacional y provincial, son creados con la intención de reducir el impacto de los principales problemas de gobierno en un marco de intergubernamentalidad. En este sentido, la creación de Consejos Federales en Argentina ha respondido justamente a la necesidad de institucionalizar mecanismos de coordinación intergubernamental de la gestión pública, en contextos de descentralización de competencias y funciones del Estado nacional hacia los Estados provinciales, y signados por la debilidad financiera de quienes debían hacerse cargo de las nuevas responsabilidades (provincias y municipios), dada la centralización de recursos (Cfr. Astarita *et al.*, 2012), tal como sucedió en materias de salud y educación.

La experiencia de los consejos ha sido moderadamente satisfactoria. De los 41 existentes, solamente unos pocos han tenido continuidad en el tiempo y sus decisiones han impactado de manera efectiva en el campo específico de sus competencias. Podríamos destacar allí las experiencias del Consejo Federal de Inversiones (C.F.I.), el Consejo Federal de Educación y el Consejo Federal de Salud (Co.Fe.Sa.).

Junto con ellos, han coexistido una variedad de programas nacionales de ejecución descentralizada por parte de los gobiernos provinciales, y excepcionalmente, por los municipios. Según Escolar (2011), los programas impulsados y financiados por el Estado nacional expresan políticas públicas orientadas desde el Poder Ejecutivo Nacional, y por lo general se gestionan a través de agencias federales o a través de acuerdos con organismos

provinciales. La coordinación de estos programas es eminentemente jerárquica, ya que el Estado central define las reglas, los fondos y las formas de implementación, y las provincias asumen y reconocen la centralidad del Estado nacional (Cfr. Astarita et al, 2012).

Muchos de estos programas nacionales tienden a compensar la brecha existente entre los diferentes niveles de gobierno entre recursos, y funciones y servicios a su cargo, siendo el gobierno nacional quien equilibra dichas asimetrías a través de fondos condicionados o incondicionados.

Este estado de situación es extensible a los vínculos entre las provincias, las que carecen de organismos de articulación horizontal como son en otras experiencias federales los consejos o asambleas de gobernadores.

Finalmente, el vínculo entre gobiernos provinciales y municipales, objeto de análisis de este trabajo, reproduce de manera mimética muchos de estos déficits institucionales

A partir del panorama planteado, en los próximos apartados analizamos el federalismo fiscal argentino, los mecanismos de coordinación intergubernamentales Nación-provincias existentes, para adentrarnos en la caracterización de las relaciones financieras y tributarias provincias-municipios vigentes en las 23 provincias que componen nuestro federalismo.

III. Federalismo fiscal en Argentina. Estado de situación

El federalismo fiscal permite estudiar el modo en el que los diferentes niveles del Estado reparten competencias, funciones y recursos tributarios para llevar adelante las tareas y actividades que son propias y naturales a cada uno de ellos. De dicha descripción deviene como natural el análisis de las normas e instrumentos que determinan el reparto de recursos, pero también de competencias y funciones, entre los diferentes niveles estatales, así como la existencia de una adecuada correspondencia fiscal entre el binomio recursos otorgados / gastos ocasionados.

Desde la perspectiva de las finanzas públicas, el federalismo fiscal se ocupa de cómo hay que distribuir (análisis normativo) y cómo se distribuyen (análisis positivo) las responsabilidades de gasto y las facultades impositivas entre distintos niveles de gobierno. El tema reviste una importancia económica-financiera, pues los arreglos que existen pueden afectar la eficiencia con la cual la gestión estatal es realizada; pero también tiene trascendencia política, pues los arreglos particulares pueden implicar altos grados de concentración del poder en el gobierno central o, en la alternativa opuesta, comunidades locales con elevados grados de autonomía y participación política (Teijeiro, 2009).

Según Watts (2006), el reconocimiento de fuentes de financiación y recaudación a cada nivel de gobierno dentro de una federación es importante por dos razones fundamentales: primero, porque estos recursos facilitan o limitan el ejercicio por parte de los gobiernos de las responsabilidades legislativas y ejecutivas que les han sido asignadas constitucionalmente; y en segundo término, porque las competencias fiscales y de gasto son instrumentos importantes que inciden y contribuyen a regular la economía.

Argentina cuenta con un acuerdo fiscal federal nacido de la reforma constitucional del año 1994 en donde se distribuyen las competencias tributarias entre la Nación y las provincias (Artículo 75, incisos 1) y 2)). A partir de la distribución de los títulos competenciales en la

materia, se establece en primer lugar, de manera permanente, exclusiva y excluyente la facultad de la Nación para dictar y recaudar los impuestos aduaneros (o derechos de importación y exportación), los cuales no integran la masa coparticipable a distribuir en el régimen de coparticipación federal a las restantes provincias. En segundo lugar, se determina la concurrencia permanente entre Nación y provincias para el dictado de tributos indirectos (facultad que resulta menguada o limitada en la práctica para las provincias a partir de las limitaciones contenidas en la ley de coparticipación federal) y, en tercer lugar, se prevé la concurrencia excepcional, en los términos del inciso 2) del artículo 75³, para el dictado de tributos directos por parte de la Nación y de las provincias. Concurrencia que lejos de ser excepcional y ser ejercida por la Nación en los términos y condiciones previstas en la constitución, en la práctica, ha dado lugar a una inversión absoluta de la regla, de manera sostenida e ininterrumpida en el tiempo.

Dicho acuerdo fiscal, debería estar asentado en una ley convenio aprobada por el Congreso de la Nación, por las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que garantice una distribución de recursos en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada nivel de gobierno implicado, contemplando criterios objetivos de reparto. A más de dos décadas de aquella reforma, dicha ley convenio no ha sido tratada y aprobada, y en su lugar, continúa rigiendo una vieja norma que data del año 1988.

Como explicación plausible a dicha inadmisibles mora en legislar una ley convenio con tales características, podemos mencionar aquella que sostiene que la cláusula prevista en el artículo 75, inciso 2) de la Constitución es de (cuasi) imposible cumplimiento, dado que exige para la sanción de la misma, no sólo la aprobación de la ley con una mayoría agravada por ambas cámaras, sino también la adhesión unánime de las 23 Legislaturas Provinciales y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La sanción de una norma en donde algunos ganan y otros pierden, unos se fortalecen y otros resignan una posición privilegiada, forman parte de una cultura política cooperativa y abierta al diálogo que hoy nos es ajena, y nos exige cierta cautela a la hora de abordar posibles cauces de solución para este intrincado problema (Bernal, 2018).

Dicha omisión constitucional del Congreso y de sucesivos gobiernos de poner en marcha el dispositivo institucional sancionado en 1994, provoca innumerables distorsiones al sistema de reparto de competencias tributarias y de recursos financieros, en donde recurrentemente las provincias han sucumbido al mayor poder de fuego negociador del gobierno federal.

Poco a poco el federalismo argentino se ha tornado un juego de poder sin reglas formales estables. En su lugar proliferaron una serie de acuerdos parciales entre la Nación y las provincias, generados casi todos ellos en contextos de crisis económicas (recurrentes) que ha vivido y vive el país. Derecho intrafederal⁴ es el nombre que la propia CSJN ha brindado

³ Excepcionalidad que viene dada por la exigencia de que dicha facultad sea ejercida por un tiempo determinado, por razones de defensa, seguridad común, y bienestar general, dando como resultado contribuciones proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación.

⁴ La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina utiliza por primera vez este término en el fallo "Transportes Automotores Chevallier S.A. c/ Provincia de Buenos Aires" (20/08/1991 - Fallos 314:862).

a esta nueva categoría jurídica derivada de los acuerdos entre la Nación y las provincias⁵, siendo tan polémicos sus alcances como su propio encuadre normativo como derecho federal o derecho público de las provincias (Bernal y Pucheta, 2018).

En este hilo de situaciones se ha visto sustantivamente favorecido el gobierno nacional ya que, desafiando la tendencia global hacia la descentralización, ha ido paulatinamente concentrando recursos y compensando las asimetrías, en muchos casos de manera discrecional.

Según Rezk (2011), la vigencia de hecho de este Régimen de Coparticipación de Impuestos concentró el poder fiscal en manos del gobierno nacional, que es responsable por la recaudación de aproximadamente el 80% de los recursos fiscales totales; paralelamente, la profundización del proceso de descentralización de servicios hacia las provincias, desde los noventa, transformó a éstas en responsables de ejecutar el 50% o más del gasto total por provisión de bienes y servicios⁶. El resultado de la asimetría observada

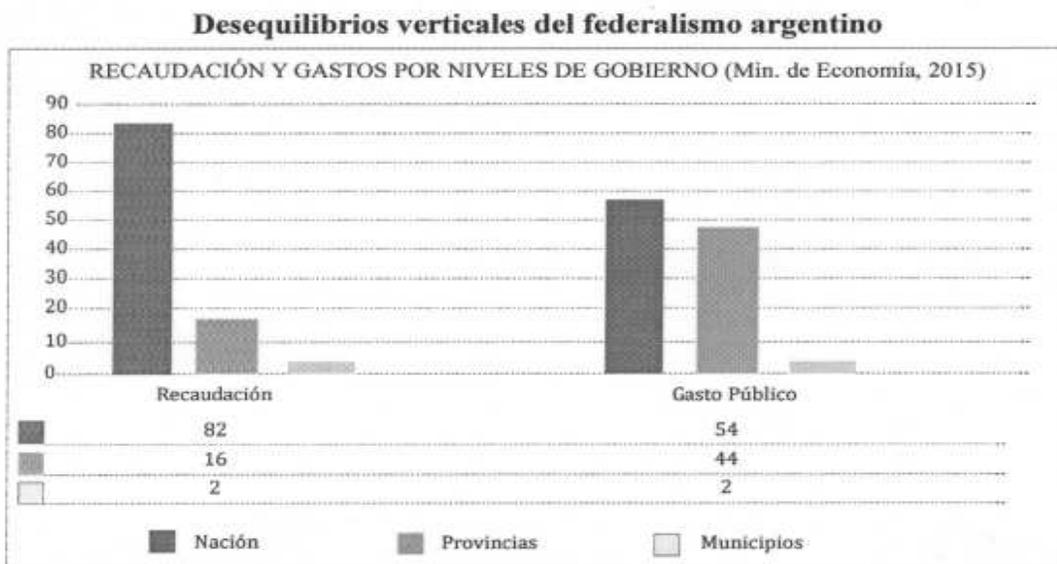


Gráfico 1. Fuente: Ministerio de Economía de la Nación (2015)

⁵ Componen la categoría del denominado derecho *intrafederal* el Acuerdo Multilateral de 1977, la Ley de Coparticipación 23548/88, el Acuerdo Fiscal Federal (1992), el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento (1993), el Compromiso Federal (1999), el Compromiso por el Crecimiento y la Disciplina Fiscal (2000), las leyes de emergencia que por años ha sancionado el Congreso de la Nación en base a competencias legislativas delegadas (Artículo 76 C.N.) y los acuerdos multilaterales del año 2016, luego de los fallos San Luis, Santa Fe y Córdoba de la CSJN de finales del 2015, en los que se ordena al gobierno federal la devolución de fondos de asignación específicas indebidamente detraídos a dichas provincias.

⁶ La aplicación del principio de subsidiaridad del Estado Nacional, por el cual la Nación dejó de administrar todo aquello que podía serlo por las provincias o municipios, tendiendo a la descentralización de los servicios

entre la descentralización de gastos y la recaudación de ingresos generó así un importante desequilibrio vertical que, además de los recursos por coparticipación, requirió el envío por parte del gobierno nacional de un conjunto de transferencias, tanto de libre disponibilidad como condicionadas.

Si bien es cierto que un equilibrio perfecto entre recaudación y gastos por niveles de gobierno es imposible, y en cierto modo ni siquiera deseable, ya que los excedentes a favor del gobierno nacional permiten llevar adelante políticas compensatorias con los socios menos favorecidos; tamaño desbalance por niveles existe en el caso argentino, como muestra el siguiente gráfico, que condiciona las características autonómicas de los gobiernos subnacionales, y los vuelve fuertemente dependientes de las transferencias verticales.

El gráfico 1 pone en evidencia no solamente el enorme desequilibrio entre recaudación y gastos entre los gobiernos nacional y provinciales, sino que también desnuda la virtual desaparición del Estado municipal de la agenda federal de gobierno, ya que en dicho nivel se recauda y ejecuta un exiguo 2% del gasto público, menos de un cuarto de los recursos con los que contaban hace dos décadas.

Si bien la tendencia centralizadora tiende a un reequilibrio a partir de los fallos de la CSJN de 2015, en beneficio de las provincias que adhirieron al acuerdo propuesto por el gobierno federal (con excepción de la provincia de La Pampa), esta recomposición de ingresos aún no se ha derramado desde los gobiernos provinciales a los municipales en la mayoría de los casos, demostrando las provincias cierta tendencia a la concentración de recursos similar a la del gobierno nacional, en detrimento de la gestión pública local.

Es por ello, como veremos en el siguiente apartado, que la autonomía municipal se torna enunciativa cuando el continuo drenaje de recursos hacia los niveles superiores de gobierno ha restringido la actividad gubernamental municipal a mínimos nunca vistos en el país, incluso cuando se debatía el carácter autónomo o autárquico de las administraciones locales.

Por todo esto es que creemos relevante analizar, de manera comparada, el tipo de autonomía municipal existente en cada provincia argentina, los alcances, límites y contenidos de la distribución de competencias en materia tributaria y de gasto público en el eje

públicos, o a su prestación por privados, se puso en práctica gradualmente desde 1978, año en que se transfirieron de la Nación a las provincias establecimientos de enseñanza preescolar y primaria y de salud. La ola más importante tuvo lugar hacia 1992, cuando fueron reasignadas las responsabilidades de la provisión de educación primaria (transferencia de 1.905 escuelas con 112.000 docentes y 14.200 no docentes) y salud y minoridad y familia (19 establecimientos de salud con 92.000 agentes y 22 institutos de minoridad y familia con 1.700 empleados) a las provincias, aunque las transferencias se efectivizaron de forma no recomendable, dado que no contaron con el correspondiente financiamiento total ni tampoco se establecieron los procedimientos de coordinación interjurisdiccional adecuados. REZK, Ernesto - PEDRAJA CHAPARRO, Francisco - SUÁREZ PANDIELLO, Javier. Editores. *Coparticipación impositiva argentina y financiación autonómica española: un estudio de federalismo fiscal comparado*, Edicon, Buenos Aires, 2011.

provincias-municipios y el grado de institucionalidad / informalidad con que cuentan los diálogos técnicos y los acuerdos interjurisdiccionales que se llevan a cabo.

IV. Las relaciones financieras y tributarias provincia-municipios en el federalismo subnacional argentino

Como se dijo, el federalismo argentino cuenta -desde 1994 a la fecha- con cuatro niveles de gobierno autónomo y con un renovado esquema de distribución de competencias. Sin embargo, este diseño estatal multinivel carece aún de dispositivos institucionales que garanticen una adecuada intergubernamentalidad.

La escasa densidad institucional de RIGs relevada en el eje Nación-provincias se profundiza cuando se analiza el vínculo entre los gobiernos provinciales y municipales.

Si algo caracteriza a las provincias, como unidades constitutivas del federalismo argentino, es su heterogeneidad (tamaño, población, desarrollo económico, humano, recursos naturales, etc.). Por ello, en este trabajo se intenta describir y analizar las relaciones intergubernamentales existentes entre Estados provinciales asimétricos, y con múltiples y disímiles modalidades de organización del gobierno municipal.

En dicho sentido, hemos considerado oportuno el abordaje de las siguientes dimensiones analíticas:

- a) Tipo y nivel de reconocimiento de la autonomía municipal en las Constituciones Provinciales;
- b) Características de los mecanismos de coordinación fiscal existentes en las leyes orgánicas municipales y de coparticipación en cada provincia;
- c) Porcentaje de recursos coparticipables, como indicador del grado de autonomía con que cuentan los municipios; y
- d) Características y relevancia de las oficinas técnicas del gobierno provincial destinadas a coordinar políticas con los gobiernos locales.

De la mano de un análisis de estos dispositivos normativos y del tipo de institucionalización de las relaciones interjurisdiccionales provincia-municipios en el conjunto de las provincias, intentaremos determinar si la heterogeneidad es el elemento definitorio de dicha articulación gubernamental, si en los casos relevados prima la institucionalización o la informalidad y las negociaciones personalizadas entre las partes, y si ello condiciona las posibilidades de negociación por parte del eslabón más débil, las instancias locales de gobierno.

IV.1. Tipo y nivel de reconocimiento de la autonomía municipal en las Constituciones Provinciales

El debate sobre el carácter autónomo, o meramente autárquico de los municipios es de vieja data, remontándose al texto de la Constitución de 1853, en donde se reconoce el régimen municipal de gobierno, sin profundizar acerca de sus alcances y límites.

Con posterioridad, hubo décadas de disputas y tensiones sobre el tema, mediadas por una jurisprudencia de la CSJN refractaria al reconocimiento autonómico. Será desde el constitucionalismo provincial, y especialmente a partir de 1986, en donde numerosas reformas a las constituciones provinciales receptan la autonomía municipal.

En 1989, la CSJN da un giro a su jurisprudencia con el fallo "Rivademar"⁷, en donde analiza comparativamente las similitudes y diferencias entre los entes autárquicos y los municipios, dando reconocimiento al fenómeno autonómico local.

La Convención constituyente de 1994 recepta de manera definitiva el instituto, en una fórmula muy amplia que abarca las dimensiones institucionales, políticas, administrativas, económicas y financieras, dejando a las provincias la potestad de reglar su alcance y contenido. Esta última definición constitucional ha abierto la puerta a un heterogéneo reconocimiento y delimitación de la autonomía municipal (en sus modalidades plena o semiplena), mientras que relevantes distritos ni siquiera han incorporado el instituto.

De las 23 provincias del país, 20 reconocen la autonomía municipal en sus constituciones. De ellas, 17 han optado por un modelo de reconocimiento pleno de la autonomía municipal, difiriendo en matices con respecto al alcance y posibilidades de dicha figura. Otras 3 provincias (Salta, Neuquén y Chubut), en cambio, han adoptado un formato de autonomía semiplena o limitada, en donde la dimensión institucional de la autonomía se ve afectada por recortes, entre ellos, que las Cartas Orgánicas municipales deban ser aprobadas por las legislaturas provinciales. Finalmente, 3 distritos muy importantes (Mendoza, Santa Fe y Buenos Aires) no han actualizado sus constituciones provinciales por diferentes factores de política doméstica.

Modelo de autonomía municipal reconocido constitucionalmente	Provincias comprendidas	% Población nacional
Autonomía plena	Córdoba, Entre Ríos, Corrientes, Chaco, Misiones, Formosa, Jujuy, La Rioja, Tucumán, Santiago del Estero, Catamarca, San Juan, San Luis, La Pampa, Río Negro, Santa Cruz y Tierra del Fuego	35,91%
Autonomía semi plena	Chubut, Neuquén y Salta	5,67%
Ausencia de reconocimiento	Buenos Aires, Mendoza y Santa Fe	51,22%

Gráfico 2. Fuente: Elaboración propia en base al Censo de Población del año 2010

Por las fuertes asimetrías de tamaño y población existentes entre los diferentes Estados provinciales, la mora de estas últimas tres provincias en incorporar la autonomía municipal es por demás significativa en el estudio del fenómeno autonómico, en la medida en que en

⁷ CSJN "Rivademar, Ángela Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario", 21/03/1989, LA LEY 1989-C, 49.

estos 3 distritos residen el 51,22% de la población del país. En los 17 que adoptan la autonomía municipal plena reside el 35,91% de los habitantes, en los 3 con autonomía semi plena un exiguo 5,67%, mientras que el 7,2% restante reside en la Capital Federal, distrito con atribuciones autonómicas específicas y diferenciadas.

Es decir que más de la mitad de los habitantes del país reside en distritos en donde la autonomía municipal no rige de manera plena y efectiva, siendo la Provincia de Buenos Aires, por su magnitud, un factor fuertemente distorsivo a la hora del análisis de nuestro objeto de estudio.

IV.2. Características de los mecanismos de coordinación fiscal existentes en las constituciones provinciales, las leyes orgánicas municipales y de coparticipación en cada provincia

A los fines de aproximarnos al estudio, análisis y caracterización de los mecanismos de coordinación entre provincias y municipios desde una dimensión fiscal, resulta imprescindible indagar acerca de los principales rasgos del diseño institucional en el cual se enmarcan las diferentes relaciones y vínculos intergubernamentales.

De acuerdo con lo desarrollado en el apartado anterior, el reconocimiento constitucional por parte de las provincias de una autonomía municipal en las dimensiones política, administrativa, institucional y económica-financiera constituye el puntapié inicial, para gestar vínculos intergubernamentales que no se tornen asimétricos, precarios e inestables. No obstante, el mero reconocimiento constitucional de la autonomía municipal y de sus diferentes dimensiones, no alcanza, siendo necesario dotarlo de contenido.

El municipio para poder desenvolverse con autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones, atribuciones competencias y fines requiere del ejercicio de su poder o potestad tributaria, entendida como aquella facultad inherente al Estado para crear y percibir impuestos, tasas y contribuciones especiales.

Como punto de partida para lograr una caracterización de los mecanismos intergubernamentales de coordinación fiscal en el federalismo subnacional, incorporamos al análisis una serie de aspectos que nos permiten contextualizar y comprender tales vínculos. En primer lugar, relevamos la distribución de títulos competenciales en materia tributaria entre provincias y municipios efectuada en las constituciones provinciales y leyes orgánicas municipales vigentes. En segundo lugar, examinamos en los textos constitucionales la existencia de lineamientos concretos y previsiones destinados a regular las relaciones intergubernamentales en materia económica-financiera, a partir del establecimiento de determinadas condiciones y exigencias que hacen al diseño institucional y que brindan un marco desde el cual operan los vínculos.

Esas primeras dimensiones de análisis nos permiten contextualizar y conocer las particularidades, alcances, limitaciones y contenidos de las relaciones intergubernamentales en materia fiscal y principalmente, de los mecanismos de coordinación en la misma.

Del relevamiento surge que, de las 23 provincias argentinas, en 3 de ellas (Buenos Aires, Mendoza y Santa Fe), directamente no existe un reconocimiento constitucional de la potestad tributaria local, situación que coexiste con una ausencia de reconocimiento constitucional de la autonomía municipal. En el caso de la constitución provincial de Buenos Aires se establece que los títulos tributarios de los gobiernos locales serán definidos por otra ley, y a su vez, se fija una limitación o exigencia adicional para la creación o aumento de los recursos tributarios por parte de los consejos deliberantes de los gobiernos locales. Por su parte, la ley orgánica de municipios sólo reconoce como título tributario dos categorías o especies tributarias (tasas y contribuciones especiales), las cuales no constituyen fuentes genuinas de financiamiento precisamente por las notas tipificantes de su naturaleza tributaria. En la Provincia de Santa Fe, se observa una ausencia de reconocimiento expreso a la potestad tributaria local, aunque y de manera genérica, la ley orgánica municipal prevé el dictado de impuestos, tasas y contribuciones especiales compatibles con el régimen tributario provincial y federal. El caso extremo es el de Mendoza, que no sólo desconoce la potestad tributaria local, sino que prohíbe explícitamente en la constitución a sus gobiernos locales legislar en materia impositiva (artículo 199, inciso 6) y en ley orgánica municipal establece la prohibición de dictar impuestos, quedando habilitados los municipios al dictado de tasas y contribuciones especiales por servicios efectivamente prestados.

Continuando con el análisis de las provincias en cuyas constituciones provinciales se reconoce expresamente la autonomía municipal, y en relación a la distribución de competencias tributarias, identificamos diversos panoramas: por un lado, aquellas en las que su constitución provincial menciona las categorías tributarias que integran el título competencial municipal de manera genérica, es decir aludiendo a impuestos, tasas y contribuciones especiales o expresiones análogas pero sin explicitar cuáles (Catamarca, Chaco, Chubut, Córdoba, Entre Ríos, La Pampa, Neuquén, Río Negro, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tierra del Fuego); por otro lado, aquellas que además de la expresión genérica (impuestos, tasas y contribuciones) establecen en su articulado alguna mención a un impuesto específico, (por ejemplo el dictado del impuesto inmobiliario, del automotor, o incluso de ambos, o bien la recaudación total o un porcentaje de recaudación de estos). Tal es el caso, de las provincias de Corrientes, Formosa, Jujuy, Misiones, Salta, Santa Cruz y Tucumán. Y por último se identificó un caso en donde no se mencionan las categorías o especies tributarias que pueden dictar los municipios en la órbita de su jurisdicción, aunque el reconocimiento de la potestad tributaria surja del articulado (La Rioja).

En el caso de la distribución de competencias efectuadas en las leyes orgánicas municipales observamos algo similar. En algunos casos, sólo refieren de manera genérica las especies o categorías tributarias (Córdoba, Entre Ríos, Jujuy, La Rioja, Río Negro y Santa Cruz). En otros casos, la norma avanza: a) efectuando una definición más detallada de la materia imponible de los municipios (Catamarca, Chaco, Misiones, Neuquén, Salta, San Juan, San Luis y Santiago del Estero); b) haciendo mención al impuesto inmobiliario, al impuesto al automotor o a ambos, o definiendo algún porcentaje de recaudación de aquellos (Chubut, Corrientes, Neuquén, San Luis, Santa Cruz, Tucumán); y c) estableciendo alguna limitación o exigencia adicional para el ejercicio de la potestad tributaria local en cuanto al proceso de sanción de las ordenanzas impositivas. Bajo este último apartado

encontramos aquellas provincias que exigen para su sanción el voto de una mayoría absoluta de los miembros (Misiones, Tierra del Fuego, La Pampa –la cual además exige la conformidad del poder ejecutivo local–). Por último, mencionamos el caso de Formosa que dispone que la iniciativa de ordenanzas impositivas corresponde exclusivamente al departamento ejecutivo (Artículo 80) en clara vulneración del principio de legalidad que rige en materia impositiva y de raigambre constitucional.

En cuanto a la existencia de lineamientos concretos y previsiones destinados a regular las relaciones intergubernamentales en la materia económica-financiera en las constituciones provinciales, se reconoce un panorama igualmente heterogéneo.

Por un lado, identificamos disposiciones tendientes a garantizar la participación de los municipios en los regímenes o leyes de coparticipación provinciales; disposiciones que operan como un marco que posibilita la celebración de acuerdos o convenios para coordinar la política fiscal; disposiciones que establecen la creación de algún fondo para atender necesidades locales concretas o contrarrestar situaciones de inequidad o desequilibrio entre los diferentes gobiernos locales al interior de alguna provincia en particular, e incluso, algunos casos en donde no se prevé en la materia disposiciones de ninguna índole.

Entre las constituciones que no receptan lineamientos de ningún tipo encontramos el caso de Buenos Aires, Mendoza, Santa Fe y Catamarca, que dejan librada la regulación de mecanismos de coparticipación y distribución de recursos a las leyes orgánicas municipales y leyes de coparticipación provincial específicas.

Entre las constituciones que receptan o fijan algún lineamiento encontramos diversos matices que reflejan necesariamente tomas de posición en cuanto a la forma en que se conciben los vínculos intergubernamentales. Así, tenemos provincias que solo mencionan la necesidad de establecer una ley o régimen de coparticipación (Chaco, Chubut, La Pampa, Salta), provincias que ponen el acento en el modo de efectuarse la distribución de los recursos: a) atendiendo a las competencias, funciones y servicios (Entre Ríos, La Rioja, Neuquén, San Luis, Santa Cruz, Santiago del Estero); b) fijando un monto de distribución primaria mínimo (Corrientes y Santiago del Estero); c) estableciendo particularidades en cuanto a la forma y el tiempo de percepción de los recursos (Jujuy, La Pampa, Misiones, Tucumán); y d) destacando particularidades que deberán ser tenidas en cuenta posteriormente en los criterios de reparto (San Juan y San Luis).

Otro aspecto relevante para destacar en esta línea es el acento que ponen algunas constituciones provinciales en que estas leyes o regímenes de coparticipación de recursos surjan o se enmarquen en un convenio o acuerdo concertado entre la provincia y los municipios (Córdoba, Corrientes, Jujuy, Neuquén y Río Negro). Y en el sentido opuesto, ubicamos el caso de la provincia de Formosa, donde sólo prevé como atribución del poder legislativo el establecimiento de la participación de los municipios en los regímenes de coparticipación.

Este panorama, aunque no constituye un diagnóstico definitivo de las relaciones intergubernamentales que en lo fáctico llevan a cabo las provincias y municipios, si constituye el marco institucional a partir del cual –con un mayor o menor grado de discrecionalidad,

según la calidad y tipo de las provisiones– los vínculos intergubernamentales se desenvuelven en materia fiscal.

Por último, y a partir del relevamiento efectuado en las leyes orgánicas municipales y leyes de coparticipación, identificamos escasos supuestos en donde se institucionaliza alguna instancia o mecanismo de coordinación en la materia fiscal. En el caso de Catamarca, se crea a partir de la ley de coparticipación provincial la Comisión de Participación Municipal, la que verifica la determinación de las asignaciones y distribuciones, las liquidaciones y transferencias, controla la información y rendición de cuentas, el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley y propone las medidas que considere conducentes para la aplicación de la ley y del régimen municipal. La ley de coparticipación de San Luis prevé una Comisión Fiscal Provincial que debe coordinar las pautas presupuestarias con los municipios, las ordenanzas tributarias municipales, las tareas de fiscalización tributaria y cualquier otra función de coordinación financiera y fiscal.

En el extremo, destacamos dos instancias en donde, lejos de promover la coordinación intergubernamental, se excluye del ámbito de participación a los gobiernos locales. Tal es el caso de la Rioja, cuya ley de coparticipación instituye la Comisión de Trabajo para la fiscalización y seguimiento de los recursos a recaudar y coparticipar, sin prever la participación de ninguna autoridad municipal; y el caso de Río Negro con la Comisión Permanente de Aplicación y Arbitraje, que entiende en todo lo atinente a la distribución secundaria de regalías y que entre sus funciones nuclea la posibilidad de incluir o excluir Municipios del listado de municipios productores que reciben un 35% en la distribución secundaria de regalías hidrocarburíferas.

A modo de cierre del apartado, podemos concluir que son nítidamente escasas e insuficientes las instancias de coordinación de relaciones intergubernamentales en materia fiscal entre provincias y municipios, lo que contribuye significativamente al deterioro y a la precariedad de los vínculos intergubernamentales, y conduce a vehiculizar tales relaciones por mecanismos predominantemente informales o discrecionales.

IV.3. Porcentaje de recursos coparticipables, como indicador del grado de autonomía con que cuentan los municipios

Nos parece de interés incorporar al análisis el porcentaje que los gobiernos provinciales destinan a sus municipios de los recursos que les transfiere la Nación en base al régimen de coparticipación federal vigente previsto por la Ley 23548/88. Si bien cada provincia coparticipa de manera diferente sus tributos provinciales -con mayores o menores grados de desconcentración-, este porcentaje de la coparticipación federal nos permite percibir claramente la heterogeneidad del sistema y las asimetrías existentes entre las diferentes jurisdicciones.

Las importantes diferencias porcentuales deben ser entendidas como condicionantes a la hora de analizar el grado de dependencia o de autosuficiencia financiera de los gobiernos municipales, y como una limitación para el desarrollo de sus capacidades autonómicas y diálogos técnicos equilibrados entre ambas burocracias.

Provincia	Porcentaje coparticipable	Provincia	Porcentaje coparticipable
Buenos Aires	16,14%	Misiones	12%
Catamarca	25%	Neuquén	15%
Chaco	15,5%	Río Negro	10%
Chubut	10%	Salta	15%
Córdoba	20%	San Juan	14,5%
Corrientes	19%	San Luis	Variable Actual 8%
Entre Ríos	Variable 15,32%	Santa Cruz	11%
Formosa	12%	Santa Fe	Variable Actual 14%
Jujuy	17%	Santiago del Estero	15%
La Pampa	11%	Tierra del Fuego	25%
La Rioja	15%	Tucumán	16,5%
Mendoza	18,8%	Promedio nacional	15,25%

Gráfico 3. Fuente: Elaboración propia (junio de 2019)

De los datos comparativos relevados se puede comprobar que existen fuertes diferencias entre las provincias que menos recursos de la coparticipación federal distribuyen a sus municipios (San Luis, Chubut, La Pampa, Santa Cruz) y las que más recursos disponen a tal efecto (Catamarca, Tierra del Fuego, Córdoba, Mendoza). La brecha llega a alcanzar una relación de 3 a 1 en los casos extremos, desnudando fuertes disparidades que impactan en los niveles de autonomía local y configuran un límite a la viabilidad financiera de los Estados municipales, constreñidos a convivir con la tensión existente entre la demanda de servicios por parte de la ciudadanía y la estrechez de recursos. El promedio obtenido de un 15,25%, por su parte, parece acotado teniendo en cuenta las crecientes demandas de bienes y servicios públicos existentes a nivel municipal.

Debe añadirse que muchas provincias tienden a compensar o disminuir dichos porcentajes en base a criterios propios de distribución de las competencias tributarias entre cada nivel de gobierno, y a las alícuotas de los tributos existentes que se coparticipan entre ambos. Allí la heterogeneidad es aún más amplia, aunque su detalle exceda los alcances de este trabajo.

Finalmente, otro dato de real interés es que, a partir de 2018, el conjunto de las provincias argentinas cuenta con una ley de coparticipación, o con un régimen constitucional de distribución de recursos y alícuotas de los tributos coparticipables. El ciclo se cierra con las recientes sanciones de leyes convenios por parte de las provincias de La Rioja y San Juan, siendo el mismo un indicador de calidad institucional que el gobierno federal y las provincias no pueden imitar con la sanción de una nueva ley convenio en base al Artículo, 75, inciso 2) de la Constitución Nacional.

IV.4. Características y relevancia de las oficinas técnicas del gobierno provincial destinadas a coordinar políticas con los gobiernos locales

A partir de una última dimensión de análisis se busca identificar en la gestión provincial la existencia, y en su caso, jerarquía de los espacios institucionales destinados a fomentar y desarrollar el vínculo entre el gobierno provincial y sus municipios y, por último, establecer si en ellos se identifican mecanismos de cooperación y coordinación intergubernamental, o de lo contrario, si las políticas son definidas y planificadas desde el gobierno provincial, sin la participación de los gobiernos locales.

A los fines de dar respuesta a ese interrogante se llevó a cabo, por un lado, un relevamiento⁸ de los sitios web oficiales del conjunto de los gobiernos provinciales y, por el otro, de las diferentes leyes orgánicas de gobierno. El relevamiento aporta datos de mucho interés, aunque en algunas provincias el acceso a la información pública disponible es escaso y/o de baja calidad.

Ninguna de las provincias argentinas ha considerado otorgar rango ministerial a la tarea de coordinación de políticas con el nivel municipal de gobierno, siendo éste un dato revelador.

Un conjunto de provincias ha brindado una jerarquía prioritaria a la problemática, disponiendo para la tarea de Secretarías de Estado (Chaco, Córdoba, Corrientes, Jujuy, Misiones, Salta, Santa Fe y Tucumán) o de Subsecretarías (Buenos Aires, Catamarca, Chubut y Mendoza), generalmente denominadas de asuntos municipales, o similares. Otras provincias cuentan con oficinas de menor jerarquía abocadas a la problemática, tales como Direcciones Generales (Entre Ríos y La Rioja), Direcciones (Río Negro, Santiago del Estero y Formosa) o Coordinaciones (Neuquén). Finalmente, San Luis dispone de un Programa de Coordinación, mientras que un conjunto de provincias ni siquiera cuentan en sus organigramas con oficinas técnicas de vinculación con sus municipios (La Pampa, San Juan, Santa Cruz y Tierra del Fuego).

El análisis de las características de estas dependencias, los programas que ejecutan o las capacidades institucionales existentes en ellas exceden las posibilidades de este trabajo. No obstante, de un exhaustivo relevamiento identificamos solamente 5 provincias que cuentan con espacios de coordinación intergubernamental en materia fiscal en donde los municipios participan en la deliberación y la toma de decisiones (Córdoba, Misiones, Santa Fe, Catamarca y Chubut).

Córdoba cuenta con dos interesantes experiencias de articulación intergubernamental con la Unidad de Trabajo Provincia-Municipios y la Unidad de Trabajo Provincia-Comunidades Regionales, espacios en donde participan representantes del gobierno provincial e intendentes, y que han servido como ámbitos de planificación de programas y de debate de propuestas que posteriormente tomaron trámite legislativo. Misiones tiene un Programa de Relación Fiscal con los Municipios en sede del Ministerio de Hacienda, Finanzas, Obras y Servicios Públicos. Santa Fe dispone de una Comisión Provincial de Coordinación Fiscal

⁸ Últimas fechas de consulta a los sitios web entre el 8 y el 11 de junio de 2019.

creada por Decreto Provincial 1477/2008. Catamarca cuenta en su Subsecretaría de Asuntos Municipales con una Comisión de Participación Municipal de conformación mixta que gestiona los Fondos de Desarrollo y de Emergencia Municipal. Finalmente, Chubut tiene un Consejo Provincial de Responsabilidad Fiscal (lo componen el Ministro de Economía y los Secretarios de Economía municipales), creado por la Ley 5257.

La mayoría de estos espacios nacen de la mano de los acuerdos fiscales multilaterales Nación-provincias a los que las mismas han adherido, y se centran en los compromisos de responsabilidad fiscal y saneamiento de deudas, más que en la coordinación fiscal y tributaria propiamente dicha, configurando de todos modos interesantes y novedosas instancias de coordinación intergubernamental en el federalismo argentino.

Estas escasas experiencias ponen en evidencia la baja relevancia que se brinda a la problemática en los gobiernos provinciales, y cómo la decisión técnica mayoritariamente excluye a los actores territoriales de mayor proximidad.

V. Consideraciones finales

Habiendo analizado diferentes variables que inciden en la coordinación intergubernamental entre provincias y municipios en el federalismo fiscal argentino, procedemos a presentar algunas consideraciones finales de tipo parcial y provisorio, ya que adelantamos que este documento es parte del trabajo de un equipo de investigación, y que el carácter del mismo es de tipo exploratorio.

Sin embargo, creemos que se han abordado en profundidad las 4 dimensiones analíticas propuestas, y que de ellas se han obtenido datos que permiten validar algunas ideas acerca de las características principales de las RIGs provincia-municipios en su dimensión fiscal, y su estado de desarrollo al presente.

En primer lugar, si concebimos a la autonomía municipal como un requisito previo y necesario para el desarrollo de vínculos interjurisdiccionales consistentes, todavía tenemos una enorme deuda pendiente de armonizar las constituciones provinciales al mandato de la Constitución Nacional, sobre todo en distritos de máxima relevancia poblacional y política como son Santa Fe, Mendoza y Buenos Aires. También es un debate a transitar la definición de los alcances y límites de la autonomía municipal, potestad en manos de las provincias, ya que la viabilidad financiera de los mismos es necesaria para construir un federalismo de bases sólidas.

En segundo lugar, y vinculado a los alcances y contenidos de la autonomía municipal, un aspecto a considerar son las amplias limitaciones al ejercicio de la potestad tributaria local que subsisten en nuestro federalismo subnacional en la actualidad. A la par de ello, y de un modo preocupante, destacamos la carencia de instancias y mecanismos de coordinación de relaciones intergubernamentales en materia fiscal entre provincias y municipios, lo que contribuye significativamente a la precariedad de los vínculos intergubernamentales, y conduce a vehiculizar tales relaciones por mecanismos informales y discrecionales.

Un tercer elemento a considerar es la fuerte asimetría de los porcentajes de recursos federales que las provincias distribuyen a sus municipios, siendo esta disparidad muy significativa entre aquellas jurisdicciones que más y menos recursos destinan a la gestión municipal, como se analiza en el punto IV.2. A ello se añade otra diferencia considerable con respecto a las competencias tributarias que las constituciones provinciales reconocen a los gobiernos locales, y las alícuotas de los tributos provinciales que se coparticipan.

Finalmente, existen en nuestro país escasísimas instancias de coordinación en materia fiscal con participación mixta provincial-municipal. Las cinco excepciones identificadas fueron reseñadas en el punto IV.4, justificando nuestra hipótesis acerca de una baja densidad de RIGs institucionalizadas y, en consecuencia, una fuerte primacía de la toma de decisiones en ámbitos del gobierno provincial (Ejecutivo y Legislativo).

