

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA
FACULTAD DE DERECHO
Córdoba - Argentina



REVISTA DE LA FACULTAD

Vol. XI • Nº 2 • NUEVA SERIE II (2020)

ISSN 1850-9371



* Edición Digital

*Incorporada a LATINDEX (Índice Latinoamericano de Publicaciones Científicas Seriadas) (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)

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

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

PROSECRETARIO DE GRADUADOS

Juan Alberto DÍAZ

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

DIRECTOR

Esteban LLAMOSAS

COORDINADORA ACADÉMICA

María Alejandra STICCA

COORDINADORA DE EXTENSIÓN

María Cristina DI PIETRO

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

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

DOCENTES AUXILIARES

TITULARES

*Laura M. Echenique
Eduardo Valdés
Mariano Pelliza Palmes*

SUPLENTES

*Marcelo Jaime
Silvia Díaz
María Fernanda Cocco*

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

ÍNDICE

Reglamento de la Revista - Normas editorialesXI

DOCTRINA E INVESTIGACIÓN

**SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA Y EL RESPETO
A LAS LIBERTADES INDIVIDUALES EN EL MARCO DE LA COVID-19**
*ON THE PROTECTION OF PUBLIC HEALTH AND RESPECT FOR
INDIVIDUAL FREEDOMS IN THE FRAMEWORK OF COVID-19*
Juan Manuel Faramiñán Gilbert1

**LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y CONSULAR EN LA UNIÓN EUROPEA:
¿UN DERECHO CON PERSPECTIVAS DE DESARROLLO Y EVOLUCIÓN?**
*DIPLOMATIC AND CONSULAR PROTECTION IN THE EUROPEAN UNION:
A RIGHT WITH PROSPECTS FOR DEVELOPMENT AND EVOLUTION?*
Pablo César Mortarotti11

**LA VIOLENCIA PATRIMONIAL CONTRA LA MUJER EN BRASIL:
SU RECONOCIMIENTO Y APLICACIÓN**
*ECONOMIC VIOLENCE TOWARDS WOMEN IN BRAZIL: ITS
ACKNOWLEDGEMENT AND APPLICATION*
Maria Carolina Nogueira Nomura Santiago45

**ILEGALIDAD DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE NIÑAS,
NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA**
*ILLEGALITY OF THE DEPRIVATION OF LIBERTY OF CHILDREN
AND ADOLESCENTS IN THE PROVINCE OF CÓRDOBA*
Alejandro Berrotarán- Juan Bautista López67

PENSAR EL DERECHO: EL MÉTODO DE CASOS ALEMÁN
THINKING THE LAW: THE GERMAN CASE LAW
Anna Richter81

LA JUSTICIA EN LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO Y LA INFORMACIÓN
JUSTICE IN THE KNOWLEDGE AND INFORMATION SOCIETY
Mariángel Rodríguez Rosano103

RECURSOS EDUCATIVOS ABIERTOS PARA TRABAJAR EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR Y LOS DERECHOS DE AUTOR <i>EDUCATIONAL RESOURCES OPEN TO WORK IN HIGHER EDUCATION AND COPYRIGHT</i> <i>Lucrecia Aboslaiman</i>	127
LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA EN EL CICLO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA DEFENSA NACIONAL (1948-1962) <i>THE ARGENTINIAN NATIONAL SUPREME COURT OF JUSTICE IN THE CYCLE OF THE NATIONAL DEFENSE CONSTITUTION (1948-1962)</i> <i>Gerardo Tripolone</i>	139
EL PODER EJECUTIVO, LA POTESTAD DISCIPLINARIA Y EL PLAZO RAZONABLE: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DOCTRINA DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY DE EMPLEO PÚBLICO <i>THE EXECUTIVE BRANCH, THE DISCIPLINARY POWER AND THE REASONABLE TERM: A CRITICAL ANALYSIS OF THE DOCTRINE OF THE SOLICITOR OF THE TREASURE OF THE NATION ON THE UNCONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 38 OF THE PUBLIC EMPLOYMENT LAW</i> <i>Ramiro Manuel Fihman</i>	171
EL CONTRATO DE USO DE PLATAFORMA DIGITAL: LA ESTRUCTURA JURÍDICA DE LOS MODELOS DE NEGOCIO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA <i>THE DIGITAL PLATFORM USAGE AGREEMENT: THE LEGAL STRUCTURE OF THE BUSINESS MODELS OF COLLABORATIVE ECONOMY</i> <i>Leonardo David Balduzzi</i>	207
LA MEJORA ESTRICTA: MEDIO PARA UNA MAYOR LIBERTAD DE TESTAR <i>STRICT IMPROVEMENT: MEDIUM FOR GREATER TESTAMENTARY FREEDOM</i> <i>Juan Bautista Fos Medina</i>	231
LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA SEGÚN LA PERSPECTIVA DEL FUNCIONALISMO RADICAL: ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS OBJECIONES FORMULADAS POR OMAR PALERMO AL ENFOQUE DE GÜNTHER JAKOBS <i>THE SYSTEMATIC LOCATION OF SELF-DEFENSE ACCORDING TO THE PERSPECTIVE OF RADICAL FUNCTIONALISM: CRITICAL ANALYSIS OF THE OBJECTIONS FORMULATED BY OMAR PALERMO TO THE APPROACH OF GÜNTHER JAKOBS</i> <i>María Florencia Caminos Garay</i>	281

JURISPRUDENCIA

LA ACTIVIDAD MINERA Y LOS PASIVOS AMBIENTALES

MINING ACTIVITY AND ENVIRONMENTAL LIABILITIES

Georgina Doroni 311

CRÓNICAS E INFORMACIONES

Palabras del Señor Decano de la Facultad de Derecho: La Facultad de Derecho y la pandemia. Virtualización de la enseñanza del Derecho:

Un proceso complejo, paradójico y épico 333

Formación académica 338

Formación en posgrado 339

Actividades en investigación 343

Actividades de extensión y relaciones internacionales 347

Actividades para graduados 349

RECENSIONES

ABAD CASTELOS, Montserrat. *¿Es posible combatir el terrorismo yihadista a través de la justicia? El retorno de los combatientes del Estado Islámico tras sus crímenes*, Bosch Editor, Barcelona, 2019, 397 páginas.

Cesáreo Gutiérrez Espada 355

ANDRUET, Armando S. (h.) (Dir.) *Consecuencias jurídicas, institucionales, ambientales y sociales de la pandemia de COVID-19*, Thomson Reuters-La Ley. Buenos Aires, 2020, 254 páginas.

SR 357

BREWER-CARÍAS, Allan R. - ROMERO MUCI, Humberto (Coords.) *ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE LA PANDEMIA DEL COVID-19*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Colección Estudios N° 123, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas, 2020, 762 páginas.

SR 359

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. *Los paradigmas ideológicos y la concepción del Derecho internacional*, Editorial Advocatus, Córdoba, mayo 2020, 171 páginas.

Andrea Lucas Garin 361

MACEDO SOARES, Luiz Filipe de (ed.), *A World Free of Nuclear Weapons: Is it Possible? Is it Desirable? How could it be Achieved?* OPANAL, 2017, 229 páginas.

Juan Manuel Portilla Gómez 366

PALACIOS, Agustina - FERNANDEZ, Silvia - IGLESIAS, María Graciela. *Situaciones de discapacidad y derechos humanos*, Thomson Reuters-LA LEY, Ciudad de Buenos Aires, 2020, 830 páginas.
Carla Saad 368

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 25 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. Durante la COVID-19 los trabajos en dos copias (con y sin referencia al autor) pueden enviarse por mail a las siguientes direcciones: revistafacultad@derecho.unc.edu.ar y facultadrevista@yahoo.com.ar (se sugiere cerciorarse de la recepción del envío).

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, pertenencia institucional, 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: “111. *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 irán antes del signo de puntuación y 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/de 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. 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 (durante la pandemia de la COVID-19 se imprimirá sólo en formato digital).

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 en la solapa "Publicaciones").

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.

SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA Y EL RESPETO A LAS LIBERTADES INDIVIDUALES EN EL MARCO DE LA COVID-19*

ON THE PROTECTION OF PUBLIC HEALTH AND RESPECT FOR
INDIVIDUAL FREEDOMS IN THE FRAMEWORK OF COVID-19

*Juan Manuel de Faramiñán Gilbert***

Resumen: El trabajo describe la enfermedad denominada COVID-19, las medidas adoptadas por los gobiernos y se cuestiona sobre los límites de las mismas en función de la defensa de los derechos humanos que con tanto esfuerzo las sociedades lograron consagrar.

Palabras-clave: COVID-19 - Medidas sanitarias - Consecuencias económicas y sociales - Derechos a salvaguardar.

Abstract: The work describes the disease called COVID-19, the measures adopted by the governments and questions about their limits based on the defense of human rights that societies managed to establish with so much effort.

Keywords: COVID-19 - Sanitary measures - Economic and social consequences - Rights to safeguard.

Sumario: I. La COVID-19. II. Medidas de Protección. III. La desescalada. IV. Futuro y Libertades.

* Trabajo recibido el 18 de junio de 2020 y aprobado para su publicación el 15 de julio del mismo año.

** Doctor en Derecho (Universidad de Granada-España). Catedrático (*Emeritus Professor*) de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Jaén-España. Titular de la Cátedra Jean Monnet Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Director del Observatorio de la Globalización de la Universidad de Jaén. Director Internacional de la Red de Universidades Latinoamericanas y del Caribe. Miembro del Capítulo Español del Club de Roma. Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya en el panel especializado de árbitros establecido de conformidad con las reglas opcionales para el arbitraje de controversias relacionadas con actividades en el espacio ultraterrestre (desde julio de 2019) (contacto: jmfarami@ujaen.es).

I. La COVID-19

A finales del año 2019 y comienzos del 2020, la comunidad internacional se ha visto convulsionada por el desencadenamiento de una pandemia provocada por el contagio sumamente infeccioso y masivo del coronavirus (COVID-19) y rápidamente globalizada a nivel mundial.

Se trata de un virus que pertenece a la familia de los *Coronaviridae* relacionado con el SARS-CoV-2 y enfermedades víricas como el zika o el ébola y su apelativo se debe al parecido que el virus presenta en su parte exterior con la corona solar. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha propuesto el acrónimo de COVID-19, en el que une los términos ingleses de virus (COroNAVirus) y enfermedad (Disease), junto a la cifra 19 por haberse detectado a finales de 2019 en la ciudad de Wuhan (provincia de Hubei) en China. Por lo que el acrónimo señalado podría traducirse como “enfermedad producida por el coronavirus”.