Otro dato de interés emergente se vincula con las características de las oficinas provinciales dedicadas a la coordinación de políticas con los municipios. En muchas provincias no existen como tales, siendo dichas funciones subsumidas por otras dependencias. En otras, son oficinas de menor relevancia, y solamente algunas provincias jerarquizan las mismas con un rango de Secretaría de Estado o similar. Esto también desnuda los condicionamientos para un diálogo técnico calificado entre las burocracias provinciales y municipales, el que seguramente se caracterizará por las asimetrías de las capacidades institucionales y de negociación.

El conjunto de estos factores hace que las decisiones en materia fiscal se efectúen dentro de los poderes Ejecutivo o Legislativo provinciales, según corresponda, y que los municipios generalmente no formen parte del proceso de construcción de la política. Junto con ello, la ausencia de instancias formales de deliberación común entre burocracias especializadas hace que los vínculos se vuelvan personalizados e informales, entre gobernadores e intendentes, o entre funcionarios de ambos niveles gubernamentales. Dicha situación de informalidad genera una posición de debilidad intrínseca de los gobiernos locales en la que transitan las relaciones provincia-municipios en la mayor parte de las jurisdicciones del federalismo argentino.

La decisión metodológica de comparar el conjunto de las provincias genera la dificultad de profundizar en experiencias o casos particulares, dado el volumen de información que ello conlleva. No obstante, los elementos obtenidos permiten corroborar nuestra afirmación apriorística acerca del escaso volumen de las RIGs provincia-municipios en el país, la heterogeneidad de los casos, las fuertes asimetrías materiales y simbólicas que las caracterizan y, frente a ello, la primacía de vínculos informales y negociaciones personalizadas entre gobernadores e intendentes, donde estas asimetrías quedan al descubierto.

Aun evitando generalizar, creemos que es preciso avanzar en la consolidación de las RIGs en nuestro federalismo subnacional como condición necesaria de su fortalecimiento institucional. La agenda prioritaria del federalismo argentino exige la existencia normativa de un acuerdo fiscal federal, y de la mano de ello, una multiplicación de las instancias de coordinación y articulación de políticas multinivel en los términos propuestos por la Constitución federal.

VI. Bibliografía

- ASTARITA, M. - BONIFACIO, S. - DEL COGLIANO, N. (2012) "Relaciones intergubernamentales (RIGS) en la administración pública Argentina", en ABAL MEDINA, J. M. - CAO, H. *Manual de la nueva administración pública argentina*, Editorial Ariel, Buenos Aires, Argentina.
- BERNAL, M. (2015) "Federalismo, Relaciones Intergubernamentales y Gobierno Multinivel en Argentina a veinte años de la reforma constitucional de 1994", en BERNAL, M. - PIZZOLO, C. - ROSSETTI, A. (Coords.), *¡Que veinte años no es nada! Un análisis crítico de la reforma constitucional de 1994 en Argentina*, Eudeba, Buenos Aires.
- BERNAL, M. - PUCHETA, N. (2017) "Implicaciones institucionales, políticas y financieras de la ausencia de un Pacto Fiscal en el federalismo argentino", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 36, <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/9349>
- BERNAL, M. (2018) "El federalismo argentino: Entre lo viejo que no termina de regir y lo nuevo que no termina de nacer", en: BERNAL, M. - PIZZOLO, C. (Editores), *Modelos para armar. Procesos federales actuales, descentralización del poder y desafíos del gobierno multinivel*, Ed. Astrea y Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina.
- ESCOLAR, M. (2011) "Relaciones intergubernamentales, fragmentación política y federalismo ejecutivo. El caso argentino", Trabajo presentado en el Xº Congreso Argentino de Ciencia Política: *Democracia, integración y crisis en el nuevo orden global. Tensiones y desafíos para el análisis político*, SAAP y Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, 27 al 30 de julio.
- FRIEDRICH, C. J. (1968) *Trends of federalism in theory and practice*, Pall Mall, Londres.
- JORDANA, J. (2002) *Relaciones intergubernamentales y descentralización en América Latina. Los Casos de Argentina y Bolivia*, Documentos de trabajo, Banco Interamericano de Desarrollo (BID).
- PONTIFES MARTÍNEZ, A. (2002) "Relaciones Intergubernamentales", en *Gaceta Mexicana de Administración*, UNAM, México.
- REZK, E. - PADRAJA CHAPARRO, F. - SUÁREZ PANDIELLO, J. (Eds.) (2011) *Coparticipación impositiva argentina y financiación autonómica española: un estudio de federalismo fiscal comparado*, Consejo de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.
- TEIJEIRO, M. (2009) "El federalismo fiscal", Disertación ante el Instituto de Ética y Política Económica de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Argentina, Buenos Aires, mes de diciembre. p. 3. <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/04Teijeiro.pdf>
- WATSS, R. (2006) *Sistemas federales comparados*, Marcial Pons, Barcelona, España.

**EL SISTEMA TRIBUTARIO ARGENTINO.
BREVE CONSIDERACIÓN SOBRE SU EVOLUCIÓN Y
SITUACIÓN ACTUAL***

*THE ARGENTINE TAX SYSTEM. A BRIEF CONSIDERATION ABOUT ITS
EVOLUTION AND CURRENT SITUATION*

*Cristian Altavilla***

Resumen: La distribución de competencias constituye un capítulo crucial en todo régimen federal de Estado, y dentro de éste, la distribución de competencias tributarias y el reparto de recursos financieros representan los temas más controversiales en las relaciones gobierno federal - provincias. El presente trabajo pretende hacer un análisis descriptivo del sistema tributario argentino a partir de las principales características de su diseño institucional provisto por la constitución nacional como de su coordinación efectiva a raíz de acuerdos y pactos entre niveles de gobierno. Este trabajo se estructura de la siguiente manera: una primera parte, introductoria, se refiere a los conceptos básicos referidos a la tributación y al derecho financiero en general. En una segunda parte se analizará específicamente el sistema tributario argentino diferenciando tres aspectos concretos (tres aspectos que, como se verá, no siempre coinciden en la práctica): (a) la distribución constitucional de competencias; (b) la distribución real de competencias tributarias entre niveles de gobierno, con especial consideración al Régimen de Coparticipación Federal de impuestos y a los diferentes pactos y acuerdos fiscales; y (c) el régimen de coparticipación previsto en el texto constitucional (art. 75, inc. 2º), que si bien aún no ha sido cumplido por los poderes constituidos, establece lineamientos y principios generales que rigen (o debieran regir) las relaciones fiscales entre nación y provincias.

Palabras clave: Federalismo - Sistema tributario - Régimen de coparticipación - Pactos fiscales - Derecho intrafederal.

* Trabajo recibido el 13 de septiembre de 2019 y aprobado para su publicación el 1 de octubre del mismo año. La presente contribución está dirigida a alumnos de la materia de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal.

** Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y *PhD Visiting* en la Universidad de Bologna, Italia (2013). Director de la Carrera de Abogacía, Decanato Ciencias del Derecho, Universidad Siglo 21 (UES21). Profesor de la materia Derecho Constitucional, de Derecho Público Provincial y Municipal y de Derecho Político, Facultad de Derecho UNC y UES21; *Visitingresearcher* en la Universidad de Harvard, EEUU (2019). e-mail: cristianaltavilla@hotmail.com.

Abstract: The distribution of competences among level of governments represents a crucial point in every federal state, and within it, the distribution of tax competences and the allocation of fiscal resources, are the most controversial issues in the National-provincial relations. This paper intends to make a descriptive analysis of the Argentine tax system based on the main characteristics of its institutional design provided by both the constitution and the intergovernmental coordination through agreements. This paper is structured as follows: in a first introductory part, analysis the basic concept concerning taxation and financial law. In a second part, an analysis over the Argentine tax system will be made, taking into account three specific aspects: (a) the constitutional allocation of competences; (b) the real distribution of tax competences among levels of government, with special regard to the Coparticipation Federal Regime and the different fiscal pacts; and (c) the coparticipation regime as provided by the constitution in the 1994 reform (article 75.2).

Keywords: Federalism - Tax System - Coparticipation regime - Fiscal Pacts - Intrafederal Law.

Sumario: I.- Conceptos introductorios. La Potestad tributaria y la competencia tributaria. II.- El sistema tributario argentino.

I. Conceptos introductorios. La Potestad tributaria y la competencia tributaria

En esta primera parte analizaremos los conceptos básicos relacionados con la capacidad tributaria del Estado moderno, diferenciando entre poder tributario y competencia tributaria. Dentro de esta competencia genérica que es la facultad de recabar tributos, se analizará especialmente, la potestad impositiva del Estado, es decir, la facultad del Estado de instituir un tributo en particular, el más importante, que es el impuesto. También se analizará esta temática en relación a una estructura específica del Estado, el sistema federal y cómo funciona esa potestad tributaria en un Estado de estructura federal, cuestión que plantea la problemática del poder tributario originario y del poder tributario derivado.

I.1. Poder Tributario y Competencia Tributaria

El *poder tributario* es la potestad de instituir tributos. Esta comprende: (a) la competencia legislativa o fuente del derecho; (c) una serie de potestades normativas de aplicación o de ejecución; (d) las vías administrativas o jurisdiccionales de revisión de los actos administrativos de contenido tributario. Por su parte, la *competencia tributaria* es la facultad del ente con potestad tributaria de establecer un determinado tributo. Resulta importante no confundir estos dos conceptos, aun cuando ambos elementos puedan coincidir en un solo y único Estado -como sucede con los Estados de estructura unitaria-. Pero no sucede lo mismo en los Estados de estructura federal, donde potestad y competencia tributarias pueden diferenciarse claramente, y ahí la importancia de diferenciar ambos términos.

El Poder Tributario del Estado moderno tiene las siguientes características: (a) es *abstracto*, en tanto la existencia del poder tributario no requiere un ejercicio precedente al

cumplimiento de la obligación. No hay que confundir el poder de imperio del Estado de establecer impuestos con el ejercicio de ese poder; (b) es *permanente*, porque el poder tributario es connatural al Estado y deriva de su soberanía, de modo que sólo puede extinguirse con el Estado mismo; en tanto subsista, existirá indefectiblemente poder de gravar; (c) es irrenunciable, ya que el Estado no puede desprenderse de este atributo esencial, puesto que sin el poder tributario no podría subsistir; y (d) es *indelegable* porque así como el Estado no puede desprenderse del poder tributario (renunciar en forma absoluta y total), tampoco puede delegarlo o transferirlo transitoriamente (Giuliani Fonrouge 2003, Villegas 2009).

I.2. La potestad impositiva del Estado

Todo Estado necesita de recursos para afrontar los gastos que demandan el cumplimiento de sus objetivos: prestación de servicios, seguridad, administración de justicia, salud, educación, etc. Independientemente del modelo de Estado (desde un Estado liberal, gendarme, mínimo, hasta un Estado intervencionista, con un fuerte cúmulo de competencias orientadas al bienestar general) siempre habrá necesidad de recursos para satisfacer sus actividades. Siguiendo a Giuliani Fonrouge, se puede conceptualizar a los recursos del Estado como "*los ingresos que obtiene el Estado, preferentemente en dinero, para la atención de las erogaciones determinadas por exigencias administrativas o de índole económico-social*" (2003).

Dentro del espectro de recursos con que cuentan los Estados modernos, el *impuesto* ha sido el recurso por excelencia. Esta importancia ha hecho que los recursos del Estado se clasifiquen en tributarios y no tributarios (Gráfico N° 1), entre otras clasificaciones.

Gráfico N° 1: Clasificación de los Recursos del Estado

Gráfico N° 1: Clasificación de los Recursos del Estado



Fuente: elaboración propia.

Dentro de esta gran variedad de recursos, cobran especial interés los recursos de naturaleza tributaria, también denominados *tributos*. El tributo es definido como "toda prestación patrimonial obligatoria -habitualmente pecuniaria- establecida por la ley, a cargo de las personas físicas y jurídicas que se encuentren en los supuestos de hecho que la propia ley determine, y que vaya dirigida a dar satisfacción a los fines que al Estado y a los restantes entes públicos estén encomendados" (Villegas 2003:151).

Los tributos han sido tradicionalmente clasificados en tres especies: impuestos, tasas y contribuciones. El *impuesto* es un tributo no vinculado, en el sentido de que su obligación tiene como hecho generador una situación totalmente independiente de la actividad que despliega el contribuyente como del propio Estado. La *tasa* tiene como hecho generador una prestación efectiva (o potencial) de un servicio o actividad estatal concreta que beneficia (*real* o potencialmente) al contribuyente. Por último, la *contribución* es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador los beneficios derivados de actividades estatales.

Pese a la gran variedad de recursos con que cuenta el Estado moderno, el *impuesto* sigue siendo hoy la principal fuente de financiamiento. El Estado puede establecer impuestos, dado que posee lo que se denomina *poder tributario*, que es "*la facultad o la posibilidad jurídica del Estado de exigir contribuciones con respecto a personas o bienes que se hallan en su jurisdicción*" (Giuliani Fonrouge 2003). Este poder es parte del *imperium* que posee todo Estado y que se traduce en la facultad de establecer obligaciones y deberes a los ciudadanos en aras del interés público. Entre ellas está la facultad de exigir *contribuciones pecuniarias* a los ciudadanos y no tiene otro fundamento, en definitiva, que el deber de colaboración y ayuda al sostenimiento de los ciudadanos para con esta estructura político-territorial que proporciona paz y seguridad -y, eventualmente, otros bienes públicos como la salud, la salubridad, la educación-, etc. En definitiva, como sostiene Hermann Heller, en los impuestos "va implícita la idea de que, incluso en épocas de paz, se forma parte de un gran ente común que a todos interesa y que nos impone sacrificios" (2007:175).

El impuesto ha sido definido como "*las prestaciones en dinero o en especie, exigidas por el Estado en virtud del poder de imperio, a quienes se hallen en las situaciones consideradas por la ley como hechos impositivos*" (Giuliani Fonrouge 2003:255), o también como "el tributo exigido por el Estado a quienes se hallan en las situaciones consideradas por la ley como generadoras de la obligación de tributar (hechos *impositivos*), situaciones éstas ajenas a toda concreta acción gubernamental vinculada a los pagadores" (Villegas, 2009:158).

El impuesto se diferencia de los demás tributos en tanto es establecido por el Estado *por* su propio imperio y se exige a los habitantes (en base a su capacidad contributiva objetiva) sin que tenga una finalidad específica, ya que el Estado posee plena discreción en su uso (siempre que se dirijan a satisfacer actividades de bien común).

Existen distintas clasificaciones de los *impuestos*¹, pero la que interesa al Derecho Constitucional y al Derecho Público Provincial y Municipal es la que distingue a los

¹ La doctrina clásica distingue los siguientes tipos de impuestos: (a) ordinarios y extraordinarios; (b) reales y personales; (c) proporcionales y progresivos; (d) directos e indirectos; y (e) financieros y de ordenamiento.

impuestos en *directos e indirectos*, ya que esta fue la clasificación que utilizó el constituyente de 1853 para distribuir la competencia tributaria entre niveles de gobierno. A su vez, dentro de esta clasificación, existen distintos criterios que fueron utilizados a lo largo de la historia para distinguir entre impuestos directos e impuestos indirectos.

El *criterio económico* distingue entre impuestos directos e indirectos según el costo del impuesto pueda trasladarse o no: los impuestos directos son aquellos que no pueden trasladarse, se exigen de las mismas personas que se pretende que los paguen, mientras que los indirectos sí pueden trasladarse, y se cobran a una persona suponiendo que ésta se indemnizará a expensas de otras personas. El *criterio administrativo* clasifica a los directos como aquellos que se recaudan según listas o padrones, ya que gravan actos o situaciones perdurables en el tiempo (el desarrollo de una actividad profesional, por ejemplo), y los indirectos son aquellos que no se pueden incluir en listas, porque gravan actos o situaciones accidentales (como el consumo). El criterio que tiene en cuenta la *situación de la riqueza gravada*: los directos son aquellos que gravan la riqueza por sí misma, independientemente de su uso (situación estática) y los indirectos no gravan la riqueza en sí, sino en cuanto a su uso (situación dinámica). Por último, está el criterio de la *capacidad contributiva*, el cual considera impuestos directos a aquellos que gravan exteriorizaciones inmediatas de riqueza o capacidad contributiva (posesión de un patrimonio, como ser una casa, un automotor, una renta o ingreso periódico) y como indirectos a aquellos que gravan manifestaciones mediatas de riqueza (el consumo) (Jarach, 2013).

En función de esta última clasificación, también interesa clasificar a los impuestos de acuerdo a la actividad o cosa que gravan. En este sentido, siguiendo a la OCDE, los impuestos se clasifican en:

TABLA N° 1: Clasificación de los impuestos según la OCDE

<p>1. Impuestos sobre la renta, las utilidades y las ganancias de capital</p> <p>1.1. Personas físicas</p> <p>1.2. Sociedades</p> <p>2. Contribuciones a la seguridad social</p> <p>2.1. Empleados</p> <p>2.2. Empleadores</p> <p>2.3. Trabajadores por cuenta propia o no empleados</p> <p>3. Impuestos sobre la nómina y la fuerza de trabajo</p> <p>4. Impuestos sobre la propiedad</p> <p>4.1. Impuestos recurrentes sobre la propiedad inmueble</p> <p>4.2. Impuestos recurrentes sobre la riqueza neta</p> <p>4.2.1. Personas físicas</p> <p>4.2.2. Sociedades</p> <p>4.3. Impuestos sobre sucesiones, herencias y donaciones</p> <p>4.4. Impuestos sobre transacciones financieras y de capital</p> <p>5. Impuestos sobre los bienes y servicios</p> <p>5.1. Impuestos sobre la producción, venta y transmisión de bienes y prestación de servicios</p> <p>5.1.1. Impuestos generales</p> <p>5.1.1.1. Impuestos sobre el valor agregado</p>

- 5.1.1.2. Impuestos sobre las ventas
- 5.1.1.3. Otros impuestos generales sobre los bienes y servicios
- 5.1.2. Impuestos sobre bienes y servicios específicos
 - 5.1.2.1. Impuestos selectivos
 - 5.1.2.2. Utilidades de los monopolios fiscales
 - 5.1.2.3. Derechos de aduanas y otros derechos de importación
 - 5.1.2.4. Sobre las exportaciones
 - 5.1.2.5. Sobre los bienes de inversión
 - 5.1.2.6. Sobre servicios específicos
 - 5.1.2.7. Otros impuestos sobre el comercio y las transacciones internacionales
 - 5.1.2.8. Otros impuestos sobre bienes y servicios específicos
- 5.1.3. Impuestos sobre el uso de bienes y sobre el permiso para usar bienes y realizar actividades
- 5.2. Impuestos recurrentes
 - 5.2.1. Sobre vehículos automotores

Fuente: OCDE (<https://www.oecd.org>).

I.3. La potestad tributaria en el Estado de estructura federal: Poder tributario originario y derivado

Los Estados de estructura federal, desde que coexisten dos o más niveles de gobierno en un mismo territorio, presentan una gran complejidad en materia tributaria. En efecto, el tema de los recursos suele ser uno de los puntos más conflictivos de la relación federal. Así como existe una distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno, en el caso argentino, entre los cuatro niveles de gobierno (federal, provincial, municipal y Ciudad Autónoma de Buenos Aires), dicha *distribución* se opera también en materia tributaria. Esta distribución que es efectuada por la propia Constitución Nacional y determina qué impuestos puede establecer la nación y cuáles las provincias.

Pero la práctica devela una serie de complejidades que la Constitución Nacional no reguló -y que tampoco podría hacerlo, ya que los textos constitucionales no pueden prever todas las eventualidades que pudieran presentarse en la realidad-. La coexistencia de dos (o más) niveles de gobierno con autoridad política y cuya jurisdicción opera directamente sobre una misma población y sobre un mismo territorio, genera una gran cantidad de conflictos que requieren ser afrontados desde la coordinación.

Una de estas cuestiones ha sido la diferenciación entre el poder tributario originario y el delegado o derivado. Esta distinción surge a partir de la gran variedad de organismos que cumplen funciones de gobierno y como tales se atribuyen la facultad de establecer impuestos. Particularmente en los Estados de estructura federal, este tema ha cobrado mucha vigencia.

En nuestro país existen distintas tesis al respecto. Así tenemos aquellas que atribuyen poder originario sólo a las provincias, siendo el de la nación y el de los municipios derivados o delegados por las *provincias*; y aquellas tesis que atribuyen poder originario a la nación y a las provincias, y derivado a los municipios. Para un análisis acerca de si el poder tributario municipal es originario o derivado -que consideramos superado a partir de la inserción del art. 123 en el texto de la Constitución Nacional en la reforma de 1994- pueden consultarse a Álvarez Echagüe 2000, Spisso 2009 y 2011, Bulit Goñi 1992, entre otros.

Giuliani Fonrouge dirime estas disputas sosteniendo que no cabe diferenciar en nuestro país entre poder tributario originario y derivado, pues entiende que "*todos los órganos de gobierno tienen facultades tributarias de la misma naturaleza, sin que puedan establecerse grados o jerarquías en ellas*". Todos los niveles de gobierno gozan de poder tributario originario o inherente, "*porque él es connatural al Estado en cualquiera de sus manifestaciones; la diferencia no radica en la 'esencia' sino en el ámbito de actuación, en la jurisdicción atribuida a cada uno de ellos con sujeción a las normas constitucionales o legales vigentes en cada país [...] no hay 'entes menores' y 'entes mayores'; hay órganos de gobierno de igual categoría institucional, actuando en el ámbito de sus respectivas competencias, por lo cual cada uno de ellos tiene los poderes implícitos a su propia existencia [...] Solamente podría aceptarse una diferencia de magnitud, y no de categoría; disponiendo las provincias de un poder amplio (art. 121) y el gobierno nacional y los municipios de poderes restringidos a sus funciones de gobierno, ya que sin ellos no podrían existir como entidades estatales*" (2003:268-269).

En definitiva, según la tesis de Giuliani Fonrouge, tanto la nación, las provincias y los municipios tienen poder tributario *originario* o *inherente*. La diferencia es de "magnitud", no de "categoría". Las provincias tendrán así un *poder amplio* en función del art. 121, CN, y la nación y los *municipios* un *poder restringido*, es decir limitado a sus respectivas funciones de gobierno. Pero todos son de carácter originario o inherente. Se trata también del reconocimiento del *derecho a los medios* (Rosatti 2012), o como la propia Corte Suprema, al hablar específicamente de los municipios, dijo, los entes estatales no pueden estar privados de las "atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido" (caso "Municipalidad de Rosario c. Provincia de Santa Fe", citado por Hernández 2003:347).

II. El sistema tributario argentino

Hasta *aquí* se han analizado conceptos y elementos básicos necesarios para comprender la compleja estructura del sistema tributario que presentan los Estados modernos y en particular, los Estados federales. En esta segunda parte se analizarán tres aspectos concretos del sistema tributario argentino: (a) la distribución constitucional de competencias tributarias; (b) la distribución real de competencias tributarias entre niveles de gobierno (Régimen de Coparticipación Federal de impuestos y pactos fiscales); y (c) el régimen de coparticipación previsto en el texto constitucional tras la reforma de 1994 (art. 75, inc. 2º).

II. 1. Distribución constitucional de competencias

En el derecho comparado, existen distintas fórmulas, mecanismos o sistemas para distribuir las *competencias tributarias* entre niveles de gobierno. A partir de la coexistencia de distintos niveles de gobierno con potestad tributaria *originaria* (es decir, con el poder de establecer, sancionar y recaudar tributos sobre un mismo territorio y sobre los mismos contribuyentes), surge la necesidad de establecer ciertos mecanismos que tiendan a la coordinación de estas potestades. Se trata en definitiva de fórmulas para establecer qué impuestos pueden imponer los distintos niveles de gobierno.

Así se pueden identificar los siguientes mecanismos mencionados por la doctrina tributarista (Bulit Goñi 2004:30/3, Giuliani Fonrouge 2003:303/4, Gaya y Rocha 2001):

(a) *Concurrencia de fuentes*: todos los niveles de gobierno tienen idéntica potestad de gravar las mismas fuentes tributarias;

(b) *Separación de fuentes*: se asigna a cada nivel determinados recursos, los cuales serán de su explotación exclusiva; las *potestades normativas* de cada nivel se encuentran diferenciadas, siendo independientes uno respecto de los otros;

(c) *Sistema de cuotas adicionales (o suplementarias)*: un nivel (generalmente el Estado central) crea y recauda un determinado tributo, y los demás niveles aplican sobre ese tributo, *alícuotas suplementarias*. Existe aquí una concurrencia de fuentes también, pero lo que se separa son las alícuotas que corresponde a cada nivel de gobierno. Otra diferencia con aquel sistema es que el nivel de gobierno local no tiene injerencia sobre los aspectos esenciales del tributo, no pudiendo modificar su hecho imponible ni la base imponible, por ejemplo. No cuenta, en definitiva, de potestad legislativa.

(d) *Sistema de participación*. A través de este sistema se establece una masa común de las recaudaciones impositivas, sean sobre todos o sobre algunos impuestos en particular – y en este caso pueden coexistir tantos sistemas de participación como impuestos se establezcan como coparticipables. Un nivel de gobierno (generalmente el nacional) concentra en su jurisdicción la sanción, la recaudación y la ulterior distribución de lo recaudado (potestad legislativa). La distribución se opera acorde a ciertos criterios, los cuales pueden agruparse básicamente en dos: el *proporcional* o *devolutivo* (por el cual se transfiere a cada nivel un monto similar a lo que en su jurisdicción se recaudó en concepto de ese impuesto) y el *redistributivo* (que responde a cuestiones tales como necesidades financieras o la promoción del desarrollo armónico de los niveles de gobierno en su conjunto). Aquí no se distribuyen las fuentes, sino lo recaudado en virtud de aquellas. Este sistema pasó a ser más conocido por su neologismo *coparticipación*.

(e) *Sistema de Asignaciones (o de Subvenciones o de Transferencias)*. Por este sistema, un nivel de gobierno establece y recauda un determinado tributo y del monto total de dicha recaudación, transfiere o asigna a los restantes niveles un porcentaje o suma de ella. En la generalidad de los casos, quien recauda y transfiere es el Estado central. Esta transferencia puede hacerse de forma *condicionada* al cumplimiento de ciertos requisitos (por ejemplo, que dichos importes sean utilizados exclusivamente para la realización de una obra), o en forma *incondicionada* o *global* (es decir, sin condición alguna). Aquí el gobierno nacional es libre en la creación y destino de los fondos, pero una vez creado por ley, tales transferencias pueden ser *discrecionales* (cuando la propia ley deja a criterio del nivel que transfiere cómo y a dónde se transfiere) o *no discrecionales* (cuando la ley establece cuáles son los criterios a seguir para la asignación de tales recursos).

La diferencia substancial con el sistema de coparticipación radica en dos aspectos: en el sistema de asignaciones los tributos corresponden (o son competencia) del gobierno central, mientras que en el de coparticipación los tributos son concurrentes y, por esto mismo, los montos asignados a los niveles subnacionales no podrían estar condicionados,

mientras que en el sistema de asignaciones sí, dado que son impuestos exclusivamente nacionales.

(f) *Sistema de Créditos Fiscales*. Por el cual se computa como pago de un tributo de un nivel de gobierno el que el contribuyente haya hecho en concepto de un impuesto de otro nivel.

(g) *Sistema de Deducción Fiscal*. A través del cual un nivel de gobierno deduce de la base imponible de su tributo el importe que el contribuyente haya realizado al pagar el tributo de otro nivel.

El sistema tributario argentino ha empleado -sea en forma simultánea como sucesiva- casi todos aquellos sistemas mencionados en el acápite anterior, dependiendo del tipo de impuestos de que se trate. El esquema, en la actualidad, queda como sigue:

TABLA N° 2: Sistemas de distribución de competencias tributarias entre niveles de gobierno previstos en la Constitución

	Tipo de Tributo	Sistema	Nivel de gobierno		Norma
			Nación	Provincia	
1	Derechos de importación y exportación	Separación de fuentes	Exclusivo y permanente	Prohibido	Arts. 4°, 9°, 75 inc. 1° y 126
2	Impuestos directos	Coparticipación	Excepcional	Permanente	Art. 75, inc. 2°
3	Impuestos indirectos	Coparticipación	Permanente	Permanente	Art. 75, inc. 2°

Fuente: elaboración propia.

Cabe aclarar que esta es una simplificación del sistema, pues existen una gran cantidad de impuestos con *asignaciones específicas* (sistema de subvenciones o transferencias), pudiendo mencionarse el impuesto a las ganancias, donde se asigna un porcentaje destinado a financiar el Sistema de la Seguridad Social y a los Aportes del Tesoro Nacional; los impuestos sobre cigarrillos, el IVA, entre otros tantos, tienen también asignaciones específicas. Podría afirmarse que prácticamente todos los impuestos nacionales tienen alguna asignación específica.

De acuerdo al texto constitucional actual (es decir, luego de la reforma de 1994), las *competencias* entre nación y provincias ha quedado determinada de la siguiente manera²:

El gobierno federal puede establecer como (a) *competencia permanente y excluyente*: (i) derechos de importación y exportación (arts. 4°, 9, 75, inc. 2° y art. 126); (b) como *competencia excepcional*: impuestos directos ("por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien

² Nótese que aquí se habla de distribución de *competencias* y no de poder o potestad *tributaria* la cual, como se sostuvo anteriormente, es originaria e inherente a los cuatro niveles de gobierno.

general del Estado lo exijan" (art. 75, inc. 2º, 1º párr.); (c) como *competencia concurrente* con las provincias: impuestos indirectos (art. 75, inc. 2º, 1º párr.).

Las provincias por su parte, y según el principio general sentado en el art. 121, pueden establecer todos aquellos impuestos "no delegados por esta Constitución al Gobierno federal", tal cual reza el principio general de distribución de competencias y, en consecuencia, "no ejercen el poder delegado a la Nación" (art. 126). En función de ello, y en concordancia con las competencias federales establecidas constitucionalmente, tenemos que las provincias pueden establecer (a) como *competencia concurrente* con el gobierno federal, (i) impuestos indirectos (art. 75, inc. 2º, 1º párr.); (b) como competencia permanente, (i) impuestos directos (art. 121 y a *contrario sensu*, art. 126); (c) como competencia prohibida, derechos de importación y exportación (arts. 9, 126).

Cabe mencionar, además, como *competencia prohibida* a ambos niveles de gobierno el establecimiento de aduanas interiores (arts. 10, 11 y 12).

Con respecto a los municipios, la Constitución reconoce expresamente el poder tributario originario de estos entes: "Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, *económico y financiero*" (art. 123) e incidentalmente, en el art. 75, inc. 30, reconoce a estos específicamente la *potestad impositiva* (es decir, de establecer impuestos):

"[...] Las autoridades provinciales y *municipales* conservarán los *poderes de policía e imposición* sobre estos establecimientos [de utilidad nacional], en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

Sin embargo, la Constitución no establece con precisión cuál es el alcance del poder tributario municipal, ni qué impuestos puede establecer. En consecuencia, queda a criterio de cada provincia su regulación. La mayoría de las Constituciones provinciales han reconocido la plena autonomía de las provincias, como así también la CSJN³.

Por último, con respecto a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), a partir de la Reforma Constitucional de 1994, se le reconoce su calidad de *autónoma*, equiparándola a las provincias y, en consecuencia, tiene las mismas facultades tributarias que aquellas (art. 129, CN)⁴.

También la Constitución menciona expresamente a la CABA cuando habla de la distribución de los fondos coparticipables (art. 75, inc. 2º, 3º párr.), de la transferencia de competencias, servicios o funciones (art. 75, inc. 2º, 5º párr.), y de la representación en el organismo fiscal federal (art. 75, inc. 2º, 6º párr.).

³ Para un mayor análisis del poder tributario municipal, puede consultarse Altavilla 2015a y 2017.

⁴ La equiparación a las provincias, sin embargo, no es plena. Véase Hernández 2011 y Barrera Buteler 2011.

TABLA N° 3: Distribución constitucional de competencias tributarias

		NACIÓN	PROVINCIAS
Impuestos	a) Internos	1) Directos Manifestación inmediata de la capacidad contributiva (Al patrimonio)	Propio y permanente Art. 121
		1) Indirectos Manifestación mediata de la capacidad contributiva (Al consumo)	Propia y permanente Art. 121
	b) Externos	Derechos aduaneros (de importación y exportación)	Propio, permanente y exclusivo Art. 4 y 75, inc. 1°
		Excepcional/por tiempo det. Art. 75, inc. 2°	Coparticipables Art. 75, inc. 2°
		Propia y permanente 1853: art. 4° y 67, inc. 2°	Coparticipables Art. 75, inc. 2°
		Concurrente 1994: art. 75, inc. 2°	
			Prohibido Arts. 9 a 12 y 126

Fuente: Elaboración propia.

Como puede observarse, el poder tributario de las provincias es, desde el punto de vista constitucional, muy amplio. Las provincias pueden establecer, sin limitación alguna, impuestos directos e indirectos, es decir, cualquier tipo de impuestos internos: impuestos al consumo, al patrimonio, sobre la renta, la seguridad social, sobre bienes y servicios, etc. Las limitaciones, en definitiva, vienen dadas por la naturaleza interprovincial o internacional de las actividades o cosas (materia imponible): desde el punto de vista internacional, no pueden (ya que tienen expresamente prohibido -arts. 9 a 12 y 126-) establecer *derechos de importación y exportación*; desde el punto de vista interprovincial, tampoco pueden establecer *aduanas interiores* (arts. 10 a 12). Ambas cuestiones caen bajo la competencia del Congreso de la Nación en virtud de la llamada "Cláusula del Comercio" del art. 75, inc. 13, que lo faculta a "Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí"⁵.

II.2. Distribución real de competencias entre niveles de gobierno: El Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos (Ley N° 23548) y los Pactos Fiscales

De acuerdo al texto constitucional, tal como se vio en el punto anterior, las provincias pueden establecer *todo tipo de impuestos directos e indirectos*, dado que no se establece ninguna prohibición específica al respecto. La ambigüedad y vaguedad del texto

⁵ Esta disposición es tomada de la Constitución de Estados Unidos, que contiene una redacción muy similar: Artículo I, Sección 8, Cláusula 3: [The Congress shall have power] to regulate commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.

constitucional permite que tanto el gobierno federal como las provincias no solo puedan establecer cualquier tipo de impuestos directos e indirectos, sino que además la superposición impositiva, es decir, cuando dos o más niveles de gobierno establecen los mismos impuestos, sobre el mismo territorio y sobre la misma población, no resulta inconstitucional⁶. Así lo declaró expresamente la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el famoso fallo "Sociedad Anónima Mataldi Simón Ltda. c/ Provincia de Buenos Aires" de 1927⁷.

Las consecuencias perniciosas de la doble o múltiple superposición impositiva llevó a que los niveles de gobierno coordinaran entre sí sus competencias tributarias para impedir el establecimiento de impuestos análogos sobre las mismas actividades o productos, encareciendo así el costo de vida y dificultando el desarrollo económico. Como consecuencia de estas coordinaciones, surgió el primer régimen de coparticipación federal de impuestos (en adelante, RCFI) allá por la década de 1930.

En este importante precedente, la Corte reconoció que tanto la Nación como las provincias podían establecer impuestos indirectos, de manera *concurrente*, a raíz de una interpretación armónica entre el art. 4º y art. 67, inc. 2º (de la vieja numeración de entonces –actual art. 75, inc. 2º–). Con esto, la Corte estaría reconociendo también que la doble imposición no era inconstitucional: "estas atribuciones o poderes han sido creados para que se ejerciten y se desenvuelvan en su respectiva esfera de acción, propendiendo armónicamente a la consecución de los fines de interés público que los originan y fundamentan, sin que nada obste a la convivencia legal y material de los dos principios, rigiendo en sus respectivos campos de acción, sin roces ni conflictos irreparables, que no los hay posibles dentro de la Constitución".

Pero también reconoció que este sistema, el de concurrencia de fuentes, traía aparejado serios problemas: "*no obstante el equilibrio armónico que presupone el funcionamiento regular de las dos soberanías, nacional y provincial [...] no puede desconocerse que su régimen efectivo determina una doble imposición de gravámenes con la que se afectan [...] importantes intereses económicos y se originan conflictos jurisdiccionales fiscales que no siempre es dado dirimir con la eficacia debida*". Esta situación había generado ya entonces, una "*constante requisición colectiva traducida en múltiples estudios y proyectos tendientes a la modificación o mejor aplicación del sistema rentístico, iniciativas que abarcan desde la reforma de la Constitución hasta la nacionalización de los impuestos en cuanto a su percepción, a base de coparticipaciones proporcionales y equitativas entre la Nación y los Estados Federales*".

⁶ Para GIULIANI FONROUGE "*existe doble (o múltiple) imposición, cuando las mismas personas o bienes son gravados dos (o más) veces por análogo concepto, en el mismo período de tiempo, por parte de dos (o más) sujetos con poder tributario*" (2003:302).

⁷ En un fallo anterior, la Corte había sostenido la constitucionalidad de las leyes nacionales sobre impuestos internos, aunque sin referirse expresamente sobre la concurrencia de tales competencias, reconoció que el art. 4º contiene una *facultad implícita* del gobierno federal de crear y percibir impuestos indirectos (al consumo), aun cuando no encierra en sí misma una delegación de poder expreso a favor de la Nación (Confr. "Fisco Nacional, contra el doctor Martín S. Berho, por infracción a la ley de impuestos internos", Fallos, 121:264, sentencia del 1/07/1915).

A partir de entonces, las relaciones fiscales entre nación y provincias y, más específicamente, las competencias tributarias entre ambos niveles de gobierno estarían reguladas a través del sistema de coparticipación federal de impuestos. Desde entonces, existirían tres regímenes troncales⁸: (1) El primero se inicia con la Ley N° 12139 abarcando los años 1935 a 1972; (2) el segundo comienza con la sanción de la Ley N° 20221 en 1972 hasta su caducidad en 1984 y finalmente (3) el último período, el de la Ley 23548 de 1988, que se extenderá hasta la actualidad. En cada uno de estos períodos existieron uno o más *regímenes especiales*, simultáneos y coexistentes con estos tres troncales. Estos regímenes troncales sufrieron también muchas y variadas modificaciones en aspectos cruciales, tales como los porcentajes de distribución primaria y secundaria, en los criterios empleados para la distribución de los recursos, en los impuestos que compondrían la masa coparticipable, etc.

Por cuestiones de espacio, solo se analizará el régimen de coparticipación vigente (Ley N° 23548). Sin embargo, cabe realizar algunas consideraciones (aunque muy breves) sobre cómo se arribó a esta circunstancia de doble imposición.

El sistema tributario y rentístico ideado por los padres fundadores estaba basado en una clara y sencilla *separación de fuentes*: el gobierno federal proveía a sus gastos de los recursos provenientes de los derechos de importación y exportación, los que prácticamente cubrían cerca del 90% del presupuesto federal, mientras que las provincias se sustentaban con la recaudación de impuestos internos, directos (fundamentalmente, a la propiedad e ingresos de capital) e indirectos (sobre todo al consumo). Este sistema se mantuvo hasta fines del s. XIX (1853-1890).

Con la crisis económica mundial de 1890, que impactó enormemente en la economía nacional, desde que los principales países importadores de materias primas nacionales (principalmente el Reino Unido) dejaron de importar, las rentas federales cayeron dramáticamente, al punto de no poder cubrir los gastos ordinarios. Ante esta situación de crisis, en 1891 el gobierno federal decidió crear impuestos internos sobre el consumo, tributos que recayeron sobre productos de elaboración típicamente regionales, tales como el alcohol, cervezas, fósforos, licores, etc. (Altavilla, 2016, Spisso, 2009, García Vizcaíno, 1997). Estos impuestos subsistirían en el tiempo, generando así un período de concurrencia de fuentes en materia de impuestos indirectos.

En 1930, frente a otro escenario de crisis económica mundial, el gobierno federal volvería a echar mano sobre los impuestos internos, esta vez sobre los impuestos directos. De acuerdo a la Constitución, el gobierno federal podía crear impuestos directos, pero "por tiempo determinado" y que sean "proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación" y "siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan"

⁸ La doctrina tributarista diferencia entre regímenes de coparticipación *troncales* y regímenes de coparticipación *especiales*. Los troncales son aquellos en los cuales se agrupan el grueso de los impuestos que han de ser distribuidos entre ambos niveles de gobierno, mientras que los regímenes *especiales* en cambio son aquellos en los que se distribuye lo recaudado específicamente en virtud de uno o dos impuestos (VILLEGAS, 2009).

(art. 67, inc. 2°). Esta facultad excepcional, que solo puede ejercerla "por tiempo determinado", se terminó convirtiendo en una competencia ordinaria, por las consecutivas prórrogas a los impuestos directos creados desde entonces, y que subsisten hasta el día de la fecha, tal como el impuesto a las ganancias. En 1931, mediante decreto-ley, se crea el *impuesto a los réditos*, norma que será ratificada por Ley N° 11586 de 1932 que crea el impuesto formalmente. Tras las sucesivas prórrogas, en la década de 1970 aquel viejo impuesto a los réditos se termina convirtiendo en el moderno impuesto a las ganancias (creado por Ley N° 20628 de enero de 1974). Se genera así un nuevo período de concurrencia de fuente en materia de impuestos directos, que se suma a la ya existente concurrencia de fuentes sobre impuestos indirectos.

Entre 1930 y 1935 existe concurrencia de fuente sobre impuestos directos e indirectos. Tal como muestra la TABLA N° 4, el gobierno federal fue avanzando sistemáticamente sobre fuentes tributarias propiamente provinciales, hasta prácticamente desplazar a las provincias (al menos) en el aspecto legislativo del poder tributario, ya que, desde la instauración del RCFI, las provincias inhiben su poder tributario de sancionar (legislar) impuestos análogos a los coparticipados. Asimismo, se puede observar que los derechos de importación y exportación nunca fueron coparticipables, porque lo que estos recursos siempre fueron de exclusivo uso del gobierno federal.

TABLA N° 4: Evolución de las competencias tributarias federales sobre las provinciales

Impuestos		1853	1890	1930	1935 (- act.)
Dchos. de Impto. y Exp.		Nacional			
Impuestos internos	Directos	Provincial	Prov./Nac.		Régimen de Coparticipación
	Internos	Provincial	Provincial	Prov./Nac.	

Fuente: Elaboración propia.

II.2. 1. El Derecho Intrafederal. Algunas consideraciones

Desde 1935 hasta la actualidad, las relaciones fiscales Nación-provincias han estado reguladas a través de acuerdos, pactos o convenios intergubernamentales. El RCFI, si bien es creado mediante ley nacional, esta debe ser aceptada por las provincias, a través de sus respectivas legislaturas, mediante leyes provinciales de adhesión. En este sentido, las *leyes-convenio* de coparticipación (llamadas originariamente *leyes-contratos*) son una especie del género acuerdos intergubernamentales o interjurisdiccionales. A esta especial forma de acuerdo, se sumaron, a partir de la década de 1990, los *pactos fiscales* que si bien recibieron diversas denominaciones (pactos, tratados, convenciones, compromisos, acuerdos, consensos), todos ellos encuadran dentro del concepto genérico de tratados o acuerdos interjurisdiccionales –así lo sostuvo la Corte, manifestando que todas estas expresiones son sinónimos, ya que significan "acuerdo para reglar o reglamentar intereses"– (Barrera Buteler 1996).

Barrera Buteler dice que "*habrá acuerdo interjurisdiccional cada vez que distintos sujetos de una relación federal concierten entre sí sus voluntades creando un vínculo jurídico en base al consentimiento recíproco, por el cual se fijan objetivos comunes y los medios para alcanzarlos, en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, y se generan derechos y obligaciones entre las partes, y generalmente también para sus respectivos habitantes*" (1996).

Respecto de su naturaleza jurídica, en lo formal son actos complejos, pues el acuerdo se logra a través de una serie de actos sucesivos que implican diversas etapas: negociación, firma, aprobación, conclusión y finalmente publicación. En cuanto a la materia, la naturaleza de tales acuerdos es de carácter ambivalente, ya que, al depender del tipo de relación regulada, será de carácter federal o local: si los acuerdos regulan la relación entre provincias y sus habitantes, tal norma tendrá carácter local; en cambio, si regula la relación entre nación y provincias, su naturaleza será federal. En el primer caso, los órganos jurisdiccionales competentes serán los tribunales de provincia, y en el segundo (dados los sujetos intervinientes) será la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 116, CN) (Sagüés, 2003a:117).

Estos acuerdos interjurisdiccionales generan derechos y deberes no solo para los sujetos federados signatarios del mismo, sino que alcanzan también a sus habitantes. Constituyen una fuente importante del derecho público argentino y su jerarquía normativa se ubica por encima de las leyes nacionales y por debajo de la Constitución Nacional y los tratados internacionales. Generan una nueva especie dentro del derecho público, que la Corte Suprema denominó *Derecho Intrafederal* –caso "Transportes Automotores Chevallier S.A. c/ Provincia de Buenos Aires, s/ Acción Declarativa", fallado el 20/08/1991 (Altavilla 2015b, 2019, Bulit Goñi, 2010:95–).

En materia fiscal estos acuerdos han sido asiduamente utilizados. Por un lado, las leyes-convenio y por el otro los pactos, consensos, compromisos, etc., que genéricamente denominamos *pactos fiscales*. Por la forma y el contenido, estos pactos fiscales se diferencian de la ley-convenio. Esta última tiene la forma de una ley (compuesta de un articulado), mientras que los pactos fiscales tienen la estructura de un tratado (introducción, declaración de las partes firmantes, objetivos y parte dispositiva, compuesta de cláusulas), son firmados por los poderes ejecutivos y luego aprobados por los poderes legislativos (nacional y provinciales), mientras que la ley convenio es una ley del Congreso de la Nación, a la cual se adhieren las provincias mediante leyes provinciales emanadas de sus legislaturas locales.

II.2. 2. El Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos Ley 23548

El 7 de enero de 1988 se sanciona la Ley N° 23548 con vigencia retroactiva desde el 1 de enero de ese año. La denominación formal de esta ley fue "*Régimen Transitorio de Distribución entre la Nación y las Provincias*", compuesta de cinco capítulos y 23 artículos. Este régimen se previó como transitorio, ya que tenía una vigencia prevista originariamente de solo un año. Sin embargo, el art. 15 establece que la vigencia del régimen "se prorrogará automáticamente ante la inexistencia de un régimen sustitutivo del presente". De esta manera se convirtió, paradójicamente y a pesar de su transitoriedad, en el de más longevo de los tres regímenes troncales.

Para analizar el RCFI es necesario tener en cuenta tres aspectos centrales: (a) masa coparticipable; (b) distribución primaria y secundaria; y (c) obligaciones de las partes.

(a) *Masa coparticipable*: esto es el conjunto de tributos que componen el fondo común que luego ha de distribuirse entre los niveles de gobierno. El régimen de la Ley N° 23.548 amplió significativamente la masa coparticipable, estableciendo que se compondría de "todos los impuestos nacionales existentes o a crearse" (art. 2°). De esta manera se incorporaron un gran número de impuestos nacionales que hasta el momento no se coparticipaban o se hacía a través de repartos *ad hoc* (Porto, 2003). Sin embargo, se establecieron importantes excepciones: aquellos cuya distribución esté prevista o se prevea en otros sistemas o regímenes especiales de coparticipación, que tengan afectación específica a propósitos o destinos determinados y los impuestos y contribuciones nacionales cuyo producido se afecte a la realización de inversiones, servicios, obras y al fomento de actividades –siempre que se declaren de interés nacional por acuerdo entre la nación y las provincias– quedaban fuera de la masa coparticipable. Estas excepciones habían sido previstas ya en regímenes anteriores y dieron lugar a importantes conflictos intergubernamentales que si bien no lograron tener repercusiones en el ámbito judicial ni incluso trascendieron en lo político, sí contribuyeron a formar percepciones profundamente negativas entre los gobernadores respecto del régimen.

(b) *Distribución*: Una vez recaudados los recursos provenientes de los impuestos que conforman la masa coparticipable, se procede a la distribución de los mismos, en un primer paso, entre Nación y el conjunto de las provincias (distribución primaria) y luego entre las provincias (distribución secundaria) según determinados criterios, que pueden consistir en indicadores objetivos o simplemente en porcentajes fijados por la ley.

Con respecto a la *distribución primaria*, la ley implicó un nuevo avance de los gobiernos provinciales en el porcentaje que les correspondía, siendo la primera vez que el conjunto de las provincias superaba el porcentaje correspondiente a la Nación. La ley fijó un 42,34% para el nivel nacional y un 54,66% para al conjunto de las provincias. El restante 3% se distribuiría de la siguiente manera: el 2% para el recupero del nivel relativo de las provincias de Buenos Aires (el 1,57%), Chubut (0,14%), Neuquén (el 0,14%) y Santa Cruz (el 0,14%) y el 1% ingresaría al Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a las provincias (art. 3°). Todas estas transferencias serían automáticas, con la finalidad expresa de evitar actitudes oportunistas por parte del gobierno nacional. La ley estipulaba además una *garantía de piso mínimo* en las transferencias (otra innovación en la materia), estableciéndose que el monto a distribuir a las provincias, no podrá ser inferior al 34% de la recaudación de los recursos tributarios nacionales de la Administración Central, tengan o no el carácter de distribuibles por esta ley (art. 7°).

En cuanto a la *distribución secundaria*, se optaría por incluir directamente los porcentajes correspondientes a cada provincia (art. 4°), sin incluir criterios objetivos

de reparto alguno, calculado en base a lo que las provincias venían recibiendo en los últimos años del RCFI de 1972.

- (c) *Obligaciones de las partes.* El RCFI prevé una serie de obligaciones que pesan sobre las partes. (c.1.) Respecto de las provincias, estas se comprometen a: aceptar el régimen sin limitaciones ni reservas (art. 9º, inc. a); a no aplicar por sí; y a que los organismos administrativos y municipales de su jurisdicción, sean o no autárquicos, no apliquen *gravámenes locales análogos* a los nacionales distribuidos por la ley (art. 9º, inc. b); también se comprometen a que "no se gravarán por vía de impuestos, tasas, contribuciones u otros tributos, cualquiera fuere su característica o denominación, las materias imponibles sujetas a los impuestos nacionales distribuidos ni las materias primas utilizadas en la elaboración de productos sujetos a los tributos a que se refiere esta ley" (art. 9, inc. b, 2º párr.); a derogar los gravámenes provinciales y a promover la derogación de los municipales que resulten en pugna con el RCFI; y finalmente, una de las obligaciones más importantes que asumen las provincias es a establecer un sistema de distribución de los ingresos que se originen en el RCFI para los municipios de su jurisdicción, el cual deberá estructurarse asegurando la fijación objetiva de los índices de distribución y la remisión automática y quincenal de los fondos (art. 9º, inc. g).

El gobierno federal asume como principal responsabilidad, la de efectuar la remisión automática y en forma diaria de los fondos recaudados, a través del Banco de la Nación Argentina (art. 6º); En el texto original de la ley, se comprometía a entregar, de su parte, a la Ciudad de Buenos Aires y al Territorio Nacional de Tierra del Fuego una participación compatible con los niveles históricos (art. 8º). En 1988 la ciudad de Buenos Aires no tenía aun el estatus autonómico y Tierra del Fuego era el último territorio nacional. Tras la autonomización de la CABA y la provincialización de Tierra del Fuego, el gobierno federal les dio participación directa en el RCFI: mediante Decreto N° 2456/90 se fija la participación de la provincia de Tierra del Fuego en 0,70%, y mediante Decreto N° 705/03 se fija la participación correspondiente a la CABA en un 1,40% en ambos casos del monto total recaudado.

La Nación asume, también, en lo que resulte aplicable, las obligaciones previstas en los incisos b), c), d), e) y f) del artículo 9º, por sí y con respecto a los organismos administrativos y municipales de su jurisdicción sean o no autárquicos (art. 8º). Por último, asume la obligación de garantizar un piso mínimo del 34% de la recaudación de los recursos tributarios nacionales de la Administración Central, *tengan o no el carácter de coparticipables* (art. 7º).

El organismo fiscal federal: La Comisión Federal de Impuestos (CFI)

La Ley 23548 prorroga la vigencia de la CFI⁹ creada por el anterior régimen de la Ley N° 20221 (de 1972), con la misma composición, funciones y forma de financiamiento. La

⁹ Capítulo III "De la Comisión Federal de Impuestos" (arts. 10 a 14).

intención fue mantener este organismo como ámbito de debate y de discusión entre ambos niveles de gobierno. La CFI se compone de un representante por el gobierno nacional y uno por cada una de las provincias que adhieran, quienes deberán ser personas especializadas en materia impositiva. Cuenta con un Comité Ejecutivo compuesto por el representante de la Nación y los de ocho (8) provincias. Por Reglamento, que el mismo Comité sancionará, se determinará los asuntos que deberán ser sometidos a sesión plenaria, establecerá las normas procesales pertinentes para la actuación ante el organismo y fijará la norma de elección y duración de los representantes provinciales en el mismo Comité Ejecutivo.

Acorde a la disposición legal, este organismo tiene como principales *funciones*: (a) aprobar el cálculo de los porcentajes de distribución; (b) controlar la liquidación correspondiente a cada jurisdicción; (c) controlar el estricto cumplimiento por parte de los respectivos fiscos de las obligaciones que impone la ley; (d) decidir si los gravámenes nacionales o locales se oponen o no y, en su caso, en qué medida a las disposiciones de la ley sea de oficio o a pedido de las partes (incluyéndose como legitimados a tal fin el Ministerio de Nación, las provincias o las municipalidades, contribuyentes o asociaciones reconocidas); (e) dictar normas generales interpretativas de la presente ley; (f) asesorar a la Nación y a los entes públicos locales en las materias de su especialidad y, en general, en los problemas que cree la aplicación del derecho tributario interprovincial cuyo juzgamiento no haya sido reservado expresamente a otra autoridad; (g) preparar los estudios y proyectos vinculados con los problemas que emergen de las facultades impositivas concurrentes; (h) recabar del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), del Consejo Federal de Inversiones y de las reparticiones técnicas nacionales censarias que interesen a su cometido; y, finalmente (i) intervenir con carácter consultivo en la elaboración de todo proyecto de legislación tributaria nacional (art. 11).

Este organismo juega un rol muy relevante dentro del sistema financiero y del funcionamiento del RCFI, en particular las atribuciones (a) a la (d). Sus decisiones son obligatorias para todas las partes, ante las cuales procede el pedido de revisión (art. 12), el que será resuelto en sesión plenaria. Para que esta sesión funcione, se requiere un quórum de las dos terceras partes de sus miembros, requiriéndose para la decisión definitiva, simple mayoría de los miembros presentes. Esta decisión será definitiva y de cumplimiento obligatorio y no se admitirá ningún otro recurso ante la CFI, salvo el recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema (de acuerdo al art. 14 de la Ley 48), el que no tendrá efecto suspensivo de aquella decisión (art. 12).

Cuando la CFI dictamina que una de las partes del RCFI no da cumplimiento efectivo de alguna de sus obligaciones, dispondrá lo necesario para que el Banco de la Nación Argentina se abstenga de transferir a aquélla o aquellas, los importes correspondientes (art. 13). La norma no dispone un tipo de sanción igualmente efectiva en el caso de que la parte incumplidora sea el propio gobierno federal. Asimismo, los contribuyentes pueden recurrir directamente ante la CFI.

Tabla N° 5: Principales tributos coparticipados

1. *Impuesto a las Ganancias* (Ley N° 20628 y Ley N° 26078)
2. *Impuesto al Valor Agregado*(Ley N° 23966 y Ley N° 26078)
3. *Impuestos Internos* (Ley N° 24674)
4. *Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y sucesiones Indivisas* (Ley N° 23905)
5. *Gravamen de Emergencia sobre Premios de Determinados Juegos de Sorteo y Concursos Deportivos* (Ley N° 20630 y sus mod., Decreto N° 668/74)
6. *Impuesto Sobre el Capital de las Cooperativas*(Ley N° 23427, 23658, 23760, 25239 y 25791)
7. *Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta* (Ley 25063).

Tabla N° 6: Principales tributos excluidos del RCFI

(A) Tributos provinciales (art. 9º, inc. b, Ley 23548)

1. *Impuestos provinciales a la propiedad inmueble*(Art. 9º, inc. b).
2. *Impuesto a los Ingresos Brutos* (Art. 9º, inc. b).
3. *Impuestos provinciales a las transmisiones gratuitas de bienes* (Art. 9º, inc. b).
4. *Impuestos provinciales a los automotores*
5. *Impuestos provinciales a los actos, contratos y operaciones a título oneroso (Impuesto de Sellos)* (Art. 9º, inc. b).
6. *Tasas retributivas de servicios* (art. 9º, inc. b, 2º párr., in fine).
7. *Imposición diferencial al expendio al por menor de vinos, sidras, cervezas y demás bebidas alcohólicas*(art. 9º, inc. b, 3º párr.)

(B) Tributos nacionales

1. *Impuestos nacionales afectados a la realización de inversiones, servicios, obras y al fomento de actividades, declarados de interés nacional* (art. 7º, 2º párr.)
2. *Impuestos Aduaneros* (art. 4º, CN).
3. *Impuesto con asignaciones específicas*(art. 67, inc. 2).
4. *Tasa de Estadística* (Ley N° 23664, modificada por Ley N° 23697)
5. *Derechos de Importación y Exportación*(Código Aduanero, Decreto N° 2275/94 – Res. M. E. N° 11/02 y sus mods.).

(C) Algunos tributos nacionales con asignaciones específicas (art. 73, inc. 3º, CN)

1. *Impuesto sobre los Combustibles Líquidos y Gas Natural* (Ley N° 23966 y Ley N° 24699)
2. *Impuesto a la energía Eléctrica* (Ley N° 23681, Ley N° 24065 y Ley N° 26078)
3. *Impuesto Sobre los Bienes Personales* (Ley N° 23966 y Ley N° 26078)
4. *Impuestos Internos – Seguros*

5. *Impuesto Sobre los Videogramas Grabados* (Ley 17741, mod. por Ley N° 24377)
6. *Impuesto a las Entradas de Espectáculos Cinematográficos* (Ley N° 17741, mod. por Ley N° 24377).
7. *Fondo Especial del Tabaco* (Ley N° 19800 y sus mods.).
8. *Impuesto a los Pasajes Aéreos* (Ley 19574).
10. *Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (Monotributo)* (Ley N° 24977 y Ley N° 26078).
11. *Adicional de Emergencia sobre Cigarrillos* (Ley N° 24625, Ley N° 26073 y Ley N° 26078).
12. *Impuestos a los Créditos y Débitos en Cuenta Corriente Bancaria* (Ley N° 25413 y sus mods.).
13. *Impuesto sobre el Gas Oil y el Gas Licuado para uso Automotor* (Ley N° 26028 y Decretos Nros. 564/05 y 118/06).
14. *Tasa de Infraestructura Hídrica* (decreto N° 1381/01).
15. *Recargo sobre el Gas Natural y el Gas Licuado de Petróleo* (Ley N° 25565).

Si bien es cierto que el RCFI de la Ley 23548 significó un importante avance en algunas cuestiones fundamentales, también es cierto que implicó un importante retroceso en otras cuestiones también fundamentales, que se traducen en un proceso de recentralización de competencias fiscales en manos del gobierno federal. Por un lado, esta ley incrementó el porcentaje de las provincias en la distribución primaria, superando por primera vez la parte del gobierno federal (42,34% para nación frente al 54,66% para las provincias); incrementó la masa coparticipable, incluyente ahora a *todos* los impuestos nacionales, creados o *a crearse*, de modo que cualquier nuevo impuesto creado por el gobierno nacional, entra automáticamente al RCFI. y finalmente, incluyó la garantía del piso mínimo del 34% de los recursos coparticipables. Pero en contrapartida, este régimen significó la mayor concentración de recursos fiscales en manos del gobierno nacional, ya que mientras más impuestos se incluyan en la masa coparticipable, menor es el ámbito sobre el cual las provincias pueden ejercer su poder tributario, ya que pesa sobre ellas la prohibición de establecer impuestos *análogos* a los coparticipables -término que además fue interpretado en sentido muy amplio por la Corte Suprema-. Actualmente, existen 23 impuestos vigentes a nivel nacional, mientras que las provincias solo recaudan cuatro impuestos.

Así como desde la perspectiva de la constitución nacional, las provincias tienen una competencia tributaria bastante amplia, ya que pueden crear impuestos directos e indirectos de forma permanente y sin restricción alguna, desde el punto de vista de la coordinación fiscal intergubernamental a través de acuerdos interjurisdiccionales, las provincias han visto (y aceptado) la constricción de su competencia tributaria a prácticamente su mínima expresión. Esta tendencia se ve exacerbada, además, por los distintos pactos fiscales firmados desde 1990 hasta la actualidad.

II.2. 3. Pactos Fiscales

Poco después de sancionado el RCFI de la Ley 23.548, el gobierno nacional y las provincias firmaron una serie de acuerdos tendientes a modificar algunos puntos cruciales

de aquel régimen. La mayoría de estos acuerdos se dieron o bien por presiones externas (por ejemplo, requerimientos del FMI de eliminar impuestos provinciales distorsivos, como Ingresos Brutos o Sellos) o bien en contextos de marcadas crisis económicas y financieras.

1. Presidencias de Menem (1989-1995; 1995-1999)

- a. Pacto Fiscal I (1992)
- b. Pacto Fiscal II: "Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento" (1993)

2. Presidencia de De la Rúa (1999-2001)

- a. Compromiso Federal I (1999)
- b. Compromiso Federal II: "Compromiso Federal para el Crecimiento y la Disciplina Fiscal" y su primera Addenda" (2000)
- c. Segunda Addenda al Compromiso Federal II (2001)

3. Presidencia Provisoria de Duhalde (2002-2003)

- a. "Acuerdo Nación-Provincias sobre Relación Financiera y Bases de un Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos" (2002)

4. Presidencia de Macri (2015-act.)

- a. Consenso Fiscal I (2017)
- b. Consenso Fiscal II (2018)

Entre 1992 y 2018 se firmaron 8 pactos fiscales que modificaron puntos cruciales del sistema de distribución de recursos fiscales entre niveles de gobierno, en particular del RCFI. A modo de síntesis, se mencionan a continuación los puntos centrales modificatorios del RCFI en cada uno de ellos.

(1) *Pacto Fiscal I (1992)*. Durante el gobierno de Menem (1989-1999) se firmaron *dos pactos fiscales*. El *Pacto Fiscal I* (12/08/1992)¹⁰, se acordó una quita del 15% de la masa coparticipable bruta para atender los gastos de la previsión social (único servicio que el gobierno había centralizado) y se fijó una suma mínima mensual en la distribución primaria de \$725 millones, en sustitución a los porcentajes que fija la Ley 23548.

(2) *Pacto Fiscal II (1993)*. Exactamente un año más tarde se firmó el *Pacto Fiscal II* (12/08/1993)¹¹, que tendría dos objetivos: por un lado, ratificaba y prorrogaba lo acordado en el Pacto Fiscal I, y por el otro, se intentó llevar la reforma neoliberal (ajuste, control del gasto y privatizaciones) al ámbito provincial. Las partes se comprometieron a impulsar una importante reforma impositiva que eliminaría los impuestos distorsivos tanto nacionales como provinciales (por ejemplo, la eliminación del impuesto de Sellos e Ingresos Brutos y la disminución de las alícuotas de los impuestos Inmobiliario y Automotor, para que alcancen uniformidad en todas las jurisdicciones). La ley N° 24699 de 1996 prorrogará la vigencia de este pacto hasta 1998.

¹⁰ Ratificado por Ley Nacional N° 24130.

¹¹ Oficialmente denominado "Pacto federal para el empleo, la producción y el crecimiento", ratificado por Decreto 14/94.

(3) *Compromiso Federal I (1999)*. Hacia finales de la década, con la asunción del nuevo presidente, Fernando de la Rúa, y en vísperas de una de las crisis políticas, económicas y sociales más importantes de la historia del país, el gobierno nacional volvería a concertar con las provincias un nuevo acuerdo. Esta vez el acuerdo no se firmaría en un contexto de cambio – el nuevo gobierno había manifestado seguir con el mismo modelo económico que el gobierno anterior y sus primeras medidas fueron coherentes en ese sentido -pero sí de fuerte crisis y debilidad del presidente-. En 1999 se firmará un primer acuerdo, denominado *Compromiso Federal (06/12/1999)*¹², por el cual las partes se comprometían a dar cumplimiento a los temas pendientes del Pacto Fiscal II de 1993, a disminuir el gasto público en sus respectivas jurisdicciones, a la creación de un fondo anticíclico, financiado con recursos coparticipables (similar al instituido por ley 25152) y la coordinación de los sistemas de crédito público y del endeudamiento provincial. En el mismo, se fijaba una suma única y global anual de \$1.350 millones, también en reemplazo de los porcentajes fijados por la Ley 23.548. A cambio, el gobierno nacional se comprometía a refinanciar las deudas provinciales y a dar cumplimiento a la manda constitucional de sancionar un nuevo régimen de coparticipación *antes de finalizar el año 2000*.

(4) *Compromiso Federal II (2000)*. A fines del año 2000, se firma el *Compromiso federal para el crecimiento y la disciplina fiscal* y *suprimera Addenda (17/11/2000)*¹³, ratificatorio del anterior. Se vuelve a modificar la distribución primaria del régimen, estableciéndose un monto fijo mensual para los sucesivos años, hasta 2005. Las partes volvían a comprometerse a sancionar ley de coparticipación durante el año 2001.

(5) *Segunda Addenda al Compromiso Federal II (2001)*. Frente al agravamiento de la crisis fiscal y macroeconómica a partir de mediados de 2001, el gobierno nacional decide implementar un programa de "déficit cero". Para ello, firmó con los gobiernos provinciales una *Segunda Addenda al Compromiso Federal para el crecimiento y la disciplina fiscal (08/11/2001)*, en la que se disponía la reducción de las transferencias por coparticipación del 13%. A cambio, el gobierno federal refinanciaría las deudas provinciales.

(6) *Acuerdo Nación-Provincias (2002)*. Durante el breve gobierno del presidente provisorio Eduardo Duhalde, se firmó otro acuerdo con las provincias, denominado *Acuerdo Nación-Provincias sobre la Relación Financiera y Bases de un Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos (27/02/2002)*¹⁴ por el cual se dejaban sin efecto la garantía de piso mínimo del 34% del art. 7° de la Ley 23548. En contrapartida, se incluía el 30% de lo producido por el impuesto a los créditos y débitos en cuentas corrientes bancarias (impuesto al cheque), recientemente creado. Se incluyó una cláusula por la que se comprometían a sancionar el régimen de coparticipación ordenado por la Constitución antes del 31 de diciembre de 2002.

Durante las administraciones del Presidente Néstor Kirchner (2003-2007) y de Cristina Fernández de Kirchner (2007-2011 y 2011-2015) no se suscribieron acuerdos formales globales con las provincias tendientes a modificar el régimen de coparticipación.

¹² Ratificado por Ley N° 25235.

¹³ Ratificado por Ley N° 25400.

¹⁴ Ratificado por Ley N° 25570.

(7) *Consenso Fiscal I (2017)*. Recién durante la presidencia de Macri se volverían a firmar dos nuevos pactos fiscales. El *Consenso Fiscal I (16/11/2017)*¹⁵ buscaría continuar las disposiciones acordadas por los Pactos Fiscales I y II. En este pacto se acordó una reducción de impuestos Ingresos Brutos y Sellos (un 1,5% del PBI en un plazo de cinco años), reducir del gasto público provincial, derogar el art. 104 de la Ley de Ganancias y establecer montos fijos en la distribución del Fondo del Conurbano (\$40.000 millones en 2018 y \$65.000 en 2019) para la provincia de Buenos Aires y finalmente detraer el 100% del Impuesto al cheque, para destinarlo exclusivamente a ANSeS.

(8) *Consenso Fiscal II (2018)*. Un año más tarde -frente a presiones políticas de los gobernadores y debido a la delicada situación económica- se firma el *Consenso Fiscal II (13/09/2018)*¹⁶ que implicaría una serie de excepciones a las obligaciones previstas por el *Consenso Fiscal I*: respecto del gobierno nacional, se dispuso suspender la prohibición de no creación nuevos impuestos nacionales sobre el patrimonio y dejar sin efecto el compromiso de no incrementar la alícuota del Impuesto sobre los Bienes Personales. Respecto de las provincias, se acordó posponer por un año la reducción del Impuesto de Sellos y suspender las limitaciones al gasto público dispuesta el año anterior.

Todas estas modificaciones apuntaron más a resolver conflictos específicos que a la búsqueda de un régimen estable de reparto. Las negociaciones que precedieron cada uno de estos acuerdos alcanzaron un fuerte matiz político (dando lugar preeminente a variables políticas tales como la pertenencia partidaria), soslayando las soluciones de carácter técnico-objetivo: "Como resultado de esos acuerdos, más las múltiples modificaciones introducidas a la asignación de los diferentes impuestos coparticipables, la distribución de recursos se ha convertido en un conjunto caótico de variados mecanismos de reparto *ad hoc* que han ido multiplicándose a lo largo de los años" (Cetrángolo y Jiménez, 2004a:130) y que fueran provocando una cada vez más marcada dependencia de los niveles subnacionales hacia los recursos del nivel central (Altavilla 2016).

II.3. El Régimen de Coparticipación en la Constitución Nacional tras la Reforma de 1994 (art. 75, inc. 2°)

En 1994 la Convención Nacional Constituyente incorporó importantes disposiciones con respecto al reparto de recursos entre nación y provincias, más específicamente, a través de uno de los mecanismos que se han estudiado: el Régimen de Coparticipación. La extensión del nuevo art. 75, inc. 2°, y el detallismo utilizado para prever este nuevo régimen (poco común en la técnica legislativa de la Constitución, más concisa y breve) pone de resalto el hecho de que la Convención fue más allá de lo originariamente previsto y se traduce en un intento de evitar futuros comportamientos oportunistas del gobierno nacional; por otra parte, la percepción negativa que tenían del régimen de coparticipación los propios convencionales (entre ellos, muchos gobernadores en ejercicio) llevó a incluir

¹⁵ Ratificado por Ley N° 27429.

¹⁶ Aprobado por Ley N° Ley 27469.

en cada párrafo del inciso una garantía para las provincias. Por su importancia y significancia, corresponde hacer un análisis de cada uno de los párrafos que componen el extenso inc. 2°.

1) Art. 75, inc. 2°, 1° y 2° Párr.: *"Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables".*

1.1) Sistema de Coparticipación de impuestos directos e indirectos: la Convención "constitucionalizó" el Régimen de coparticipación, tal como lo había dado la práctica constitucional desde hacía 60 años.

1.2) Asignaciones específicas: Los impuestos con asignaciones específicas son aquellos impuestos cuyo producido tiene una finalidad específica declarada por Ley del Congreso. Ese porcentaje afectado quedó siempre excluido de la masa coparticipable y por tanto, no coparticipados a las provincias. En la práctica, se evidenció que ésta fue la forma más recurrente por parte del gobierno federal de sustraer importantes recursos de la masa coparticipable, perjudicando la distribución primaria de las provincias. Por su parte, el Art. 75, inc. 3° establece los requisitos para establecer una asignación específica: (a) debe ser por tiempo determinado y (b) debe ser declarada por una ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

2) Art. 75, inc. 2°, 2° Párr.: *"Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos":*

2.1) Acuerdos Presidente-Gobernadores: El primer paso para sancionar la Ley-Convenio, son estos acuerdos entre Presidente y gobernadores, como lo manifestó la práctica anterior, pero esta vez forman parte de la sanción misma de la Ley, y no como resultado de las exigencias de la realidad política. Con esto se fortalece un federalismo de concertación, pues busca el consenso previo de los Poderes Ejecutivos.

2.2) Automaticidad en la remisión de los fondos: Con esto, se quiso dar respuesta a los reclamos de las provincias desde hacía varias décadas, ya que uno de los mecanismos de presión del GF era demorar el envío de los fondos. Asimismo, esta cláusula estuvo prevista en todas las leyes anteriores.

3) Art. 75, inc. 2°, 3° Párr.: *"La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional".*

3.1) Distribución primaria y secundaria: Siguiendo con la práctica constitucional, distingue entre: *distribución* primaria, que es la primera distribución de la masa coparticipable entre Nación y el conjunto de las provincias y la *distribución secundaria*, una segunda distribución de la masa, entre cada provincia del porcentaje que le toca a éstas en la distribución primaria.

3.2) Distribución en relación directa a las competencias, servicios y funciones: Esta disposición también responde a viejos reclamos de las provincias: desde la década de 1990, la Nación transfirió a las provincias servicios como educación y salud, pero sin ser acompañados con los respectivos recursos. El gobierno federal aceleró el traspaso de estas competencias y se había comprometido a asignar los respectivos recursos, pero ello nunca sucedió, dando origen a fuertes conflictos entre Nación y provincias.

3.3) Criterios objetivos de reparto: se intenta lograr un sistema más equitativo y justo, con criterios claramente determinados, razonables y exentos de parcialidad, impidiendo que las asignaciones a cada provincia se efectúen a través de negociaciones donde variables como el *clientelismo* y la *pertenencia partidaria* juegan un rol decisivo. Así sucedió, por ejemplo, con los recursos provenientes de los ATN y con el manejo estratégico de la información necesaria para actualizar los coeficientes de distribución.

En el esquema constitucional, el nuevo RCFI busca conjugar dos grandes principios:

- **Principio de Equidad:** es decir, con justicia en el caso concreto: a mayor capacidad contributiva o poblacional, mayor participación. Este es un criterio devolutivo, por el cual, se intenta dar a cada una, lo mismo que aportó.

- **Principio de Solidaridad:** viene a moderar el criterio equitativo, pues de lo contrario, dada las fuertes asimetrías que caracterizan al federalismo argentino, muchas provincias no recibirían lo suficiente para afrontar sus gastos. Se traduce en la ayuda mutua entre las provincias. Responde a un criterio devolutivo, por el cual se intenta dar más a aquellas provincias que menos tienen de manera que puedan contar con recursos suficientes (que de otra manera no tendrían) para poder prosperar y lograr el objetivo que se plantea a continuación.

- **Prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional:** en concordancia con el Art. 75, inc. 19 (la "*nueva cláusula del progreso*"), se intenta paliar las desigualdades sociales existentes entre los habitantes de las distintas provincias: la calidad de vida en Buenos Aires no es la misma que en Formosa o La Rioja. Estos mismos criterios deben informar la Ley de Presupuesto, tal como lo indica el Art. 75, inc. 8°.

Con estos tres puntos se busca que la nueva ley y la distribución que contemple, estén basados en criterios objetivos, a través de indicadores socio-económicos que permitan detectar las necesidades reales de las provincias y, en función de ello, asignar recursos

suficientes para poder afrontarlas en igualdad de condiciones y generar así, en el largo plazo, una provisión de servicios públicos de igual calidad en todo el país.

4) Art. 75, inc. 2°, 4° Párr.: *"La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente, ni reglamentada y será aprobada por las provincias".*

4.1) El Senado como Cámara de origen: A diferencia del art. 52, que establece que la Cámara de Diputados ser la cámara de origen en materia de contribuciones, el texto del art. 75 establece que en materia de coparticipación lo será el Senado. Esta disposición no contradice el principio del art. 52 ("no puede haber impuestos sin representación popular"), ya que aquí no se trata de crear impuestos, sino de distribuirlos entre los distintos niveles de gobierno. La norma es acertada en cuanto en la Cámara alta se encuentran representadas paritariamente las provincias, y es coincidente además con el art. 75, inc. 19, en cuanto establece que el Senado será Cámara de origen en todas aquellas leyes que estén vinculadas con el desarrollo educativo, cultural, humano y económico de las provincias.

4.2) Mayoría agravada (mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara): se intenta lograr un alto grado de consenso, por la dificultad de lograr dicha mayoría agravada.

5) Art. 75, inc. 2°, 5° Párr.: *"No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso".*

5.1) Transferencia de competencias: El constituyente nuevamente incorpora cláusulas tendientes a evitar abusos del gobierno federal, esta vez prohibiendo que la Nación transfiera a las provincias servicios o funciones sin los respectivos recursos, como había sucedido ya en la década de 1970 y luego en la de 1990. Además, deberá ser ratificado por la provincia interesada para que el traspaso tenga validez.

A lo largo del análisis del art. 75, inc. 2°, se pueden sintetizar los requisitos de la nueva ley-convenio de coparticipación:

- a. Tiene como base, acuerdos previos entre nación y provincias;
- b. El Senado es Cámara de origen;
- c. Requiere la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso de la Nación para ser aprobada;
- d. No puede ser modificada unilateralmente;
- e. No puede ser reglamentada;
- f. Debe ser aprobada por las legislaturas de cada provincia;

- g. La distribución primaria (Nación-provincias y CABA) y secundaria (provincias y CABA), se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas;
- h. Debe contemplar criterios objetivos de reparto;
- i. Debe ser equitativa y solidaria
- j. Debe dar prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

6) Art. 75, inc. 2°, 5° Párr.: *"Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires en su composición".*

6.1) El Organismo Fiscal Federal: Esta norma eleva a nivel constitucional el órgano creado por la Ley 20.221, la *Comisión Federal de Impuestos*, ratificado luego por la 23.548. En él, tanto las provincias como la Nación tienen asegurada la representación. Tiene también la función de ser un tribunal administrativo (con apelación de sus decisiones directamente ante la CSJN).

7) La Cláusula Transitoria 6ª:

Esta Cláusula establece: *"Un régimen de coparticipación conforme a lo dispuesto en el inc. 2 del art. 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal, serán establecidos antes de la finalización del año 1996; la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de esta reforma, no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada; tampoco podrá modificarse en desmedro de las provincias la distribución de recursos vigente a la sanción de esta reforma y en ambos casos hasta el dictado del mencionado régimen de coparticipación".*

En primer lugar, establece como fecha Límite para sancionar la ley, diciembre de 1996. Al día de la fecha, los poderes constituidos continúan incurriendo en inconstitucionalidad por omisión en la labor legislativa. En segundo lugar, deja dos directivas muy claras para las relaciones nación-provincias: (1) *La distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de esta reforma, no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada* -es una clara alusión a la experiencia vivenciada en los procesos de descentralización de la década de 1990; (2) *No podrá modificarse en desmedro de las provincias la distribución de recursos vigente a la sanción de esta reforma* -concordante con el párrafo anterior, trata de evitar nuevos traspasos que perjudiquen a las provincias, o nuevas modificaciones al actual régimen de coparticipación que vayan en contra de los intereses provinciales-. Pese a ello, en el "**Acuerdo Nación-provincias sobre relación financiera y bases de un RCFI**", firmado en 2002, se dispuso dejar sin efecto la garantía del piso mínimo establecido por el art.7° de la Ley 23548, del 35% de los recursos financieros, sean o no coparticipables, en la transferencia a las provincias, en clara y abierta violación de este principio constitucional.

En tercer lugar, establece que *los reclamos administrativos o judiciales en trámite originados por diferencias por distribución de competencias, servicios, funciones o recursos entre la Nación y las provincias, no están afectados por esta disposición*. Dada la alta conflictividad en torno al RCFI, las provincias habían iniciado (al momento de la reforma constitucional) una gran cantidad de reclamos, todos ellos administrativos, ya que no habían llegado aún a los estrados de la CSJN reclamos sobre distribución de recursos coparticipables. Estos recién se darían en 2008 y la Corte fallaría a favor de las provincias recién en 2015.

Conclusiones

A partir del análisis y consideración de conceptos introductorios claves, tales como poder o potestad tributaria y competencia tributaria, es posible determinar las características del sistema tributario argentino y concluir que en su evolución ha alcanzado un grado de complejidad llamativamente alto, constituyéndose como un sistema caótico y desordenado.

Ello se manifiesta en la falta de concordancia que muestran los tres aspectos de este sistema que han sido analizados en este trabajo: (a) distribución constitucional de competencias; (b) coordinación intergubernamental; (c) régimen de coparticipación constitucional. Fácil resulta advertir que entre ellos no coinciden y sus resultados han sido muy disímiles y dispares. El resultado es un sistema muy complejo, caótico y desordenado; se ha constituido como un sistema *histórico*, que fue respondiendo a necesidades puntuales a medida que surgían, en particular, en momento de crisis financiera y económicas, más que uno *racional*, basado en acuerdos y consensos de largo plazo, como fuera de esperarse. El sistema tributario argentino es el resultado de respuestas concretas a momentos de emergencia, soluciones que perduraron en el tiempo y a las cuales se les fueron adicionando nuevas soluciones y modificaciones que consideraban aspectos puntuales o concretos del régimen, sin una visión global del mismo.

Resulta llamativa también la tendencia centralizadora de las reformas –aceptada por las provincias en los distintos pactos y acuerdos fiscales sancionados. El resultado ha sido una fuerte recentralización de competencias tributarias en manos del gobierno federal, competencias que la Constitución nacional otorgó con mayor amplitud a las provincias (en su diseño original, la Constitución previó poderes impositivos limitados para el gobierno federal, más vinculados al comercio exterior, dejando en manos de las provincias los impuestos internos directos e indirectos). En la actualidad, más de medio siglo después, el gobierno nacional terminó por concentrar, desde el punto de vista legislativo y administrativo (recaudación), prácticamente todos los impuestos internos, o al menos los más importantes, además de continuar ejerciendo de manera exclusiva y privativa los derechos aduaneros.