En los primeros días de enero de 2020 la OMS la definió como “enfermedad respiratoria aguda provocada por 2019-nCoV” (es decir: 2019-novel CoronaVirus) hasta que finalmente, en el mes de febrero, se le denominó “*novel coronavirus named ‘Covid19’: WHO*”.

Por las informaciones suministradas por el Centro Chino para el Control y Prevención de Enfermedades (CCDC), los primeros síntomas de neumonía se detectaron en trabajadores del mercado de Wuhan en diciembre de 2019, lo que permitió que los científicos chinos pudiesen aislar el virus y secuenciar su genoma, estando en condiciones de enviar estos datos a la OMS en enero de 2020. El informe indicaba que las causas de la neumonía no se habían producido por infecciones similares, tales como el SARS, o el MERS, o la gripe, o la gripe aviar, o cualquiera de las otras enfermedades respiratorias conocidas y que, aunque en los primeros días se manifestaba con síntomas parecidos a una gripe común, en realidad se trataba de una mutación y de una enfermedad nueva.

Según la Revista *Nature Medicine* (abril 2020, vol. 26, 450-455), se trata de una enfermedad de origen zoonótico, debido a que probablemente habría pasado de un huésped animal (podría ser un murciélago) a un ser humano. No obstante, también se han elevado voces que consideran que puede tratarse de un virus de diseño que se hubiese escapado del laboratorio de microbiología del Instituto de Virología de Wuhan, donde el equipo dirigido por Shi Zhongli fue el primero en identificar la secuencia genética del nuevo coronavirus (2019-nCoV).

Dado que por el momento no se conoce un tratamiento efectivo contra esta enfermedad, la OMS ha recomendado ir avanzando a través de ensayos aleatorios hasta que se logre descubrir una vacuna contra el virus.

Como consecuencia de que esta enfermedad presenta una tasa de letalidad muy alta y que la pandemia se ha extendido a todas las regiones del planeta, los organismos oficiales y los Estados han determinado medidas de confinamiento para

evitar la propagación de los contagios, lo que ha dado lugar a métodos de prevención como la cuarentena de 14 días, el aislamiento y distanciamiento corporal, el uso de mascarillas o el fomento de la higiene personal intensiva.

II. Medidas de protección

La medida de protección más efectiva y rápida es la “cuarentena” que por razones sanitarias implica un aislamiento preventivo, al que se somete durante un cierto tiempo a personas o animales, por considerar que puedan estar infectados por un virus contagioso o para evitar que se contagien. La pregunta que ha surgido, en cuanto los gobiernos tanto europeos como mundiales han dispuesto la cuarentena, ha sido la de conocer la duración de la misma. En principio, podría parecer que deben ser cuarenta días, pero se ha indicado que no deberían ser más de catorce días de confinamiento obligatorio, que las instituciones sanitarias consideran suficiente. La duración de cuarenta días proviene del que en el siglo XIV se impuso durante la “peste negra” y el periodo cuarentena encuentra su inspiración en el número de días que se aisló Jesús de Nazareth en el desierto.

Siguiendo estos criterios, frente a la pandemia se han impuesto dos modelos: por una parte, la cuarentena de catorce días en hospitales o recintos montados o adaptados al efecto para los afectados o los posibles portadores del virus y, por otra, el confinamiento en sus hogares para el resto de la población. Este confinamiento se ha planteado a través de la adopción, por parte del Gobierno, del “estado de alarma” que se ha ido ampliando, de quince en quince días, hasta superar dos meses de confinamiento total, a partir del cual y según la evolución de la pandemia, se puede pasar a las fases de desescalada.

La base jurídica para adoptar el “estado de alarma” se apoya en el artículo 116 de la Constitución Española de 1978 en el que se indica que “una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes”. El Gobierno, por medio del Real Decreto 463/2020 que entró en vigor el 15 de marzo, declaró la aplicación de estas medidas excepcionales con el fin de paliar los daños del coronavirus por un periodo de quince días prorrogables, pero en este caso, con el acuerdo del Congreso. Las autoridades competentes para el ejercicio de estas funciones excepcionales son el presidente del Gobierno y los ministros de Sanidad, Defensa, Interior y Transportes. Por su parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981, que regula los estados de alarma, excepción y sitio y faculta al Gobierno para asumir estas restricciones, en parte o en todo el territorio nacional, siempre que se produzcan alteraciones graves a la normalidad, tales como catástrofes, terremotos, inundaciones, crisis sanitarias como epidemias o situaciones graves de contaminación.

Sin embargo, el estado de alarma no debe presuponer efecto alguno sobre la vigencia de los derechos fundamentales, aunque, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la ley orgánica 4/1981, es posible que de manera excepcional y li-

mitada temporalmente se restrinjan algunas libertades, limitando la circulación o permanencia de personas o vehículos en determinados lugares o en determinadas horas, llevando a cabo requisas temporales de bienes, imponiendo prestaciones personales obligatorias, ocupando transitoriamente industrias o explotaciones, racionando el consumo de artículos de primera necesidad o imponiendo órdenes específicas para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos.

Siguiendo estos criterios, el Real Decreto 463/2020 estableció como consecuencia del estado de alerta: el confinamiento de la población, las limitaciones de tránsito de la ciudadanía marcado por la distancia de sus hogares de residencia habitual, con la excepción de acudir al trabajo o a urgencias de primera necesidad o proveerse de la adquisición de alimentos y productos farmacéuticos o acudir a entidades financieras. El debido cumplimiento de estas medidas se controla por los integrantes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y los casos de incumplimiento se multan como infracciones a la normativa vigente de confinamiento.

Todo ello implicó la suspensión de las actividades docentes en todos sus niveles, la clausura de bares y hoteles, discotecas e instalaciones deportivas, actividades de carácter cultural, como teatros o cines y fiestas populares, desfiles o manifestaciones que pudiesen generar aglomeraciones. En los casos en los que se ha permitido la salida con carácter de excepcionalidad para acudir a la compra o a servicios esenciales, se determina acudir con mascarillas y guantes y respetar la distancia de seguridad de más o menos un metro.

Sin duda, estas medidas de protección resultan aceptables y comprensibles en la lucha contra la propagación del virus y con la voluntad de evitar los contagios, pero, también hay que señalar que deberán tener un carácter temporal y de excepcionalidad, sobre todo en casos como la geolocalización a través de los móviles o la discriminación por materia de edad o sexo. Tengamos en cuenta que en unas recientes investigaciones de las universidades de Zaragoza y de Carlos III de Madrid, el Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT) y la Fundación ISI italiana, han llegado a la conclusión de que el confinamiento y el distanciamiento social no resuelven todos los problemas, si estas medidas no se complementan con la realización de pruebas de diagnóstico a gran escala, determinando el aislamiento de personas con síntomas y el rastreo inteligente de sus contactos (*COVID-19 Social Distancing Strategies*).

III. La desescalada

La desescalada es la etapa de transición que comienza una vez que se entiende que se ha doblado la curva de transmisión del virus y se intenta alcanzar la normalidad de una manera controlada con la idea de evitar un rebrote de la pandemia. Ello supone un proceso de desescalamiento, a través de medidas en las que se valore cada paso dado antes de emprender el siguiente, para lo cual se hace imprescin-

dible un estudio de la seroprevalencia con el fin de evaluar a la población con una radiografía global que permita conocer qué porcentaje ha superado la enfermedad.

En un estudio realizado por los epidemiólogos Joel López y Oriol Mitjà (*“Control epidemiológico COVID-19” / Adaptado del Plan de Andorra / 03/04/2020*) se considera que, dentro de un futuro escenario probable, la transmisión del SARS-CoV-2 no se podrá eliminar a corto plazo, por lo que prevé que se originen brotes recurrentes. Por ello, se proponen cuatro pilares sobre los que debería sustentarse la desescalada: 1) Un desconfinamiento secuencial, según el cual sería necesario monitorizar a la población de riesgo manteniendo la reclusión en sus hogares y se permitiría salir a la población más joven y sana; 2) Una evaluación de la inmunidad, mediante pruebas rápidas serológicas para medir los anticuerpos a los que se les conceda un “certificado de inmunidad”; 3) La detección precoz de nuevos casos y seguimientos de sus contactos para detectar posibles focos de futuras infecciones, para lo que se recomienda pruebas rápidas de antígeno o PCR (reacción en cadena de la polimerasa/*Polymerase Chain Reaction*); y 4) Medidas de confinamiento focalizadas, en las llamadas “zonas calientes” que implicarían, en el caso del surgimiento de un brote preocupante, confinamientos parciales en zonas geográficas determinadas.

Como puede deducirse de las medidas señaladas, si bien se encuentran temporalmente justificadas en la realización de un esfuerzo por proteger la salud de la ciudadanía, también, hay que reconocerlo, presentan un delgado límite en el que pueden verse afectados los derechos individuales y el respeto a la intimidad. Aún resulta más preocupante la aplicación app que ya se está utilizando en China del *Suishenban*, como sistema de Big Data, que funciona a través del código QR y que determina la posibilidad de concurrir a locales públicos según un registro “obligatorio” que cada uno tenga en el móvil. Es decir, que, si aparece el Código Verde, el certificado acredita que hay ausencia de síntomas y, por tanto, la persona puede acudir a los espacios públicos; si presenta el Código Amarillo, sería obligado a aislarse durante siete días ante la sospecha de haber estado en contacto con alguien infectado. Si presenta el Código Rojo, estará obligado a permanecer en cuarentena durante dos semanas por considerarse que es portador de la COVID-19.

La desescalada no solo deberá regir los comportamientos de carácter personal y la salud de la ciudadanía, sino también los efectos que la pandemia ha tenido sobre la economía y los modos en los que se debería recuperar el poder adquisitivo perdido por la inactividad económica que han generado las restricciones de apertura y movimiento de empresas, locales y personas. Por esta razón convendría tener en cuenta la opinión de los economistas.