Por otra parte, el incumplimiento de la Ley de Coparticipación que manda la Constitución Nacional, constituye un claro ejemplo de la dificultad de lograr consensos de largo plazo que establezcan políticas de Estado que tiendan al *logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional*.

Desde este punto de vista, el problema es mucho más complejo y hunde sus raíces en las asimetrías económicas y geográficas que caracterizan a la federación argentina desde sus orígenes y que aún hoy no han podido ser superadas.

III. Bibliografía

- ALTAVILLA, Cristian (2015a) "Asignación de competencias y atribución de facultades tributarias en el régimen municipal argentino. Alcances y límites del poder tributario municipal", en *Propuestas para fortalecer el federalismo argentino*, Antonio M. Hernández, Ernesto Rezk y Marcelo Capello, (Coords.), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Federalismo, Córdoba, pp. 413- 448.
- (2015b) "La coparticipación del impuesto al cheque. Un análisis de las Relaciones Intergubernamentales a través de un estudio de caso", *Anuario XV (2013-2015) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, pp. 3-25.
- (2016) *Conflicto y Coordinación política en las Relaciones Intergubernamentales en Argentina. Un análisis neoinstitucional a través del Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos*, Tesis doctoral, Universidad Nacional de Córdoba.
- (2017) "El poder tributario en el régimen municipal de la Provincia de San Luis", *Anuario Revista Jurídica Región Cuyo – Argentina* N° 3, Instituto de la Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, IJ Editores, Buenos Aires, edición online, disponible en: <http://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=737df537fbbe9ba6852fb28c8d98abe8&hash>
- (2019) "Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos, derecho intrafederal y los nuevos estándares en las relaciones fiscales intergubernamentales a partir de la reforma constitucional de 1994", *Revista Digital de la AACDN*° III, Edición Especial N° III "Premio Joven investigador en derecho constitucional". Disponible en: <http://aadconst.org.ar/revistadigital/wp-content/uploads/2019/02/CristianAltavilla.pdf>
- ÁLVAREZ ECHAGÜE, Juan Manuel (2000) "Los municipios, su status jurídico y sus potestades financieras y tributarias en el marco de la Constitución reformada", *Revista Impuestos*, Tomo LVII-B.
- BARRERA BUTELER, Guillermo (2011) "La relación federal", en Hernández, Antonio M. y Barrera Buteler, Guillermo, *Derecho Público Provincial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 138-145.
- BIDART CAMPOS, Germán (1998) *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires.
- BULIT GOÑI, Enrique G. (1992) "Coparticipación federal de impuestos: el tironeo recurrente muestra como único camino el sinceramiento colectivo y una nueva concertación", en *Impuestos 1992*, Tomo LI - A, La Ley, Buenos Aires, pp. 03-12.
- (2004) "Sistemas de Coordinación de Potestades Tributarias a Distintos niveles de gobierno en el Régimen Federal Argentino" (Capítulo IX, pp. 27-74), en García Belsunce, Horacio (2004), *Tratado de Tributación*, Tomo I, Derecho Tributario, Vol. 2, Astrea, Buenos Aires.
- (2010) "En torno al llamado derecho intrafederal" en Asensio, Miguel Ángel y Pablo María Garat, Coords. (2010), "Federalismo Fiscal – II", *Revista de Derecho Comparado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 95-112.
- CETRÁNGOLO, Oscar - JIMÉNEZ, Juan P. (2004b), "Las Relaciones entre Niveles de Gobierno en Argentina", en *Revista de la CEPAL*, N° 84, diciembre, Santiago de Chile: ONU-CEPAL, pp. 117-134. Disponible en www.eclag.org, consulta: 08/08/2008.

- GAYA, Raúl - ROCHA, Sebastián (2001) "Propuesta metodológica para la evaluación de las transferencias entre niveles de gobierno en un sistema federal", *Revista Internacional de Presupuesto Público* Nº 47, Nov./Dic., Asociación Internacional de Presupuesto Público (ASIP), Buenos Aires, pp. 29-68.
- GIULIANI FONROUGE, Carlos (2003) *Derecho Financiero*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires.
- HELLER, Hermann (2007) *Teoría del Estado*, FCE, México.
- HERNÁNDEZ, Antonio M. (2011) "La Ciudad de Buenos Aires", en Hernández, Antonio M. y Barrera Buteler, Guillermo, *Derecho Público Provincial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 631-682.
- (2003) *Derecho municipal. Parte general*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- JARACH, Dino (2013), *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- PORTO, Alberto (2003a) "Etapas de la Coparticipación Federal de Impuestos", *Documento de Federalismo Fiscal* Nº 2, Universidad Nacional de la Plata, Facultad de Ciencias Económicas, Departamento de Economía.
- ROSATTI, Horacio (2012) *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2003a) *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires.
- SPISSO, Rodolfo (2009) "El Poder tributario y su distribución", en García Belsunce, Horacio (Dir.), *Tratado de Tributación*, Tomo I, Vol. 1, Astrea, Buenos Aires, pp. 1-25.
- (2011) *Derecho Constitucional Tributario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- VILLEGAS, Héctor (2009) *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Depalma, Buenos Aires.

**LA ACCIÓN DE AMPARO COMO MEDIO JUDICIAL IDÓNEO
PARA LA OBTENCIÓN DE MEDICAMENTOS
Y TRATAMIENTOS DE ALTO COSTO***

*THE ACTION OF AMPARO AS THE IDEAL JUDICIAL MEANS FOR THE
OBTAINING OF HIGH-COST MEDICATIONS
AND TREATMENTS*

*Matías Dante Berardo***

Resumen: La acción de amparo regulada en el artículo 43 de la Constitución Nacional es el medio judicial idóneo para que las personas obtengan medicamentos y tratamientos de alto costo ante las negativas de las obras sociales, mutuales o empresas de medicina. Delimitar el alcance del proceso constitucional, y fijar los alcances de las prestaciones a cubrir conforme el Plan Médico Obligatorio, requiere que los operadores jurídicos deban extremar los recaudos para proteger el derecho a la salud e impedir el otorgamiento excesivo de resoluciones a favor de los amparistas.

Palabras clave: Amparo - Derecho a la salud - Prestadores de salud - Medicamentos de alto costo.

Abstract: The amparo action regulated in article 43 of the National Constitution is the ideal judicial means for people to obtain high-cost medicines and treatments due to the refusals of social, mutual or medicine companies. To delimit the scope of the constitutional process, and set the scope of the benefits to be covered under the Mandatory Medical Plan, requires that legal operators exercise extreme precautions to protect the right to health, and prevent the excessive granting of resolutions in favour of amparists.

Keywords: Amparo - Right to health - Health providers - High cost medications.

*Trabajo recibido el 29 de junio de 2019 y aprobado para su publicación el 7 de agosto del mismo año.

** Abogado (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor de Derecho Procesal Constitucional (UNC). Profesor de la materia Opcional Proceso de Amparo (UNC). Tutor a distancia de Derecho Administrativo en las carreras Licenciatura en Gestión de la Seguridad y Licenciatura en Seguridad (Universidad Blas Pascal/UBP). Especialista en Derechos Procesal Constitucional (UBP).

Sumario: I. Introducción. II. Regulación legal de la acción de amparo. III. Derecho a la salud en Argentina. IV. El amparo como el medio judicial idóneo. V. Los medios de prueba suficientes. VI. Medicamentos y Tratamientos de alto costo. VII. Límites a las prestaciones conforme el Programa Médico Obligatorio. VIII. La autorización de medicamentos o tratamientos experimentales. IX. Improcedencia del argumento del alto costo para negar la prestación. X. Consideraciones finales. XI. Citas y referencias bibliográficas.

I. Introducción

La tendencia en el derecho procesal constitucional es fijar los alcances de la acción de amparo ante la falta de prestación de las obras sociales, mutuales o empresas de medicina prepaga de medicamentos y tratamientos de alto costo, cuando manifiestamente se encuentra afectado el derecho a la salud.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho reiteradamente que "*tiene –el amparo– por objeto una efectiva protección de derechos*"¹, y ha explicitado "*la imprescindible necesidad de ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud*"².

La problemática repercute sobre los afiliados que ante la imposibilidad económica de acceder a los medicamentos deben realizar reclamos administrativos, y en ocasiones debido a las negativas de los prestadores de los servicios de salud, deben recurrir a la justicia lo que conlleva tiempo que puede traer aparejado la pérdida de la vida o detrimento de la salud, sumado a los gastos judiciales.

Mientras que los prestadores de servicios de salud con la incorporación de nuevas tecnologías, medicamentos de alto costo, el reconocimiento de tratamientos novedosos que excede el Plan Médico Obligatorio, conlleva la falta de cobertura completa, que en ocasiones puede resultar justificada cuando se basa en medicamentos experimentales que carecen de certificación científica o ante los abusos de los amparistas que por la alta erogación económica ponen en riesgo el normal funcionamiento de las instituciones.

Por lo tanto, el presente artículo tiene como objetivo conocer los criterios de admisibilidad legales y jurisprudenciales del amparo para que los afectados que carecen de recursos económicos puedan acceder a los medicamentos o tratamientos de altos costo en el sistema de salud argentino.

Cabe aclarar que se tomarán como base opiniones doctrinarias diversas y fallos de distintas competencias federales y provinciales para conocer la realidad tribunalicia en todo el Estado argentino, sin pretender agotar la totalidad de los casos y normas legales.

¹ CSJN: Fallos: 321:2823.

² CSJN: Fallos: 325:292 y sus citas.

II. Regulación legal de la acción de amparo

El surgimiento de la acción de amparo en el derecho público argentino es creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1957 con el caso "Siri"³, que argumenta para su procedencia: "*Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas por la constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer (...)*".

Un año más tarde con el fallo "Kot"⁴ reafirma la incorporación del amparo en el régimen nacional, ampliando los legitimados pasivos a las conductas lesivas de los particulares. En el año 1966 se creó la ley 16986⁵, que regula aspectos sustanciales y procesales de la vía de amparo en el orden federal, que luego fue seguida por la mayoría de las provincias como, por ejemplo, Córdoba que en el año 1967 dictó la ley 4915⁶.

Ante la falta de regulación en la legislación nacional cuando el legitimado activo es un particular, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en el año 1967 se incorporaron los artículos 321 y siguientes.

El otorgamiento de jerarquía constitucional se produjo en la reforma del año 1994: "Artículo 43. *Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*".

Del análisis del artículo constitucional, normas infraconstitucionales y jurisprudencia se pueden extraer los siguientes requisitos de admisibilidad para dar trámite a la acción:

- El afectado en el amparo individual es el único legitimado para iniciar el proceso judicial. Cuando se encuentra impedido de poder firmar por su grave estado físico, es necesario labrar un acta mediante escribano público que certifique la situación, y permita la presentación de un familiar para iniciar las acciones judiciales.
- Los tribunales deben resolver el caso de manera sumaria y con celeridad, dejando de lado obstáculos procesales y evitar que se ordinarice el procedimiento (acción expedita y rápida). En el amparo a la salud, la urgencia en el cumplimiento del tratamiento o prestación de la medicación juega un rol trascendental para evitar daños o deterioros en lo físico o psicológico de la persona afectada. Adolfo Rivas afirma que "*expedita*

³ CSJN: Fallos: 329:459.

⁴ CSJN: Fallos: 241:291.

⁵ Sancionada con fecha 18 de octubre de 1966. Boletín Oficial, 20 de octubre de 1966.

⁶ Sancionada con fecha 9 de enero de 1967. Boletín Oficial, 20 de enero de 1967.

es una virtud del amparo según la nueva Constitución, a la que se une la rapidez que no puede ser sino del trámite ulterior; en tanto que el primer calificante hace a la posibilidad de iniciación" ⁷.

- Inexistencia de otro medio judicial idóneo. En función del estándar de la idoneidad que surge del artículo 43 Constitución Nacional resulta que el amparo se constituye en la vía procesal presuntivamente más idónea, puesto que tiende a la protección de un derecho fundamental. De allí, que en caso de que el tiempo propio de la vía ordinaria conduzca a graves e irreversible afectación del derecho, el amparo es admisible aun cuando exista otra vía alternativa. Lo que resulta actualmente claro que amparo no es un proceso subsidiario del agotamiento de los recursos administrativos. Sin embargo, Gozaíni en posición contraria afirma en determinadas circunstancias debe recurrirse a la vía administrativa cuando "*a) la decisión administrativa no reviste la condición de definitiva; b) cuando el reclamo administrativo previo puede aportar soluciones útiles; o c) cuando el procedimiento administrativo no presenta disfunciones manifiestas ni una morosidad tal que evite la acción rápida y expedita que el amparo promete" ⁸.*
- Agravio producido por particulares (Obras sociales o empresas de medicina prepaga) o Estado Nacional (Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados/Programa de Asistencia Médica Integral (INSSJyP - PAMI). Reflejo de las sentencias en los casos "Siri" y "Kot".
- Declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva. Conforme el sistema judicial difuso de control de constitucional argentino, se permite que los jueces puedan declarar la inconstitucionalidad de una norma. Asimismo, con la reforma constitucional del año 1994 se incorporaron en el artículo 75 inciso 22 con jerarquía constitucional tratados de derechos humanos que tienen aplicación en el derecho interno procediendo la tutela judicial mediante la acción de amparo. Así encontramos que la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre establece en el artículo XVIII "*Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve para el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente*". La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece, en el artículo 25: "*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Los Estados Partes se comprometen: a) a*

⁷ RIVAS, A. "Pautas para el Nuevo Amparo Constitucional. Temas de Derecho Constitucional", *El Derecho*, 29 de junio de 1995, p. 8.

⁸ GOZAÍNI, O. *Amparo*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 316.

garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso". El Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos en el artículo 2 inciso 3: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; c) las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

III. Derecho a la salud en Argentina

La salud incluye el bienestar físico, mental y social. Es un derecho humano fundamental reconocido en el derecho público constitucional. Su importancia fue establecida por la Corte Federal: *"el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental"*⁹.

Históricamente fueron reconocidos los derechos de la vida y salud del artículo 33 de la Constitución Nacional: *"la vida de los individuos y su protección -en especial el derecho a la salud- constituyen un bien fundamental en sí mismo, que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (artículo 19 de la Constitución Nacional) (...). El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del artículo 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. Asimismo, indicó que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de la autonomía personal (artículo 19 de la Constitución Nacional), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida"*¹⁰.

A nivel transnacional, a partir de la reforma constitucional de 1994 el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el artículo 75 inciso 22, siendo además resaltado en la jurisprudencia: *"Los tratados internacionales*

⁹ CSJN: Fallos 338:1110.

¹⁰ CSJN: Fallos 323:1339.

*reconocen el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados partes de procurar su satisfacción (...) obligándose hasta el máximo de los recursos de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dichos tratados"*¹¹. En ese contexto, distintos instrumentos internacionales regulan el derecho a la salud:

- Artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: *"toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, vestido, la vivienda y asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad"*.
- Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *"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 asistencia médica y los servicios sociales necesarios"*.
- Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *"entre las medidas que los estados parte deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, deberían figurar la prevención y el tratamiento de enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (Inc. c) y las creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad"*.
- Artículo 10.1 del Protocolo de San Salvador de 1988, Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: *"toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social"*.

La obligación de cumplir con el Derecho a la salud corresponde al Estado en todas sus competencias provinciales y federales, sumado a las obras sociales y prepagas *"el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga"*¹².

IV. El amparo como el medio judicial idóneo

En la protección del derecho a la salud, atento la urgencia y gravedad de las enfermedades, el artículo 43 Constitución Nacional, no cabe dudas que constituye la vía judicial idónea a interponer por el afectado. Así lo afirma el doctrinario German Bidart Campos: *"la acción de amparo constituye la vía más idónea para la efectiva protección del derecho a la vida, a la salud y a la integridad físico-psíquica de las personas"*¹³.

¹¹ CJSN: Fallos fallo 323:3229.

¹² CSJN: Fallos 323:3229.

¹³ BIDART CAMPOS, G. "El derecho a la Salud y al amparo", en *La Ley*, 1997-B, 297.

En igual sentido, se pronuncia la Corte Suprema de Justicia de la Nación "*la acción de amparo es particularmente pertinente en materias como (...) la preservación de la salud y la integridad física. Y frente a un grave problema como el planteado en autos, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole*"¹⁴.

En otro fallo: "*el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados por la Ley Fundamental, explicitando la imprescindible necesidad de ejercer tal vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud*"¹⁵.

La discusión en la doctrina y jurisprudencia se encuentra en debate con relación a los posicionamientos en cuanto a si el amparo en la protección de los derechos constitucionales es una vía principal (Rivas¹⁶, Morello¹⁷, Bidart Campos¹⁸, y Gelli¹⁹) o una vía subsidiaria (Sagüés²⁰ y Badeni²¹).

Resultan adecuadas las palabras del doctrinario Bianchi que, tomando en consideración fallos de la Corte Suprema de Justicia, analiza las posiciones mencionadas: "*Luego de la reforma constitucional, las dos grandes cuestiones pendientes para el amparo fueron su reglamentación y su carácter principal o subsidiario (...). En lo que a la Corte se refiere, el problema está claramente definido a favor de la posición tradicional anterior a la reforma: el amparo es una acción excepcional que procede solamente ante la ineficacia de los procesos ordinarios. Sin perjuicio de otros pronunciamientos esta postura puede verse en Orlando c. Provincia de Buenos Aires (Fallos 328:1708), donde se ha dicho claramente que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas peligran la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, solo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita. En igual sentido pueden verse "Sánchez c. Estado Nacional" (Fallos 328:4640), "Granillo Fernández c. Universidad Nacional de La Plata" (G. 2052. XL, 10/04/2007) y, más recientemente, "María c. Instituto de Obras Social de la Provincia de Entre Ríos" (M.2648.XLI; 30-10-2007), donde la Corte ha dicho: '... la acción de amparo*

¹⁴ CSJN: Fallos 330:4647.

¹⁵ CSJN: Fallos 325:292 y sus citas.

¹⁶ RIVAS, A. "Vigencia constitucional del amparo y derogación de la ley 16.986", en J.A. 1996-III-46.

¹⁷ MORELLO, A. *El derrumbe del amparo*, E.D. 18/4/1996.

¹⁸ BIDART CAMPOS, G. *Manual de la Constitución reformada*, Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 377.

¹⁹ GELLI, M. A. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 2ª ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 393.

²⁰ SAGÜÉS, N. P. *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, Tomo 3, 5ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2007, p.171.

²¹ BADENI, G. *Tratado de derecho constitucional*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2010, pp. 15 y ss.

*no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias... y quien solicita tal protección judicial ha de acreditar en debida forma la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado... [pues] su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias"*²².

Asimismo, en caso de existir dudas o conflictos con relación al proceso judicial que resulte adecuado para dar trámite a una acción ordinaria o utilización de la vía del amparo, el test de idoneidad permite dar eficacia y seguridad jurídica para los afectados.

En tal sentido, Lorenzo Barone considera que debe realizarse previamente un análisis integral con parámetros para realizar el test de idoneidad: "*Los parámetros para concretar el test de idoneidad del amparo, siguiendo los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia que importan un avance y el aporte de la doctrina permiten señalar que ellos son: a) El desplazamiento de la vía del amparo no es postulable en abstracto; b) La carga de la alegación y demostración de la inidoneidad de la vía del amparo es una obligación de la parte demandada y no del amparista. c) La otra vía debe tener mayor aptitud; d) El Tribunal debe indicar la vía que considerar más idónea; e) Vía particularmente pertinente o imprescindible para la defensa de los derechos a la vida y la salud; f) Interpretación a favor de la admisibilidad del amparo"*²³.

V. Los medios de prueba suficientes

En el ofrecimiento y diligenciamiento de la prueba, que se realiza con la demanda en el amparo, se deben probar los requisitos de admisibilidad formales y sustanciales, (artículo 7 ley 16986).

La obtención de medicamentos o tratamientos de altos costos va a depender de cada caso en concreto, acreditar, pero podemos fijar ciertos medios de prueba:

- *Informe médico*: Es la prueba documental por excelencia, donde un profesional especialista en el tema, mediante informe escrito realiza una descripción de los antecedentes, situación actual, y tratamientos o medicamentos que considera idóneos para solucionar la enfermedad del paciente. Además, en ciertas oportunidades debe hacer referencia a las Clínicas, y lugares específicos para realizar el tratamiento.
- *Pericial médica*: En caso de desconocimiento o duda sobre la pretensión médica del amparista, resulta esclarecedor ofrecer como prueba informe de perito médico oficial. Deben fijarse como puntos de pericia, las ventajas de realizar el tratamiento o medicamento de alto costo, con relación a otras opciones del mercado.

²² BIANCHI, A. "El derecho constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema entre 2003 y 2007", *La Ley* del 18/02/2008, 1; *La Ley* del 20/02/2008, 1; *La Ley* 2008-B, 717.

²³ BARONE, L. D. *Proceso de Amparo*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2017, p. 120.

- *Documental*: Se debe acreditar el estado de afiliado a la obra social o prepaga; historia clínica; en caso de personas con discapacidad certificado expedido por los organismos públicos estatales; acreditar el incumplimiento de peticiones realizadas a los prestadores, para comprobar además el cumplimiento del plazo de quince días del artículo 2 inciso e) ley 16986. Además, por las particularidades que presenta este tipo de amparo, se torna imprescindible detallar con presupuestos de entidades públicas y privadas los altos costos de las prestaciones médicas.
- *Insuficiencia de fondos del amparista*: En la práctica judicial, en el marco del carácter arbitrariedad manifiesta de la acción de amparo, resulta relevante acreditar por diversos medios de prueba, que el afectado y su núcleo familiar no cuentan con fondos, bienes inmuebles, bienes muebles registrables, situación laboral, etc. con fondos para afrontar la situación.
- *Testimonial*: Permiten acreditar con sus testimonios los padecimientos y tratamientos que ha sufrido o sufre actualmente el afectado. También se puede citar a profesionales de la salud para que describan la patología, su evolución y tratamiento.

VI. Medicamentos y tratamientos de alto costo

Debe considerarse de alto costo un medicamento o tratamiento cuando el valor económico excede las cifras habituales de los fármacos genéricos, creando un estipendio elevado al afiliado y los prestadores de salud.

Un medicamento y tratamiento puede tener elevados costos por el resultado de diversos factores vinculados con la situación económica del amparista, con el Plan Médico Obligatorio, o con la cobertura prestacional contratada en el sistema de salud.

El poder adquisitivo del afectado y su núcleo familiar para proporcionarse los medicamentos o continuar con los mismos, es una variable determinante atento que la demora por parte del prestador de salud puede generar un daño irreparable.

En tal contexto, un afiliado un puede obtener un medicamento o tratamiento por sus propios medios y luego iniciar una acción ordinaria de daños y perjuicios, mientras que a otras personas conforme su situación económica les resulta imposible la compra, lo que transforma al medicamento para ellas en uno de alto costo.

En tal sentido, el PIDESC en la Observación general N° 14 sostiene que "*una asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población*"²⁴.

²⁴ Observación general N° 14 "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC)", ítem 19.

En el orden federal, el amparista, para dar inicio al proceso, se encuentra exento de abonar la tasa de justicia conforme la ley N° 23898 (artículo 13 inciso b): "*Estarán exentas del pago de la tasa de justicia las siguientes personas y actuaciones: (...) b) Los recursos de habeas corpus y las acciones de amparo cuando no fueren denegados*".

VII. Límites a las prestaciones conforme el Programa Médico Obligatorio

Para la protección del derecho a la salud el Estado argentino ha ideado el sistema de salud, que se compone del sector público, el sector del seguro social obligatorio, y del privado.

El primero de manera gratuita presta atención a toda persona que no pueda ingresar al sistema de seguridad social, con el financiamiento de los recursos fiscales del Gobierno Nacional, Provincial o Municipal. Las obras sociales incluyen a los trabajadores y grupo familiar, financiados por los asalariados y patronales según la actividad que realizan. Finalmente, la medicina prepaga, que es el sector privado, se financia con las cuotas que pagan las familias y/o las empresas.

La ley N° 24455 fija de manera obligatoria que las obras sociales y asociaciones de obras sociales del sistema nacional²⁵ incluidas en la ley N° 23660 y N° 23661 deben cumplir con las prestaciones del Programa Médico Obligatorio dispuesto por el Ministerio de Salud de la Nación, supervisado por la Superintendencia de Servicios de Salud en su cumplimiento.

El Programa Médico Obligatorio en la prestación de medicamentos y tratamientos fija para las obras sociales, agentes del seguro, mutuales y empresas de medicina prepaga la cobertura mínima y máxima, asegurando las prestaciones de prevención, diagnóstico y tratamiento médico y odontológico a sus beneficiarios mediante sus propios servicios o a través de efectores contratados.

Se advierte en diversas resoluciones judiciales que los tribunales son proclives a otorgar la protección de los derechos de la vida y la salud, en detrimento del cumplimiento estricto al Programa Médico Obligatorio, por diversos motivos que de modo sucinto podemos mencionar:

- La disputas judiciales por vía de amparo, pueden tener como antecedentes la desactualización en la cartilla de prestaciones del Programa Médico Obligatorio, siendo la justicia la vía para dar soluciones, como fue el caso resuelto por la Corte Suprema Federal: "*El derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria, se vería frustrado si se aceptara que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura, siendo inadmisibile la referencia histórica al estado del conocimiento médico al tiempo de fijarse los términos de dicha*

²⁵ Tiene como objetivo fundamental proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible.

*cobertura, toda vez que se traduciría en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora al campo de las prestaciones médico asistenciales"*²⁶.

- En ocasiones la falta de cobertura al paciente encuentra fundamento en el exceso de medicamento de las prestaciones máximas del Programa Médico Obligatorio, por ello, se recurre a la vía del amparo a la salud "*cuando están en juego el derecho a la vida o a la salud e integridad física de una persona, las instituciones que integran el sistema nacional de salud deben extremar al máximo los servicios que proporcionan a fin de lograr la recuperación del paciente, incluso más allá de las exigencias del PMO, cuyas prestaciones significarían un piso mínimo para el aseguramiento de los derechos constitucionales a la vida y a la salud"*²⁷. "*La Corte de conformidad con lo dictaminado por el Procurador Fiscal, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada por la actora, una anciana de 75 años, con deterioro cognitivo, imposibilidad de desplazarse por sus propios medios e incontinencia de esfínteres –como complicaciones directas del estado avanzado de diabetes padecida– en orden a la cobertura de un 100 % del medicamento "Ampliactil" –y no de un 40 % como lo establecen los anexos del Programa Médico Obligatorio– y pañales descartables". La Corte consideró que: "el medicamento y los pañales le eran absolutamente indispensables a la actora debido a sus escasos ingresos, carencia de autosuficiencia y como única forma de continuar con una vida mínimamente digna, dada su senilidad e incontinencia padecidas"*²⁸.
- En otras oportunidades el proceso constitucional se inicia para incluir prestaciones en el extranjero como traslados o gastos extras que exceden la cobertura acordada²⁹.
- Mientras que existen fallos que ordenan cubrir medicamentos de alto costo novedosos que en principio no presentan beneficios superiores con respecto de versiones anteriores de iguales productos cuyo valor económico es sensiblemente inferior³⁰.

²⁶ CSJN: "Duich Dusan Federico c. CEMIC /s Amparo del 29/04/2014", con remisión al dictamen del Procurador Fiscal.

²⁷ Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala II: "C., A. H. c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo", 22/12/2011, elDial.com - AA7386; Cám. Fed. Córdoba, 9/5/12, "G, N R c/ Galeno Argentina S. A. y otro — Amparo", citado en "R. A. A. c/ Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS)-Amparo -(Expte. N°2234278/36)" - Cámara de Apelaciones Civil y Comercial 3ª Nominación de Córdoba, 26/02/2013 - elDial.com - AA7E87, entre muchos otros.

²⁸ CSJN: "Reynoso, Nilda Noemí c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo", R. 638. XL.

²⁹ Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial de Córdoba, Sala A, caratulados: "CML c/ Estado Nacional y otros - Amparo" (Expte. N° 184/2013), 9/5/13, disponible al 1/4/16.

³⁰ Congreso 80º Aniversario de la AABA, 27, 28 y 29 de agosto de 2014, Fder-UBA, Comisión Sobre "Responsabilidad Médica". María Cristina Cortesi hizo referencia a este fenómeno en el caso de los medicamentos conocidos como "biológicos".

Sin embargo, estas posiciones extremas aperturistas de los jueces generan deficiencias en el sistema de salud al incrementar los costos de las prestaciones para ciertos sujetos en perjuicio de los prestadores de salud, e indirectamente del resto de los afiliados. *"La protección del derecho a la salud no implica, que ante cualquier afectación, deban satisfacerse todos y cada uno de los pedidos que puedan formularse, sin limitación alguna"*³¹.

*"El informe del Cuerpo Médico Forense concluye –como se verá– que los métodos de ejercicio, stretching, yoga y masoterapia no forman parte de la cobertura integral a la que todos los agentes de salud se encuentran obligados a garantizar"*³².

En posición intermedia, algunos juzgados consideran que, en casos de tratamientos o medicamentos fuera del Plan Médico Obligatorio, el esfuerzo económico debe ser realizado por los afiliados y prestadores: *"tanto la Obra Social como los amparistas deben poner su esfuerzo para el logro pretendido (...) tres prestaciones de fertilización asistida por técnica ICSI, con provisión de la totalidad de la medicación a su cargo. En cuanto a los honorarios médicos, dispuso que los mismos debieran asumirse en un 100% para la primera prestación, en un 50% para la segunda y en un 25% para la tercera, corriendo a cargo de los amparistas las diferencias de aranceles"*³³. *"Se limitó al número de tres los tratamientos cubiertos, considerando que ése es un límite razonable que debe reconocer el derecho a la salud reproductiva de la accionante, en miras a la importancia económica de los costos correspondientes, del derecho del resto de los afiliados a acceder a las prestaciones y del resguardo que merece la posibilidad de acceso al mismo derecho, en condiciones de igualdad, a todos aquellos que pudieran tener la misma dolencia"*³⁴.

VIII. La autorización de medicamentos o tratamientos experimentales

Se trata de los casos en que se pretende realizar un ensayo clínico para beneficiar a los pacientes con la utilización de un nuevo medicamento o con uno ya existente, dándole nuevos tratamientos curativos o paliativos a personas que los utilizan como última opción debido a la falta de respuesta de la ciencia médica tradicional para tratar determinada patología.

Cabe resaltar que la protección en el ámbito judicial por medio del amparo se amplía el concepto del derecho a la salud, abarcando casos que pretenden dar expectativa a obtener una recuperación o mejoramiento en la calidad de vida de la persona, ligado a drogas o tratamientos experimentales, que en oportunidades carecen de estudios científicos que certifiquen resultados positivos³⁵.

³¹ Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala II: "M. M. M. y otro c/ O.S.P.A.C.A. y otros/ amparo", Causa 1961/09 — 6/07/2010, elDial.com - AA63F2.

³² Cámara Federal de Apelaciones de La Plata: "C. M. A. c/OSPADEP y otros s/ amparo ley 16.986, 28-dic-2017.

³³ Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario: "Pozo Horacio Rubén y Otros c/O.S.E.P. p/Acción de Amparo", sentencia N° 156.672/34.314.

³⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba: "B.I. c/Galeno Argentina S.A. p/amparo", Microjuris MJ-JU-M-74919-AR/MJJ74919, 29/08/2012.

³⁵ Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala II: "Sánchez R. J. c/ Programas Médicos S.A.C.M. s/ incidente de apelación de medida cautelar" 27/05/2008, elDial.com - AF3E83. Ver asimismo "B.A.J. c/Provincia

Los medicamentos compasivos³⁶ generalmente emplean drogas novedosas en pacientes con enfermedades terminales para paliar los efectos degenerativos en las personas o para continuar con una vida digna.

En Argentina existe la regulación del ensayo clínico dada por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica, la que por disposición N° 5330/1997³⁷ y sus complementarias y modificatorias fija los requisitos para autorizar los medicamentos, evitando que las practicas novedosas generen riesgos a la salud de los pacientes.

A pesar de que no se encuentran contemplados dentro de las prestaciones médicas de los servicios de salud, los tribunales hacen lugar a las acciones de amparo por diversos argumentos clínicos y humanitarios.

Así, la Suprema Corte provincial de Catamarca accedió a brindar cobertura, considerando "*la dramática y grave situación vivencial que atravesaba el actor ante la enfermedad terminal que lo aquejaba y la importante erogación de recursos que le provocaba, padeciendo al momento de la interposición de la acción un serio y progresivo deterioro físico y psíquico*"³⁸.

En igual sentido, se han autorizado medicamentos que, en principio, tienen un uso diferente, pero también tiene efectos compasivos "*Hay un informe elaborado por el Cuerpo Médico Forense asegurando que el tratamiento es adecuado para la patología del actor; que el fármaco no está contraindicado, pese a no estar autorizado por la ANMAT para el uso oftálmico que se le pretende dar*"³⁹.

Estos tratamientos experimentales son rechazados cuando no se acreditan debidamente los procedimientos en el proceso de amparo, o no se cumplen los protocolos de investigación

de Buenos Aires s/acción de amparo", del fallo de primera instancia, ordenó la inclusión de un paciente en un protocolo compasional para la aplicación de una técnica de implantación de células madre en pacientes con esclerosis lateral amiotrófica.

³⁶ ANMAT por la disposición 840/1995 los regula para *aquellas enfermedades en las que no exista en nuestro país un tratamiento convencional siempre que exista un balance riesgo/beneficio razonable para el paciente* (Conf. expte. 1-47-6653/94-6 del Registro de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica, publicado el 22/3/1995.); *o bien cuando existiera tratamiento convencional en el país, pero el paciente presentara intolerancia a él.*

³⁷ Los principios generales que surgen de estas normas y que interesan a los fines de resolver este prolongado proceso indican que: 1. En toda investigación en farmacología clínica deberá prevalecer el bienestar individual de los sujetos sometidos a estudio por sobre los intereses de la ciencia y de la comunidad; 2. La realización de ensayos de investigación clínica debe llevarse a cabo con estricta observación de los principios científicos reconocidos y con escrupuloso respeto por la integridad física y psíquica de los individuos involucrados; 3. Deben estar precedidos por estudios preclínicos que permitan inferir que los riesgos para la salud son previsibles y no significativos; 4. Los costos de una investigación deben ser afrontados por el patrocinante y en ningún caso por el sujeto de investigación.

³⁸ Corte Suprema Justicia Catamarca: "Robledo, Claudio D. v. Obra Social de los Empleados Públicos", LLNOA 2004-1041. 29/5/2003.

³⁹ Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sala 3ª, causa 7438/2011: "Crosa, Abelino A. v. Mapfre Salud S.A s/recurso de queja"; íd., causa 5449/2011: "Crosa, Abelino A. v. Mapfre Salud S.A s/sumarísimo", del 24/11/2011.

aprobado por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica: *"Se concluyó que el tratamiento requerido por el actor revestía carácter experimental (no aprobado por las autoridades sanitarias), cuyos costos debía ser soportados por los investigadores o sus patrocinantes y que, según las conclusiones del Cuerpo Médico Forense, no resultaba indicado para su cuadro, debiéndose optar por los tratamientos convencionales"*⁴⁰.

Existen posiciones intermedias en los tribunales que hacen pesar los gastos de la cobertura de manera proporcional entre el afiliado y la parte demandada: *"En función de tales particularidades, y teniendo en cuenta que la propia demandada manifestó haber ofrecido en su oportunidad otorgar cobertura por el 40% del costo de la medicación reclamada, dispuso limitar el alcance de la medida cautelar dispuesta al porcentaje indicado"*⁴¹.

IX. Improcedencia del argumento del alto costo para negar la prestación

La parte demanda suele utilizar como estrategia defensiva el argumento de la imposibilidad de poder cubrir los medicamentos o tratamientos por su alto costo conforme el presupuesto de la institución. Los tribunales son proclives a rechazarlo, como mecanismo de defensa cuando dicho extremo no es debidamente acreditado: *"La entidad demandada, si bien ha hecho hincapié en los principios de solidaridad y equidad, no ha mostrado el daño o perjuicio que podría acarrearle tal cobertura, lo que permitiría concluir que la citada entidad cuenta con los medios necesarios para llevar excepcionalmente adelante dicha práctica en atención a las particularidades del caso de marras"*⁴². *"El extremo apuntado denota que la negativa no tendría asidero en una cuestión de costos, pues, en tal hipótesis, debería la obra social haber invocado y acreditado tal circunstancia. Su omisión en este sentido no hace más que colaborar a la prueba de la arbitrariedad denunciada por el amparista"*⁴³. *"Es cierto que los elevados costos del tratamiento pueden llegar a comprometer financieramente a la empresa de medicina prepaga y que en estas circunstancias podría justificarse la omisión de brindar un tratamiento de "urgencia vital". En efecto no sería admisible que por los gastos que demanda una cobertura en particular, quedaran insatisfechas las necesidades de otros beneficiarios. Ahora bien, la entidad de los derechos en juego, obliga a requerir la prueba puntual de un desbalance económico en virtud de la onerosidad del tratamiento de fertilización reclamado y no su sola manifestación. Es decir que debe acreditarse fehacientemente, que el excesivo valor de la prestación*

⁴⁰ Corte Suprema: "Sureda, Lucas v. Obra Social del Poder Judicial de la Nación", 26/3/2009, LL Online, AR/JUR/2444/2009.

⁴¹ Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sala 2ª, causa 4084/10: "Hazaña, Manuel v. Swiss Medical S.A s/amparo", del 19/11/2010.

⁴² Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en autos: "Rubiolo, Alfredo Andrés c. Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) – Amparo – Expte. N° 2234278/36", Auto N° 381, de fecha 15/08/2014.

⁴³ Cámara 5a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba en autos: "González, Humberto Rafael c. Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS) s/ amparo - recurso de apelación - Fecha 22/06/2015".

*requerida, redundará en la afectación ilegítima del derecho, que también asiste al resto del universo de los afiliados a la empresa de medicina prepaga"*⁴⁴.

X. Consideraciones finales

Conforme el desarrollo del presente artículo de doctrina puede llegarse a las conclusiones que se exponen a continuación:

- Es notoria la creciente utilización de la acción de amparo para la protección del derecho a la salud, denotando que es un derecho humano superior en la protección del Estado argentino, que se reconoce en la Constitución Nacional y tratados de derechos humanos del artículo 75 inciso 22.
- Esta nueva apertura por parte de los tribunales hace necesario que se fijen directrices cuando se trata de medicamentos o tratamientos de altos costos, para impedir la utilización abusiva de los amparos en la protección del derecho a la salud.
- La prueba en el amparo a la salud tiene particularidades propias que lo diferencian de cualquier procedimiento judicial, y particularmente cuando nos encontramos con medicamentos de alto costo, donde es necesario además acreditar la imposibilidad económica del amparista y su núcleo familiar para su adquisición, debiendo brindarse informes médicos que describan las ventajas de proporcionar del tratamiento.
- Resulta improcedente que los prestadores de salud manifiesten que no pueden cumplir las coberturas totales, cuando no acrediten con prueba fehaciente los inconvenientes económicos que le generan a la institución, y al resto de los afiliados.
- El Plan Médico Obligatorio es insuficiente para atender a las actuales enfermedades o tratamientos de altos costos, quedando actualmente en manos de la justicia por intermedio de la acción de amparo la ampliación o limitación de las prestaciones.
- Los Tribunales tienen posiciones encontradas con relación a la cobertura total de las prestaciones en casos de medicamentos o tratamientos experimentales. Y, ante las hipótesis que hacen lugar a la demanda de amparo, deben aumentarse los controles para verificar los resultados positivos o negativos en los pacientes.
- Los jueces en todo procedimiento amparo de alto costo, deben armonizar el estado de salud, la urgencia, y situación económica del afiliado, con los intereses de las instituciones prestatarias de los servicios de Salud (públicos o privados). Así lo sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación *"la aproximación al complejo proceso constitucional que es el amparo -instrumento y, a la vez, garantía-, tiene que llevarse a cabo en una línea de equilibrado balance que no desvirtúe su especificidad, pero que tampoco coarte con rigorismos antifuncionales el acceso a una pronta intervención jurisdiccional"*⁴⁵.

⁴⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala III, voto de Graciela Gedina, al fundar su disidencia parcial, en fallo del 18/03/2010, en expte. "V. M. C. y otros c/OSEDE s/amparo".

⁴⁵ CSJN: Fallos 332:1394.

XI. Bibliografía

- BADENI, G. *Tratado de Derecho Constitucional*, 3ª ed. act. y amp., La Ley, Buenos Aires, 2010.
- BARRERA BUTELER, G. *Derecho Constitucional*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2015.
- BARONE, L. *Proceso de Amparo*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2017.
- Los principios procesales del amparo. Un aporte para su regulación normativa*. 1edición, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2017.
- BASTERRA, M. *El Proceso Constitucional de Amparo*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
- BECERRA FERRER, G. "Naturaleza y presupuestos del recurso de amparo", *JA*, 1959-v-58, secc. Doctrina.
- BIANCHI, A. *Control de Constitucionalidad*, Tomos I y II, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.
- "El Derecho Constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema entre 2003 y 2007", *La Ley* del 18/02/2008, 1; *La Ley* del 20/02/2008, 1; *La Ley* 2008-B, 717.
- BIDART CAMPOS, G. *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo VI, Editorial Editar, Buenos Aires, 1995.
- El Derecho Constitucional del Poder*, Tomo II, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1997.
- "El derecho a la Salud y al amparo", *La Ley*, 1997-B, 297, 1997.
- BIDART CAMPOS, G. - SAGÜÉS, N. P. *El amparo constitucional*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000.
- CARRANZA TORRES, L. *La práctica del amparo*, Editorial Alveroni, Córdoba, 1998.
- EKMEKDJIAN, M. *Manual de la Constitución Argentina*, 3º edición actualizada, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1997.
- FIX ZAMUDIO, H. *Ensayos sobre el derecho de amparo*, UNAM, México, 1993.
- GELLI, M. A. *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 2ª ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- "El valor de la Jurisprudencia Internacional", *La Ley*, 01/06/2010, Buenos Aires.
- GOZAINI, O. A. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Editorial RubinzalCulzoni, Buenos Aires, 2006.
- HARO, R. Y OTROS. *Curso de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I, Editorial Advocatus, Córdoba, 2003.
- HERNANDEZ, A. M. *Derecho Constitucional*, La Ley, Córdoba, 2012.
- HIRUELA DE FERNANDEZ, M. P. *El amparo en la Provincia de Córdoba, Ley 4915*, Editorial Alveroni, Córdoba, 2002.
- MORELLO, A. M. "El derrumbe del amparo", *E.D.*, 18/4/1996.
- MORELLO, A. M. - VALLEFIN C. *El amparo. Régimen procesal*, Librería editora Platense SRL, La Plata, 1998.
- RIVAS, A. *El amparo. Doctrina, comentarios, jurisprudencia y legislación*, Ediciones la Rocca, Buenos Aires, 1987.
- RIVAS, A. "Pautas para el Nuevo Amparo Constitucional, Temas de Derecho Constitucional", *El Derecho* de 29 de junio de 1995.
- SAGÜÉS, N. P. "Vigencia constitucional del amparo y derogación de la ley 16.986", en *J.A.* 1996-III-46.
- Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo. Ley 16986 comentada y concordada con las normas provinciales*, 2ª Editorial, Buenos Aires, 1988.
- "El Amparo Constitucional, A diez años de la reforma de 1994", *JA*, 2004-III-981.

**LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EMERGENTES
IN DUBIO PRO NATURA E IN DUBIO PRO AGUA
EN LA DOCTRINA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA: DIMENSIONES SISTÉMICAS, AXIOLÓGICAS Y
HERMENÉUTICAS***

*THE APPLICATION OF THE EMERGING PRINCIPLES IN DUBIO
PRO NATURA AND IN DUBIO PRO AGUA IN THE JUDICIAL
DOCTRINE OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE: SYSTEMIC,
AXIOLOGICAL AND HERMENUTIC DIMENSIONS*

*Alicia Morales Lambert^{†**}*

I. Planteamiento

La reciente decisión judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en la causa "Majul"¹, ratifica la progresiva adopción del paradigma ecológico, bajo el cual cada ser humano y otros seres vivos, tienen derecho a la conservación, protección y restauración de la salud e integridad de los ecosistemas y la calidad de los bienes ambientales en términos ecosistémicos, independientemente de la satisfacción que ellos produzcan, por cuanto "la naturaleza posee un derecho intrínseco a existir, prosperar y evolucionar"².

En esta causa, el Máximo Tribunal hizo lugar al recurso de queja interpuesto por la actora y revocó la decisión dictada por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos que había revocado la sentencia del Juez de Primera Instancia que ordenaba el cese del proyecto

^{**} Trabajo recibido el 16 de septiembre de 2019 y aprobado para su publicación el 1 de octubre del mismo año.

^{**} Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Catedrática de Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental de la Facultad de Derecho de la UNC. Miembro titular del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/Acción de Amparo Ambiental, CSJ 000714/2016/RH001, 11/07/2019 (Fallos: 342:1203).

² Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental. Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, Rio de Janeiro, Brasil, 2016.

inmobiliario "Amarras de Gualeguaychú"³ y condenaba solidariamente a la firma "Altos de Unzué S.A.", a la Municipalidad de Pueblo General Belgrano y al Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos a recomponer el daño ambiental. Dicho proyecto, se emplazaría dentro del valle de inundación del Río Gualeguaychú (humedal), que permite evacuar los importantes caudales que pueden sobrevenir en épocas de creciente, y su ejecución afectaría negativamente el ambiente, al Parque Unzué y otras naturales áreas protegidas⁴ así como la Municipalidad de Gualeguaychú.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte descalificó la sentencia porque "lo resuelto por el Superior Tribunal de la provincia afecta de modo directo e inmediato el derecho al debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional) en razón de que consideró que la acción de amparo no era la vía, y no valoró que el objeto de dicha acción era más amplio que el reclamo de la Municipalidad de Gualeguaychú en sede administrativa y que se había producido una alteración negativa del ambiente -aun antes de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental". Asimismo, agregó, que dicha resolución judicial no tuvo en cuenta que la provincia de Entre Ríos tiene a su cargo la gestión y el uso sustentable de las cuencas hídricas y "los sistemas de humedales que se declaran libres de construcción de obras de infraestructura a gran escala que puedan interrumpir o degradar la libertad de sus aguas y el desarrollo natural de sus ecosistemas asociados" (Art. 85 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos), declarando en consecuencia, la inconstitucionalidad del art. 11 del decreto 7547/1999 así como la nulidad de la resolución 340/2015 de la Secretaría de Medio Ambiente de la Provincia de Entre Ríos.

En efecto, el Tribunal Superior de Entre Ríos, omitió ejercer el control de razonabilidad y legalidad en la actuación de los otros poderes del Estado, dando por cierto que no se habían producido daños irreversibles casi imposibles de recomponer, como la desaparición de especies arbóreas, del bosque y del humedal, la alteración del curso natural de un río y un gran movimiento y sobreelevación de suelos, lo cual evidenciaba su contradicción con una tutela judicial efectiva. Tampoco consideró que el objeto del amparo deducido, no sólo buscaba la paralización de las obras, sino también la recomposición del ambiente al estado de hecho anterior.

³ Se trata de un barrio náutico con unos 335 lotes residenciales, más 110 lotes residenciales con frentes náuticos, más complejos multifamiliares de aproximadamente 200 unidades y un hotel de unas 150 habitaciones. El proyecto se encuentra en el Municipio de Pueblo General Belgrano -es decir, en la ribera del Río Gualeguaychú, lindero al Parque Unzué, en la margen del río perteneciente al Municipio de Pueblo General Belgrano, justo enfrente a la Ciudad de Gualeguaychú-.

⁴ Cfr. Ley provincial 9687, art. 1°.- Decláranse "Área Natural Protegida" a los Humedales e Islas del Departamento Uruguay, Gualeguaychú e Islas del Ibicuy, sitios en el territorio de la Provincia de Entre Ríos, incorporándose al Sistema Provincial de Áreas Naturales Protegidas conforme lo normado en la Ley Provincial N° 8967; Art. 2°.- Declárase al territorio de Humedales identificado en el artículo anterior precedente, de Interés Provincial, Cultural, Ambiental y Científico y consecuentemente sujeto a las normas correspondientes de la Ley Provincial N° 8967 y Art. 3°.- Clasifícase al Área Natural declarada en el artículo 1° dentro de la modalidad de manejo "Reserva de Uso Múltiple", de conformidad a lo dispuesto en los Artículos 17°, inc. e) y 26° de la Ley N° 8967, la que se denominará "Reserva de los Pájaros y sus Pueblos Libres".

Asimismo, el Tribunal provincial omitió el análisis de las normas aplicables al caso que, por un lado, exigían la emisión de la licencia ambiental y social en forma previa al inicio de las obras y por el otro, disponen de forma expresa que la administración debe aprobar o rechazar los estudios presentados, limitándose a conferirle facultades regladas en este aspecto, las que no incluyen la potestad de admitir tales evaluaciones en forma condicional⁵.

En particular, no tuvo en cuenta que la provincia tiene a su cargo la gestión y el uso sustentable de las cuencas hídricas y "los sistemas de humedales que se declaran libres de construcción de obras de infraestructura a gran escala que puedan interrumpir o degradar la libertad de sus aguas y el desarrollo natural de sus ecosistemas asociados" (Art. 85 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos)⁶. Omitió considerar que la cuenca hídrica es la unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular⁷. Se trata de un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua, incluyendo, entre otras, a los humedales (Sitios Ramsar)⁸.

En otras palabras, en el caso, se desconocieron cuáles eran las consecuencias ambientales en toda la cuenca del Río Gualeguaychú, obligación que emana de lo dispuesto en la ley N° 25688 de presupuestos mínimos ambientales, para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional, que dispone expresamente en su art. 3° que "Las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles".

La relevancia de la sentencia de la CSJN, da cuenta de la multiplicidad de variables jurídico ambientales implicadas: licencia ambiental viciada de nulidad, otorgada *ex post facto* de sucesivos avances del proyecto constructivo por vía de hechos consumados; omisión

⁵ Conforme doctrina *in re* "Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica LLC Suc. Argentina y su Propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/acción de amparo", 02/03/2016 (Fallos: 339:201). En la causa "Majul", la cooperativa de Pueblo General Belgrano LTDA otorga la factibilidad para la provisión de agua potable y desagüe cloacal, condicionado a que se adecuen las condiciones necesarias para proveer oportunamente el servicio. Es decir, otorga una factibilidad condicionada a una condición, también ilegal por no existir la resolución que se está dictando, pero además porque no existía instalación alguna que llegue al lugar, lo que es reconocido por la empresa y público y notorio en la zona. Y más porque no se puede urbanizar ni dar factibilidad de provisión de agua potable y servicios y autorización para construir calles en un espacio protegido.

⁶ El art. 85 cuarto párrafo de la constitución provincial enseña que: "(...) *El agua es un recurso natural, colectivo y esencial para el desarrollo integral de las personas y la perdurabilidad de los ecosistemas. El acceso al agua saludable, potable y su saneamiento es un derecho humano fundamental. Se asegura a todos los habitantes la continua disponibilidad del recurso*".

⁷ CSJN, "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/uso de aguas", 01/12/2017, Fallos: 340:1695.

⁸ Convención Ramsar de 1971, modificada según el Protocolo de París de 1982 y las enmiendas de Regina de 1987, a las que la República Argentina adhirió mediante leyes N° 23919 y 25335. Cfr. En igual sentido, Cámara II de Apelaciones de Paraná, Sala 2, *in re* "Fundación Cauce, Cultura Ambiental - Causa Ecologista c/ Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y otros s/ Acción de Amparo" - N° 10.953, 25 de abril de 2019, donde se dirime el riesgo real e inminente para la conservación y protección del ambiente del Delta del Río Paraná en general, y puntualmente, de la zona de amortiguación del Parque Nacional Pre Delta, el corredor biológico que lo conecta con el Parque Nacional Islas de Santa Fe y con el recientemente declarado Sitio RAMSAR.

técnica y estatal de reconocer y preservar áreas naturales protegidas; omisión estatal de control, fiscalización e inobservancia de exigir una evaluación de ambiental previa, integral y acumulativa del impacto ambiental y social del proyecto, ante el peligro de daños graves o irreversibles; así como la apropiación ilegal por un particular, de bienes del dominio público hídrico⁹.

Además de esas connotaciones relevantes, el Tribunal reitera la importancia del ciclo hidrológico para el funcionamiento ecológico; la interconexión entre los sistemas de agua subterránea y superficial; así como la importancia de enfrentar los retos del agua dulce a nivel de cuenca¹⁰, subrayando implícitamente las condiciones que deben cumplirse para alcanzar una evaluación ambiental que incorpore un enfoque multidimensional y policéntrico y tenga en cuenta la complejidad de las relaciones socio-ecológicas subyacentes.

En particular, la sentencia evidencia la importancia y fragilidad ecosistémica de los humedales y la necesidad de su protección¹¹, al establecer la aplicación del principio precautorio en esta materia. En este orden, la CSJN se refirió y aplicó especialmente los principios *In Dubio Pro Natura e In Dubio Pro Agua*, cuando sostuvo que el fallo del Superior Tribunal provincial, contraría la normativa nacional e internacional ambiental, "*en especial el art. 32 de la Ley General del Ambiente 25.675 -que establece que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo y especie- y los principios In Dubio Pro Natura e In Dubio Pro Agua. Todo lo cual, conspira contra la efectividad en la defensa del ambiente que persigue el actor en el caso*".

⁹ Cfr. art. 235 del Código Civil y Comercial, donde dispone que son bienes del dominio público: "(...) c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos (...)". Asimismo, el Art. 1975 "(Obstáculo al curso de las aguas). Los dueños de inmuebles linderos a un cauce no pueden realizar ninguna obra que altere el curso natural de las aguas, o modifique su dirección o velocidad, a menos que sea meramente defensiva. Si alguno de ellos resulta perjudicado por trabajos del ribereño o de un tercero, puede remover el obstáculo, construir obras defensivas o reparar las destruidas, con el fin de restablecer las aguas a su estado anterior, y reclamar del autor el valor de los gastos necesarios y la indemnización de los demás daños) (...)".

¹⁰ Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua, redactada en el marco del Octavo Foro Mundial del Agua celebrado en Brasilia, 21 de marzo de 2018.

¹¹ En la Convención sobre los Humedales, suscrita en Ramsar (Irán, 1971), de la que nuestro país es Parte, se advierte el reconocimiento de los humedales como reguladores de los regímenes hidrológicos y como hábitat de fauna y flora características, de ahí su valor ecosistémico cuya pérdida se considera irreparable. El artículo 1° de dicha convención establece que "*son humedales las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros*".

No obstante la multiplicidad de problemáticas jurídico ambientales abordadas por la sentencia anotada, en el marco del paradigma ecológico, el presente ensayo procura exponer algunas dimensiones de los principios *In Dubio Pro Natura* e *In Dubio Pro Agua*, en su condición de principios ambientales "emergentes" -del marco de los principios generales del derecho ambiental- según sus dimensiones y funciones valorativas, sistémicas y hermenéuticas.

II. Los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro agua*: un giro ontológico en el derecho ambiental

Así como progresivamente el constitucionalismo se abrió hacia una dimensión supranacional e internacional de los derechos y de la tutela de la dignidad humana, también el paradigma ambiental sufre una transformación conceptual progresiva. Esta transformación parece abandonar su contenido central económico "antropocéntrico", para transitar hacia una dimensión "bio" y "eco-céntrica", donde la idea de desarrollo opera en favor de la preservación de la humanidad como parte de la naturaleza, en lugar de hacerlo en favor de la garantía de los recursos naturales como bienes de explotación y utilidad para la humanidad. En este sentido, para la Corte Suprema "el ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible"¹².

Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales". Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos"¹³.

Desde esta perspectiva, el principio "*in dubio pro natura*" habilita la relectura del art. 41 de la Constitución Nacional y construye una hermenéutica judicial sobre la base de un desarrollo equilibrado desde el punto de vista ambiental y de respeto por la diversidad cultural, pero que preserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, asegurando la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

Asimismo, el principio *in dubio pro natura* contextualiza el contenido de otro principio emergente, el de la "función ecológica de la propiedad": "Toda persona natural o jurídica o

¹² "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/uso de aguas", 01/12/2017, Fallos: 340:1695.

¹³ Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, adoptada en el Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, en Río de Janeiro, Brasil, del 26 al 29 de abril de 2016, principios 1 y 2.

grupo de personas que posea o controle tierras, aguas u otros recursos, tiene el deber de mantener las funciones ecológicas esenciales asociadas a dichos recursos y de abstenerse de realizar actividades que puedan perjudicar tales funciones"¹⁴. En sentido similar, el Principio 2 (Justicia hídrica, uso del suelo y función ecológica de la propiedad) reconoce que "como consecuencia de los estrechos vínculos existentes entre el suelo y el agua, así como las funciones ecológicas de los recursos hídricos, toda persona titular de un interés o un derecho de uso sobre suelos o recursos hídricos tiene el deber de mantener las funciones ecológicas y la integridad de dichos recursos y los ecosistemas relacionados"¹⁵.

Con ello, el principio *in dubio pro natura* fija un nuevo "mandato de optimización" constitucional a modo de criterio sistemático, valorativo y de interpretación jurídica de las decisiones normativas y judiciales. Propone "medir" la racionalidad de las decisiones contra la diversidad biológica y la biósfera, como el único "acuerdo" posible para seguir viviendo sobre la tierra. Plantea un orden público ambiental de coordinación federal, basado en el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y de los sistemas vitales; preservación de biomas, la diversidad genética y cultural; y utilización sostenible de las especies y de los ecosistemas.

La operatividad del derecho ambiental constitucional e infraconstitucional, deriva según la Corte Suprema, por una parte, de la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales, como problema de aplicación de reglas y principios y reconocimiento declarativo de derechos y obligaciones, desde una visión biocéntrica: "la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo"¹⁶.

En suma, en el marco del pluralismo democrático, las distintas aproximaciones a la naturaleza y una reivindicación de sus elementos como bienes con valor intrínseco, en tanto conceptos complejos, son un elemento transversal al ordenamiento constitucional. Su importancia recae por supuesto en atención a los seres humanos que la habitan y la necesidad de contar con un ambiente sano para llevar una vida digna, pero también en relación a los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, entendidas como existencias merecedoras de protección en sí mismas.

Uno de los cimientos de la columna vertebral del derecho ambiental, reposa en la función ambiental de los derechos subjetivos, en cuyo marco los bienes y valores colectivos,

¹⁴ Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental. Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, Rio de Janeiro, Brasil, 2016.

¹⁵ Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua, redactada en el marco del Octavo Foro Mundial del Agua celebrado en Brasilia, 21 de marzo de 2018.

¹⁶ CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros", 20 de junio de 2006, Fallos: 329:2316.

sumados a los principios de política ambiental (art. 4º), se erigen como verdaderos abecedarios sustantivos y procesales de derecho ambiental. La Ley General del Ambiente N° 25675 (LGA) desarrolla analíticamente el precepto constitucional que establece el derecho a un ambiente sano (art. 41), establece en su artículo 4º los presupuestos mínimos que el artículo 41 de la Constitución Nacional anticipa, fija los objetivos y los principios rectores de la política ambiental, y los instrumentos de gestión para llevarla a cabo (artículos 2º, 4º y 8º).

Asimismo, la LGA, superando el límite de una ley de presupuestos mínimos, tal como si se tratara de una auténtica ley federal, ingresa dentro de las selectas normas que evidencian un desenvolvimiento constitucional, desarrollando supuestos fácticos y epistemológicos que colaboran a definir la evolución del conflicto jurídico ambiental, por cuanto el paradigma jurídico que ordena la regulación ambiental pasa a ser ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema.

En ese sentido, resaltan el artículo 2º inc. e) de la LGA, que ordena "mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos; el art 6º *in fine*, que prescribe "garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, su capacidad de carga en general y asegurar la preservación ambiental". Con ello, la noción de territorialidad federal se relativiza, emergiendo la de territorialidad ambiental, como bien lo establece la Ley General del Ambiente¹⁷.

Complementariamente, el art. 2º del Código Civil y Comercial (CCyC) obliga al intérprete a ponderar los principios y valores jurídicos del derecho ambiental¹⁸. Las disposiciones de la Ley General del Ambiente N° 25675 son de orden público (art. 3º) y "*se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta*". Más ampliamente, en relación a los principios de política ambiental, "la interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental", estarán sujetas al cumplimiento de los principios definidos en el art. 4º de dicha Ley.

Por su parte, los arts. 14, 240¹⁹ y 241 del Código Civil y Comercial (CCyC), también se alejan del esquema de derechos que sostienen una visión antropocéntrica centrada en la utilidad esencialmente económica, para mutar hacia un estadio más amplio y ecocéntrico: el ejercicio de los derechos individuales "*no debe afectar el funcionamiento ni la*

¹⁷ CSJN, "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/uso de aguas", 01/12/2017, Fallos: 340:1695.

¹⁸ "Art. 2º. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

¹⁹ "Art. 240. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª (bienes públicos y privados) debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial".

sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial". Con razón, se ha sostenido que "El art. 240 del CCyC no solo es una norma, es además un principio y un valor, una matriz y una pauta: Una puerta de salida del marco decimonónico clásico y una puerta de entrada con potencial de albergar tanto al desarrollo sostenible, al biocentrismo, a los derechos de la naturaleza, dentro de los que están los derechos humanos, claramente potenciados por esta superadora pauta legal, que sin duda mejorará la calidad de vida de los seres humanos, y las sociedades futuras"²⁰.

Con ello, el Estado y los particulares tienen la obligación de cuidar y promover el bienestar de la naturaleza, independientemente de su valor para los seres humanos, al igual que de imponer limitaciones a su uso y explotación. Esta nueva cosmovisión "se erige como una matriz privilegiada y preponderante de interpretación, abordaje y decisión de todo caso ambiental, que debe ser aplicada para su resolución, cuando una norma del propio Código debe cruzarse con algún material normativo de otro cuerpo legal"²¹.

Consecuencia de esta cosmovisión, conviven "derechos a la naturaleza" y "derechos de la naturaleza", donde "cada ser humano y otros seres vivos tienen derecho a la conservación, protección y restauración de la salud e integridad de los ecosistemas. La naturaleza posee un derecho intrínseco a existir, prosperar y evolucionar"²².

El paradigma ecológico, exige que "se deberán adoptar medidas legales y de otra índole para proteger y restablecer la integridad de los ecosistemas, al igual que para mantener y mejorar la resiliencia de los sistemas socio-ecológicos. En la elaboración de políticas y leyes y en la toma de decisiones, el mantenimiento de una biosfera saludable para la naturaleza y la humanidad deberán ser de primordial consideración"²³.

En consecuencia, si el ambiente "no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario"²⁴, el cambio de paradigma que ha venido operando en la jurisprudencia del Máximo Tribunal, ha implicado un redimensionamiento de los principios de política ambiental, bajo el criterio superior de *in dubio pro natura* e *in dubio pro agua*, consistente en que ante una tensión entre principios y derechos en conflicto la autoridad debe propender por la interpretación que resulte más acorde con la protección y restablecimiento de la integridad de los ecosistemas, el mantenimiento y mejora de la resiliencia de los sistemas socio-ecológicos y la garantía y disfrute de un ambiente sano, respecto de aquella que la vulnere, limite o altere.

²⁰ FALBO, Aníbal J. - ESAIN, José Alberto. "El Código Civil y Comercial y el ambiente", en *RCCyC* 2015 (agosto), 17/08/2015, 19.

²¹ *Ibidem*.

²² "Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental" Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, Rio de Janeiro, Brasil, 2016.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Vid. CSJN, "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/uso de aguas", 01/12/2017 (Fallos: 340:1695, considerando 5°).

Bajo el principio *in dubio pro aqua*, la Corte ha sostenido que las controversias en torno al "recurso estratégico agua" no pueden ser entendidas como la mera colisión de derechos subjetivos²⁵. Ello, por cuanto la caracterización del ambiente como "un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible" cambia sustancialmente el enfoque del problema, que no solo debe atender a las pretensiones de las partes, sino que exige "una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan"²⁶.

El giro ontológico en la doctrina judicial se ratifica al distinguir el papel del agua en el mantenimiento de la vida y los ecosistemas, así como de la importancia de reflejar la interdependencia entre el agua y otros elementos del ambiente natural, especialmente los suelos, el subsuelo y los bosques, incluyendo las conexiones ecosistémicas relevantes, en las decisiones judiciales sobre controversias relacionadas con el agua dulce y la administración de justicia hídrica²⁷: "La visión y regulación jurídica del agua basada en un modelo antropocéntrico y puramente dominial que solo tiene en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella, ha cambiado sustancialmente en los últimos años en favor de un paradigma jurídico que ordena que la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente"²⁸.

III. Definición y alcance comparado del principio *in dubio pro natura*: dimensiones sistémicas, hermenéuticas y axiológicas

Es en la causa "Majul" donde la Corte Suprema ratifica la necesidad que "los jueces deben considerar el principio *in dubio pro natura* como pauta hermenéutica genérica. Siguiendo expresamente los términos del Principio 5 (*In Dubio Pro Natura*) de la "Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN)" acerca del Estado de Derecho en materia ambiental (2016) y de la "Declaración

²⁵ Cfr. Fallos: 340:1695: "La solución de un conflicto ambiental, como un litigio entre dos provincias por el uso y aprovechamiento de un río interprovincial, requiere de conductas que exceden tanto los intereses personales, como los provinciales, en tanto, entre otros, hay que tener en cuenta no solo la cantidad de agua que debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial para que mantenga su sustentabilidad, sino también el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente".

²⁶ *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad*, 04/06/2019 (Fallos: 342:917).

²⁷ Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua, redactada en el marco del Octavo Foro Mundial del Agua celebrado en Brasilia, 21 de marzo de 2018.

²⁸ "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/uso de aguas", 01/12/2017 (Fallos: 340:1695).

de Jueces sobre Justicia del Agua" (2018)²⁹, estableció que "en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales y no se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos"³⁰.

Como se observa, cuando se menciona "en caso de duda" como precondition a la operatividad del principio *in dubio pro natura*, en el lenguaje de la Corte se evidenciaría una conexión entre el principio precautorio y el principio *in dubio pro natura*, por el hecho de que ambos principios actúan ante la duda o incertidumbre. La aplicación del principio precautorio, como principio jurídico de derecho sustantivo, es una guía de conducta también para la administración que "(...) requiere una reflexión profunda, científicamente probada, socialmente participativa y valorativamente equilibrada"³¹.

Sin embargo, la definición y alcance de este principio no ha sido unívoca en Latinoamérica, ya que el principio *in dubio pro natura* en algunos casos se asocia a la duda científica, ante la creación de un "riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles"³², inherente al principio precautorio; mientras en otros sistemas judiciales, la duda se circunscribe sólo a la asociada a la duda interpretativa de la ley; no faltando otras prácticas judiciales donde se invoca el principio *in dubio pro natura*, pero no se realiza ningún análisis acerca de la procedencia del principio.

En Costa Rica, el principio *in dubio pro natura* tuvo una incipiente aplicación en el año 1995, en una resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema³³. En el mismo ordenamiento costarricense, el principio está definido por la Ley N° 7788 de Biodiversidad

²⁹ Principio 5 - Justicia hídrica y precaución: El principio precautorio debería aplicarse en la resolución de disputas relacionadas con el agua dulce. Aun a pesar de la incertidumbre científica o la complejidad respecto de la existencia o el alcance de los riesgos de daños graves o irreversibles al agua, la salud humana o el medio ambiente, los jueces deberán sostener u ordenar la adopción de las medidas protectoras necesarias, considerando la mejor información científica disponible; Principio 6 – *In dubio pro aqua*: En congruencia con el principio *In dubio pro natura*, en caso de incertidumbre, las controversias ambientales e hídricas ante las cortes deberán resolverse, y las leyes aplicables interpretarse, de la manera en la cual sea más probable proteger y conservar los recursos hídricos y los ecosistemas relacionados.

³⁰ "Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/Acción de Amparo Ambiental", CSJ 000714/2016/RH001, 11/07/2019 (Fallos: 342:1203).

³¹ CSJN, Fallos: 335:387.

³² Fallos: 333: 748, disidencia de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni.

³³ La Sala Primera de la Corte Suprema, Resolución N° 00051 – 1995, invocando la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (1972), resaltó que "Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación y ordenación (...). Debe mantenerse y, siempre que sea posible, restaurarse o mejorarse la capacidad de la Tierra para producir recursos vitales renovables (...). El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestres y su habitat, que se encuentran actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos".

Biológica³⁴ y otras normas, como el Reglamento de la Ley de Conservación de Vida Silvestre³⁵. En ambos casos, el ordenamiento jurídico costarricense define al principio como equivalente al principio precautorio, sustentado en la duda científica.

A pesar de su diferenciación, la definición asociada a la incertidumbre científica (principio precautorio), surgió en Costa Rica cuando se aplicó el principio *in dubio pro natura* por primera vez, siendo tratados como principios análogos. La Corte Suprema de Costa Rica sostuvo: "(...) en la protección de nuestros recursos naturales, debe existir una actitud preventiva, es decir, si la degradación y el deterioro deben ser minimizados, es necesario que la precaución y la prevención sean los principios dominantes, lo cual nos lleva a la necesidad de plantear el principio *in dubio pro natura*"³⁶. Esta asociación fue ratificada reiteradamente: "Partiendo del reconocimiento del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, receptado en el artículo 50 de la Constitución Política y el principio 15 de la Declaración de Río -Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo-, se ha reconocido igualmente el denominado "principio precautorio en materia ambiental" o "principio *in dubio pro natura*", cuya observancia implica que todas las actuaciones de la administración pública en temas sensibles al ambiente, sean realizadas con el celo adecuado para evitar riesgos y daños graves e irreversibles"³⁷. "(...) (L)a total ausencia de estudios técnicos previos que determinen las consecuencias que sobre el patrimonio natural del Estado podría tener la desafectación de la franja fronteriza sur que se pretende, constituye una clara amenaza al medio ambiente (...). Ello constituye una duda razonable en relación con la conveniente tutela medio ambiental del proyecto en cuestión, lo cual, en aplicación del principio *in dubio pro natura* y de su derivado principio precautorio"³⁸.

Como surge de esos precedentes, resalta la equivalencia de ambos principios (principio precautorio o *in dubio pro natura* que opera en materia ambiental), que se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas³⁹.

Por los motivos anteriores, se ha resuelto que resulta completamente contraria a los principios que informan el derecho ambiental, en particular, al *in dubio pro natura* y al principio precautorio, así como al interés público ambiental, la interpretación del demandado que se considera excluido de la obligación del estudio de impacto ambiental previo al otorgamiento de la concesión de explotación minera⁴⁰.

³⁴ Ley de Diversidad Biológica de Costa Rica: "Artículo 11. Criterio precautorio o *in dubio pro natura*: Cuando exista peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con estos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección".

³⁵ Decreto N° 40548-MINAE-Reglamento a la Ley de Conservación de la Vida Silvestre (Costa Rica).

³⁶ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional. Causa N° 5893-95. Sentencia, 27 de octubre de 1995.

³⁷ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencias 14596-2011 y 16316-2011.

³⁸ Suprema Corte, Sala Constitucional, Resolución N° 18836 – 2014.

³⁹ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 18855-10.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencias 14421-06.- 18051-06.

En sentido diverso, y sin que medie incertidumbre científica, se ha sostenido que una actividad económica descontrolada e irresponsable puede producir un daño irreversible en el ecosistema, razón por la cual se impone la aplicación del principio "in dubio pro natura", en el sentido de que si existe duda sobre si una actividad produce o no daños al ambiente, debe priorizarse su protección y en consecuencia, limitarse o prohibirse dicha actividad. No obstante, la determinación de esa duda, no puede, ni debe, quedar al arbitrio de los grupos sea cual sea, sino de estudios técnicos, pues este aplicará cuando haya peligro de daño grave o irreversible en el ambiente⁴¹.

No obstante esa persistente analogía entre ambos principios, el principio de precaución y el principio *in dubio pro natura* reconocen un punto de partida diferente. El primero contempla la duda o incertidumbre científica del peligro de daño ambiental grave o irreversible y el segundo la duda o incertidumbre normativa, sea sobre el alcance de una disposición legal o sobre un conflicto de reglas o principios.

Esa diferenciación, surge en forma expresa de la "Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua"⁴²: "Principio 5: *In dubio pro natura*. En caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos" y "Principio 6: *In dubio pro aqua*. En congruencia con el principio *In dubio pro natura*, en caso de incertidumbre, las controversias ambientales e hídricas ante las cortes deberán resolverse, y las leyes aplicables interpretarse, de la manera en la cual sea más probable proteger y conservar los recursos hídricos y los ecosistemas relacionados".

En realidad, es la Constitución ecuatoriana del 2008 la que previó por primera vez la aplicación del principio *in dubio pro natura* ante la duda o incertidumbre normativa: "Art. 395. La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales: 4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza".

La Asamblea Constituyente lo ha denominado "principio de prevalencia", el cual establece que, en caso de dudas sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza. El principio de prevalencia lleva implícita la obligación *in dubio pro natura* relacionada además con el principio de precaución⁴³.

Sin embargo, en casos cuyo contenido versa sobre temas ambientales y derechos

⁴¹ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 17155-09.

⁴² Redactada en el marco del Octavo Foro Mundial del Agua celebrado en Brasilia, 21 de marzo de 2018.

⁴³ Acta Constituyente N° 40 de 29 de abril de 2008. Montecristi, Ecuador, pp. 19-24. En sentido similar Cfr. Corte Constitucional. Causa N° 0567-08-RA. Sentencia, 25 de noviembre de 2009 y Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil de Galápagos. Causa No. 269-2012. Sentencia 28 de junio de 2012.

humanos (principio *pro homine*), se ha tornado más complejo su alcance, cuando se lo ha aplicado como fundamento para la aplicación retroactiva de normas, considerando que son materias en las que existen principios (como el principio *in dubio pro natura*) que actúan como directrices hermenéuticas para determinar qué norma jurídica resulta aplicable e incluso cuál es el ámbito temporal en el que opera⁴⁴. Según la Corte ecuatoriana, el principio *in dubio pro natura* "ayuda al juzgador a elegir la norma a ser aplicada al caso concreto, en base a este principio, los jueces al momento de aplicar las normas ambientales deben preferiblemente elegir la interpretación o la norma en favor de la naturaleza"⁴⁵.

Además, la Corte ecuatoriana también menciona que, en virtud del principio *in dubio pro natura*, "los jueces al momento de aplicar las normas ambientales deben preferiblemente elegir la interpretación o la norma en favor de la naturaleza". En este caso, aplicar la norma o la interpretación más favorable es un planteamiento similar al del principio *pro homine*, que cuenta con dos esferas de aplicación: la esfera interpretativa y la aplicativa. Cuando la Corte ordena escoger la norma más favorable a los derechos de la naturaleza y al derecho a vivir en un ambiente sano de las personas que han sufrido afectaciones a causa de la contaminación producida por la actividad de la empresa Chevron, la colisión ya no sería entre principios (ponderación) sino colisión de derechos.

En esa trascendental causa ("Chevron"), el Tribunal expresó que el juzgamiento de temas ambientales puede generar dudas por "las características del daño ambiental, el que por su naturaleza es expansivo, tanto en lo temporal como en el espacio físico". En cuanto a la duda sobre la temporalidad de las normas sustantivas (retroactividad-irretroactividad), la Corte Constitucional estimó que se justifica la elección de la norma más favorable a la satisfacción de los derechos ambientales, toda vez que respondió al principio constitucional *in dubio pro natura*, el cual obliga a los juzgadores a aplicar la norma más favorable a la naturaleza en caso de duda normativa.

Por su parte, en Colombia, el principio de precaución se erige como una herramienta jurídica de gran importancia, en tanto responde a la incertidumbre técnica y científica que muchas veces se cierne sobre las cuestiones ambientales. No obstante, partiendo de que ciertas afectaciones resultan irreversibles, este principio señala un derrotero de acción que "no sólo atiende en su ejercicio a las consecuencias de los actos, sino que principalmente exige una postura activa de anticipación, con un objetivo de previsión de la futura situación medioambiental a efectos de optimizar el entorno de vida natural"⁴⁶.

Esa función hermenéutica del principio *in dubio pro natura*, ha sido reconocida en Colombia donde "(...) para la Corte no ofrece duda que el cambio de paradigma que ha venido operando con el paso del tiempo ha implicado un redimensionamiento de los

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia 230-18-SEP-CC, 27 de junio de 2018 (Causa "Chevron").

⁴⁵ Sólo puede hablarse de una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos si, y en la medida en que, tienen carácter de principios, es decir, son mandatos de optimización. En la medida en que, el principio *in dubio pro natura* tiene carácter de regla (como el caso ecuatoriano), es sólo posible un conflicto de reglas, que es totalmente diferente a una colisión de principios.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-595 de 2010.

principios rectores de protección del medio ambiente, como su fortalecimiento y aplicación más rigurosa bajo el criterio superior del *in dubio pro ambiente* o *in dubio pro natura*, consistente en que ante una tensión entre principios y derechos en conflicto la autoridad debe propender por la interpretación que resulte más acorde con la garantía y disfrute de un ambiente sano, respecto de aquella que lo suspenda, limite o restrinja⁴⁷, o bien, se debe seguir el principio de precaución, principio que se puede expresar con la expresión '*in dubio pro ambiente*'"⁴⁸.

La misma función hermenéutica integradora, ha tenido recepción en Brasil: "En el ámbito de las normas de derecho ambiental, destinadas a atender los fines sociales que se dirigen a las exigencias del bien común, se deriva que en caso de duda o alguna anomalía técnica, la norma debe ser interpretada o integrada de acuerdo con el principio hermenéutico *in dubio pro natura*"⁴⁹. El Superior Tribunal de Justicia, ha sostenido que la legislación que protege a los sujetos vulnerables y los intereses difusos y colectivos debe ser interpretada de la manera que les sea más favorable, es decir que, la hermenéutica jurídico-ambiental, y en consecuencia la duda interpretativa, se debe regir por el principio *in dubio pro natura*. Este principio establece que en caso de duda u otro problema técnico de redacción, la norma ambiental debe ser interpretada e integrada de acuerdo con el principio *in dubio pro natura*⁵⁰. No obstante, la aplicación del principio *in dubio pro natura*, en la jurisprudencia brasileña, no ha sido uniforme. Otros tribunales aplican el principio *in dubio pro natura* relacionado con el principio precautorio y no en supuestos de duda interpretativa de la norma⁵¹.

Esa misma dimensión y función interpretativa se ha concedido en México, ante el desarrollo del denominado "Parque Temático Ecológico Laguna del Carpintero" en una zona con humedales, sin una evaluación previa sobre los riesgos o daños para el medio

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-339 de 2002 y C-449 de 2015. En la jurisprudencia colombiana la aplicación del principio *in dubio pro natura*, como análogo al principio precautorio, no es unívoca. En algunos casos sí aplica el principio *in dubio pro natura* ante la duda interpretativa de la norma, como en la sentencia C-449/15 de 16 julio de 2015, dictada por la Corte Constitucional de Colombia. Mientras que en otros aplica el principio *in dubio pro natura* como análogo al principio precautorio, véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU.383/03 de 13 de mayo de 2003.

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia. Causa No. D-3767. Sentencia C-339/02, 7 de mayo de 2002.

⁴⁹ Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), Apelação Civil Nº 1.0702.96.017753-4/002.

⁵⁰ Superior Tribunal de Justicia de Brasil. Recurso especial No. 1.198.727 - MG (2010/0111349-9). Sentencia, 09 de mayo de 2013. El principio *in dubio pro natura* no está reconocido expresamente en el ordenamiento jurídico brasileño, no obstante, el Tribunal menciona que su contenido se desprende del artículo 5 de la Ley de Introducción al Código Civil, el cual prescribe que, al aplicar la ley, se debe atender a los fines sociales a que se dirige y a las exigencias del bien común. Por lo tanto, el Superior Tribunal de Justicia resuelve que, el artículo 3 de la Ley de Acción Civil, debe interpretarse de la siguiente manera: la acción civil podrá tener por objeto la sanción en dinero o el cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer, de manera simultánea, y no disyuntivamente. Es decir, en la controversia, se reconoce la posibilidad de acumular la indemnización pecuniaria con las obligaciones de hacer relacionadas a la *restauración in natura* del bien lesionado.

⁵¹ Vg. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ministério Público do Estado de Santa Catarina v Big Suco Indústria e Comércio de Sucos Ltda ME. Sentencia, de 19 de octubre de 2017 y Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Sentencia, de 23 de febrero de 2013.

ambiente, que puso en riesgo el ecosistema en cuestión contraviniendo directamente el principio de precaución y el diverso de *in dubio pro natura*⁵².

IV. Epílogo. El principio *in dubio pro natura* en la doctrina de la Corte: contenido pretoriano hermenéutico y axiológico

Como se observa del análisis precedente, son diversas las dimensiones y funciones valorativas, sistémicas y hermenéuticas de los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*, en su condición de principios ambientales "emergentes" del marco de los principios generales del derecho ambiental.