Para Carlos Berzosa, catedrático de economía aplicada, en una entrevista sobre “50 opiniones para salir de la crisis” (*Invertia / El Español*, 26/04/2020) indica que “esta pandemia ha cogido a la economía española y a otras del mundo en una situación de alto riesgo”. Por lo que propone plantear un plan de acción y para eso “sería importante tener una concertación de empresarios y sindicatos y por ello sería oportuno

tuno que hubiese un consenso político para saber qué tipo de economía queremos y ver los sectores por los que podemos apostar para que sean motores de otros". Para Antonio Martín Mesa, catedrático de economía aplicada (*Diario Jaén*, 18/04/2020) "la recuperación económica de España después de la pandemia debería comenzar por impulsar el consumo privado e incentivar la inversión productiva que requieren el aplazamiento de impuestos e, incluso, la reducción de algunos a las capas medias y bajas de la sociedad, incrementar las prestaciones por desempleo, las subvenciones a la inversión empresarial, el desarrollo de infraestructuras estratégicas, aumentar el gasto público inherente a la sociedad del bienestar, fundamentalmente en apoyo de la sanidad pública, que tan esencial se nos ha revelado en la pandemia". Como bien apunta, se hace necesario "adoptar medidas de choque que nos permitan afrontar con celeridad la situación y salir con las menores heridas posibles. Sí, también es verdad que los rotos actuales habrán de pagarlos las generaciones venideras, durante muchos años, y a eso hay que llamarle *solidaridad intergeneracional*".

Aquí el catedrático Martín Mesa apunta sobre un tema crucial, como es el equilibrio intergeneracional dado que la deriva que ha provocado la pandemia está generando, como una especie de efecto colateral, una discriminación peligrosa en materia de edad a la que los expertos han llamado "edadismo". Como bien se apunta en la Declaración Pública "Más intergeneracionalidad, Menos edadismo" (*Macrosad, Universidad de Granada*, 15/04/2020) elaborado por la Comisión Mixta de la Cátedra Macrosad de Estudios Intergeneracionales, haciendo hincapié en que "investigaciones solventes han constatado la prevalencia internacional del edadismo, en especial, contra personas mayores", por lo que debe tenerse en cuenta que con argumentos sin duda plausibles ante la pandemia, no obstante, se han dictado normas de comportamiento que afectan a determinados tramos de edad como el de los niños y el de los mayores. Sin duda, argumentos encomiables si se trata de proteger su salud, pero, sin embargo, habrá que tener mucho cuidado porque este tipo de "catalogaciones" generan perjuicios psicológicos que pueden derivar en discriminación o estigmatizaciones por razón de edad sin duda nocivas.

Se indica en la citada Declaración Pública que "la discriminación por edad supone un importante riesgo para el bienestar y la salud de las personas de más edad en términos psicológicos, comportamentales y fisiológicos" e insiste en que los pacientes de mayor edad deberán ser tratados en las mismas condiciones que el resto de la población", haciendo referencia a "que sería inaceptable descartar a una persona enferma por COVID19 por superar una edad", como de hecho se ha sugerido en algunos países de Centroeuropa.

Como puede deducirse, la pandemia ha desconfigurado los clásicos modelos de comportamiento social y está dando lugar a aplicaciones de control que con el argumento de la salud pública pueden llegar a menoscabar nuestros derechos como seres humanos.

La crisis de comunicación social, la crisis económica, la crisis de valores relacionados con la edad, la incertidumbre de un rebrote, son sólo síntomas de lo que puede depararnos el futuro, una vez superados los grados agudos de la pandemia. Cabe preguntarse si algunos Estados aprovecharán estas crisis para perpetuar estas limitaciones a las libertades individuales y de este modo controlar con mano férrea a sus ciudadanos con un modelo orwelliano y totalitario.

Deberíamos oponernos a que esto pueda ocurrir. La lucha por los derechos humanos y las garantías individuales ha sido larga y dura como para que nos olvidemos de las premisas que protegen a la dignidad de los seres humanos sin distinciones de ningún tipo.

IV. Futuro y libertades

En este sentido, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, ha indicado en relación con la COVID-19 que “las medidas de emergencia no deben ser pretexto para la vulneración de derechos” (*Oficina del Alto Comisionado ONU*, 06/04/2020) e insiste en que “nuestros esfuerzos para combatir el virus no darán resultados a menos que apliquemos un enfoque holístico, lo que significa proteger cuidadosamente a los sectores más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad tanto en términos médicos como económicos”. Además, insiste, y coincide con ella, en que “los confinamientos, las cuarentenas y otras medidas de esa índole orientadas a combatir la expansión de la COVID-19 deben aplicarse siempre en la más estricta observación de las normas de derechos humanos y de manera proporcional y ponderada al riesgo en que se incurre, pero aun así pueden repercutir gravemente sobre la vida de las personas”.

Sus palabras nos llevan a la siguiente reflexión: la pandemia ha puesto a prueba a los gobiernos y a la ciudadanía ante la necesidad de que, en los meses futuros, cuando se haya superado el periodo caliente de los contagios, se logren atenuar las repercusiones de las medidas de salud pública que se adoptaron con el fin de pararnos ante la propagación del virus y garantizar el respeto de todos los derechos humanos, ya sean económicos, civiles, sociales o culturales.

Por su parte, António Guterres, Secretario General de las Naciones Unidas, en su Declaración sobre la COVID-19 y los derechos humanos (*ACNUDH, ONU*, 23/04/2020) alerta sobre el hecho de que nos estamos enfrentando a “una crisis económica, una crisis social y una crisis humana que se están convirtiendo rápidamente en una crisis de derechos humanos”. Resulta preocupante el hecho de que “hemos visto que el virus no discrimina, pero sus efectos sí: sacan a la luz las profundas deficiencias en la prestación de los servicios públicos y las desigualdades estructurales que obstaculizan el acceso a ellos”. Agrega: “Vemos el aumento del discurso del odio, los ataques a grupos vulnerables y el riesgo de que la mano dura en las respuestas en materia de seguridad socave la respuesta sanitaria (...) al tiempo en el que se produce un retroceso en los derechos humanos de algunos

países, la crisis puede servir de pretexto para adoptar medidas represivas con fines no relacionados con la pandemia”.

Por tales razones, la Oficina del Alto Comisionado ha insistido en la finalidad de enfrentarse con éxito ante la pandemia, pero también superar los riesgos y las tentaciones totalitarias de seguir controlando a la población cuando se haya terminado con la desescalada.

Otra cuestión controvertida es el tema de la geolocalización, dado que existen serias dudas jurídicas sobre si detectar la situación geográfica de un ciudadano estaría violando el principio de minimización de la recolección de datos, generando problemas de privacidad y de seguridad. En este sentido, el portavoz de la Comisión Europea, Johannes Barke (*COLPISA AFP*, Bruselas, 16/04/2020), indicó que el uso de estas aplicaciones debería ser voluntario y anónimo. Habrá que tener presente el hecho de que, si bien el seguimiento por GPS de las personas afectadas por el virus puede ser operativo en la lucha contra su expansión, estos sistemas deberían estar limitados en el tiempo y no prolongarse más allá del periodo de cohabitación con el virus y del final de la pandemia.

En España se deberá tener presente y respetar la aplicación de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre sobre Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, ya que los datos obtenidos por geolocalización pueden violentar estas garantías. La Comisión Europea recuerda que “no son necesarios ni recomendables para los fines de las aplicaciones de rastreo de contactos, ya que su objetivo no es seguir los movimientos de las personas” (*COLPISA AFP*, Bruselas, 16/04/2020).

No deberíamos arriesgar los logros y libertades obtenidos desde finales de la Segunda Guerra Mundial, generando confusión en la ciudadanía al argumentar que las privaciones de la libertad y los recortes de las garantías y derechos humanos se están realizando en beneficio de la salubridad pública, pues, en todo caso, habría que aclarar que no deberían eternizarse. Debemos estar muy atentos para que en el futuro no se sigan recortando estos derechos y libertades individuales.

Por tal razón resultan muy recomendables las Directrices de la Oficina del Alto Comisionado (*Oficina del Alto Comisionado ONU*, 06/04/2020) con el fin de que “la respuesta al COVID-19 se centre en las personas”.

Básicamente son las siguientes: “a) Las estrategias sanitarias no deberían centrarse tan solo en los aspectos médicos de la pandemia, sino que deberían tratar las consecuencias que la respuesta sanitaria tiene en los derechos humanos. b) Las facultades excepcionales deben ser empleadas para legitimar metas de salud pública, no utilizarlas para aplastar o silenciar el trabajo de periodistas o defensores de los derechos humanos. c) Las medidas de contención, como el distanciamiento social o el aislamiento, deben tener en cuenta las necesidades de las personas que necesitan apoyo de otros para alimentarse, vestirse y asearse. Muchas personas, entre ellas personas con discapacidad, dependen de los servicios comunitarios y a domicilio.

d) Es imprescindible que el aumento del control de fronteras, las restricciones de viajes o las limitaciones a la libre circulación no impidan la huida de personas que escapan de la guerra o de la persecución. e) Los paquetes de protección social y estímulo fiscal, distribución de alimentos y la renta básica universal pueden ser una protección frente a los efectos de la crisis. f) El colectivo LGTBI también corre más riesgo durante la pandemia. g) Los Estados deben tener en cuenta los distintos conceptos de salud dentro de la población indígena y deben incluir la medicina tradicional. Por último, h) Las personas privadas de libertad en cárceles, en prisión preventiva, en detención de inmigrantes, instituciones y otros lugares de retención sufren un riesgo de infección mayor en caso de brote de enfermedad.

Esta pandemia deberá dejarnos lecciones y aprendizajes pues cuando haya pasado tendremos que enfrentarnos con el “universo post-COVID-19”, dado que los efectos psicológicos, los comportamientos sociales, la pérdida de los puestos de trabajo, la crisis económica, habrán dejado en la ciudadanía de todo el mundo una huella evidente. Sin dejarnos llevar por distopías, debemos visualizar las secuelas y los cambios de rumbo que deberemos imprimir en nuestra sociedad porque, nos guste o no nos guste, parece evidente que los modelos no volverán a ser los mismos, sin embargo, la dignidad de los seres humanos seguirá siendo la de siempre y la defensa de sus derechos no se debería haber alterado ni menoscabado.

Se habla de que, una vez terminada la desescalada, nos enfrentaremos ante una “nueva normalidad”, pero cabe preguntarse de qué “normalidad” estamos hablando puesto que este término implica recuperar los comportamientos habituales, pero al agregar el prefijo de “nueva” estamos aseverando que no se trata de lo mismo que antes, por tanto, se desdibuja con términos ambiguos la verdadera realidad y esto resulta inquietante.