Según la dimensión que opere con mayor peso, los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua* podrán ser subsumidos implícitamente en las normas que receptan los principios de política ambiental de la Ley General del Ambiente. De acuerdo al art. 2º del Código Civil y Comercial (CCyC) el intérprete debe ponderar los principios y valores jurídicos del derecho ambiental⁵³. Las disposiciones de la Ley General del Ambiente N° 25675 son de orden público (art. 3º) y "*se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta*". Más ampliamente, en relación a los principios de política ambiental, "la interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental", estarán sujetas al cumplimiento de los principios definidos en el art. 4º de dicha Ley.

En ese marco, una primera aproximación permite inferir que en los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*, subyace una precedencia lógica y axiológica, que determina que, en casos de conflictos de fuentes el juzgador debe aplicar de modo prevalente la que tutela el bien ambiental. Pero esa precedencia lógica, no puede confundirse con la regla normativa que opera a nivel del Principio de congruencia (art. 4º LGA): "la legislación provincial, municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga".

Esa prevalencia normativa surge de la confrontación *vis a vis* entre normas de presupuestos mínimos de protección ambiental que rigen con carácter federal en todo el país, y otras normas ambientales generales o sectoriales ambientales; mientras que en los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*, la doctrina judicial de la Corte, hace valer una "prevalencia" lógica y axiológica, en caso de dudas sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

⁵² Suprema Corte de Justicia de México, Primera Sala, Amparo en Revisión 307/2016.

⁵³ "Art. 2º. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

Por otra parte, la duda o incertidumbre que media en estos principios emergentes, se puede confundir con si la duda del "alcance" recae en la duda sobre la interpretación normativa, que resulta cuando no sea posible obtener una interpretación unívoca sobre determinada disposición legal ambiental, o bien, si la duda del alcance comprende la incertidumbre acerca de qué disposición legal ambiental aplicar ante un supuesto de concurrencia o contradicción de las mismas, más allá que el resultado debería ser aquél en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

En el segundo supuesto, como ha sostenido reiteradamente, la Corte Suprema de la Nación -cuando se plantea un caso de conflicto de normas constitucionales y de pluralidad de fuentes- debe aplicarse la regla de la interpretación coherente y armónica (Fallos: 186:170; 296:432). La determinación del referido estándar exige: a) delimitar con precisión el conflicto de normas y fuentes a fin de reducirlo al mínimo posible, para buscar una coherencia que el intérprete debe presumir en el ordenamiento normativo; b) proceder a una armonización ponderando los principios jurídicos aplicables; y c) considerar las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos⁵⁴.

Entonces, si la duda es requisito del principio *in dubio pro natura*, esa no se refiere a la duda de qué norma aplicar en casos de concurrencia o conflicto entre normas ambientales, sino la duda interpretativa de ellas. En consecuencia, el resultado de la aplicación del principio *in dubio pro natura* será la interpretación en el sentido más favorable de la norma ambiental, y no la aplicación de la norma más favorable, por cuanto desaparecería así el "*in dubio*" *pro natura* para perfilarse lisa y llanamente como *principio pro natura*, basada en una prevalencia *a priori* de la disposición legal "más favorable" a la preservación de la naturaleza⁵⁵.

La definición genérica del principio *in dubio pro natura* adoptada por la Corte Suprema, no integra expresamente el elenco de principios ambientales de la LGA (art. 4°), pero como hemos visto, se ve reflejada claramente entre los objetivos de dicha ley. En el campo del derecho ambiental, su recepción normativa implicaría una precedencia lógica del principio protectorio ambiental con clara influencia en el juicio de ponderación (porque opera como un metavalor)⁵⁶, estableciendo una relación de precedencia condicionada al indicar, haciendo referencia al caso, condiciones bajo las cuales un principio precede al otro.

Por tratarse entonces de un emergente principio normativo de derecho ambiental, que se aplica para la interpretación y aplicación del derecho ambiental, cabe preguntarse si su alcance hermenéutico y axiológico resultarían aplicables para llenar lagunas normativas, aspecto que por razones de brevedad escapan al presente análisis.

⁵⁴ Cfr. "Telefónica de Argentina S.A.", CSJN, en LL 28/08/2007, 6.

⁵⁵ Cfr. MORATO, J. y DEMARÍA, M. "Environmental Protection in Brazil's High Court: safeguarding the environment through a Rule of Law for Nature", en *Seqüência; Estudos Jurídicos e Políticos*, Tomo 38, núm. 77 (2017) y MORATO, J. *Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza*, Inst. O direito por um Planeta Verde, São Paulo, 2017, pp. 166-199.

⁵⁶ LORENZETTI, Ricardo L. *Teoría del Derecho Ambiental*, Edit. La Ley, 2008.

Esa definición abierta adoptada por el Máximo Tribunal, podría ser confundida mediante una analogía con el principio *pro homine*⁵⁷ y el principio de *norma más favorable*, aplicando el principio como argumento persuasivo para resolver a favor de la naturaleza, sin que sea procedente. Esta analogía, se busca, en virtud del ámbito de aplicación más amplio que presentan estos dos principios y que específicamente corresponde a la aplicación de la norma más favorable, supuesto que entendemos, no es conforme a la naturaleza de los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro agua*, sino a un rebautizado y nuevo principio *pro natura*, excluyendo "*in dubio*".

En síntesis, la definición y alcance de los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro agua* no se presenta unívoca, ya que en algunos casos "la duda" se circunscribe sólo asociada a la duda interpretativa de la ley; mientras que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, no pareciera emparentarlos a la duda científica, ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles, inherente al principio precautorio. La opción biocéntrica del Máximo Tribunal se traduce en un enunciado amplio que, encuadrado en los principios de prevención y precaución de evitación de daño ambiental, adopta la procedencia de los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro agua* en el marco axiológico y de pluralismo interpretativo, acordado internacionalmente en la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental (2016) y la Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua, redactada en el marco del Octavo Foro Mundial del Agua celebrado en Brasilia, 21 de marzo de 2018.

SENTENCIA: 714/2016/RH1

Tribunal: Corte Suprema de Justicia

Fecha: 11 de julio de 2019

Asunto: "Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental".

Magistrados: Elena I. Highton de Nolasco - Juan Carlos Maqueda - Ricardo Luis Lorenzetti - Horacio Rosatti.

Buenos Aires, 11 de julio de 2019.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Majul, Julio Jesús c/

⁵⁷ En materia de derechos humanos, el principio *pro homine* cuenta con una doble dimensión aplicativa, una es la preferencia interpretativa y la otra la preferencia normativa. Pero el principio *pro homine* no requiere de duda para su interpretación y aplicación, ni sobre la norma que sea más favorable a la persona, a diferencia del principio *in dubio pro natura*. Asimismo, el principio *pro homine* contempla la aplicación de la norma más favorable ante la concurrencia de las mismas (independiente de que haya concurrencia conflictiva o no), ámbito que no contempla el "*in dubio*". Por estas razones no se puede tratar al principio *pro homine* y al principio *in dubio pro natura* como análogos.

Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que Julio José Majul, con domicilio en la ciudad de Gualeguaychú, Provincia de Entre Ríos, interpuso acción de amparo ambiental colectivo, a la que posteriormente adhirieron otros vecinos (legajo de adhesiones, agregado a la queja), contra la Municipalidad de Pueblo General Belgrano, la empresa "Altos de Unzué" –en adelante, la empresa– y la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Entre Ríos, con el objeto de prevenir un daño inminente y grave para toda la comunidad de las ciudades de Gualeguaychú y de Pueblo General Belgrano y las zonas aledañas; de que cesen los perjuicios ya producidos y se los repare (fs. 7 y 10), en razón de las obras vinculadas al proyecto inmobiliario "Amarras de Gualeguaychú" –que trataría de un barrio náutico con unos 335 lotes residenciales, más 110 lotes residenciales con frentes náuticos, más complejos multifamiliares de aproximadamente 200 unidades y un hotel de unas 150 habitaciones–. Afirmó que el proyecto se encuentra en el Municipio de Pueblo General Belgrano –es decir, en la ribera del Río Gualeguaychú, lindero al Parque Unzué, en la margen del río perteneciente al Municipio de Pueblo General Belgrano, justo enfrente a la Ciudad de Gualeguaychú–.

Dijo que la zona había sido declarada área natural protegida por la Ordenanza Yaguarí Guazú y por la Ordenanza Florística del Parque Unzué (nros. 8914/1989 y 10.476/2000, respectivamente). Sostuvo que la empresa había comenzado sin las autorizaciones necesarias tareas de desmonte –destruyendo montes nativos y causando daños a la flora y al ambiente– en la zona del Parque Unzué, de levantamiento de enormes diques causando evidentes perjuicios futuros a la población de Gualeguaychú y amenazando seriamente a los habitantes de las zonas cercanas al Río Gualeguaychú pues seguramente se verán inundados en cuanto repunte la altura del río, en razón de los terraplenes erigidos.

Alegó, que el proyecto se emplaza dentro del valle de inundación del Río Gualeguaychú, que forma parte del curso de agua y le permite evacuar los importantes caudales que pueden sobrevenir en épocas de creciente.

Continuó diciendo que la empresa no había presentado un proyecto sanitario ni plan de manejo de residuos, ni de tratamiento de desechos cloacales propios. Afirmó que existiría un impacto negativo al ambiente y afectaría al "Parque Unzué" por el gran movimiento vehicular para conectar al barrio "Amarras" con la ciudad de Gualeguaychú.

Sostuvo que la Municipalidad de Gualeguaychú había solicitado en sede administrativa la suspensión de los efectos del acto administrativo mediante el cual se otorgó aptitud ambiental al barrio. Afirmó que pretende en esta acción no solo la suspensión de los efectos del acto que aprobó el proyecto, sino que se lo declare nulo de nulidad absoluta en razón de ser contrario a los arts. 41, 43, 75 incs. 17 y 19 de la Constitución Nacional y arts. 56 y 83 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos. Por último, solicitó que se ordenara a la Municipalidad de Pueblo General Belgrano que no autorice la obra. Agregó que había iniciado la presente acción en razón de la "inacción de las autoridades pertinentes" (fs. 2).

Posteriormente, a fs. 10, amplió demanda. Aclaró que dirigía su demanda contra la empresa Altos de Unzué S.A. para que interrumpiera las obras del proyecto y que reparara, a su costo, lo ya hecho que constituye "un mal irreversible para nuestra comunidad", en especial la ribereña; contra la Municipalidad de Pueblo General Belgrano, porque es la responsable de la autorización que califica de ilegal, para que se construya el emprendimiento "Amarras de Gualeguaychú" y contra la Provincia de Entre Ríos –Secretaría de Ambiente– para que no autorice el proyecto, en especial para que se declare nula la resolución 264/2014 que autoriza a la empresa a continuar la obra.

2°) Que el juez de primera instancia (fs. 12/13) tuvo por promovida la acción de amparo ambiental colectivo y citó como tercero a la Municipalidad de San José de Gualeguaychú.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos (fs. 462/463) declaró la nulidad de esa resolución (fs. 12/13) y de todo lo actuado a partir de ella, en razón de que fue dictada bajo normas de una ley de amparo derogada, y devolvió las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien correspondiera, se regularizara el proceso con arreglo a la ley vigente.

3°) Que el actor volvió a ampliar la demanda y mejoró su fundamentación (fs. 496/511). Expresó que pretendía que se declarara nula la resolución 340/2015 de la Secretaría de Ambiente provincial en razón de que se otorgó a la empresa -según la cual continuaba con la obra- un certificado de aptitud ambiental infundado y de carácter condicionado. También advirtió que la Municipalidad de Gualeguaychú había presentado un recurso de apelación jerárquico contra dicho acto, en el expediente administrativo 1420837, pendiente de resolución por parte del Ministerio de Producción de Entre Ríos.

Afirmó que los trabajos de movimientos de tierra y terraplenes, que había realizado la empresa, generaron graves impactos en el cauce del Río Gualeguaychú y en sus zonas de anegación. Destacó que el principal río de esta cuenca es el Gualeguaychú y que es el segundo en importancia en la provincia. Dijo que las zonas litorales son, por definición, espacios bastantes frágiles y complicados. Debido a que son el intermedio entre ecosistemas distintos. Agregó que hay un mecanismo de regulación de inundaciones de recarga de acuíferos, por ello las prácticas de buen urbanismo "Desaconsejan el avance sobre los humedales, que son las morfologías propias de las zonas costeras" (fs. 499 vta.). Sostuvo que las inconveniencias del proyecto "Amarras de Gualeguaychú" nacían precisamente de ocupar una parte del territorio cuya función natural es amortiguar parte del agua esparcida sobre ella durante las crecidas del Río Gualeguaychú, absorbiendo millones de metros cúbicos de agua por la estructura natural permeable del humedal no inundado permanentemente.

Afirmó que había promovido la acción de amparo ambiental colectivo en su carácter de "afectado" (arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional), y solicitó que se convirtiera en un proceso colectivo con fundamento en los precedentes de Fallos: 337:1361 y 332:111 ("Kersich" y "Halabi") en razón de que estaban en juego los derechos a gozar de un ambiente sano y equilibrado y de acceso al agua potable. Afirmó que la Secretaría de Ambiente había dejado de lado sus deberes de protección del ambiente, violando claramente el principio precautorio establecido por la Ley General del Ambiente (Ley 25.675) y por el art. 83 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos. Solicitó, además, una medida cautelar con el objeto de que se suspendan las obras.

Dijo que la propia empresa reconoció en su "Plan de manejo Ambiental" la pérdida de cobertura vegetal, la alteración del comportamiento de los patrones de fauna, la afectación del paisaje y la modificación del cauce del río. Sostuvo que el Estudio de Impacto Ambiental que había presentado la empresa no cumplía con lo establecido por la ley 25.675 y el decreto provincial 4977/09 pues es insuficiente y lo que importaba no era la presentación del Estudio de Impacto Ambiental, sino que fuese controlado por el Estado -Evaluación de Impacto Ambiental-.

4°) Que el juez en lo civil y comercial n° 3 del Poder Judicial de la Provincia de Entre Ríos tuvo por promovida la acción de amparo ambiental y admitió otorgar el trámite de proceso colectivo, citó como tercero a la Municipalidad de Gualeguaychú y, finalmente, hizo lugar a la medida cautelar (fs. 512).

Posteriormente se presentaron Altos de Unzué S.A., la Municipalidad de Pueblo General Belgrano y la Provincia de Entre Ríos (Secretaría de Ambiente) y contestaron demanda. A fs. 595/607 se presentó la Municipalidad de Gualeguaychú en su carácter de citada como tercero.

El juez de primera instancia (fs. 634/676), en síntesis, hizo lugar a la acción colectiva de amparo ambiental y ordenó el cese de obras. Condenó solidariamente a la firma "Altos de Unzué S.A.", a la Municipalidad de Pueblo General Belgrano y al Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos a recomponer el daño ambiental en el término de noventa días y designó a la Dirección de Medio Ambiente de la Ciudad de Gualeguaychú para controlar dicha tarea. Declaró la inconstitucionalidad del art. 11 del decreto 7547/1999 y, en consecuencia, la nulidad de la resolución 340/2015 de la Secretaría de Medio Ambiente de la Provincia de Entre Ríos.

5°) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos hizo lugar a los recursos de apelación interpuestos por la Municipalidad de Pueblo General Belgrano, Altos de Unzué S.A. y la Provincia de Entre Ríos, revocó la sentencia del juez de primera instancia y, en consecuencia, rechazó la acción de amparo.

Para así decidir, los jueces sostuvieron que si bien el actor no había sido parte en las actuaciones administrativas, este reconoció que la Municipalidad de Gualeguaychú había realizado la denuncia en sede administrativa con anterioridad a la interposición de la acción de amparo. Interpretaron que "al ser lo planteado por el actor un reclamo reflejo al deducido por el tercero citado en autos -Municipalidad de Gualeguaychú- en el ámbito administrativo, resulta clara e inequívocamente inadmisibles la vía del amparo, debiendo continuar en sede administrativa el conflicto que aquí se genera" (fs. 789 vta.).

Agregó que existía un procedimiento administrativo en el cual poseía competencia específica la autoridad administrativa y en el que se estaban evaluando los temas técnicos que incumben a la materia ambiental. Además, resaltó que el Gobernador de la Provincia de Entre Ríos había dictado el decreto 258/2015, que gozaba de presunción de legitimidad, por el que suspendió la resolución 340/2015 -mediante la cual se había otorgado el certificado de aptitud ambiental condicionado-. Sostuvo que, en consecuencia, no existía un peligro inminente que autorizara a obviar la vía administrativa ya iniciada.

Concluyó que el amparo era inadmisibles con fundamento en el art. 3°, incs. a y b, de la ley provincial 8369 de Procedimientos Constitucionales, a fin de evitar una doble decisión sobre asuntos idénticos.

6°) Que, contra esa decisión, el actor interpuso recurso extraordinario cuya denegación origina la presente queja.

Afirma que el fallo es equiparable a sentencia definitiva pues ocasiona un perjuicio de tardía o muy dificultosa reparación ulterior, afectando derechos básicos a la salud y al agua potable. Aduce que existen daños ya producidos que afectan al ambiente.

Sostiene que el tribunal desconoce los hechos, las pruebas y los daños producidos y denunciados -por su parte, por los vecinos y por la Municipalidad de Gualeguaychú (fs. 597/607 y 687/690)- y no tuvo en cuenta la protección del derecho a un ambiente sano y equilibrado, ni a la preservación de la cuenca del Río Gualeguaychú y del valle de inundación.

Dice que la sentencia es arbitraria en razón de que el tribunal ha decidido prescindiendo las reglas de la lógica, de manera contraria a la ley y a los derechos involucrados, con grave afectación de lo dispuesto en los arts. 16, 17, 18, 31, 41 y 43 de la Constitución Nacional, 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1° del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1975 y 240 del Código Civil y Comercial de la Nación, y en lo que establece la ley 25.675 General del Ambiente.

Además, argumenta que el *a quo* omitió ejercer el control de razonabilidad y legalidad de la actuación de los otros poderes del estado y reitera que se han producido daños irreversibles, casi

imposibles de recomponer, como la desaparición de especies arbóreas, del bosque y del humedal (valle de inundación y sus consecuencias), la alteración del curso natural del río y el gran movimiento de tierras, lo cual evidencia un desprecio, además, al paisaje. Agrega que mantener la primacía de la vía administrativa importa un exceso ritual manifiesto "donde se advierte un poder administrador complaciente e incapaz de someter a derecho a un privado a los mínimos estándares ambientales" (fs. 807) que fue lo que lo impulsó a acudir a la instancia judicial a fin de obtener una tutela judicial efectiva. Dice que no se tuvo en cuenta el principio precautorio.

Agrega que el *a quo* consideró que el objeto del amparo no solo busca la paralización de las obras sino también la recomposición del ambiente al estado de hecho anterior.

Señala que el caso tiene gravedad institucional puesto que lo que aquí se resuelva servirá de modelo para fijar las pautas de otros proyectos en la zona.

7°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible pues, si bien es cierto que a efectos de habilitar la instancia extraordinaria aquel debe dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, calidad de la que carecen -en principio- las que rechazan la acción de amparo pero dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria (Fallos: 311:1357; 330:4606), esta Corte ha sostenido que ello no obsta para admitir la procedencia del recurso federal cuando lo resuelto causa un agravio de difícil o imposible reparación ulterior (Fallos: 320:1789; 322:3008; 326:3180).

Surge que en el caso, se llevaron a cabo acciones para la construcción del barrio que dañaron al ambiente, que por su magnitud podrían ser de difícil o imposible reparación ulterior.

En primer lugar, del Estudio de Impacto Ambiental -EIA en adelante-, realizado por la consultora "Ambiente y Desarrollo" -de enero de 2012- (conforme fs. 2/216 del agregado a la queja "Copias certificadas del expediente administrativo de la Secretaría de Ambiente de la Provincia", al que se hará referencia en este considerando, excepto que se aclare que se trata de otro expediente administrativo agregado), surge que citan la "Reserva de los Pájaros y sus Pueblos Libres" (fs. 45) -dicha reserva fue creada por la ley provincial 9718 que en el artículo 1° "Declara área natural protegida a los Humedales [...] del Departamento Gualaguaychú"- . Sin embargo, también se desprende del EIA que "el proyecto [sito en el Departamento de Gualaguaychú] se realizará sobre una zona de humedales" (fs. 27) y que "[los] (movimientos de suelo), la construcción de talud vial (Construcción de terraplenes), y el relleno de celdas con material refulado, alterarían las cotas de la morfología original del terreno. Se trata de impactos permanentes e irreversibles" (fs. 148). Es decir, del mismo EIA presentado por la empresa surge que se realizarían trabajos en un humedal -dentro de un área natural protegida- y que se generarían impactos permanentes e irreversibles.

Por otra parte, desde la presentación del EIA en sede administrativa en octubre de 2012 hasta su aprobación mediante resolución 340/2015 de julio de 2015, la empresa realizó trabajos de magnitud en el predio. En efecto, sin perjuicio de las denuncias de los vecinos ante la Secretaría de Ambiente de la provincia -y demás organismos- en los que solicitaban la interrupción de la obra por violación a normas ambientales (fs. 322/323 vta.; 378; 391/392; 400 y 875), resulta que la empresa realizaba movimientos de suelo pues lo constató la propia Secretaría (fs. 334) en algunos casos durante períodos en donde se encontraba suspendido el proyecto (conf. resolución 586/2013 -fs. 362/365-). Cabe agregar que el Director de la Dirección de Desarrollo Sustentable de la Municipalidad de Gualaguaychú envió a la Secretaría de Ambiente Sustentable de la provincia un acta de constatación y fotografías informando la ejecución de obras y movimientos de suelo a gran escala (fs. 652/656).

Asimismo, el Informe de la Secretaría de Desarrollo de la Municipalidad de Gualaguaychú (original incorporado al "Legajo Documental Municipalidad de Gualaguaychú", n° 5916, fs. 46/54)

evidencia las graves transformaciones en el área en el transcurso del tiempo y cómo se desarrolló un impacto negativo en el ambiente. En efecto, en la imagen de junio de 2004 la Municipalidad expresa que "era un monte denso mixto de algarrobos, ñandubay, coronillos, talas, chañar y espinillos, etc." (fs. 761), en la imagen de enero de 2012 "se observa el desmonte total del predio", en la imagen de marzo de 2013 "se observa la intervención realizada sobre el terreno a raíz de la ejecución del proyecto" (fs. 752), en las últimas cuatro imágenes fotográficas (fs. 754/756) aflora que el relleno del emprendimiento "aumentará la mancha de inundación sobre el área urbana de la ciudad de Gualeguaychú". En resumen, del informe citado se pueden constatar las graves transformaciones en el área durante el transcurso del tiempo y la alteración negativa al ambiente en el valle de inundación.

En ese contexto, el Director de la Dirección de Hidráulica de la Provincia de Entre Ríos, Ingeniero Gietz, envió dos oficios -septiembre de 2014- (fs. 620/623, uno dirigido a la Secretaría de Ambiente de la provincia y el otro a la Secretaría de Estado de la Producción) en donde compartió el informe del Ingeniero en Recursos Hídricos José Luis Romero, del cual surgía que existe una afectación en el valle de inundación -humedal-. Del informe del Ingeniero Romero (fs. 623/628, informe original a fs. 613/618 del expediente administrativo 1416477 del Gobierno de Entre Ríos) surge, en síntesis, que "la construcción de la obra implicaría una sobre elevación del nivel del río en el tramo de aguas arriba de la obra [... que] en zona de desarrollo urbano, pueden ser en algún momento la diferencia entre inundarse y no inundarse" (fs. 624).

A esta altura, vale recordar que los dictámenes emitidos por organismos del Estado en sede administrativa sobre daño ambiental agregados al proceso tienen la fuerza probatoria de los informes periciales (conf. art. 33, de la ley 25.675).

En conclusión, de las constancias agregadas a la causa, emerge que aún antes de la aprobación del EIA (resolución 340/2015) la empresa llevó a cabo acciones que dañaron al ambiente y que, por su magnitud, podrían ser de imposible o muy difícil reparación ulterior.

8°) Que asimismo corresponde habilitar el remedio federal pues se verifica una excepción a la regla dispuesta por esta Corte según la cual los pronunciamientos por los que los superiores tribunales provinciales deciden acerca de los recursos de orden local no son, en principio, susceptibles de revisión por medio de la apelación federal por revestir carácter netamente procesal. En tal sentido, procede la excepción cuando lo resuelto por los órganos de justicia locales no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa (Fallos: 330:4930 y 333:1273), o se realiza un examen de los requisitos que debe reunir la apelación con inusitado rigor formal que lesiona garantías constitucionales (Fallos: 322:702; 329:5556; 330:2836).

En el caso, el superior tribunal local, al rechazar la acción de amparo en razón de que existía "un reclamo reflejo" deducido con anterioridad por la Municipalidad de Gualeguaychú en sede administrativa, omitió dar respuesta a planteos del actor conducentes para la solución del caso, tendientes a demostrar que la acción de amparo era la vía adecuada para la tutela de los derechos invocados.

En primer lugar, el tribunal local no tuvo en cuenta que en la pretensión del actor por vía de amparo, además del cese de las obras, se había solicitado la *recomposición del ambiente* (fs. 7, 10 y 496 vta. del expediente principal); mientras que la Municipalidad de Gualeguaychú -en sede administrativa- informó avances de la obra y manifestó su oposición (fs. 315/317, 652/656, 660/663, 731/739 del agregado a la queja "Copias certificadas del expediente administrativo de la Secretaría de Ambiente de la Provincia"; y fs. 2/65 "Legajo Documental Municipalidad de Gualeguaychú") y, finalmente, *solicitó la interrupción de las obras y un nuevo Estudio de Impacto Ambiental* (fs. 906/910 vta. del agregado a la queja "Copias certificadas del expediente administrativo de la Secretaría de Ambiente de la Provincia"). Es decir, la pretensión del actor en la acción de

amparo -más allá de que no había actuado en sede administrativa- es más amplia -en razón de que solicitó la recomposición del ambiente- que la de la comuna en sede administrativa y, en consecuencia, no resulta un "reclamo reflejo" como sostuvo el tribunal local.

Además, el razonamiento expuesto por los jueces del superior tribunal de que existía un "reclamo reflejo" interpuesto con anterioridad por la comuna de Gualeguaychú, resulta contrario a lo establecido por el segundo párrafo del art. 30 de la ley 25.675 (Ley General del Ambiente, de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional -art. 3º-) que establece que deducida una demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados -en el caso, el afectado, Majul-, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Esto es lo que sucedió en el caso no solo cuando la Municipalidad de Gualeguaychú intervino como tercero en el presente juicio (conf. fs. 595/607), sino cuando expresó que existían diferencias entre su planteo en sede administrativa con la pretensión del actor (fs. 825/825 vta.).

En conclusión, tal como afirma el recurrente, el tribunal superior al dar primacía a la vía administrativa y, en consecuencia, rechazar el amparo ambiental, incurría en un exceso ritual manifiesto y vulneró el derecho a una tutela judicial efectiva.

9º) Que por otra parte, el actor sostuvo que los magistrados del superior tribunal habían omitido valorar los hechos y los distintos elementos probatorios que eran conducentes para la solución de la causa y, además, que existió un obrar complaciente de la administración que causó un impacto negativo en el ambiente. En efecto, de los expedientes administrativos, tal como se detalló en el considerando 7º, se evidencia una alteración negativa al ambiente, incluso antes de la aprobación condicionada del Estudio de Impacto Ambiental (resolución 340/2015). Vale destacar que el tribunal superior, al valorar la citada resolución -y el decreto 258/2015 que suspendió sus efectos-, omitió considerar, que los estudios de evaluación de impacto ambiental y su aprobación deben ser previos a la ejecución de la obra o actividad, al tiempo que no se admite que la autorización estatal se expida en forma condicionada (conforme arts. 2 y 21 del decreto provincial 4977/2009 -conforme art. 84 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos-, y arts. 11 y 12 de la ley 25.675 y Fallos: 339:201 y 340:1193).

10) Que cabe recordar que si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su falta de utilización no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que la citada institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 320:1339 y 2711; 321:2823; 325:1744; 329:899 y 4741). En ese sentido, los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (Fallos: 327:2127 y 2413; 332:1394, entre otros).

En tal contexto, no puede desconocerse que en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de la propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta como una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador (Fallos: 329:3493).

En efecto, el tribunal superior omitió considerar normas conducentes tendientes a demostrar que la acción de amparo era la vía adecuada para la tutela de los derechos invocados (art. 43 de la Constitución Nacional y 56 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos; y art. 62 de la ley provincial 8369 -amparo ambiental-). Además, omitió considerar el derecho a vivir en un ambiente sano (art. 41 de la Constitución Nacional y 22 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos) y que el Estado garantiza la aplicación de los principios de sustentabilidad, precaución, equidad intergeneracional, prevención, utilización racional, progresividad y responsabilidad (art. 83 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos).

En particular, no tuvo en cuenta que la provincia tiene a su cargo la gestión y el uso sustentable de las cuencas hídricas y "los sistemas de humedales que se declaren libres de construcción de obras de infraestructura a gran escala que puedan interrumpir o degradar la libertad de sus aguas y el desarrollo natural de sus ecosistemas asociados" (art. 85 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos).

11) Que, cabe destacar que esta Corte afirmó que la cuenca hídrica es la unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular (Fallos: 340:1695). La cuenca hídrica es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua, incluyendo, entre otras, a los humedales.

12) Que los humedales son las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean estas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros (conforme la Convención Relativa a los Humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas, firmada en Ramsar el 2 de febrero de 1971, modificada según el Protocolo de París del 3 de diciembre de 1982 y las enmiendas de Regina del 28 de mayo 1987, a las que la República Argentina adhirió mediante leyes 23.919 y 25.335).

El documento "Valoración económica de los humedales" (Oficina de la Convención de Ramsar de 1997), define los distintos tipos de humedales y, específicamente, a los fluviales como "tierras anegadas periódicamente como resultado del desbordamiento de los ríos (por ejemplo, llanuras de inundación, bosques anegados y lagos de meandro)". Entre sus funciones se destaca la de "control de crecidas/inundaciones" ya que almacenan grandes cantidades de agua durante las crecidas y reducen el caudal máximo de los ríos y, por ende, el peligro de inundación aguas abajo. Entre muchas otras funciones, conviene destacar la de "protección de tormentas", "recarga de acuíferos" y "retención de sedimentos y agentes contaminantes" (fs. 128/131).

En cuanto a la actualidad de los humedales "(incluyendo ríos y lagos) cubren solamente el 2,6% de la tierra, pero desempeñan un papel desproporcionadamente grande en la hidrología por unidad de superficie. La mejor estimación de la pérdida global reportada de área natural de humedales debido a la actividad humana oscila por término medio entre el 54 y el 57%, pero la pérdida puede haber alcanzado incluso el 87% desde el año 1700, con una tasa 3,7 veces más rápida de pérdida de humedales durante el siglo XX y principios del siglo XXI, lo que equivale a una pérdida de entre el 64 y el 71% de la extensión de humedales desde la existente en 1900 (Davidson, 2014)" (WWAP Programa Mundial de las Naciones Unidas de Evaluación de los Recursos Hídricos, ONU-Agua. 2018. Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2018: Soluciones basadas en la naturaleza para la gestión del agua. París, UNESCO, páginas 20/21).

En conclusión, resulta evidente la necesidad de protección de los humedales. En este sentido, el art. 12 de la ley 9718 -que declaró "Área Natural Protegida" a los humedales del Departamento de Gualeguaychú, **en donde se sitúa el proyecto de barrio**-, ordenó su comunicación a la Unión para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y al Comité Ramsar de Argentina, entre otros organismos.

13) Que, en esta línea, corresponde recordar que el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solo los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente (Fallos: 340:1695).

En efecto, al tratarse de la protección de una cuenca hídrica y, en especial, de un humedal, se debe valorar la aplicación del principio precautorio (art. 4° de la ley 25.675). Asimismo, los jueces deben considerar el principio *in dubio pro natura* que establece que "en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos

de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios... derivados de los mismos" (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza -UICN-, Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, reunido en la Ciudad de Río de Janeiro en abril de 2016).

Especialmente el principio *In Dubio Pro Aqua*, consistente con el principio *In Dubio Pro Natura*, que en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos (UICN. Octavo Foro Mundial del Agua. Brasilia Declaration of Judges on Water Justice. Brasilia, 21 de marzo de 2018).

En conclusión, el fallo del superior tribunal contraría la normativa de referencia; en especial el art. 32 de la Ley General del Ambiente 25.675 -que establece que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo y especie- y los principios *In Dubio Pro Natura* e *In Dubio Pro Aqua*. Todo lo cual, conspira contra la efectividad en la defensa del ambiente que persigue el actor en el caso.

14) Que, en tales condiciones, lo resuelto por el superior tribunal de la provincia afecta de modo directo e inmediato el derecho al debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional) en razón de que consideró que la acción de amparo no era la vía, y no valoró que el objeto de dicha acción era más amplio que el reclamo de la Municipalidad de Gualeguaychú en sede administrativa y que se había producido una alteración negativa del ambiente -aún antes de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental-; por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional en los términos de la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias (Fallos: 325:1744).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Elena I. Highton de Nolasco - Juan Carlos Maqueda - Ricardo Luis Lorenzetti - Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por Julio Jesús Majul, actor en autos, representado por el doctor Mariano J. Aguilar.

Tribunal de origen: Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Sala de Procedimientos Constitucionales.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 2, de Gualeguaychú.

CRÓNICAS E INFORMACIONES*

Sumario:

Ciencia, Derecho y Sociedad. Editorial de la Facultad de Derecho

Gestión administrativa en la Facultad

Formación académica

Formación en posgrado

Actividades en investigación

 Ciencia y Técnica

 Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales

Actividades de extensión y relaciones internacionales

Actividades para graduados

Ciencia, Derecho y Sociedad. Editorial de la Facultad de Derecho¹

Ciencia Derecho y Sociedad es la Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (FD-UNCV), Casa de Altos Estudios de grado y posgrado de sólido arraigo social y cultural. Este posicionamiento se debe no solo a la centenaria historia de la institución y a la calidad científica de sus profesores sino también por el volumen de un estudiantado que incluye a jóvenes de todas las regiones del país con sus máximos rasgos de pluralidad cultural.

La clara política de la Editorial es promover y alentar la cultura del libro, estimular e impulsar a profesores e investigadores a publicar sus obras para alimentar los procesos de enseñanza-aprendizaje y proyectar a la sociedad el horizonte y potencial de centenares investigaciones que se llevan a cabo en los espacios académicos de la Casa.

La historia ubica anticipadamente a la Facultad de Derecho de la UNC en Argentina y en América como editores. El 22 de agosto de 1791, en el aula donde se reunían los gramáticos minoristas Victorino Rodríguez con el auxilio del pasante Dámaso Xigena, dictó la primera lección de Instituta en una Universidad que desde hacía cuatrocientos años enseñaba Derecho. Desde esos tiempos tempranos, la Facultad de Jurisprudencia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, hoy Facultad de Derecho se convirtió en una activa productora de textos manuscritos y más tarde de libros impresos.

Recogiendo esa rica experiencia de siglos en la producción de textos para el conocimiento y la enseñanza del Derecho el sello editorial publica en el marco del principio de igualdad de oportunidades de una Universidad pública, manuales y textos de estudio para los alumnos de nuestra Facultad, obras para el conocimiento crítico del derecho y las ciencias sociales, documentos y textos científicos, sumados a las colecciones de estudios y Tesis y

* Reseña realizada por la Prof. Carla Saad en base a la información brindada por las Secretarías.

¹ Texto oficial, extraído de <https://derecho.unc.edu.ar/editorial-de-la-facultad/>

Tesinas de Doctorado, Maestría y Carreras de Especialización que se llevan a cabo en la Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho.

Esta es la tarea en la cual radica su misión específica y propia, su potencial, y su desafío: la condición de productora de libros de la universidad pública más antigua del país, que comparte con sus lectores las más democráticas y mejores condiciones de acceso al mercado editorial dentro de un marco de ambiciosa calidad académica.

Con un rico pasado a costas de casi cuatrocientos años enseñando Derecho, Ciencia Derecho y Sociedad, es un claro referente editorial de autores universitarios en un núcleo disciplinar: el derecho y las ciencias sociales.

Gestión administrativa en la Facultad

La Secretaría Administrativa de la Facultad lleva adelante la gestión del área con claros ejes, metas a lograr para acompañar la actividad de la comunidad académica. Entre ellos:

- Entender en la planificación, organización, ejecución y evaluación de los procesos económico-financieros, de personal, de desarrollo y mantenimiento de la planta física de la Facultad, asignando los recursos en el marco de objetivos y políticas previamente definidos.
- Asesorar y asistir al Sr. Decano en la formulación de políticas generales de la Facultad.
- Prestar un servicio administrativo de calidad, revisando constantemente los sistemas, procesos y métodos de trabajo vigentes con el objeto de lograr un incremento o mejora de los siguientes aspectos: agilidad operativa, eficacia, eficiencia, clara asignación de responsabilidades, controles necesarios, seguridad de la información manipulada, generación de información para la toma de decisiones, conciencia de prestación de un servicio por parte de las personas involucradas.
- Revisar los sistemas, procesos y métodos de trabajo vigentes incorporando las ventajas del avance tecnológico disponible y la efectiva utilización de las aplicaciones informáticas.
- Asistir y asesorar en las materias de su incumbencia a las demás Secretarías y al personal de gobierno, docente y no docente de la Facultad.
- Formular y ejecutar políticas de desarrollo de los recursos humanos docentes y no docentes de la Facultad, buscando el desarrollo de una política que atienda, particularmente, la formación continua y pertinente; la revisión de las prácticas de trabajo, modos organizacionales y de liderazgo; la generación de oportunidades de mejora continua.
- Contribuir a la transparencia y publicidad de los actos de gobierno.
- Mantener activas y permanentes relaciones con las distintas unidades que conforman el Área Central de la UNC, con las distintas Secretarías Administrativas de las demás Facultades de la UNC y de otras universidades y con los organismos externos pertinentes.

- Desarrollo de una política que atienda las necesidades de información y asesoramiento de los integrantes de la comunidad de la Facultad y desarrollo de una política que atienda las propuestas de mejora generadas por las personas que integran la Secretaría Administrativa.

Formación académica

La Secretaría Académica de la Facultad orienta su trabajo a partir de un plan estratégico donde se articulan tres áreas: Área académica administrativa del Plan de Estudios; Área de Gestión Docente y Área de Desarrollo Curricular e Innovaciones. En todas ellas se van sumando acciones y protagonistas que entusiastamente participan.

Los Proyectos Pedagógico-Comunicacionales que se ponen a disposición desde el Área de Desarrollo Curricular e Innovaciones son proyectos que tienen por objeto acompañar las trayectorias estudiantiles y fortalecer el asesoramiento pedagógico y comunicacional de los Profesores de la Facultad de Derecho.

En el marco del Proyecto "Aulas Virtuales como complemento a la enseñanza presencial", aprobado por Resolución Decanal 1379/2016), se brinda asesoramiento pedagógico y comunicacional para la apertura y diseño de aulas virtuales de grado y posgrado, actualmente cuenta con la matriculación de más de 10.000 alumnos. Con el objeto de capacitar a las cátedras para la edición de entornos virtuales, se brinda asesoramiento permanente en el funcionamiento y manejo de la plataforma Moodle, implementándose hasta el momento dos cursos de capacitación.

En lo que respecta al asesoramiento pedagógico se profundizaron acciones relacionadas con el proyecto "Inscribí a tu cátedra", cuyos objetivos son:

- Sistematizar los proyectos pedagógico-comunicacionales presentados por expedientes durante los años 2018 y 2019.
- Difundir el proyecto "Inscribí a tu cátedra" a los Departamentos de la Facultad, a los fines de relevar necesidades de acompañamiento pedagógico.
- Acompañar pedagógicamente a las cátedras que lo soliciten mediante las vías referidas.

Durante la segunda mitad del año se ha trabajado con tres proyectos, uno de ellos finalizado, y los otros dos en desarrollo. Cabe aclarar que la mayoría de los proyectos requiere un proceso de trabajo que excede el año académico en curso. Relevamos de cada uno: la demanda realizada a Secretaría Académica, los modos de atención a la demanda que se han privilegiado en cada caso, y las sugerencias realizadas.

En el marco del Proyecto de "Tutorías Individualizadas a Estudiantes", aprobado por Resolución Decanal 1044/2014 se llevaron a cabo acciones relacionadas con la convocatoria de adscriptos tutores y estudiantes, cumplimentando la presentación de informes respectivos.