Se trata de una terminología desafortunada, porque ¿va a ser normal que los ciudadanos en ese “universo post-COVID-19” tengamos durante meses que salir obligatoriamente con mascarillas a la calle o a sitios públicos, que las relaciones sociales deban circunscribirse en aforos controlados y limitados por las autoridades, que se nos aplique sistemas de video vigilancia y control de la temperatura corporal, que se nos geolocalice, que se nos catalogue por razón de la edad o el sexo, etc.?

Entonces, podemos admitir que nos estamos refiriendo a algo “nuevo”, pero en todo caso me cuesta admitir de que sea “normal”, al menos si no entendemos como normal un modelo orwelliano de control riguroso de la intimidad de los ciudadanos.

El “estado de alarma” tiene límites jurídicos específicos tal como se regula en nuestra Constitución y es el Congreso, como la cámara en la que se representa la voluntad popular, donde se debe controlar el ejercicio de estas prerrogativas.

Estamos de acuerdo, como no podría ser de otra manera, en que debemos combatir el virus con todos los medios a nuestro alcance, pero habrá que tener cuidado con que al mismo tiempo no se estén quebrantando nuestros derechos y libertades

individuales, pues con la excusa de preservar la salud, sin duda objetivo encomiable, no podemos hacer peligrar los avances en derechos humanos que tanto esfuerzo nos ha supuesto alcanzarlos en beneficio de la dignidad humana que también es “salud”.

LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y CONSULAR EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿UN DERECHO CON PERSPECTIVAS DE DESARROLLO Y EVOLUCIÓN?*

DIPLOMATIC AND CONSULAR PROTECTION IN THE EUROPEAN UNION: A RIGHT WITH PROSPECTS FOR DEVELOPMENT AND EVOLUTION?

*Pablo César Mortarotti ***

Resumen: La Unión Europea ha receptado una figura que se denomina “Protección Diplomática y Consular” en el artículo 35 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y en los artículos 20.2.c) y 23 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), como también en el artículo 46 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Los instrumentos utilizan la denominación “protección diplomática y consular”, aunque su análisis, interpretación y extensión no pueden apartarse de los conceptos del Derecho Internacional Público: protección diplomática, asistencia diplomática, protección consular y asistencia consular. Este artículo analiza este derecho tanto desde el Derecho Comunitario Europeo -como un derecho de ciudadanía europeo sustentado en este vínculo/estatuto jurídico propio de la Unión Europea-, como desde el Derecho Internacional Público. Indaga en su actual alcance normativo, doctrinario y jurisprudencial y se interroga sobre su posible futuro desarrollo dentro del contexto del proceso de integración regional supranacional como es la Unión Europea.

* Trabajo recibido el 15 de septiembre de 2020 y aprobado para su publicación el 14 de octubre del mismo año.

** Abogado (UNC). Máster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. España). Diplomado en Diplomacia Contemporánea (UNC). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Prof. Adjunto de Derecho Internacional Público (UCC). Prof. Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración Regional (Universidad Siglo 21). Prof. Auxiliar de Derecho Internacional Público (UNC). Miembro del Instituto de Derecho Internacional y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (contacto: cmortarotti@gmail.com).

Palabras-clave: Protección diplomática - Protección consular - Unión Europea - Ciudadanía europea - Derecho de ciudadanía.

Abstract: The European Union has accepted a figure called “Diplomatic and Consular Protection” in article 35 of the Treaty on European Union (TEU) and in articles 20.2.c) and 23 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), as well as in article 46 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The instruments use the denomination “diplomatic and consular protection”, although their analysis, interpretation and extension cannot depart from the concepts of Public International Law: diplomatic protection, diplomatic assistance, consular protection and consular assistance. This article analyzes this right both from European Community Law -as a European citizenship right supported by this link / legal status of the European Union-, as well as from Public International Law. It investigates its current normative, doctrinal and jurisprudential scope, and he wonders about its possible future development within the context of the supranational regional integration process such as the European Union.

Keywords: Diplomatic protection - Consular protection - European Union - European citizenship - Citizenship right.

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes históricos. III. La necesaria delimitación conceptual. IV. Recepción del derecho a la “protección diplomática y consular” en el ordenamiento de la Unión Europea. V. Naturaleza jurídica: ¿Es verdaderamente un derecho? VI. Alcance y contenido doctrinario del *derecho* a la protección diplomática y consular del *ciudadano de la Unión Europea*. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

La Unión Europea ha receptado una figura que se denomina “Protección Diplomática y Consular” en el artículo 35 del TUE (versión consolidada) y en los artículos 20.2.c) y 23 del TFUE (ex art. 17 y 20 del TCE, respectivamente), como también en el artículo 46 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Todos estos instrumentos utilizan la denominación “*protección diplomática y consular*”, aunque como veremos en el desarrollo de este artículo deberemos precisar esos conceptos para comprender su funcionamiento y alcance actual y, en todo caso, su futuro y progresivo desarrollo.

Este artículo pretende analizar este derecho de ciudadanía tanto desde el Derecho Comunitario Europeo como desde el Derecho Internacional Público, indagar en

su alcance normativo, doctrinario y jurisprudencial e hipotetizar sobre su posible futuro desarrollo dentro del contexto del proceso de integración regional supranacional como es el de la Unión Europea.

II. Antecedentes históricos

Este tema comienza a ser tratado en la Reunión del Consejo Europeo de Fontainebleau de 1984. En esa reunión se creó el Comité “Europa de los Ciudadanos”, el que elaboró en 1985 el conocido “Informe Adonnino”¹, titulado “Europa de los Ciudadanos” (*On a People’s Europe*).

Fue el Tratado de Maastricht de 1992² el que recogió el artículo 8 C del TCE. Hoy su contenido se encuentra en los artículos 20.2.c) y 23 del TUE y artículo 35 del TFUE.

A esto le siguieron las Directrices del Grupo de Trabajo de Asuntos Consulares de la Cooperación Política Europea (CPE) de 1993.

Se avanzó aún más en 1995 con la Decisión 95/553/CE³ sobre protección de los ciudadanos de la Unión Europea por las representaciones diplomáticas y consulares de los Estados miembros. La Decisión recoge el contenido esencial de las Directrices de 1993, estableciendo auxilios materiales a los nacionales de Estados miembros de la Unión en sus relaciones con los órganos jurisdiccionales y/o administrativos del Estado receptor, lo que técnicamente debería interpretarse como asistencia consular, no llegando siquiera a supuestos de protección consular -diferencias que consideraremos más adelante-.

En 1996 el Consejo Europeo⁴ emitió la Decisión 96/409/PESC relativa al establecimiento de un Documento Provisional de Viaje, que recién entró en vigor en el año 2002.

En 2011 la Comisión Europea formalizó una propuesta de Directiva del Consejo de la Unión Europea en relación a la protección consular de los ciudadanos de la Unión en países extranjeros para sustituir la Decisión 95/553⁵. La propuesta, si bien utilizó el término protección consular, en realidad regulaba acciones de asistencia consular y en ningún momento se refería a protección diplomática.

(1) Adonnino Report. A.10.04. COM 85. Apartado: “The citizen as traveler outside the Community”.

(2) El “Proyecto Spinelli” -Proyecto de Tratado de Unión Europea y de Resolución adoptados por el Parlamento el 14 de febrero de 1984- era más avanzado y claro, en línea más “comunitarista” -abandonada por un Maastricht quizá más “realista”-, bien a través de la acción común, bien de la cooperación. Cf. VILLARIÑOS PINTOS, E. “Representación Exterior y Cooperación Diplomática y Consular en el Tratado de la Unión Europea”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 22-2, 1995, p. 432.

(3) Decisión del Consejo Europeo del 19 de diciembre de 1995. Derogada por la Directiva 2015/637 del Consejo de la Unión Europea del 20 de abril de 2015, en vigor.

(4) Decisión de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el Consejo el 25 de junio de 1996.

(5) COM (2011) 881 final 2011/0432 (CNS) Bruselas, 14. 12. 2011.

El artículo 6 de dicha Propuesta refundió los supuestos a los que se refería el artículo 5 de la Decisión 95/533/CE y la Decisión 96/409/PESC, estableciendo una lista no exhaustiva de situaciones, que contemplaba la asistencia consular en caso de: a) arresto o detención; b) víctimas de actos de violencia; c) accidente o enfermedad graves; d) fallecimiento; e) repatriación en caso de dificultad; f) necesidad de documentos de viajes de urgencia.

Finalmente, el 20 de abril 2015, el Consejo de la UE aprobó la Directiva 2015/637⁶ sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países por la que se deroga la Decisión 95/533/CE cuya vigencia expiró el 18 de mayo de 2018. La Directiva, si bien hace referencia a la protección diplomática y consular de acuerdo a los artículos 20.2.c), 23 y 35 del TFUE Y TUE respectivamente, se refiere -estando a tenor literal de su redacción-, a supuestos de asistencia consular en sentido tradicional, a saber: a) detención y prisión; b) ser víctima de un delito; c) accidente grave o enfermedad grave; d) fallecimiento; e) ayuda y repatriación en caso de emergencia; f) necesidad de documentos provisionales de viaje⁷. Omite cualquier referencia a la protección diplomática.

Es importante señalar que esta nueva Directiva incluye como beneficiarios de la asistencia consular no sólo a los ciudadanos europeos sino a sus familiares que no tengan este estatus, otorga funciones de apoyo a las Delegaciones de la Unión en terceros países y establece que la lista de supuestos no es exhaustiva, lo que dejaría una puerta abierta para un desarrollo y ampliación progresiva.

Como toda Directiva del Consejo de la Unión Europea en esta temática, requirió una previa intervención del Parlamento quien fue consultado sobre esta propuesta de Directiva y presentó una Resolución⁸ al respecto el 10 de octubre 2012 que planteaba observaciones y enmiendas a la misma. Principalmente la Resolución de Parlamento aumentaba el protagonismo de las Delegaciones de la Unión Europea, en concreto en situaciones de crisis en las que, deberían ser éstas y no los Estados, las encargadas de coordinar la cooperación, los planes de emergencia y la evacuación con base en el artículo 35 TUE.

Pero la Comisión Europea rechazó la sugerencia del Parlamento por considerar que restaría flexibilidad a la hora de abordar una situación difícil sobre el terreno, como también rechazó las enmiendas destinadas a que las Delegaciones de la Unión prestaran protección consular directamente a los ciudadanos no representados por considerar que actualmente las Delegaciones no están preparadas para llevar a cabo dicha misión. Lo que no excluye, según la Comisión, que en el futuro se puedan

(6) Aprobada mediante procedimiento legislativo especial el 20 de abril de 2015 previa consulta al Parlamento Europeo.

(7) Art. 9. Directiva 2015/637 CE.

(8) COM (2011) 0881- C7-0017/2012 - 2011/0431 (CNS).

asignar funciones específicas de asistencia consular ordinaria a las Delegaciones de la Unión Europea incluyendo una cláusula de revisión de la Directiva⁹.

En el estadio actual, todas estas funciones señaladas por la Directiva en vigor son desempeñadas *por los Estados miembros, pero con la colaboración de las Delegaciones de la Unión Europea* que, por el momento, tienen una función de apoyo asistiendo a las autoridades consulares de los Estados, basándose en un criterio de neutralidad en lo que a los recursos se refiere¹⁰. Los ciudadanos europeos no representados por el Estado del que son nacionales tienen la libertad de elegir la embajada o el consulado del Estado miembro donde solicitan protección consular¹¹.

El objetivo de la Directiva en vigor es establecer las medidas de cooperación y coordinación necesarias para facilitar una mayor protección consular de los ciudadanos de la Unión no representados. Estas medidas deben aumentar la seguridad jurídica, así como una cooperación y solidaridad eficaces entre las autoridades consulares¹².

III. La necesaria delimitación conceptual

Los instrumentos jurídicos comunitarios utilizan el término literal “protección diplomática y consular”. Para comenzar a abordar este tema, siguiendo a Rey Aneiros¹³, diferenciaremos los distintos conceptos, a saber: protección diplomática, asistencia diplomática, protección consular y asistencia consular.

La *protección diplomática*, siguiendo a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su Proyecto Final de Artículos sobre el tema de 2006, puede definirse como el derecho a presentar una reclamación internacional para exigir la responsabilidad internacional de un Estado por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito que causa un daño a una persona natural o jurídica nacional del Estado reclamante¹⁴.

(9) Documento titulado “Commission Communication on the action taken on opinions and resolutions adopted by Parliament at the October 2012 I and II part-sessions. Special Legislative Procedure-Consultation. European Parliament legislative resolution on the proposal for a Council directive on consular protection for citizens of the Union abroad European Parliament legislative resolution on the proposal for a Council directive on consular protection for citizens of the Union abroad”. Apartado. 8.p (Disponible en: http://www.careproject.eu/database/browse_eu.php).

(10) LIROLA DELGADO, I. “Art. 46. Protección diplomática y consular”, en MONEREO ATIENZA, C - MONEREO PEREZ, J.L. *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Ed. Comares-España, 2012, p. 1225.

(11) Art. 4.

(12) Cf. Considerando (4) Directiva 2015/637 CE.

(13) REY ANEIROS, A. “Hacia el reforzamiento de la dimensión exterior de la ciudadanía europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 26, Año 11, 2007, p. 24.

(14) Art. 1, Proyecto CDI “Protección Diplomática”, 2006.

Esta sería la acepción *estricta* de protección diplomática. No obstante, ésta debe distinguirse de la acepción en sentido *amplio*. La protección diplomática en sentido amplio estaría conformada por toda clase de contacto, gestiones diplomáticas y negociaciones formuladas por un Estado ante otro Estado en favor de sus nacionales con el fin de llegar al arreglo amistoso de la controversia surgida como consecuencia de la violación de una obligación jurídica de derecho internacional. En cambio, la protección diplomática en sentido estricto entraría en juego en un momento posterior, en la medida en que fracasara la primera medida amistosa, y se manifestaría en forma de una reclamación formal del Estado cuyo nacional ha sido lesionado contra el Estado que ha cometido la violación de la norma de derecho internacional en cuestión¹⁵.

En relación a la naturaleza jurídica de la protección diplomática en sentido estricto, debemos decir que se trata de un derecho del Estado y no del particular perjudicado¹⁶. El Estado sería el único legitimado, pero no obligado, para interponer la reclamación, así como para disponer de la reparación obtenida, gozando en ambos casos de absoluta discrecionalidad¹⁷.

Cabe recordar que las condiciones para su ejercicio son consensuadas por la doctrina internacional en las siguientes:

- a) La nacionalidad con relación a la reclamación: la persona física o jurídica sobre la que recayó la violación de la norma de derecho internacional que provocó el hecho ilícito internacional debe poseer la nacionalidad del Estado que ejercita la reclamación.
- b) El agotamiento previo de los recursos internos (jurisdiccionales y administrativos) del Estado infractor.
- c) La exigencia que el perjudicado por la violación de la norma de derecho internacional haya actuado de forma correcta (criterio de las “manos limpias”), es decir, sin que puedan atribuírseles conductas contrarias al derecho interno o internacional, aunque no aceptada por toda la doctrina.

Siguiendo con la delimitación de los conceptos, la *asistencia diplomática* incluye “las demás gestiones diplomáticas” (con la única excepción de la presentación de una reclamación internacional), incluso las previas a la propia reclamación y los acuerdos de indemnización o compensación global, que realicen los Estados a través

(15) BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores. *La ciudadanía de la Unión*, Tirant lo Blanch-España, 1998, p. 252.

(16) Caso Mavrommatis en Palestina, TPJI. Serie A. Nº2, p.12.

(17) BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores. *La ciudadanía de la Unión*, Tirant lo Blanch-España, 1998, p. 252; Asunto Barcelona Traction. CIJ. Rec. 1964. p 6; ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, M. P. “Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno”, *Anuario de Derecho Internacional*, Volumen III, 1976, pp. 321-346.

de sus órganos centrales de las relaciones exteriores o sus agentes diplomáticos en orden a proteger a sus nacionales en el extranjero.

Por su parte, la *protección consular* es la ejercida por el Jefe de la Oficina Consular ante las autoridades locales o incluso centrales del Estado receptor, ante un daño infligido al particular nacional ocasionado por un hecho ilícito ya sea internacional o únicamente interno. En estos supuestos, el Jefe de Oficina Consular presenta una *reclamación* pero no es una reclamación internacional (a diferencia de la protección diplomática estricta) pues se presenta habitualmente *ante las autoridades locales de las que emana el acto*, y no ante el Gobierno, y además no es necesario que se hayan agotado los recursos internos ni su presentación es el origen de una controversia internacional, aunque con frecuencia esta protección pueda ser previa al ejercicio de la protección diplomática en sentido estricto. Asimismo, la protección consular no debe confundirse con la protección diplomática ya que ésta última consiste en una reclamación internacional que debe versar necesariamente sobre una violación del derecho internacional¹⁸.

Según Remiro Brótons¹⁹, la protección consular se distingue de la protección diplomática por las siguientes razones: en primer lugar porque la reclamación puede versar sobre la infracción no sólo del derecho internacional sino también del derecho interno; en segundo lugar, porque se sustancia ante los órganos domésticos competentes del Estado infractor, es decir, no se trata de una reclamación internacional de Estado a Estado; y en tercer lugar, porque no se exige el agotamiento previo por el particular de los recursos internos del Estado receptor, sino que se desarrolla normalmente de forma concomitante a las acciones que el particular emprende. Ahora bien, el ejercicio de la protección consular puede ser el pórtico -dice Brotóns- del ejercicio de la protección diplomática.

La protección consular se ejercita para defender los intereses de los ciudadanos de un Estado, que se halla en el territorio de otro, no del Estado mismo. Se trata de una actuación de carácter administrativo, del Estado a favor de sus ciudadanos, y no exige la comisión por ningún sujeto de Derecho internacional de un hecho ilícito internacional ni, en consecuencia, de su responsabilidad²⁰.

Si ponemos el acento en la finalidad: la de la protección diplomática es fundamentalmente compensatoria, por lo que sólo se puede ejercer una vez agotados sin éxito los recursos internos del Estado ante el que se reclama; por el contrario, la de la protección consular es fundamentalmente preventiva, siendo su objetivo la de

(18) PIERNAS LÓPEZ, J. J. "La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 48, 2014, p. 580.

(19) REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant lo Blanch-España, 2010, p. 472.

(20) PIERNAS LÓPEZ, J. J. "Ciudadanía Europea y acción exterior de la Unión", en GUTIERREZ ESPADA, C. - CERVELL HORTAL, M.J. *La Unión Europea como Actor Global de las Relaciones Internacionales. Retos y problemas seleccionados*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 284.

impedir que un nacional sea víctima de un hecho ilícito internacional, no existiendo por lo tanto necesidad de agotar los recursos internos²¹.

Finalmente, la protección consular puede clasificarse en sentido estricto y en sentido amplio; a esta última se la llama o se la asocia a la simple “asistencia consular”. La protección consular en sentido estricto consiste en una reclamación contra las consecuencias del acto de un órgano del Estado infractor contrario al derecho internacional o a su derecho interno, presentada ante el órgano del que emana el acto ilícito, y al no requerir el agotamiento previo de los recursos internos puede ser ejercida paralelamente y de modo coetáneo a la interposición de los recursos internos por parte del particular perjudicado²².

Finalmente, la *asistencia consular* es la que prestan *las oficinas consulares*, lo que ya marca una diferencia con la protección consular que es ejercida por el Jefe de la Oficina Consular. Asimismo, se diferencia de la asistencia diplomática en que es una función que realiza la Misión Consular de forma regular y habitual, mientras que la Misión Diplomática realiza aquella de forma ocasional.

Con base en el Derecho internacional, la asistencia consular se refiere a auxilios materiales, auxilios a nacionales en sus relaciones con órganos jurisdiccionales y/o administrativos del Estado receptor, asistencia a nacionales arrestados, detenidos o en prisión, y a la información y asistencia a los nacionales en relación con sus actividades en el Estado receptor, mientras que la protección consular es una “modalidad” de asistencia consular consistente en la presentación de una reclamación ante las autoridades competentes del Estado receptor por los perjuicios que éste haya podido ocasionar como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito²³.

La asistencia consular se funda en el deber de cooperación recíproca que la institución consular implica entre las autoridades locales y los cónsules extranjeros, y el único presupuesto para que esta asistencia tenga lugar consiste en que exista una situación de necesidad o desgracia de un ciudadano del Estado que envía en el Estado receptor²⁴.