En el marco del *Programa de Redacción Académica*, aprobado por Resolución Decanal 1475/2018, dictó el curso "Redacción de textos científicos y académicos". También, desarrolló,

en el marco de la carrera de Abogacía, la materia opcional "La producción escrita orientada a la investigación". Además, se implementó el Taller para ingresantes "Escribir en la Universidad" del que participaron y finalizaron 30 estudiantes. El programa, además llevó adelante tareas de edición para los volúmenes 1, 2 y 3 del Boletín *Derecho Innova*.

El *Programa de Formación y Perfeccionamiento Docente* fue aprobado por Resolución Decanal 1146/2018 y tiene por objeto contribuir con la capacitación de los docentes y adscriptos de la Facultad en lo que respecta a los aspectos pedagógicos y comunicacionales, quedando reservado a los Departamentos de Coordinación Docente todo lo referido a la capacitación disciplinar.

Se detalla a continuación la cantidad de asistentes que participaron de las diferentes instancias de formación en el segundo semestre de 2019:

Seminario de Enseñanza de las Ciencias Jurídicas: 50 asistentes.

Taller de Oratoria Docente: 60 asistentes.

Curso de Aulas Virtuales: 8 asistentes.

Curso de Mapas Conceptuales: 20 asistentes.

El Boletín "*Derecho Innova*", aprobado por Resolución Decanal 1147/2018), tiene como propósito principal dar a conocer experiencias pedagógicas que merecen ser destacadas por su calidad y compromiso de trabajo y, fundamentalmente, se propone con este medio motivar en otras cátedras el trabajo de innovación pedagógica. "*Derecho innova*" también visibiliza el gran esfuerzo y compromiso de los docentes y adscriptos. El equipo interdisciplinario que trabaja en el marco del proyecto pretende acercar a la comunidad el excelente trabajo que se lleva adelante en las cuatro carreras que ofrece actualmente la Facultad de Derecho.

Finalmente, en el marco del Proyecto "*Videos como complemento a la enseñanza presencial*", aprobado por Resolución Decanal 1145/2018 se filmaron y editaron numerosos videos para las carreras de grado y posgrado que pretenden enriquecer la enseñanza y los aprendizajes de los alumnos. Estos materiales están disponibles en el canal de Youtube de la Facultad.

En otro orden de cosas, el crecimiento de la Facultad en nuevas ofertas educativas merece unas líneas especiales. La carrera de *Profesorado en Ciencias Jurídicas* nació en el año 2016 como una forma de asumir nuestra responsabilidad institucional de preparar docentes formados pedagógicamente en las ciencias jurídicas para desempeñarse en el sistema educativo. Es una carrera de grado, habiendo recorrido tres cohortes de estudiantes. La carrera cuenta con Resolución Ministerial que le otorga validez oficial y reconocimiento del título.

Desde 2018 se ha implementado la *Tecnicatura Universitaria en Asistencia en Investigación Penal*, carrera que cuenta el aporte de profesores de la Casa. En el segundo semestre inició la segunda cohorte de cursado.

Lo descripto son solo algunas de las actividades llevadas a cabo en la Secretaría Académica que cuenta con un equipo de trabajo que, dentro del contexto de posibilidades

y condicionamientos propios de las instituciones públicas, aspira a trabajar al servicio de la comunidad académica en el marco de políticas institucionales y planes de acción de la Facultad.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332057/58 int. 356, email: academica@derecho.unc.edu.ar, el horario de atención es de 8:00 a 20:00 hs. Mas info: www.derecho.unc.edu.ar.

Formación en posgrado

La Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, ofrece una amplia variedad de actividades académicas destinadas a la formación de profesionales que cuentan con título de grado; que desarrollen sus actividades en el ámbito del Poder Judicial, la administración pública u organizaciones privadas, y deseen especializarse, actualizar y poner en común sus conocimientos en aquellos temas interesantes en el panorama del derecho argentino y americano.

La consolidación de estas carreras, cursos, seminarios, talleres, paneles y jornadas de Posgrado supone que, año tras año, podamos seguir ofreciendo a todos aquellos que nos visitan un atractivo plantel de programas académicos, en los que participan distinguidos profesores, investigadores y especialistas de reconocido prestigio nacional e internacional.

Fueron parte de la agenda académica del segundo semestre de 2019:

Carreras de posgrado

Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales

La carrera hunde sus raíces allá en el Siglo XVIII cuando por disposición del virrey Nicolás Antonio de Arredondo se incorporan estudios de derecho a la universidad, naciendo así la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, según registros de la Universidad, en el año 1791.

Director: Prof. Dr. Edgardo García Chiple.

Doctorado en Ciencia Política (Cogestionada entre esta Facultad y el Centro de Estudios Avanzados –Facultad de Ciencias Sociales–).

Directora: Prof. Dra. María Teresa Piñero

Maestría en Derecho Administrativo

Directores: Profs. Dres. Domingo J. Sesín y Jose L. Palazzo.

Maestría en Derecho y Argumentación

Directores: Profs. Dres. Hugo Seleme y Ernesto Garzón Valdez

Maestría en Derecho Civil Patrimonial

Directores: Profs. Dres. Juan Carlos Palmero y Juan Manuel Aparicio.

Maestría en Derecho de Vejez (primera en su género dictada en Latinoamérica).

Directores: Profs. Dres. María Isolina Dabove y Ramón Daniel Pizarro.

Maestría en Sociología (Cogestionada entre esta Facultad y el Centro de Estudios Avanzados –Facultad de Ciencias Sociales–)

Directora: Prof. Dra. Patricia Scarponetti.

Especialización en Derecho de Familia

Directoras: Profs. Dras. Amalia Uriondo de Martinoli y Elena García Cima de Esteve.

Carrera Interinstitucional de Especialización en Derecho Laboral (UNC – UCC – UNL).

Directores: Profs. Dres: Raúl E. Altamira Gigena, Albor Cantard y María del Carmen Piña.

Carrera Interinstitucional de Especialización en Derecho Penal (UNC - UNL)

Directores: Prof. Dres. José Milton Peralta, Enrique Buteler y Ricardo Alvarez

Especialización en Derecho de los Negocios

Directora: la Prof. Ab. Cristina Mercado de Sala

Especialización en Derecho Procesal

A cargo de dirección Prof. Dr. Manuel González Castro

Especialización en Derecho Tributario

Director: Prof. Cons. Ab. José C. Bocchiardo. Subdirector Prof. Ab. Esteban Salcedo.

Diplomaturas, Seminarios y Cursos Posgrado

Diplomatura en Diplomacia Contemporánea a cargo de las Profs. Dra. Graciela Salas y Ab. Emma Mini.

Diplomatura en Derecho Municipal

Directores: Profs. Dres. Guillermo Barrera Buteler y Norma Bonifacino.

Diplomatura en Derecho de la Seguridad Social y del Trabajo

Directora: Prof. Dra. Rosa Elena Bosio.

Otros cursos y seminarios

- Curso de Posgrado Gobierno, Liderazgo y Gestión Pública
- Curso de Posgrado Trata de Personas. Asistencia, Prevención y Sanciones. Abordaje Interdisciplinario
- Seminarios Internacionales de Derecho Penal
- Seminario de Metodología de la Investigación Jurídica y Social.
- Seminario de Aspectos Registrales

Convenios de cooperación científica - académica

La Secretaría lleva a cabo una fuerte actividad convencional y tiene como objetivo la constante búsqueda de eficiencia, eficacia, calidad y excelencia académica, destacamos:

- Los convenios de Doble Titulación Doctoral con las Universidades de Bolonia (Italia) y Munich (Alemania).
- Convenios Nacionales con los distintos Poderes del Estado Nacional, Provincial y Municipal: así con 1) Ministerio Público Fiscal de la Nación, 2) Ministerio Público de Defensa, 3) Municipalidad de Córdoba, 4) Municipalidad de Río Cuarto, 5) Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 6) Academia Nacional de Derecho, 7) Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, 8) Asesoría Letrada de la Municipalidad de Córdoba, 9) Fiscalía de Estado, 10) Instituto Sudamericano de Pesquisas (ISPED), 11) Centro de Promoción del Adulto Mayor (CEPRAM), 12) Centro Paraguayo de Estudios de Posgrado (CEPEP), 13) Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, 14) Regional Cuarta Capital del Colegio Profesional de Kinesiólogos y Fisioterapeutas de la Provincia de Córdoba, 15) Escuela de Abogados de Catamarca, 16) Sociedad Argentina de Gerontología y Geriátrica, 17) Universidad de Navarra, 18) Caja de Jubilaciones, 19) Consejo Federal de Notariado Argentino, 20) Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, 21) Bolsa de Comercio, 22) Polo de la Mujer, 23) Instituto para el Desarrollo de Políticas Estratégicas - Diseñando Ciudad, 24) Asesoría Letrada de la Municipalidad de Córdoba, 25) Escuela de Abogados del Estado, entre otros.

Avances en infraestructura

La Secretaría ha apostado a una fuerte inversión en infraestructura para acompañar así la calidad académica de excelencia que se aspira y lograr la eficacia y eficiencia en el desarrollo de las actividades de posgrado. Se destacan, entre otras:

- Construcción e implementación de aulas virtuales para carreras y Cursos de Posgrado.
- Utilización de sistema de videoconferencias para la realización de defensas de tesis de doctorado y maestrías.

- Puesta en valor de pasillo de distribución de aulas consistente en el cerramiento y puerta de emergencia, cielo raso, sistema de luminarias nuevas, entre otros, transformándolo en un espacio óptimo para el movimiento de nuestros alumnos en los horarios de pausa/café.
- Puesta en valor de Aulas 40, 41, 42, Salón "Los Gobernadores" y Sala de Cátedras.
- Reacondicionamiento de aulas de posgrado mediante la instalación de equipo integral de multimedia conformado por PC, Cañón, como así el mantenimiento del sistema de refrigeración y calefacción.
- Sistema de audio/sonido, micrófonos, etc., de última generación en aula 40, 41, 42 y Sala de Tesis.
- La labor ha sido amplia y fructífera, orientadas para brindar calidad de excelencia en cada una de las tareas emprendidas.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332064/4332135, email: cgradua@derecho.unc.edu.ar, el horario de atención es de 09:30 a 13:30 hs. y de 15:30 a 19:30 hs. Mas info: www.derecho.unc.edu.ar

Actividades en investigación

Ciencia y Técnica

La Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho de la UNC informa las actividades realizadas durante el segundo semestre.

Durante el mes de abril de 2019 se receptaron las solicitudes para hacer efectivo el pago correspondiente al Programa de Incentivos Docentes 2018. Se recibieron un total de 38 solicitudes. En el mes de julio de 2019 se abonó junto con el sueldo de los docentes-investigadores la primera y segunda cuota correspondiente al año 2017, y en agosto, la tercera y última cuota del año 2017.

En los meses de abril y mayo de 2019 se finalizó el proceso de notificación del séptimo grupo de expedientes enviados desde la Secyt-UNC, en los cuales se resuelve la evaluación de la categoría a otorgar en el marco del Programa de Incentivos Docentes 2014, fueron exceptuados los postulantes que solicitaban por primera vez la categoría V, que ya fueron anoticiados anteriormente.

Se entregó a los Directores la segunda cuota del subsidio a Programas y Proyectos de investigación de la Secyt-UNC para ser desarrollados durante los años 2018-2019 (líneas Estimular y Formar) y 2018-2021 (línea Consolidar). Se presentaron a la última convocatoria un total de 45 proyectos: 22 Consolidar, 17 Formar, y 6 Estimular, los cuales se encuentran aprobados por la SECyT-UNC (Res.Secyt 411/2018).

De la primera convocatoria del año para solicitar apoyos económicos, se receptaron: una solicitud de Ayuda Económica para publicaciones; una solicitud de Ayuda Económica para viaje a país limítrofe; dos solicitudes de Ayuda Económica para eventos académicos.

La gestión de la Secretaría en la presentación de apoyos para financiar publicaciones, eventos científicos y viajes a países limítrofes se realiza durante los meses de abril-mayo y

septiembre-octubre de cada año. Los pedidos de ayuda económica para viajes al exterior se pueden tramitar durante todo el año a través de la Secretaría de Asuntos Académicos de la UNC.

La Secretaría gestionó, durante el segundo semestre, la presentación de las Becas Estimulo a las Vocaciones Científicas para estudiantes avanzados de grado otorgadas por el Consejo Interuniversitario Nacional (EVC-CIN). Se espera que los becarios realicen una experiencia de un año de duración, integrándose a un proyecto de investigación acreditado y financiado de la misma institución en donde estudia, y que cumplan con el plan de trabajo propuesto bajo la guía de un docente-investigador, quien actuará como su director. La Beca EVC consiste en el otorgamiento de un estipendio mensual por un período de doce (12) meses, concebido como un apoyo para dedicarse a las tareas y actividades de investigación, que se complementarán necesariamente con el avance de los estudios de la carrera de grado que se realiza.

En el mes de agosto, tuvo lugar la Convocatoria 2019 para las Becas-Secyt, (Becas de Iniciación de Maestría, Maestría, Doctorado, Finalización de Doctorado y Posdoctorales). Se receptaron cuatro postulaciones: dos becas para iniciación de Maestría, una beca Doctoral, y dos becas Posdoctorales.

Invitamos a la comunidad académica a contactarse con la Secretaría para informarse de todas las actividades, eventos y apoyos científicos que se ofrecen en pos de estimular la investigación científica del Derecho.

Para informes e inscripciones: Caseros 301, planta baja, de lunes a jueves de 10:00 a 15:00hs y viernes de 10:00 a 14:00hs, o contactarnos por teléfono: 0351-4332011, o por correo electrónico: scytec@derecho.unc.edu.ar. Mas info: [www. derecho.unc.edu.ar](http://www.derecho.unc.edu.ar), Facebook en la página Secyt Derecho UNC.

Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales

El Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) organiza distintas actividades de formación y desarrollo en investigación, entre las que se enumeran:

Ciclo de presentación y difusión de investigaciones "Pensando desde el centro"

Primer encuentro

María Pilar Llorens, "La victoria no da derechos: de tradición jurídica Argentina a doctrina internacional".

Valeria Bizarro, "Elementos institucionales, jurídicos y políticos para aproximarnos a las medidas tributarias ambientales".

Segundo encuentro

Paulo Aniceto, "La práctica discursiva de la responsabilización en el Fuero Penal Juvenil de Córdoba".

Bruno Rusca, "¿Es conveniente criminalizar el pago de sobornos?"

Tercer encuentro

Lucía Hipatía Parodi, "Responsabilidad internacional en casos de explotación y abusos sexuales cometidos por el personal de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas".

Guadalupe Allione Riba, "El activismo neoconservador en contra de los Derechos Sexuales y Reproductivos y pánicos morales".

Materias opcionales presentadas por el CIJS

Tutorías de Investigación. Responsable: Dr. Esteban Llamosas, Coordinadora: Ab. Esp. Patricia Alderete.

Aspectos de los derechos de las personas con discapacidad. Perspectiva del empleo. Responsables: Dra. María Alejandra Sticca y Prof. Carla Saad.

Seminarios, Conferencias, Jornadas y otros

- "Violencia sexual y patriarcado: Reparación social de víctimas de abuso sexual intrafamiliar". Directora: Dra. Laura Cantore, Coordinadoras: Lic. Mariela Contreras, Mercedes Ortiz, Flavia Pieroni, Marcia Videla, Magdalena Fernández.
- "Feminismo, Derecho y Poder". Directora: Dra. María Eugenia Monte, Coordinador: Lic. Fidel Azarian.
- "Taller de lectura y debate sobre estudios críticos del derecho: Perspectivas feministas". Director: Dr. Andrés Rossetti, Coordinadoras: Mgter. María Julieta Cena y Mgter. Mariana Villareal.
- "Políticas Ambientales y promoción del uso de Energías Renovables". Directora: Dra. Marta Juliá, Coordinadores: Ab. Rocío Loza Serra y Víctor Sibilla.
- "Democracia, Género y reacción R en Brasil". Coordinadores: Dres. Juan Marco Vaggione y Angélica Peñas Defago.
- "Seminario de Derecho Constitucional, VII edición. Democracia: su enseñanza, actualidad y futuro". Director: Dr. Andrés Rossetti, Coordinador: Ab. Claudio Guiñazú.
- Conferencia "La Acción de Amparo en el marco de la protección del derecho fundamental a la salud, su paradigma, perspectiva y prospectiva en la jurisdicción federal". Director: Dr. Lorenzo Barone, Coordinadora: Dra. Patricia Sánchez Zelis.
- Seminario "Constitución y Derecho a la Salud". Directores: Dres. María Isabel Urquiza y Victorino Solá Torino, Coordinadores: Ab. Verónica Neyman – Ab. Matías Pedernera Allende.
- Seminario "Las instituciones de familia a la luz de la autonomía personal". Directora: Dra. Mónica Assandri.
- Seminario de lectura "La Corte Suprema y los Derechos Sociales: 2016 - 2019". Director: Dr. Horacio Etchichury.

- Seminario "La interpretación jurídica en el Derecho Internacional Público". Directores: Dres. María Alejandra Sticca y Christian Sommer, Coordinadores: Prof. Guillermo Costilla y Prof. Lucía Hipatía Parodi.
- Seminario "Aportes de Carlos S. Nino al pensamiento jurídico". Director: Dr. Luis Alberto Díaz Gras, Coordinadores: Esp. Luis Federico Abel y Ab. Sofía Mola.
- Conferencia "Excedentes de la ciudad: Repensando los desplazamientos durante la austeridad urbana". Directoras: Dras. Marisa Fassi y Angélica Peñas Defago.
- Seminario "Fraude, Derecho e Interdisciplina en las Ciencias Humanas, Sociales y Jurídicas". Directores: Dr. Aldo Azar y Gustavo Vallespinos. Coordinador: Ab. Roberto Fernández.
- "Seminario de lecturas y reflexiones sobre la guerra". Directores: Dres. Serio Job y María Alejandra Ciuffolini, Coordinadora: Ab. Victoria Fernández.
- "I Seminario de Derecho Municipal: análisis de la jurisprudencia de la CSJN en materia de autonomía municipal". Directores: Dres. Guillermo Barrera Buteler y Norma Bonifacino, Coordinadores: Ab. Emmanuel Nieto - Julio Cesar Mariano Pereira.
- Seminario "Trabajo remunerado y discapacidad. Avances y retrocesos". Directoras: Prof. Carla Saad y Prof. Emma Mini, Coordinadora: Gisel Olacho.
- Análisis Metodológico de casos jurisprudenciales de Derecho Constitucional, XIX edición, "Democracia, Constitución y Derechos: presente y perspectivas". Directores: Dr. Andrés Rossetti y Mgter. Magdalena Inés Álvarez, Coordinador: Dr. Horacio Etchichury.
- Seminario Interdisciplinario de Salud Mental y Derechos Humanos "Salud mental y territorio". Directores: Dres. Andrés Rossetti y Natalia Monasterolo.
- Tributación Ambiental. Director: Dr. Rodolfo Salassa Boix, Coordinadores: Ab. María de los Angeles Morales y Ab. Kevin Young.
- Seminario "Género, nacionalidad y clase en la política migratoria europea actual". Directoras: Dras. Marisa Fassi y Angélica Peñas Defago.
- Seminario "Feminismo jurídico. La deconstrucción del derecho positivo". Directora: Dra. Mariana Sánchez.
- "El debate teórico- jurídico y político en Jeremy Waldron. a propósito de la propiedad privada y su justificación". Director: Mgter. Jorge Augusto Barbará, Coordinadora: Dra. María Alejandra Nallino.
- Seminario -Taller "Conflictos sobre propiedad privada y justificación en la decisión judicial". Directores: Dres. Matías Parmigiani y Paula Peláez, Coordinador: Mgter. Jorge Augusto Barbará.
- Seminario "Capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes". Directoras: Prof. Mónica Assandri y Prof. Adriana Warde.

Seminarios organizados en el marco del Programa "Autonomía, Control y Derechos Fundamentales"

- "El Juicio Abreviado en el Derecho Penal y la Jurisprudencia Alemana". Directores: Dres. Hernán Bouvier y Federico Arena, Coordinadoras: Ab. Daniela Domeniconi – Dra. Anna Richter.
- "Seminario Autonomía y Constitución: Regulación jurídica del discurso del odio". Director: Dr. Juan Iosa, Co-director: Mgter. Carlos Villanueva.
- Conferencia "Estado de Emergencia: De la excepción a la banalización". Directores: Dres. Hernán Bouvier y Federico Arena, Coordinadora: Ab. Sofía Pezzano.
- Conferencia "La investigación empírica en la enseñanza del Derecho". Directores: Dres. Hernán Bouvier y Federico Arena, Coordinadora: Ab. Valentina Risso.
- Seminario "Sesgos cognitivos y legitimación de la decisión judicial". Directores: Dres. Hernán Bouvier y Federico Arena, Coordinador: Mgter. Santiago Sánchez Gavier.
- Seminario "Crear a las mujeres. La valoración de la declaración de la víctima de delitos sexuales". Directores: Dres. Hernán Bouvier y Federico Arena, Coordinadora: Ab. Sofía Pezzano.
- Seminario "Feminismos jurídicos: Una introducción". Directores: Dres. Hernán Bouvier y Federico Arena, Coordinadoras: Dra. Romina Lerussi – Ab. Samanta Funes.

Seminarios organizados en el marco del Programa de Ética y Teoría Política dirigido por el Dr. Hugo Seleme

- "Igualdad: La teoría de la justicia de Ronald Dworkin". Director: Dr. Cristian Fatauros, Coordinadora: Ab. Valentina Huais.
- "Justicia Global". Directores: Dr. Hugo Seleme, Coordinador: Ab. Alejandro Berrotarán.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332059, Caseros 301, Córdoba. Horario de atención: 10:00 a 18:00 hs. Email: cinvestderecho@gmail.com. Más info: www.derecho.unc.edu.ar, Facebook.

Actividades de extensión y relaciones internacionales

La Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales de la Facultad organiza distintas Jornadas, Seminarios, Congresos y Talleres, Proyectos de Extensión, entre los que se enumeran los siguientes:

- "Capacitación sobre gestión de riesgos: Reanimación cardio-pulmonar" (RCP). Esta Secretaría considera de vital importancia la capacitación e información necesaria para disminuir las consecuencias disfuncionales cardiorrespiratorias tan frecuentes

en la actualidad, por lo que se propuso llevar a cabo una Capacitación sobre el tema, la cual contó con la colaboración del personal de la Dirección de Defensa Civil de la Municipalidad de Córdoba. Estuvo destinado a docentes, egresados, alumnos y al público en general.

- "Curso Teórico-Práctico de Asistente Jurídico". Directora: Ab. Laura Alejandra Calderón.
El objetivo de este curso es la capacitación para el desempeño de tareas de asistente y /o secretario de estudios jurídicos. Cuenta con contenidos teóricos básicos a fin de interiorizar al alumno de aspectos esenciales y contenidos prácticos de las diversas temáticas a tratar.
- "Seminario Franco-Argentino de Derecho Constitucional Comparado". Directores: Dr. Victorino Solá y Mgter. Magalí Miranda.
Este seminario tuvo lugar en el contexto del espacio de promoción de cooperación entre investigadores, docentes y estudiantes de Argentina y Francia, bajo la presentación de un formato de disertaciones académicas, a cargo del Prof. invitado Dr. Jean-Philippe Derosier y del Dr. Pablo Riberi. Se abordaron los siguientes ejes temáticos: El modelo semipresidencialista. Fortalezas y debilidades del sistema político francés. El control preventivo de constitucionalidad en Francia. A propósito del Consejo Constitucional ¿un genuino modelo europeo de inspección de constitucionalidad de las leyes? La jornada estuvo dirigida a graduados de carreras universitarias o terciarias afines a la temática, en particular; a funcionarios públicos; docentes y adscriptos; y a estudiantes, ayudantes alumnos y ayudantes en investigación.
- Seminario: "Hacia el paradigma de una vida sin violencias... un desafío de todos". Directores: Dra. Olga Orlandi, Ab. Fabián Faraoni y Lic. Valeria Durán.
El seminario abordó un tema preocupante para nuestra sociedad desde una mirada interdisciplinaria y de género. Abarcó aspectos institucionales, legales, implementación de Programas de prevención y un abordaje legal de la violencia intrafamiliar y de género en Córdoba. Disertaron la Lic. Claudia R. Martínez, Secretaria del Polo Integral de la Mujer en situación de violencia; la Ab. Agustina Olmedo, Secretaria del Tribunal Superior de Justicia; la Dra. Carla Olocco, Jueza de Niñez Juventud y VF, y la Ab. Romina Scocozza, integrante del Equipo de Plan de Acción contra las violencias de género.
- Charla-debate: "Oralidad en el Proceso Civil en la Provincia de Córdoba". Directora: Ab. Laura Alejandra Calderón.
La propuesta se enmarcó en la entrada en vigencia de la Ley Provincial N° 10.555 que implementa el proceso oral en los juicios de daños y perjuicios en el ámbito de la Justicia Ordinaria en lo Civil y Comercial, lo que produce un cambio de paradigmas de los principios que informan el Proceso Civil que merecen un abordaje especializado. La implementación de la oralidad se impone como una manera de agilizar el proceso y asegurar la inmediatez en la participación del Magistrado y la consecuente reducción de la duración de los procesos de Daños y Perjuicios, ofreciendo una herramienta eficaz para la solución de conflictos. Disertó la Prof. Valeria Alejandra Carrasco.

- Charla-debate: "Flexibilización laboral: Rappi, Glovo, Uber Eats ¿Contrato de locación de servicio o contrato laboral? Director: Pablo Mina Guzmán.
Esta actividad académica tuvo lugar en forma de charla debate bajo la presentación en formato de disertaciones a cargo de los Dres. Carlos Toselli y Luciano Martini, profesionales especialistas en derecho laboral y en derecho civil. En una época en la que los importantes avances tecnológicos permiten pedir a domicilio desde comida a cualquier objeto, se presenta un problema cuando se plantea sobre la situación jurídica del repartidor ¿Hasta qué punto es un contrato civil o un contrato laboral? Se tuvo como objetivo transmitir entonces conocimientos para distinguir una relación laboral de una civil.
- Jornada "*Obligatio* - tras las huellas de Roma". Director: Edgardo García Chiple.
Se llevó a cabo un panel conformado por los docentes de la Cátedra C de Derecho Romano, quienes identificaron los puntos en común entre el derecho italiano y argentino, analizando vínculos jurídicos, sociales y culturales que nos unen, destacando la vigencia del derecho y cultura romanos en ambos países. Esta jornada contó con la presencia del Cónsul de Italia en Córdoba, Tiberio Schmidlin.
- Seminario "Derechos de los pueblos y comunidades indígenas en Argentina". Directores: Dra. Zlata Drnas de Clément, Dr. Jorge Edmundo Barbará y el Dr. Ernesto Rey Caro, Coordinadora: Dra. María Alejandra Sticca.
El Seminario contó con la presencia de Paulina Chiacchiera Castro, Christian Sommer, quienes participaron como panelistas. La actividad estuvo destinada a la promoción de espacios de formación y transferencia, no solo a docentes y estudiantes universitarios sino también a sectores sociales interesados en la temática.
- Conferencia "Residuos peligrosos". Directores: Dra. Zlata Drnas de Clément, Dr. Jorge Edmundo Barbará y Dr. Ernesto Rey Caro.
Esta jornada fue coorganizada por la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho-UNC y el Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. La actividad estuvo destinada a la promoción de espacios de formación y transferencia, no solo a docentes y estudiantes universitarios sino también a sectores sociales interesados en la temática. Contó con la presencia del Dr. Carlos Walter Robledo, Ministro de Ciencia y Tecnología de la Provincia de Córdoba.
- "Ciclo de Diálogos Políticos".
Teniendo en cuenta el momento electoral y la gran movilización política en el que se encuentra la Argentina, la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales entiende que la vida universitaria no puede quedar ausente, por lo que se organizaron una serie de disertaciones contando con la presencia de actores relevantes que compiten en el escenario político. Participaron del Ciclo el candidato a Vicepresidente, el Dr. Miguel Ángel Pichetto; el candidato a Presidente, Alberto Fernández, el candidato a Presidente Roberto Lavagna y el candidato a Vicepresidente, Juan Manuel Urtubey.

- Taller de Herramientas Comunicacionales.
Propuesta realizada por las Licenciadas Rosana Fernández y Eugenia Pacetti. El taller tuvo como principales objetivos que los participantes puedan conocer e internalizar herramientas de la comunicación asertiva e inteligencia emocional. Del mismo participaron docentes, egresados, alumnos y público en general.
- Jornada: "Los residuos en el Derecho Ambiental Nacional e Internacional". Directoras: Dras. Zlata Drnas de Clement y Alicia Morales Lamberti, Coordinadora: Dra. Alejandra Sticca.
Jornada coorganizada por la Secretaría y el Instituto de Derecho Ambiental de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Jornada "La Convención sobre el Derecho de los Tratados a 50 años de su aprobación".
Director: Prof. Dr. Ernesto Rey Caro, Coordinadora: Prof. Dra. María Cristina Rodríguez de Taborda.
La jornada fue coorganizada por la Secretaría y el Instituto de Derecho Ambiental de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Becas para intercambio

En el semestre se recibieron postulaciones a las distintas convocatorias a Programas de Intercambio en el exterior, entre ellos – UNC al Mundo, PILA, PIEG, AUGM.

Para informes e inscripciones comunicarse al teléfono (0351)4331099, Independencia 258 1° Piso, Córdoba. Horario de atención: 10 a 14 horas. Más info: email: extyri @ derecho.unc.edu.ar.

Actividades para graduados

La Secretaría de Graduados de la Facultad organiza distintos cursos, seminarios, diplomaturas, como también otras actividades orientadas a graduados universitarios, entre ellos se destacan:

- "Seminario de Derecho Concursal del Instituto de Derecho Comercial". Directores: Prof. María Cristina Curtino y Prof. Dr. Orlando Manuel Muíño, Coordinación: Prof. María Fernanda Cocco y Prof. Sixto Sonzini Astudillo.
- "Inconstitucionalidad del Impuesto a las Ganancias sobre las Jubilaciones". Director Académico: Dr. Daniel Horacio Brain, Coordinador: Ab. Juan Díaz.
- "Jornada de Profundización del Régimen Laboral de Docentes privados". Director Académico: Dr. Daniel Horacio Brain, Coordinadores: Ab. Santiago Sain y Pedro Patricio Yanzi Aspell.
En la Jornada disertaron el Dr. Ricardo Seco, el Ab. Esp. Claudio Blanco, el Ab. Esp. Juan Manochio y el Ab. Esp. Hernán Piazza.
- "Jornada Preparatoria del XIV Congreso Argentino Derecho Societario y Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa". Directora Académica: Prof. María Mercado de Sala, Coordinador: Prof. Ricardo Belmaña.

En la Jornada participaron como disertantes el Dr. Efraín Hugo Richard, Rafael Manóvil, Gabriela Calcaterra, Daniel Vitolo, Juan Carlos Vega, Ricardo Cony Etchart, Fernando Pérez Hualde, Alejandro Ramírez, Sebastián Balbín, José Pablo Sala Mercado, María Mercado de Sala, Ricardo Belmaña, Gladys Puliafito, Francisco Junyent Bas, Jorge Fushimi, David Kulman, Raúl Nisman, Tomás Capdevila, Carlota Palazzo, Dolores Guzmán, María Laura Juárez, María de los Ángeles Luján.

- "Seminario integrado del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social a 60 días de la entrada en vigencia del Código Procesal Laboral Provincia de Córdoba". Director Académico: Dr. Daniel Horacio Brain, Coordinadores: Ab. Santiago Sain y Pedro Patricio Yanzi Aspell.
El Seminario contó con la disertación de María del Carmen Piña, Sofía Keselman, Vicente Ostoich, Carlos Toselli, Cesar Arese, Daniel Brain, Enrique Rolón, e Ignacio Villada.
- "Seminario Teórico-Práctico en Ciberdelitos". Director: Dr. Gerard Gramática Bosch, Coordinación: Ab. Martín Torés.
Los disertantes del Seminario fueron el Ab. Esp. Franco Pilinik, el Dr. Maximiliano Hairabedian y el Cdor. Gabriel Raed.
- "Jornada de actualización: Juicio de desalojo". Dirección: Prof. Dr. Arturo J. Echenique, Coordinación: Prof. Anahí Sandiano.
- "Jornada Académica: Procesos Colectivos Constitucionales y Recursos Judiciales en materia de salud". Dirección Académica: Dr. Juan Fernando Brügge, Coordinación: Ab. Roxana del Valle Foglia, Ab. Jorge Cantet y Ab. María Isabel Urquiza.
"Seminario de actualización de Derecho Tributario Provincial". Director Académico: Prof. Héctor Eduardo Villegas Ninci, Coordinadores: Ab. Virginia Lo Valvo y Ab. Emmanuel Vacaflor.
Fueron disertantes del Seminario los abogados Agustín Díaz Cafferata, Pablo Landin, Candela Maldonado, Lucrecia Nocetto, Maximiliano Raijman y María Vázquez.
- "Café jurídico con graduados. Nuevos escenarios jurídicos - económicos en el ejercicio de la profesión". Dirección Académica: Ab. Juan Alberto Díaz, Ab. Pedro Yanzi Aspell, Ab. Roxana Funes y Ab. Sofía Mola, Coordinación: Ab. Juan Salvador Villagra y Ab. Fabricio Farías.
Participaron del café: Esc. María Solange Jure Ramos, Ab. Nicolás Sosa Bacarelli, Ab. Agustín Sanchez, Lic. Marco Gonzalez Lozada, Secretario de DDHH Delfor Augusto Brizuela, Ab. Lucas Benavidez y Lic. Micaela Hierro Dori.
- Jornada "El trabajo en plataformas digitales". Director Académico: Dr. Daniel Horacio Brain, Coordinadores: Ab. Santiago Sain y Pedro Patricio Yanzi Aspell.
- "Seminario de Formación Básica de Mediadores 2019". Directora: Prof. Dra. Elena García Cima de Esteve, Coordinador: Prof. Leonardo Colazo.
El diseño del seminario se estructuró en tres módulos: Introductorio, Entrenamiento y Pasantía, son independientes y pueden ser acreditados individualmente, contando todos con Resolución de Homologación por parte del Ministerio de Justicia de la

Provincia de Córdoba. Participaron como docentes: Prof. Noemí Tamashiro de Higa, Prof. Leonardo Colazo, Prof. Sergio Cattaneo, Prof. Mgter. Raúl Álvarez y Prof. Carla Saad. El equipo de colaboradores estuvo integrado por: Ab. Emiliano Minassian, Ab. Luján D Adam, Ab. Josua Daniele, Ab. Sabrina González Solé y la profesora invitada Ivanna Bresannini.

- "Seminario Niñez y Adolescencia, Violencia Familiar y de Género-Aspectos teóricos y prácticos". Dirección Académica: Prof. Graciela Moreno de Ugarte, Coordinación: Ab. María Guillermina Sahab.

Participaron como disertantes: Ab. Jorge Carranza, Ab. Ezequiel Cooke, Ab. Malvina Maffini, Ab. Alejandra Mora, Ab. Natalia Orta Córdoba, Raquel Pereyra y Soledad Vieytes.

- "Seminario sobre algunos aspectos de la Inteligencia Artificial". Dirección Académica: Prof. Dr. Claudio Viale y Dr. Leonardo Massimino, Coordinación: Ab. Andrea di Gregorio, Ab. Agustín García Faure y Ab. Francisco Moldes Cafaro.

Disertaron los abogados Alfonso Buteler, Juan Corvalán, Manuel de Palacios y Andrea di Gregorio junto al profesor invitado, Dr. Juan Corvalán.

- Seminario "El Proceso Sucesorio". Dirección Académica: Prof. Dra. Claudia Zalazar, Coordinadores: Ab. Guillermo Pauli, Juan Díaz y Julieta Villar.

- Jornada "Herramientas de Coaching". Coordinación general: Abs. Santiago Sain y Pedro Patricio Yanzi Aspell.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos (0351) 4332057/58/60 int.351, Obispo Trejo n° 242, 2° piso, Córdoba. Horario de atención: 10.30 a 14 horas. Más info: e-mail: graduadosfdycs@gmail.com.

BADIA MARTÍ, A. M. (Dir.), HUICI SANCHO, L. (Coord.): *Agua, recurso natural limitado. Entre el desarrollo sostenible y la seguridad internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2018, 235 páginas.

En un mundo profundamente dividido por las disparidades de desarrollo económico y tecnológico y en el que los beneficios del progreso están desigualmente repartidos, no es fácil conciliar las exigencias del desarrollo con la necesidad de respetar el medio ambiente. Lo que se hace, especialmente significativo, respecto de la existencia de ciertos bienes que representan un interés vital para la humanidad, como es el caso del agua, en tanto que recursos esenciales para la supervivencia de la vida y de la especie humana en el planeta. El logro de un desarrollo sostenible requiere que se preserven estos recursos, y que su utilización sea responsable, equitativa y eficaz. O, en otros términos, que se les pueda extraer el máximo rendimiento sostenible. Lo que, por lo que se refiere a un bien escaso y agotable como el agua, es una imperiosa necesidad. Para ello, es necesario en muchos casos la cooperación entre los Estados, pero tal cooperación no se da, ni mucho menos, siempre, pues la gestión y explotación del agua viene acompañada, con frecuencia, por episodios de confrontación, de tensión que ponen en peligro la seguridad internacional.

Pues bien, el libro objeto de esta recensión, aborda muy oportunamente y de forma pluridisciplinar estas cuestiones, a través de una serie de trabajos que desde distintas perspectivas evocan la cooperación y la confrontación internacional que los accesos a este recurso natural generan. Si la tendencia hacia una apropiación y utilización soberana de los recursos naturales es algo profundamente anclado en la vida internacional, como se refleja en la obra comentada, lo cierto es, también, que junto a la misma se observa el nacimiento de otra tendencia internacionalizadora por lo que respecta a la gestión de los recursos naturales que tiene en cuenta el interés y la preocupación común de la humanidad. La labor de las Naciones Unidas, en relación con ello, y como se destaca en el Prólogo de este libro es muy destacable, puesto que, con independencia del ingente número de acuerdos internacionales, de organismos y organizaciones internacionales involucradas y de alianzas público-privadas puestas en marcha, el sistema Onusiano continúa ocupando el epicentro en estos ámbitos.