Según Remiro Brotóns²⁵, la asistencia consular es una de las funciones básicas de las oficinas consulares, destacándose entre sus principales manifestaciones:

(21) GUTIERREZ ESPADA, C. *La responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales a la luz del proyecto definitivo de artículos de la CDI (2011)*, ed. Comares, Granada, 2012, p. 156.

(22) BLÁZQUEZ PEINADO, M. *La ciudadanía de la Unión*, ob. cit., p. 255.

(23) PIERNAS LÓPEZ, J.J. “La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 48, 2014, pp. 579-580

(24) BLÁZQUEZ PEINADO, M. *La ciudadanía de la Unión*, ob. cit., 1998, p. 255.

(25) REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional. Curso General*, ob. cit., pp. 471-473.

- a) auxilios materiales: repatriaciones voluntarias en situaciones de necesidad, evacuaciones de damnificados o ayudas económicas para asistencia jurídica, casos de enfermedad o pensiones asistenciales;
- b) auxilios en las relaciones con los órganos judiciales y administrativos: asesoramiento a un nacional, facilitación de un intérprete, representación, etc.;
- c) asistencia a los nacionales arrestados o en prisión, y en su caso organización de su defensa;
- d) información y asistencia en relación con las actividades del nacional;
- e) protección de los intereses de los nacionales en los casos de sucesiones, menores e incapacitados (CV, 1963, art. 5.g, h y l);
- f) ayuda a los buques, aeronaves y tripulaciones (art. 5.l).

IV. Recepción del derecho a la “protección diplomática y consular” en el ordenamiento de la Unión Europea

El Art. 20.2.c) del TFUE, establece que: *Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho (...) c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la **protección** de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado (...). Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos*²⁶.

Este derecho se enmarca dentro del ejercicio de la *ciudadanía europea*, estableciéndose en el inc. 1 del mencionado artículo, lo siguiente: *Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla.*

Del análisis de este artículo podemos señalar distintos aspectos:

En primer lugar, el TFUE habla literalmente de un “derecho” a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares en cabeza de los “ciudadanos de la Unión”. No estamos en presencia entonces de un derecho en cabeza de los Estados miembros de la Unión, ni de una concesión graciosa que puede ser otorgada por ellos, sino que vemos consagrado un verdadero derecho de ciudadanía²⁷, que por supuesto presupone la nacionalidad de alguno de los Estados miembros de la organización de integración supranacional, ya que como bien lo indica el inc. 1 la

(26) Las cursivas y negritas son propias. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>

(27) Lisboa otorga categoría vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales (Art. 6 del TUE) y con ella al artículo 46 del instrumento, que consagra un verdadero derecho.

ciudadanía de la Unión “se añade” a la ciudadanía nacional (entiéndase “nacionalidad”) que ostenta el individuo, sin sustituirla.

La ciudadanía de la Unión, como un estatuto jurídico particular, que se atribuye a los nacionales de los Estados miembros, lo es mediante normas internacionales por su origen. Es un estatuto jurídico de insoslayables caracteres políticos que es atribuido de forma general y exclusiva a personas físicas nacionales de los Estados miembros y cuya especificidad está en que se superpone a la nacionalidad de sus destinatarios a quienes se atribuyen los derechos englobados dentro de ella; esto coloca al ciudadano europeo en una posición jurídica diferenciada del concepto de extranjería²⁸.

Al decir de Rodríguez Barrigón: “(...) una de las realizaciones más complejas desde el punto de vista conceptual que se deducen del proceso de integración europea está constituido por una de sus más importantes aportaciones a la construcción del ordenamiento jurídico sobre el que se fundamenta: la ciudadanía de la Unión. Esta complejidad viene determinada esencialmente por la propia denominación empleada para su identificación, que aparece tradicionalmente asociada a los elementos definidores de los Estados soberanos. En la medida en que no es ésta la naturaleza de la Unión Europea, esta ciudadanía aporta una superación de los estrictos límites de aquéllos, porque introduce normas que convierten a los nacionales de los Estados miembros en destinatarios de un conjunto de derechos y libertades que se manifiestan tanto en el ámbito estatal, como en el supraestatal, e incluso presenta algunas manifestaciones específicas que dotan a la ciudadanía de una cierta dimensión exterior de la Unión”²⁹.

Es que la figura de la ciudadanía de la Unión Europea viene a romper el vínculo de exclusividad de la relación jurídica y política entre particular y Estado. Los nacionales de cada uno de los Estados miembros tienen de manera simultánea, complementaria e inseparable un doble vínculo político: por un lado, uno particular con el Estado de su nacionalidad, y por el otro, uno común con la Unión Europea que da origen a un estatuto garantizado jurisprudencialmente por el Tribunal de Justicia de la Unión frente a su Estado y frente a las instituciones de la UE. No obstante, este estatuto de ciudadanía europea es inseparable del vínculo de la nacionalidad lo que no supone sustituir o eliminar la institución clásica de la nacionalidad porque la ciudadanía de la Unión presupone una nacionalidad y coexiste con ella³⁰.

Las relaciones entre nacionalidad y ciudadanía de la Unión, plantean algunas dificultades que se derivan de la convivencia de un concepto estrictamente estatal con la formación supraestatal de un estatuto de ciudadano; se suma a ello la comple-

(28) RODRIGUEZ BARRIGÓN, J.M. *La ciudadanía de la Unión Europea*, ob. cit., pp. 191-192.

(29) *Ibidem*, p. 189.

(30) JIMENEZ PIERNAS, C. “La asistencia consular al ciudadano de la Unión: de Maastricht a Ámsterdam”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. *Acción Exterior de la Unión Europea y de la Comunidad Internacional*, Universidad Carlos III-España, 1998. p. 222.

alidad de que la Unión Europea carezca de normas propias que regulen con carácter específico la nacionalidad otorgada por cada uno de los Estados que la integran³¹, quedando ello librado a la regulación interna de los Estados.

Así las cosas y junto al artículo 20.2 del TFUE, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea³², que forma parte del andamiaje jurídico del derecho de la Unión, consagró el derecho a la protección diplomática y consular con categoría de fundamental en el artículo 46, como veremos más adelante.

En relación a este aspecto, para los Estados miembros que reconocen a sus nacionales el derecho a la protección *consular*, no supondría un problema significativo (ejemplos como Dinamarca, Finlandia, Grecia, Eslovaquia y Eslovenia) debiendo, en el supuesto de requerimiento, tratar de la misma forma que a sus nacionales a los ciudadanos de la Unión Europea que se encuentren en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales pero sí alguno de ellos; es decir, los ciudadanos de la UE no representados deberán gozar del mismo derecho del que gozan los nacionales de los Estados miembros en cuestión. La situación es más complicada en aquellos Estados miembros que no reconocen ese derecho a la protección consular de sus propios nacionales en el fuero interno (casos de Austria, Bélgica, Chipre, Irlanda, Malta, Luxemburgo y Países Bajos)³³.

En cuanto a la protección *diplomática* (tanto en sentido amplio como estricto), no suele ser reconocida como un derecho en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la Unión, a excepción de Portugal, lo que dificulta aún más la cuestión.

Según Piernas López³⁴, el artículo 20.2.c) establece un derecho a recibir el mismo trato que los ciudadanos del Estado miembro al que se solicita la protección. En consecuencia, no se crearía un derecho a favor de los ciudadanos de recibir protección diplomática y consular en todos los casos, sino a recibir dicha protección sólo en aquellos casos en que los ciudadanos del Estado miembro al que se solicita la protección la recibirían. De esta manera, algunos países podrían rechazarla conforme a sus prácticas en el ordenamiento interno, con el único límite de la prohibición de discriminación.

No obstante, el mencionado autor detalla: *“Dicho esto, en nuestra opinión el nuevo marco jurídico introducido por el Tratado de Lisboa, modifica el statu quo descrito, al contribuir a que la decisión de un determinado Estado miembro de prestar o no la protección consular solicitada por un ciudadano de la Unión no representado no pueda ser arbitraria o*

(31) RODRIGUEZ BARRIGÓN, J. M. *La ciudadanía de la Unión Europea*, ob. cit., pp. 126-127.

(32) Proclamada el 18 de diciembre de 2000.

(33) PIERNAS LÓPEZ, J. J. “Ciudadanía y acción exterior de la Unión”, en GUTIERREZ ESPADA, C. - CERVELL HORTAL, M. J. *La Unión Europea como Actor Global de la Relaciones Internacionales. Retos y problemas seleccionados*, ob. cit., p. 277.

(34) *Ibidem*, p. 278.

*discriminatoria. En concreto, al reconocer la existencia del derecho a la protección consular en los Tratados, y especialmente elevarlo a la categoría de derecho fundamental con carácter vinculante a través del artículo 46 de la Carta, la decisión de prestar (o no) protección consular debe estar sometida a control jurisdiccional*³⁵.

En segundo lugar, este derecho faculta a todo ciudadano de la Unión a ejercerlo cuando se encuentre *en un tercer país* (entiéndase, no miembro de la Unión) y el Estado de su nacionalidad (miembro de la Unión) no esté representado en aquél.

En tercer lugar, obsérvese que estamos hablando de un derecho que pueden ejercer personas físicas, mas nada se dice de las personas jurídicas. Así, podrá acogerse a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro de la Unión, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

Continuando con el análisis del tema, el artículo 23 del TFUE reitera en parte lo establecido en el artículo 20.2.c), pero profundiza acerca del mecanismo para llevar a la práctica el instituto de la protección diplomática y consular dentro de la Unión, al establecer: (...) *Los Estados miembros tomarán las disposiciones necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección. El Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa consulta al Parlamento Europeo, directivas en las que se establezcan las medidas de coordinación y de cooperación necesarias para facilitar dicha protección*³⁶.

En primer lugar, hay que destacar que antes de Lisboa, este artículo señalaba que: *“Los Estados miembros establecerán entre sí las normas necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección”*. Pero con el Tratado de Lisboa la redacción cambió, sustituyéndose la mención inicial por la siguiente: *“Los Estados miembros tomarán las disposiciones necesarias (...)”*, para luego continuar con idéntica segunda parte.

Se observa, *prima facie*, que el establecimiento intergubernamental de normas en la materia en análisis ha sido amortiguado por un procedimiento legislativo especial en cabeza del Consejo de la Unión Europea y del Parlamento Europeo.

Así, con el Tratado de Lisboa se introdujo la posibilidad de que el Consejo de la Unión Europea, a propuesta de la Comisión Europea y consultado previamente el Parlamento Europeo, pueda adoptar *directivas* de coordinación y cooperación necesarias para facilitar la protección diplomática y consular a la que se refiere el artículo 20.2.c). Paralelamente (aunque convendría decir subsidiariamente), los Estados miembros por su parte, podrán entablar negociaciones internacionales (entiéndase con terceros países) para garantizar la protección.

(35) *Ibidem*.

(36) La cursiva es propia. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>).

Recordemos que el Tratado de Constitución para Europa (Tratado Constitucional *non nato*) preveía como novedad en el artículo III-127 tercer párrafo lo siguiente: *“una ley del Consejo podrá establecer las medidas necesarias para facilitar esta protección (diplomática y consular). El Consejo se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo”*. Esta posibilidad que contemplaba el tratado (a la par de las habituales disposiciones entre Estados en relación a la materia a través de Decisiones) hubiese habilitado una *“ley europea”*³⁷, es decir, un acto de carácter legislativo general y obligatorio y de aplicabilidad directa en cada Estado miembro de la Unión con jerarquía superior a las decisiones en la materia.

Con esta posibilidad, el mecanismo intergubernamental para garantizar la protección diplomática y consular (en cabeza de los Estados miembros), cede ante el protagonismo de las instituciones de la Unión -el Consejo de la Unión Europea, la Comisión Europea y el Parlamento- para adoptar directivas (normas vinculantes) que establezcan las medidas de coordinación y cooperación, lo que contrasta claramente con lo inicialmente establecido en el artículo 20.2.c) y anterior redacción del artículo 23 donde eran los Estados los que debían establecer las medidas necesarias para garantizar el derecho. Se trata ahora de directivas emanadas de la propia Unión y no de decisiones intergubernamentales de sus miembros.

El Tratado de Lisboa *“aporta por vez primera una clara base jurídica comunitaria para desarrollar el contenido del derecho a la protección diplomática y consular recogida en el artículo 23 TFUE. Así, un día después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo Europeo, en el denominado Programa de Estocolmo, instó a la Comisión a estudiar las medidas adecuadas para establecer la coordinación y cooperación necesarias para facilitar la protección consular prevista en el artículo 23 TFUE”*³⁸.

No obstante, el artículo 23 del TFUE utiliza el término *“protección de las autoridades diplomáticas y consulares”*, no precisando el concepto. Según González Alonso, *“parece evidente que con el mencionado concepto continúa sin aludirse hoy por hoy a la figura clásica de la protección diplomática, ni siquiera posiblemente a la de la protección consular en su sentido más estricto”*³⁹.

El mayor protagonismo que pretende otorgársele a la propia Unión en la materia, lo vemos reflejado en el contenido del artículo 35 del TUE (Tratado Unión Europea versión consolidada), al establecer: *“Las misiones diplomáticas y consulares*

(37) Cf. Artículo I-33 del Tratado Constitucional de la Unión Europea (Disponible en: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_es.pdf).

(38) PIERNAS LÓPEZ, J.J. *“La protección diplomática y Consular de los Ciudadanos de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”*, ob. cit., p. 585.

(39) GONZÁLEZ ALONSO, L N. *“Protegiendo a los ciudadanos de la Unión más allá del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: ¿Hacia un nuevo modelo europeo de gestión consular de crisis?”*, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Iustel-España, 2012, p. 388.

de los Estados miembros y las delegaciones de la Unión en los terceros países y en las conferencias internacionales, así como sus representaciones ante las organizaciones internacionales, cooperarán para garantizar el respeto y la ejecución de las decisiones que establezcan posiciones o acciones de la Unión adoptadas en virtud del presente capítulo. Intensificarán su cooperación intercambiando información y procediendo a valoraciones comunes. Contribuirán a la aplicación del derecho de los ciudadanos de la Unión a gozar de protección en el territorio de terceros países, establecido en la letra c) del apartado 2 del artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como de las medidas adoptadas en aplicación del artículo 23 de dicho Tratado”.

Así, la comunitarización de la temática avanza un paso más, al habilitar a las Delegaciones de la Unión Europea en terceros países a cooperar junto con las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros de la Unión en la ejecución de decisiones como de toda medida adoptada en aplicación del artículo 23 de TFUE (entiéndase las medidas del Consejo de la Unión Europea a través de Directivas) y a la aplicación del derecho de protección diplomática y consular del artículo 20.2.c) del TFUE. A diferencia de las antiguas delegaciones de la Comisión, el artículo 35 hace recaer sobre las Delegaciones de la Unión de un modo más directo y más visible la responsabilidad de contribuir a la aplicación del derecho del artículo 20.2 y 23. El artículo 35 ofrece una base jurídica más sólida para articular la cooperación que deben establecer las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros y las Delegaciones de la Unión Europea⁴⁰.

No obstante, no hay que pensar que las Delegaciones de la Unión tienen (por el momento) la facultad de representar directamente a los ciudadanos de la Unión en terceros países, ya que los Estados miembros no han delegado aún en la Unión esta función, sino un papel asistencial o de apoyo cuando éstos lo requieran para la protección *consular* a los ciudadanos europeos en terceros Estados. Así lo establece la Decisión del Consejo de la Unión Europea que organiza el SEAE (Servicios Europeo de Acción Exterior)⁴¹.

Es que con el Tratado de Lisboa ha existido un cambio en el diseño de la acción exterior de la Unión. El artículo 3 apartado 5 del TUE, ha incorporado como uno de los objetivos de la Unión el de “contribuir a la protección de sus ciudadanos”, que si bien no suplanta la protección que naturalmente otorgan los Estados miembros a sus propios nacionales, es un dato importante a tener en cuenta máxime con la creación del Servicio Europeo de Acción Exterior y su nuevo rol.

(40) *Ibidem*, p. 389.

(41) Decisión 2010/427/UE. Art. 5 (10): “Las delegaciones de la Unión, de conformidad con el artículo 35, párrafo tercero, TUE, apoyarán a los Estados miembros, a petición de éstos, en sus relaciones diplomáticas y en su función de prestación de protección consular a los ciudadanos de la Unión en países terceros, basándose en la neutralidad en lo que se refiere a los recursos”.

La posibilidad de que la Unión ejerza protección directamente a través de sus Delegaciones en el mundo plantea dudas con arreglo al Derecho Internacional, ya que tanto en materia de protección consular, como especialmente en materia de protección diplomática, el Derecho Internacional exige el vínculo de la nacionalidad entre los Estados que ejercen la protección y las personas que la reciben, vínculo que en el caso de la protección conferida directamente por la Unión Europea no existiría por ser hoy difícilmente comparable el status de ciudadano de la Unión con el de la nacionalidad de un Estado. En todo caso dicha protección sería posible en el futuro si concurren el consentimiento expreso y previo de los terceros países donde la Unión pretendiera ejercerla y el de todos los Estados miembros de la Unión respecto de que ésta pudiera ejercer la protección de sus nacionales⁴².

En oportunidad del debate de la Directiva 2015/637 en vigor, la Comisión Europea no consideró, por el momento, que la Unión pudiera ejercer protección directamente a través de sus Delegaciones, pero se incluyó el tema en el Plan de acción 2007-2009 por la importancia que el mismo ha venido suscitando con el devenir de los acontecimientos y de la evolución de la Unión Europea⁴³. La Comisión sí consideró importante incorporar la enmienda del Parlamento por la que se incluía a las Delegaciones de la Unión y al Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE), *junto* a los Estados miembros, entre los actores que deberán *coordinarse entre sí* para prestar la protección diplomática y consular como denomina el TUE y TFUE.⁴⁴ En otras palabras, se admite un rol co-protagónico de la Unión como tal a través de sus Delegaciones junto a los Estados miembros en la protección de nacionales de alguno de esos Estados, que son complementariamente “ciudadanos de la Unión” (recordar que la ciudadanía presupone la nacionalidad de algún Estado que sea miembro de la Unión, y no sustituye sino complementa), en terceros países cuando el Estado de su nacionalidad no esté representado. De manera tal que este nacional y ciudadano europeo contará con la asistencia de algún otro Estado y de la propia Unión (en función de las acciones coordinadas entre estos actores); lo que aún no se admite, aunque por la propia evolución del proceso de integración europeo podría llegar a serlo en el futuro, es decir, que sea la propia Unión, a través de sus Delegaciones en el mundo, la que monopolice esa asistencia o protección ya sea en el ámbito consular o en el diplomático.

Nótese que según señala la Directiva 2015/637 el Estado principal o los Estados (que prestan la protección de los artículos 20.2.c), 23 y 46 de la Carta de Derechos Fundamentales), puedan solicitar apoyo del Mecanismo de Protección Civil de la Unión Europea y de las estructuras de gestión de crisis del Servicio Europeo de

(42) PIERNAS LÓPEZ, J. J. “La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”, ob. cit., p. 594.

(43) COM (2007) 767 final. p 12. Bruselas 5.12.2007.

(44) PIERNAS LÓPEZ, J. J. “La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”, ob. cit., p. 595.

Acción Exterior (SEAE), lo que denota un rol más marcado de la Unión en funciones consulares. Es lo que planteaba el Parlamento en la resolución de 2012⁴⁵ cuando manifestaba la necesidad de aumentar el protagonismo de las Delegaciones de la Unión en situaciones de crisis, debiendo ser éstas y no los Estados (ni siquiera el denominado Estado Principal) quienes coordinaran la cooperación y los planes de emergencia y evacuación. Esta propuesta termina plasmándose en la Decisión 2010/427 de Consejo por la que se estableció la organización y funcionamiento del SEAE.

Ahora bien, fue el Art. 46 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁶, el que termina coronando la institución de la protección diplomática y consular de los ciudadanos de la UE no representados en terceros países, consagrándola como *un derecho fundamental* del proceso de integración, al establecer: *“Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de este Estado”*.

V. Naturaleza jurídica: ¿Es verdaderamente un derecho?

Ha quedado por tanto consolidado, a tenor de la Carta de Derechos Fundamentales, como un verdadero *derecho de ciudadanía europea*. Es que, con el Tratado de Lisboa, se otorgó categoría vinculante a la Carta⁴⁷, y de igual manera al derecho contenido en el artículo 46: *derecho a la protección diplomática y consular*. Es el único derecho asociado a la ciudadanía europea con proyección exterior⁴⁸.