En una línea académico-científica, asentada en una dilatada experiencia, el Máster en Estudios Internacionales de la Universidad de Barcelona, tuvo la acertada iniciativa de convocar un Seminario internacional para discutir estas cuestiones. Este Seminario que reunió a distintos investigadores, juniors y más seniors, de distintas procedencias, se celebró los días 12 y 17 de mayo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. El fruto de estos debates, las ponencias presentadas, ven ahora la luz a través del libro que reseñamos. En este sentido, la obra comentada se ajusta a la sistemática seguida en aquel Seminario, y de este modo parte de una exposición general e introductoria, a cargo de la Prof. Laurence Boisson de Chazournes (Universidad de Ginebra) que, desde su reconocida

autoridad intelectual en la materia, traza la evolución del Derecho internacional público relacionada con la gestión del agua y los problemas derivado de ello, así como las vías para resolver las controversias que suscita. Esta introducción abre las puertas a una serie de reflexiones y aportaciones que vienen a enriquecer un debate, ya de por sí rico, como es el relacionado con las respuestas que el Derecho internacional actual está en condiciones de ofrecer para mejorar la gestión y explotación de un recurso natural limitado como es el agua. Estas reflexiones se estructuran en torno a tres grandes partes. La primera de ellas gira en torno la cuestión del agua y el desarrollo sostenible y en ellas se incluyen cuatro aportaciones que abordan, la primera de ellas (María Tignino), aspectos como el papel que ocupa el agua en la realización de los objetivos de desarrollo sostenible, las inversiones privadas en este sector y las obligaciones de las empresas suministradoras de agua, así como el derecho de las poblaciones indígenas en relación con ello. Una segunda aportación (Narcis Prat Fornells) trata, de manera sintética y marcadamente ecológica, el tema del agua y el medio ambiente, el consumo del agua y su desigual reparto, o, en fin, la llamada huella hídrica. El tercer trabajo, de autoría múltiple (María Pascual Sanz, Julie Perkins, Julissa Kyyenje y Lucía Wrigt Contreras), se centra en presentar un nuevo interlocutor surgido en el ámbito de la gestión del agua, se trata de la Water Operator's Partnerships Alliance, describiendo su impacto y realizaciones. La última contribución referida a esta parte del libro (Ana Sánchez Cobaleda) recoge un estudio, más práctico que teórico, sobre el desarrollo de capacidades en la gestión del agua, su conexión con la cooperación internacional al desarrollo y su vinculación con el desarrollo sostenible. La obra comentada dedica su segunda parte al análisis de la dimensión económica del agua, conformada por tres trabajos. El primero de ellos (Xavier Fernández Pons) proporciona una presentación sintética de esta dimensión económica, deteniéndose en el examen del principio de la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, los límites a su ejercicio, el derecho humano al agua y los acuerdos sobre comercio e inversiones que pueden afectarlo. En la siguiente aportación (Laura Movilla Pateiro) se realizan unas interesantes consideraciones en torno al régimen jurídico que regula las transferencias de agua a granel o no embotellada entre Estados, esto es, las conocidas con la expresión "bulkwater transfers", articuladas a través de tratados y contratos que no cuentan, por ahora, y como subraya la autora, con un adecuado régimen jurídico internacional propio. El tercer trabajo (Milagros Álvarez Verdugo), se centra en el examen del agua como un bien de doble uso y, en particular, en relación con la gestión, control y prevención de los usos prohibidos de los recursos hídricos e instalaciones relacionadas con ellos. La tercera parte de este libro versa sobre agua y seguridad internacional y está compuesta por cuatro estudios. El primero de ellos (Laura Huici Sancho), es un análisis conceptual muy fundamentado e introductorio a esta cuestión, que toma como punto de partida la resolución del Consejo de Seguridad de las NU, de 22 de noviembre de 2016, en la que se trata de manera específica el agua como factor de riesgo para la paz y seguridad internacionales, para de manera muy detallada y documentada extraer una serie de consideraciones relativas al reconocimiento del acceso al agua como derecho humano, y los elementos de cooperación y conflicto que encierra este recurso natural en una sociedad internacional cada vez más interdependiente. La aportación siguiente (María Isabel Torres Cazorla) sitúa estas cuestiones en un ámbito geográfico delimitado, el de las relaciones hispano-lusas, abordando la cooperación entre

estos países ribereños de cinco cuencas fluviales transfronterizas, poniendo el acento en la actual regulación y en los mecanismos normativos que intentan hacerla efectiva, se trata, obvio es decirlo, de una cooperación fundamental para ambos países. El tercer trabajo (Mar Campins Eritja) se sitúa, también, en esta aproximación geográfica, localizando estas cuestiones de seguridad en la gestión de los recursos hídricos de los países de Asia Central, mostrando cómo se han generado conflictos relacionados con ella (falta de gobernabilidad, consumo indiscriminado, desigual asignación de este recurso y degradación extrema del mismo) que son susceptibles de afectar la estabilidad regional, se trata, en suma, de una de las regiones del mundo donde se visualiza de forma más palpable la mala gestión y explotación del agua. La última aportación relativa a esta Parte (Laura M. González Laso) apunta a la resolución de los conflictos interestatales relativos al uso y gestión del agua, distinguiendo entre los conflictos fronterizos referidos a cursos de agua internacionales, de los conflictos en materia de protección de recursos hídricos, apoyando su análisis en el estudio de la jurisprudencia internacional más sobresaliente en la materia.

Como, acertadamente, dice en el Prólogo la directora de esta obra, la Dra. Ana Badía, la gobernanza del agua es un tema de interés global que debe dar respuesta a sus particularidades, sobre las que no hay precedentes y que exige una gestión transversal. Qué duda cabe, que este trabajo, en mi opinión, va en esta dirección aportando un abanico de estudios que vienen a mejorar el conocimiento jurídico en esta materia. De este modo, el presente libro, reflejo del dinamismo académico de los responsables del Master en Estudios Internacionales de la Universidad de Barcelona, constituye una respuesta jurídica multidisciplinar y notable a una cuestión como es la del agua que, en tanto recurso natural vital para la humanidad, despierta un cada vez mayor interés y preocupación. Interés y preocupación que se acrecientan a medida que avanza el cambio climático.

José Manuel Sobrino Heredia¹

GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S. (Directora). *Estándares internacionales de derechos humanos aplicables al instituto de extradición. Su incidencia en la práctica argentina*, Universidad de Buenos Aires, SGN Editora, Buenos Aires, 2018, 287 páginas.

Tal como se señala en el *Prólogo*, la publicación es parte de los resultados alcanzados en un proyecto de investigación desarrollado en el ámbito UBACyT, con sede en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja de la UBA. Diecinueve investigadores –incluida la Directora– aportan contribuciones a la obra, la que se divide, a más del Prólogo, en Introducción, cuatro Capítulos y referencia a instrumentos, jurisprudencia y bibliografía.

El *Primer Capítulo, Principios vinculados a la extradición*, consta de cinco trabajos. El primero de ellos, *El principio de doble incriminación* (Lucila M. Benincasa Varnier),

¹*Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 37, junio de 2019.

presenta a la extradición como acto de asistencia jurídica internacional, y a la doble incriminación como requisito regulado en tratados y leyes. Refiere al principio tal como se encuentra en la legislación y jurisprudencias argentinas y en las convenciones internacionales. También considera a la extradición y, en particular a la doble incriminación en el contexto de los derechos humanos, si bien –originariamente– el principio no fue concebido para la protección del individuo. El segundo aporte, titulado *El principio de especialidad en la extradición y su relación con los derechos humanos* (María Victoria Stuart), presenta al principio como principio del derecho internacional consuetudinario (a pesar de cierta doctrina y práctica en contrario) por el cual la persona requerida solo podrá ser enjuiciada en el Estado requirente por los hechos que han motivado la solicitud de extradición, independientemente de que el Estado requirente pueda pedir autorización al Estado requerido para que la persona sea juzgada por nuevos hechos. La autora describe al principio tal como es considerado a nivel internacional y como es receptado por la legislación argentina. En sus conclusiones hace presente que el principio hace al cumplimiento de las garantías procesales y debido proceso del individuo reclamado. El tercer artículo se ocupa de la *Extradición prescripción: estándares vigentes en el ordenamiento jurídico argentino* (Pablo D. Colmegna). En primer lugar, trata la prescripción de la acción penal en el caso de delitos comunes regulados por tratados internacionales en los que Argentina es parte, incluyendo la jurisprudencia de la CSJN, para luego abordar el tratamiento de los crímenes internacionales y las graves violaciones de derechos humanos, considerando la evolución en esos casos de la imprescriptibilidad. La cuarta contribución, *El ejercicio de la jurisdicción universal en los procesos extraditorios en la República Argentina* (Aldana Rohr y Leyddy Johanna Cárdenas Pérez), conceptualiza a la jurisdicción universal como "la capacidad de un órgano judicial de cualquier Estado para juzgar delitos ante la ausencia de un punto de conexión entre ese Estado y el delito". Resalta que el fin de este instituto es luchar contra la impunidad, lo que se torna visible en el principio de complementariedad de los tribunales penales internacionales y en la aplicación de la jurisdicción universal y su principio conexo *aut de dereaut judicare (autjudicare autjudica rededere)* en el ámbito nacional. El quinto y último aporte de este capítulo, titulado *La extradición fuera de un marco convencional: la operación de los principios de reciprocidad y solidaridad internacionales* (Tomás Mariano Guisado Litterio), considera el caso de ausencia de tratados vinculantes y falta de norma consuetudinaria que imponga la obligación de extraditar, situación en la que la cooperación internacional para combatir la delincuencia abre la puerta a la extradición vía principios de reciprocidad y solidaridad. El autor presenta los principios, señala su evolución y perfila su naturaleza jurídica.

El Segundo Capítulo, *Excepciones, condicionantes o limitaciones a la obligación de extraditar*, está constituido por seis contribuciones. La primera, *El derecho a la protección de la vida familiar y el interés superior del niño en los procedimientos de extradición en la Argentina* (María Soledad da Silva y Víctor Lisandro Elías) hace presente que el reconocimiento de la familia como elemento esencial de la sociedad que debe ser protegido por el Estado constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo que el derecho a crecer en familia es uno de los derechos fundamentales de la infancia, derecho que puede verse conculcado en casos de extradición de alguno de

sus progenitores. Los autores –tras un cuidadoso estudio de normativa y jurisprudencia nacional e internacional– consideran que, si bien el Estado tiene un fin legítimo en la cooperación internacional en materia penal, en aplicación de una interpretación sistémica del ordenamiento argentino, debe prevalecer el interés superior del niño. La segunda aportación, *Extradición de nacionales* (Silvina S. González Napolitano y Belén M. Ibáñez), recuerda que la mayoría de los instrumentos jurídicos normativos suele establecer alguna disposición en materia de extradición de nacionales. Durante el desarrollo las autoras presentan las disposiciones normativas nacionales y de otros Estados según su tipo (prohibitivas, facultativas, de procedencia, optativas), su evolución, sus fundamentos, su articulación con el principio *aut dedere aut judicare* y la jurisprudencia en la materia. El tercer trabajo, *La alegación de inmunidades jurisdiccionales como excepción a la obligación de extraditar* (Marcos Nelio Mollar), hace presente que la alegación de inmunidades jurisdiccionales -bajo ciertas circunstancias y condiciones- puede operar como limitación al deber de extraditar. En primer término, el autor conceptualiza a la inmunidad de jurisdicción penal, para luego ocuparse de la alegación de la inmunidad de jurisdicción en el proceso de extradición. En las conclusiones, recuerda que, cuando un tribunal nacional comienza a tramitar una causa penal, la inmunidad se examina como cuestión preliminar, antes del examen de fondo, dado que la inmunidad es una cuestión procesal. El cuarto aporte, *Condenas en rebeldía* (Aldana Rohr), coloca a la condena en rebeldía entre las causales que -generalmente- implican la obligación de no conceder la extradición. En el caso bajo consideración, señala la autora que se observa una clara interacción con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, en particular los relativos al derecho a defensa en juicio. A más de los requisitos para que se pueda considerar a una persona en rebeldía, se estudia la interpretación de los tratados, el fundamento normativo de la causal de denegación, la interacción del derecho de defensa y el principio de máxima cooperación, y la política argentina en la materia. El quinto artículo, *El peligro de ser sometido a tortura o de ser condenado a pena de muerte como causal de excepción a la obligación de extraditar* (Alan Vogelfanger y Lucila B. Miranda), tras una Introducción en el que recuerda la sentencia de 1989 del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en el *leading case* *Søring c. Reino Unido* con relación a la responsabilidad del Estado requerido por las violaciones a los derechos humanos que pudiera producir el Estado requirente y que hubieran podido ser previstas al momento de la entrega, revisa la normativa y jurisprudencia internacional de distintos órganos de Derechos Humanos del ámbito universal y regional, como también la normativa argentina. En las conclusiones, los autores señalan que el derecho internacional de los derechos humanos opera como un límite a la cooperación internacional. La sexta y última aportación de este capítulo, titulada *La delgada línea divisoria entre la excepción a la extradición por delitos políticos y su procedencia en casos de terrorismo* (Ignacio Vazquez y Jorgelina F. Mendicoa), hace presente que, si bien el "delito político" ha sido tradicionalmente una excepción reconocida ampliamente por los Estados y en los convenios internacionales, la precisión de cuándo se está en presencia de un "delito político" está muy lejos de tener homogeneidad, predominando la discrecionalidad a la hora de la de determinación. Tras estudiar la evolución de la excepción, los instrumentos internacionales, la legislación y jurisprudencia argentinas, en las conclusiones, los autores señalan que la discrecionalidad se ha ido reduciendo

en los casos de terrorismo, independientemente de que la concepción de "acto terrorista" también conlleva ambigüedades y falta de consenso general.

El *Capítulo Tercero, Extradición y Refugiados*, se desarrolla a través de tres participaciones. La primera de ellas, *Procesos penales, extradición y refugio: efectos concomitantes y posteriores a la determinación* (Gonzalo Emanuel García Steeman), recuerda que el sistema internacional adopta provisiones para que el refugio no se transforme en herramienta de evasión de la justicia o protección de criminales a través de mecanismos de no admisión, de extradición, de cancelación, exclusión o revocatoria del estatus de refugiado. El artículo revisa el procedimiento de determinación del estatus de refugiado y las condiciones para ello en distintos instrumentos jurídicos (estrictos y amplios), incluidos las causales de exclusión por delitos, los casos de revocatoria, expulsión y devolución y extradición. En las conclusiones resume didácticamente las distintas situaciones que dan lugar a la exclusión, cancelación, revocatoria, expulsión o devolución. La segunda contribución, *Extradición y refugio. Análisis de la vigencia y aplicación extraterritorial del Estatuto de Refugiado en casos de extradición en la República Argentina* (Sabrina Paula Vecchioni), en la Introducción señala el dilema que se plantea en los casos en que una persona que goza del estatus de refugiado es requerida en virtud del derecho penal para ser juzgada en su país de origen u otro Estado. El trabajo estudia la vigencia extraterritorial del Estatuto de Refugiado conforme los desarrollos del ACNUR, la recepción en la jurisprudencia internacional, su aplicación en otros Estados Parte del Estatuto y, en particular, en Argentina. El tercer y último aporte de este capítulo, *Los grandes desplazamientos o migraciones mixtas ¿Un desafío para los procesos de extradición? Algunas cuestiones conceptuales* (Paula M. Verner), señala que esos grandes desplazamientos se suelen llamar "migraciones mixtas" porque los flujos de personas migran por razones varias, comparten las mismas vías, son irregulares, cruzan fronteras sin autorización, generalmente sin documentación y con la ayuda -las más de las veces- de traficantes de personas. En esos casos, el derecho internacional de los derechos humanos impone a los Estados una serie de obligaciones, entre ellas, la no devolución, no expulsión y no extradición en los casos en que peligren gravemente los derechos humanos (vg. derechos la vida, a no ser sometido a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, discriminación, unidad familiar, etc.).

El *Cuarto y último Capítulo, Cuestiones vinculadas a los procesos de extradición y entrega*, consta de dos trabajos. El primero, *Vicios del procedimiento y el debido proceso en los tribunales internacionales y cortes locales* (Yamila B. Barberis), resalta cómo las normas aplicables a los procesos de extradición han ido reflejando el impacto del derecho internacional de los derechos humanos, en particular, los relativos a estándares procesales mínimos, derechos de defensa en juicio, debido proceso, juicio justo. Observa cómo el proceso de extradición que fuera en el pasado un asunto del Poder Ejecutivo de un Estado, en el que el juez se limitaba a la supervisión formalista del proceso, ha pasado debido al imperio de los derechos humanos a ser limitado en lo sustantivo y adjetivo. Revisa la autora la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de la Nación Argentina. El segundo aporte, *Entrega y Corte Penal Internacional* (Aldana Rohr y M. Benincasa Varnier) hace presente que los Estados Parte en el Estatuto de Roma han asumido una serie de obligaciones de

cooperación en materia penal, entre ellas, el deber de entrega de personas a la Corte y a la detención provisional de personas a requerimiento de la Corte. El trabajo se detiene en la Ley 26200 de implementación del Estatuto de Roma en la República Argentina y otros acuerdos de colaboración con la Corte en materia penal.

La publicación es acompañada de una reseña de los "Instrumentos Relevados" (resoluciones, informes de la Comisión de Derecho Internacional y otros documentos de la ONU, tratados bilaterales en materia de extradición suscriptos por la República Argentina, tratados multilaterales y otros instrumentos convencionales internacionales y legislación argentina) y de "Jurisprudencia" y cuasijurisprudencia internacional y regional y jurisprudencia argentina y extranjera ordenadas por entidad cronológicamente. Asimismo, agrega un listado de la rica "Bibliografía" consultada.

La obra, como buen producto de investigación, aborda las importantes facetas de la extradición en forma compacta, coherente, equilibrada en lo sustancial y en lo formal. La factura del trabajo en su integridad es excelente -como ya nos tiene habituados su Directora- por lo que, seguramente pasará a integrar la selecta bibliografía en el tema.

Zlata Drnas de Clément

PERALTA JOSÉ MILTON (Director). *Fundamentos del Derecho Penal y los delitos de cuello blanco*, 1era. Edición, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2018, 268 páginas.

Fundamentos del Derecho Penal y delitos de cuello blanco es una obra de autoría colectiva, que materializa las conclusiones de un equipo de investigación, sobre la tensión que se produce entre ciertas instituciones del moderno derecho penal económico -más precisamente los llamados delitos de cuello blanco- y algunos fundamentos del derecho penal clásico.

Así, se construye fundamentalmente sobre la perspectiva de la filosofía y la dogmática del derecho penal, conformada por 12 artículos, que, si bien individualmente no poseen homogeneidad metodológica, se advierte el predominio de un análisis de tipo normativo, dirigido a responder diferentes interrogantes que se plantean en relación a delitos que pueden -o no- caracterizarse como criminalidad de cuello blanco. De manera que la nota más característica de esta obra es este especial enfoque o perspectiva con el que los temas son abordados.

En cuanto a la organización y contenido, los artículos que conforman la obra hacen un total de 268 páginas, sin responder a un criterio de agrupación, sino a un formato de recopilación. Creemos que este modo de presentarlos es coherente con la metodología de trabajo propia de un seminario de investigación. No obstante, los autores -en la Introducción- proponen estructurar los textos en cuatro partes, según la rama del derecho a la que el tema del artículo se relaciona de modo predominante.

Esta particularidad de ser una obra de autoría colectiva y de recopilación sobre temas diversos, no permite realizar afirmaciones genéricas o efectuar un análisis global sobre el contenido jurídico de cada uno de los textos sin incurrir en omisiones o errores. Entonces, y a efectos que esta reseña dé cuenta al lector del contenido del libro, es preciso –aunque someramente– hacer referencia de modo individual a cada uno de ellos, para lo cual, utilizamos la estructura propuesta por los autores.

Así, preside el orden propuesto por los autores, el primer texto elaborado por Santiago Sánchez Gavier y María Valeria Trotti, "*Algunas cuestiones metodológicas sobre el concepto de delito de cuello blanco*", se relaciona con la teoría general del derecho atento a que los autores parten de dos premisas: la primera, que el contenido del concepto de delito de cuello blanco no es unívoco; y la segunda, es que a este tipo de ilícitos se le asocian consecuencias penales y procesales distintas a las dispuestas para los delitos comunes de la parte especial. Entonces, se propone delimitar el concepto de delitos de cuello blanco, de manera tal que el aumento de la intervención punitiva del Estado en estos casos, se encuentre justificada.

Para ello, de modo acertado, hacen extensivas las herramientas metodológicas conceptuales de la teoría general del derecho a este supuesto. Así, comienzan por explicar el concepto descriptivo de los delitos de cuello blanco, según se tengan en cuenta para definirlos, las características individuales del autor (Sutherland), o los "parecidos de familia" de esta clase de ilícitos (Green). Luego, desarrollan un concepto de tipo normativo, según se tome en cuenta el bien jurídico protegido, el sujeto pasivo, la gravedad o los fines que los participantes (juristas) tienen en miras cuando utilizan este concepto. Es precisamente este último criterio el que los autores proponen como el adecuado, ya que permite reducir el grado de incertidumbre que presenta el concepto, y, por tanto, justificar su tratamiento diferenciado.

Finalmente, los autores detallan ciertas particularidades comunes que permiten ubicar a los delitos de cuello blanco, junto a los de lesa humanidad y los cometidos con violencia de género en una categoría denominada "supra delitos". De modo que las soluciones metodológicas propuestas por los autores para la categoría de delitos económicos, pueden también aplicarse para los casos de aquellos delitos.

La segunda parte de la obra está conformada por textos que se vinculan con problemas de la parte general del derecho penal. Así, encontramos el texto "*Principios de legalidad y variación del monto de los delitos previstos en la ley penal tributaria debido a la actualización monetaria*". Su autora, Florencia Masini, trabaja uno de los temas que encontramos más interesantes para discutir y debatir. Como el propio nombre del artículo lo dice, busca profundizar el estudio de la relación existente entre el principio de legalidad penal y la variación de los montos dinerarios en los delitos tributarios como consecuencia de la actualización monetaria, analizando las distintas posturas que existen al respecto, para luego proponer, una solución alternativa.

Asimismo, en el ensayo "*¿Puede la empresa actuar penalmente?*", de Juan Ignacio Gómez Perdiguero, para abordar este interrogante, el autor analiza y confronta el argumento

individualista, según el cual la acción es exclusivamente del individuo, con el colectivista de Philip Pettit, para quien el agente colectivo puede actuar porque la acción no es controlada exclusivamente por el individuo. El autor, advierte que el problema del argumento de Pettit es que interpreta la acción colectiva desde un punto de vista físico-causal, y -a partir de allí- construye su posición para concluir -al igual que Pettit- que la persona jurídica puede actuar. Pero, en un caso concreto, para afirmar que existe control de la acción colectiva, hay que recurrir a la norma jurídica, la que indicará si la persona jurídica, reúne las condiciones normativas -penales y societarias- para hacerlo, conforme un procedimiento específico establecido.

Una tercera parte de la obra contiene los textos que se dedican al estudio de problemas de la parte especial del Derecho Penal. Encabeza esta sección, el texto "*El ilícito de apropiarse de lo que es de uno*", de Valentina Pedernera.

La autora plantea cuáles son las razones que justifican la criminalización del denominado "hurto impropio" en nuestro derecho penal y adopta la tesis que la fundamenta en la necesidad de que el Estado prohíba conductas que generen más violencia y la justicia por mano propia.

Sostenemos que el interrogante que plantea la autora es novedoso y logra explicarlo correctamente. Sin embargo, nos demandó pensar, con cierto esfuerzo, la relación del tema con el título de la obra y el resto de los textos. Quizás, al lector le suceda lo mismo, pero se debe tener en cuenta que la obra colectiva es fruto de una investigación hecha por los y las distintos/as autores/as, y que de la lectura completa de la obra podemos encontrar conexión entre uno y otro texto que de una u otra forma se complementan.

Continúa el libro, con el texto sobre "*Administración fraudulenta en gestiones sucesivas*", el que consideramos uno de los más novedosos. Daniela Pereyra e Ignacio Ruiz Moreno establecen los distintos fundamentos que podemos tomar sobre si es posible que un administrador de capitales ajenos pueda ser responsable penalmente por los daños causados luego de finalizada su gestión, como así también, si debe o no, responder el administrador cuyo mandato se encuentra en curso. Para explicar esto, toman como base un caso inspirador, y es en este punto, según creemos, que se encuentra el mayor atractivo de la investigación. El caso inspirador es la denominada "causa por dólar futuro", tema del que mucho se ha hablado en nuestro país, y que creemos más que interesante para aquella persona que estudia el derecho penal económico.

El texto siguiente es "*Algunas consideraciones sobre interpretación de la tentativa de estafa procesal*", de Candela Englert y Lucía Troncoso. Las autoras utilizan como herramienta el modelo de interpretación de Guastini, para mostrar que, en nuestro país, los jueces tienen dos criterios de interpretación diferentes respecto del momento en el que se debe comenzar a contar el plazo de prescripción de la acción penal en el ilícito de tentativa de estafa procesal. Englert/Troncoso sostienen que ambas formas de interpretación son incorrectas. Ello porque la "interpretación sobre la prejudicialidad penal", si bien es correcta porque respeta el ordenamiento jurídico de fondo, es poco justa porque acota la vigencia de la acción penal, solución que no es coherente con las características propias de un delito de cuello blanco, según el concepto de Sutherland adoptado por las autoras. La otra

interpretación, denominada "construcción jurídica del desistimiento de la acción", es la postura que adopta el Superior Tribunal Provincial de Córdoba, y si bien brinda una respuesta acorde a esta categoría de delitos porque mantiene la vigencia de la acción penal, viola el principio de legalidad penal al recurrir a una analogía *in malam partem*. Luego de exponer las desventajas que poseen estos dos modos de interpretación adoptados por los tribunales, proponen una solución legislativa, mediante la inclusión en la ley penal de fondo de un tipo penal que regule particularmente esta conducta.

El texto que le sigue, "*Criminal compliance: alcances y límites de la responsabilidad penal del compliance officer*", de Daniela Domeniconi y Clarisa Castellano, es otro de los textos que creemos novedoso. Para quienes aún no se encuentran interiorizados con la figura del *compliance officer* u oficial de cumplimiento (en español), las autoras explican que *compliance* es una función independiente que identifica, asesora, alerta, monitorea y reporta los riesgos de cumplimiento en las organizaciones, siendo el oficial de cumplimiento quien tiene la función de control externo y la prevención de la criminalidad económica dentro de las empresas. La relevancia que toma el concepto *criminal compliance* en el derecho penal económico, se debe a que no se encuentra delimitado su objeto de investigación ni su alcance. Luego de explicar las autoras los conceptos básicos, analizarán de manera normativa la problemática que se presenta sobre la responsabilidad penal del *compliance officer* y darán paso al debate sobre la posición de garante, la autoría y la participación.

En octavo lugar, se encuentra el texto sobre "*Patrimonio y delitos de cuello blanco*", de Alejandra Verde. La autora opina que, desde un punto de vista jurídico, para conceptualizar a un delito de cuello blanco es necesario exigir: que se trate de una conducta penalmente ilícita, que los sujetos activos posean las características referidas por Sutherland, y que éstos, se encuentren motivados por razones económicas (de contenido patrimonial). Entonces, deriva que el concepto de patrimonio es central en estos casos. Pero observa que dicho concepto no ha sido objeto de un análisis riguroso en la dogmática penal argentina. En razón de ello, la autora expone algunas nociones de patrimonio elaboradas por la dogmática alemana, especialmente cuando es considerado como bien jurídico. En orden a ese objetivo, desarrolla de modo pormenorizado cuatro concepciones penales del patrimonio: la jurídica, la económica, la mixta (económica-jurídica) y la personal. Esta última, acuñada por Bockelmann, se presenta -en términos de la autora- como una posición superadora, debido a que permite disipar las críticas de las otras concepciones, y porque, también, permite englobar en la categoría "delito patrimonial" a ciertos delitos de cuello blanco, sin tener que recurrir a la creación de nuevas categorías como "delito financiero". Es sabido que las consecuencias prácticas de conceptualizar el patrimonio en derecho penal no culminan con definir qué conductas quedan atrapadas en el tipo penal, sino que la manera de concebir el patrimonio, y el daño patrimonial, pueden ser relevantes para determinar el momento consumativo del delito. En este contexto, creemos que este artículo también puede generar aportes a la parte general del derecho penal.

En el siguiente texto, "*Algunas consideraciones sobre la regulación de la corrupción pública y privada*", su autora, Lucía Solavagione, también hace referencia a la doctrina alemana y a los conceptos de patrimonio expresados en el texto precedente, pero con la

finalidad de abordar el castigo penal de la corrupción pública y privada. Así, el texto analiza y compara los delitos de peculado (legislado solo en nuestro país en el artículo 261 del CPA), de cohecho en el tráfico comercial (regulado en el 299 del StGB alemán) y el de administración infiel (regulado en los ordenamientos de ambos países, en el 266 del StGB y 173 inciso 7° del CPA). Ello con el objetivo de postular que la figura de administración infiel que ambos países tienen regulada no parece conveniente extenderla, en Alemania, para punir la corrupción en el ámbito público, y en Argentina, para la corrupción privada; porque el fundamento del castigo de la administración infiel con las otras figuras es diferente.

El texto que ocupa el décimo lugar, que se titula "*Clase de argumentos sobre la criminalización del blanqueo de capitales*", es de Maximiliano Vargas. En este trabajo, el autor confiesa que su objetivo es ordenar los diferentes argumentos que se esgrimen en los debates acerca de la criminalización del blanqueo de capitales. En efecto, trabaja sobre los desacuerdos que se presentan entre ellos, para lo que utiliza la lógica como recurso principal. Podemos adelantar que Vargas no sólo logra su cometido, sino que lo hace en una combinación armónica de longitud, claridad y elocuencia. También, en consonancia con los objetivos de la obra, toma en consideración la existencia del principio de lesividad, por el cual solo está permitida la criminalización de conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos. En efecto, se focaliza en los argumentos de tipo consecuencialista, es decir, los que consideran que el derecho penal debe alcanzar el blanqueo de capitales porque genera un daño a ciertos intereses. Sin embargo, al mismo tiempo, alerta sobre cuáles son los fundamentos que escapan a este esquema tradicional, transformándose en deontológicos, lo que implica asumir, que el blanqueo de capitales debe estar prohibido porque está mal en sí mismo que los delincuentes puedan usar impunemente el dinero adquirido ilícitamente, o porque es inmoral ayudar a los criminales a "agotar" un delito preexistente consumado. Este texto se presenta, entonces, como una herramienta útil para tamizar los razonamientos que el lector elabore sobre esta clase de delitos.

Así, llegamos al último texto de esta tercera sección: "*¿Es la libre competencia comercial un bien jurídico colectivo que merezca protección penal?*", de Bruno Rusca. Adelantamos la respuesta negativa del autor a este interrogante. Según refiere, en ocasiones, bajo la creación artificial de bienes jurídicos colectivos se justifica la criminalización de conductas inocuas, en evidente contradicción al principio de lesividad. En este contexto, el autor proporciona inicialmente ciertos parámetros para determinar en qué casos se puede fundar la protección de un bien jurídico supra individual. Estos son, por una parte, la característica de la indivisibilidad de los bienes colectivos, es decir, la imposibilidad de dividirlos en partes y atribuírselo a los individuos como porciones. A ello agrega -siguiendo a Greco- que ese interés indivisible, pueda ser lesionado de un modo significativo (en virtud del principio de insignificancia -*a contrario sensu*-). Esto último sólo puede predicarse de los bienes colectivos que son susceptibles de una agresión directa, esto es, sin que medie una afectación de un bien jurídico individual (p. ej., el medio ambiente, o la administración pública); de lo contrario, carecen de un disvalor autónomo, y en consecuencia protección penal.

Luego, Rusca utiliza sus propios criterios para concluir que la libre competencia comercial no es, en rigor de verdad, un bien jurídico colectivo que merezca protección penal.

Para ello, demuestra que, en todos los casos de afectación a este bien jurídico, la lesión se produce de modo indirecto, atento que presupone la afectación de intereses individuales (p.ej., en el caso de la libre competencia, a través del perjuicio a la propiedad de los consumidores o al interés patrimonial de la empresa discriminada). El autor no solo ejecuta acabadamente sus objetivos, sino que avanza al afirmar que, en esta tesitura, la salud pública, la seguridad pública y la seguridad vial tampoco constituyen bienes colectivos merecedores de protección penal, instando a su revisión.

Finalmente, en la cuarta y última parte se encuentra el ensayo "*Concepciones del derecho a no autoincriminarse y criminalidad de cuello blanco*", de José Milton Peralta, que aborda un problema procesal del derecho penal. El autor refiere que el derecho constitucional a no autoincriminarse puede ser interpretado de dos maneras. Por una parte, la tesis "amplia" entiende que este principio prohíbe que el acusado pueda ser obligado a prestar cualquier colaboración activa en el proceso penal, mientras que la tesis "restringida", por el contrario, sólo prohíbe que el acusado se confiese culpable. Peralta analiza los argumentos políticos o morales que subyacen a cada postura y sus riesgos. Si bien no toma posición por ninguna de ellas, admite que, para el caso de los delitos de cuello blanco, la distinción entre las dos posturas tiene relevancia práctica. Ello porque en estos delitos, la prueba documental tiene especial relevancia, de modo que adoptar una postura restringida, permite al Estado un ámbito de acción más vasto. Es aquí donde reside la agudeza del ensayo porque despeja los riegos de la postura restringida, al demostrar que estos se pueden predicar de la declaración oral del imputado, pero no -por ejemplo- de la entrega de prueba documental, o la conformación de cuerpos de escritura.

De esta aproximación efectuada sobre los textos que componen la obra, se advierten como aciertos, que logra abordar los temas desde la óptica estrictamente de las ciencias jurídicas, es decir, supera la tentación de inmiscuirse en el terreno de la sociología o la criminología; que focalizan el estudio de estos delitos desde la perspectiva del individuo o su rol, de allí el origen del nombre "delitos de cuello blanco". Asimismo, es posible destacar que acerca al lector un amplio catálogo de bibliografía. También se advierte una profundización armónica en el estudio de cada uno de los temas presentados, los que son expuestos mediante una redacción coherente, clara y asequible a cualquier clase de lector, pese a la complejidad o abstracción que caracterizan a los análisis de este estilo.

En síntesis, el lector no encontrará en este libro un manual que enseñe de manera descriptiva derecho penal económico o delitos de cuello blanco. De hecho, predomina en los textos un análisis de *lege ferenda*, independiente de las leyes vigentes. Ya adelantamos que es precisamente ésta la nota característica u original de la obra. Así, el abordaje de la criminalidad de cuello blanco desde la perspectiva de la dogmática penal y la filosofía constituye, sin lugar a dudas, el aporte central del libro. Todo ello la convierte en una obra de lectura complementaria de gran valor y utilidad científica, para quienes están interesados en el estudio y profundización de esta clase especial de delitos y problemáticas contemporáneas.

Gisela Jamardo y Paula Reale

SCOTTI, Luciana B. - GODIO, Leopoldo A. *Anuario, Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, Tomo 4 (2017), IJ Editores, Buenos Aires, 2018, 449 páginas.

La *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración (RIDII)* es una publicación *Semestral* que permite una actualización constante sobre los diversos temas de Derecho Internacional Privado, Público y de la Integración.

Tal como la propia editorial lo señala, la *Revista* se ocupa del estudio y análisis de problemas internacionales y su debate mediante la colaboración de trabajos elaborados por investigadores, docentes, profesionales y estudiantes que se reflejan en artículos, selección de decisiones judiciales y sus comentarios, así como legislación acorde a la especialidad. Cuenta con un Consejo Académico, integrado por profesores de reconocido desempeño en el ámbito universitario y un Comité de Redacción integrado por docentes y estudiantes de grado y posgrado que colaboran en la edición de cada número de la *Revista*.

El contenido de la *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración* se estructura en todos sus tomos en tres secciones: a) Derecho Internacional Privado; b) Derecho Internacional Público; c) Derecho de la Integración.

Cada una de ellas cuenta con una sección de Doctrina, Comentarios a jurisprudencia, Fallos de interés y, según el caso, novedades normativas.

El contenido de la obra está dirigido a especialistas, investigadores, estudiantes de grado y posgrado interesados en la especialidad, profesionales que se desempeñan en y ante agencias gubernamentales nacionales, provinciales o municipales (incluyendo el poder judicial), ONGs con componentes de alcance internacional, medios de comunicación y otros ámbitos relacionados con las relaciones internacionales, comercio internacional, cooperación, diplomacia, seguridad internacional, entre otros. Recibe aportes, preferentemente, en español y portugués.

El Tomo que comentamos (T.4-2017) incluye en la Sección Derecho Internacional Privado los siguientes trabajos: *La extraterritorialidad del derecho y su fundamento: una mirada desde sus comienzos* (Leandro Baltar), *La extraterritorialidad y el derecho a la privacidad en la era ciberespacial* (Laura Coronado Contreras), *La superposición de responsabilidad y extracontractual en Derecho internacional privado. Una posible solución* (Claudia Madrid Martínez), *La adopción internacional. Dicotomía entre una familia y el tráfico de menores* (María Elisa Simunovich), *Hacia una nueva Convención que profundice a nivel interamericano la cooperación jurisdiccional de mero trámite, probatoria y cautelar* (Eduardo Tellechea Bergman).

La Sección Derecho Internacional Público, recepta los artículos señalados a continuación: *Wikileaks, Assange y el futuro del asilo diplomático* (Ricardo Arredondo), *Configuración y rol de los principios equitativos en la delimitación de las fronteras marítimas. Consideraciones en torno a la sentencia de la CIJ en el Diferendo marítimo entre Perú y Chile* (José Enrique Briceño Berrú), *Formas de aceptación de la jurisdicción internacional. Forum prorogatum, ¿un caso universal frente a la fragmentación institucional?* (Laura Denise Jaroslavsky Consoli), *Análisis e interpretación de la Convención de Nootka Sound y su aplicación a las Islas Malvinas* (Facundo D. Rodríguez).

La Sección Derecho de la Integración está conformada por: *La situación de Venezuela ante las normas y valores democráticos de la OEA, UNASUR y MERCOSUR* (Juan Manuel Rivero Godoy) y *El TJUE como jurisdicción internacional. Desarrollos y desafíos a la luz del caso Dictamen 2/15* (Francisco Sáez Zamora).

Todos los trabajos reúnen alta calidad académica y constituyen un valioso aporte a las respectivas disciplinas, esfuerzo especialmente valorable de los directores y contribuyentes, atento el escaso número de publicaciones periódicas en el área del derecho internacional y el derecho de la integración que salen a la luz en Argentina.

Zlata Drnas de Clément

TANZI, Attila M. *Derecho internacional. Una introducción*, Astrea - G. Giappichelli Editore, Buenos Aires, 2019, 216 páginas.

La reciente aparición de la obra en español titulada *Derecho Internacional. Una introducción* del prestigioso especialista italiano Attila M. Tanzi constituye una ocasión para celebrar. El libro es una síntesis muy bien elaborada, pero también reflexiva del autor, que no apunta a describir y explicar el derecho internacional público, sino a proporcionar una comprensión de esta rama jurídica sin omitir dos motivaciones subyacentes presentes en cada idea desarrollada: ocuparse del "porqué" y del "como", antes que del "que".

Apenas se advierte el índice, es posible identificar una secuencia ordenada en siete capítulos que invitan a responder: ¿qué es el derecho internacional?, ¿quiénes son sus generadores y destinatarios?, ¿en qué consiste la elaboración y modificación de las reglas internacionales?, ¿cuáles son las motivaciones para que los sujetos observen su cumplimiento?, ¿qué se entiende por controversia internacional, y cómo se soluciona? El autor razona con claridad y método, sin perder el equilibrio entre la creatividad y la rigurosidad necesaria para revelar sus ideas¹.

El mérito que acabamos de señalar es producto de la solvencia intelectual de Tanzi, quien posee una extensa y reconocida trayectoria profesional y académica en Europa -y que además cuenta con una "casa académica" en la sede de la Universidad de Bologna en Buenos Aires- además de ser autor de importantes libros, capítulos de libros y artículos de la especialidad en italiano, inglés y español. Nuestra afirmación no es infundada, ya que es posible advertir una constante evolución de sus ideas, que transmite con coherencia y maestría, tal como cuando reflexiona que "(...) *la evolución del derecho internacional (...) está caracterizada por Estados que aceptan restricciones sobre su soberanía a cambio de*

¹Para una mayor referencia sobre el contenido de los distintos capítulos del libro, que en esencia se respetan, ver una reseña del año 2017 para el texto del mismo autor, en inglés, en: GODIO, Leopoldo M. A. - VÁZQUEZ, Agustina N., en coautoría con Agustina N. Vázquez) "TANZI, Attila M., *International Law: A concise introduction*, Bonomo-Wouters Kluwe, Bologna, Italia, 2017, 201 páginas", *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de la República, N° 43, julio-diciembre 2017, pp. 329-331.

beneficios comparables" y advierte luego, con realismo, que *"Los Estados cumplen silenciosamente con la gran mayoría de las obligaciones internacionales todos los días (...) como algo completamente natural"* y así lograr explicar la aparente contradicción en que incurren los Estados al violar normas creadas por ellos mismos, como consecuencia de ampliación de las materias abarcadas por el derecho internacional y la necesidad de una mayor coordinación administrativa interna a nivel ministerial, tal como ocurre con el derecho internacional del medio ambiente.

Finalmente, es necesario señalar que Attila M. Tanzi se preocupó especialmente por incluir la referencia de prestigiosos autores de nuestras latitudes, manteniendo una distribución geográfica en cuanto a la procedencia de las fuentes citadas y a la necesidad de recurrir a la histórica autoridad de los clásicos, sin perder la posibilidad de utilizar autores contemporáneos para tratar los desafíos actuales del derecho internacional.

Por estas razones es necesario darle la bienvenida a una seria obra en español que posee particularidades propias, distintas a los textos que habitualmente encontramos los estudiosos, ya que el Profesor Tanzi desarrolla sus ideas personales y eso no es fácil de encontrar en nuestra especialidad. En otras palabras, Tanzi logra escapar al libreto de los profesores que repiten ideas clásicas de manual y consigue asombrar al lector, sin importar si se trata de un novel o un experimentado.

Como aspecto pendiente, sólo puede lamentarse que el objetivo del autor sea brindar un conciso panorama de los pilares de la especialidad. Nuestro deseo es que en un futuro extienda sus reflexiones a otros asuntos que dominan las preocupaciones del derecho internacional. Por lo pronto, sólo podremos contentarnos con sus originales ideas en español y eso ya es mucho más que suficiente.

Leopoldo M. A. Godio

Se terminó de imprimir en noviembre de 2019 en
EDICIONES LERNER SRL
Simón Bolívar Nº 312 C.P. 5000
Córdoba - República Argentina