Es que, con esta Carta, los derechos fundamentales y el estatuto de la ciudadanía europea quedan indisolublemente unidos. Es la noción de la ciudadanía europea que *“junto con la creación de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, sitúa a la persona en el centro del sistema jurídico comunitario y la necesidad de reafirmar los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, en un sistema democrático presidido por el derecho”*⁴⁹.

(45) Resolución legislativa sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección consular de los ciudadanos de la Unión en países extranjeros (COM (2011) 0881 - C7-0017/2012 - 2011/0432 (CNS)).

(46) Carta de Derechos Fundamentales de la UE (Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf).

(47) Art. 6 TUE: *“(...) tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”*.

(48) GUZMAN ZAPATER, M. “La protección consular como derecho derivado de la ciudadanía”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Nº 28, enero-junio 2015, p.260.

(49) HUELIN MARTINEZ DE VELASCO, J. “La ciudadanía de la Unión”, en ALVALREZ CONDE - GARRIDO MAYOL, *Comentario a la Constitución Europea*, Libro II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 90.

La protección fuera del territorio de la Unión tuvo como objetivo, a partir de la propuesta española, “*perfilar gradualmente una relación nueva entre la Unión Europea, como conjunto, y el ciudadano europeo, en su calidad de titular de derechos derivados de su status civitatis*”⁵⁰.

El derecho fundamental reconocido a los ciudadanos de la Unión no representados de acogerse a la protección consular de otro Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de ese Estado, consagrado en el artículo 46 de la Carta, es una expresión de la solidaridad europea y aporta una dimensión exterior al concepto de ciudadanía de la Unión, a más de reforzar la identidad de la Unión en terceros países. Es que los valores sobre los que se funda la Unión incluyen la solidaridad, la no discriminación y el respeto de los derechos humanos, estando destinada, en sus relaciones con el resto del mundo, a defender sus valores y contribuir a la protección de sus ciudadanos⁵¹.

No obstante, algunos Estados miembros critican que se utilice el término “derecho” para referirse a la protección diplomática y consular habida cuenta de que en sus ordenamientos internos no existe, como tal, un derecho a dicha protección. De la misma forma, aún se debate entre académicos e instituciones si el controvertido derecho se limita a la protección consular, excluyéndose completamente la protección diplomática, o si, por el contrario, algún tipo de protección diplomática podría ser ejercida con arreglo a los artículos 20.2.c) y 23 del TFUE. A estos fines son fundamentales los conceptos delimitados al inicio de este artículo.

Según Piernas López⁵² los artículos 20.2.c) y 23 del TFUE establecen un derecho a recibir el mismo trato que los ciudadanos del Estado miembro al que se solicita la protección. No crean un derecho a favor de los ciudadanos a recibir protección diplomática y consular en todos los casos, sino a recibir protección sólo en aquellos casos en los que los nacionales del Estado miembro al que se solicita la protección la recibirían. El Tratado de Lisboa modifica el *statu quo* descrito, dice el autor, ya que ha elevado el derecho a la protección consular a la categoría de derecho fundamental con carácter vinculante a través del artículo 46 de la Carta, de manera tal que la decisión de prestar (o no) protección consular debe estar sometida a control jurisdiccional, lo que se desprende del artículo 47 de la Carta.

En virtud de la Directiva 2015 que detalla el contenido del artículo 23 TFUE, éste podría tener efecto directo; así, con base en los artículos 46, 47 y 51.1 de la Car-

(50) MANGAS MARTIN, A. - LIÑAN NOGUERAS, D. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 163.

(51) Directiva 2015/637 CE. Considerando (3).

(52) PIERNAS LÓPEZ, J.J. “Ciudadanía y acción exterior de la Unión”, en GUTIERREZ ESPADA, C. - CERVELL HORTAL, M.J. *La Unión Europea como Actor Global de la Relaciones Internacionales. Retos y problemas seleccionados*, ob. cit., pp. 277-278.

ta, los ciudadanos de la Unión tienen derecho a que el rechazo a una solicitud de prestación de protección diplomática y consular pueda ser revisado judicialmente.

No obstante, la posibilidad (o no) de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dependerá de si la legislación de cada Estado miembro considera a la protección consular -nos circunscribimos a ella en virtud del contenido de la Directiva 2015- como un derecho individual (cosa que no sucede con el instituto de la protección diplomática) que podría dar lugar a un procedimiento judicial interno, o si la considera (caso de Bélgica, Irlanda, Chipre o Malta) como una decisión administrativa no sometida a control jurisdiccional, ya que aquí sería dificultoso formular una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo.

Kruse⁵³ sostiene que lo receptado en el artículo 46 de la Carta de Derechos Fundamentales y demás artículos señalados, es *un derecho individual* del ciudadano europeo cuyo contenido específico se estructura en forma de un derecho de igualdad de trato con nacionales del Estado en cuestión y cuya violación puede desencadenar la responsabilidad del mismo.

Según este autor⁵⁴, la protección diplomática y consular receptada en el Art. 23 del TFUE es un derecho que deriva del estatuto de la ciudadanía europea y se interroga acerca de si este desarrollo, en el marco del Derecho Comunitario Europeo, comporta una progresiva superación de la regla del vínculo de la nacionalidad (que ha sido tradicionalmente seguida por el Derecho Internacional Público), que implica que únicamente el Estado de la nacionalidad de la persona pueda ejercer la protección diplomática y consular de sus ciudadanos/nacionales. Para el autor, la ciudadanía de la Unión se sitúa en un lugar cada vez más central en la determinación del *status* jurídico del que disfrutaban los nacionales de sus Estados miembros, ya que los derechos concedidos por la Unión Europea no lo son por la nacionalidad sino por ser ciudadano de la organización supranacional de integración.

John R. Dugard (Relator Especial del 7mo. Informe de Naciones Unidas sobre Protección Diplomática), objetó⁵⁵ el Art. 20 del TFUE y el Art. 46 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea por considerar que son contrarios al principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Siguiendo este razonamiento, los tratados europeos son tratados de derecho internacional y, por lo tanto, están regidos por el artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que establece que éstos son aplicables únicamente entre las partes en un tratado y no son vinculantes para terceros Estados. En consecuencia, toda disposición contenida en un tratado, carta o constitución de la Unión Europea no sería vinculante para los

(53) KRUSE, Jan. *Diplomatischer und konsularischer Schutz für Unionsbürger*, Sierke Verlag, Göttinge, 2009, p. 67 y ss.

(54) Ibidem.

(55) Ver Apartado 19 del examen al Artículo 1 del 7mo. Informe ONU sobre Protección Diplomática.

Estados que no son miembros de la Unión. Los terceros Estados no estarían obligados a respetar las disposiciones contenidas en los tratados y convenios vigentes dentro de la UE, y con respecto a la protección diplomática presumiblemente no estarán obligados a aceptar en su territorio la protección por parte de un Estado que no sea el Estado de la nacionalidad de un ciudadano de la UE, y menos aún de la propia Unión.

Asimismo, en cuanto al estatuto de la ciudadanía europea que sustenta el derecho en estudio, se señala que un ciudadano de la Unión no es un nacional de todos sus Estados miembros, lo que significa que la ciudadanía europea no cumple el requisito estricto de nacionalidad de las reclamaciones a los efectos de la protección diplomática (en sentido estricto). Las disposiciones de los tratados de la Unión Europea que pretenden conferir el derecho a la protección diplomática a todos los ciudadanos europeos por parte de todos los Estados miembros de la UE son, por lo tanto, defectuosas, a menos que se interprete que se aplican en forma exclusiva a la asistencia consular. Se aduce que esa es, en verdad, su intención. Aunque por lo común la asistencia consular se ejerce únicamente en nombre de un nacional, el derecho internacional no prohíbe que se brinde asistencia consular a nacionales de otro Estado. Como la asistencia consular no es un ejercicio de protección de los derechos de un Estado ni es una reclamación, es innecesario aplicar el criterio de la nacionalidad de manera tan estricta como en el caso de la protección diplomática. No hay, pues, necesidad de que exista un interés jurídico por medio del vínculo de la nacionalidad.

VI. Alcance y contenido doctrinario del *derecho a la protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea*

Para indagar y exponer el alcance y contenido de este derecho de ciudadanía europea consagrado en la Carta de Derechos Fundamentales, es necesario tener bien en claro la delimitación conceptual realizada al inicio de este artículo: ¿estamos en presencia de protección diplomática, protección consular, asistencia diplomática o de una simple asistencia consular?

Existe una posición minoritaria de autores que sostienen que la protección diplomática y consular que lleva aparejada la institución de la ciudadanía europea se refiere tanto a la protección diplomática en sentido estricto como a la asistencia y protección consular.

Así, Villariño Pintos, señala: “(...) *si es posible el ejercicio de las diversas funciones diplomáticas y consulares a favor del nacional de otro Estado, ante el Estado receptor, en una relación bilateral ordinaria, con más razón tal ejercicio no ha de entenderse limitado*

*en una relación entre los miembros de una organización de integración supranacional que tiende a establecer una verdadera ciudadanía propia del ente político nuevo*⁵⁶.

En este sentido, debe considerarse que el actual artículo 20.2.c) le posibilita al ciudadano europeo acudir ante los órganos diplomáticos y consulares de otro Estado miembro de la Unión en demanda de protección diplomática o consular⁵⁷.

Ya en 1994, Villariño Pintos manifestaba que *“(...) en primer lugar, hay que señalar -una vez más- que, a pesar de que se habla de ciudadanos de la Unión, el régimen de acogimiento se traslada al ámbito interestatal de los Quince, en lugar de remitir su fijación a la institución competente de la Unión, como sería lo coherente respecto a una verdadera ciudadanía de la misma; del mismo modo, como ya se ha considerado, una correcta configuración de la Unión como ente político debería referir las previsiones de este artículo 8 C a un órgano de representación exterior propio de la Unión y no a las representaciones de otros Estados miembros. De esta manera se establece, también en este caso, un procedimiento más cercano al carácter y mecanismos de la Cooperación Política Europea, aunque el Tratado pretende superarla. Es también lástima que, en estos ámbitos de la representación, que trata de regular el artículo 8 C, no se haya configurado una actuación de la Unión en cuanto tal o más comunitaria, sin más que aprovechando la situación existente. Se avanzaría más en la configuración de la Unión si, al menos en los Estados donde hay delegaciones de la Comisión -ante Estados A.C.P., ante otros Estados o delegaciones regionales-, se atribuyeran a ellas la competencia, no sólo en materias comunitarias, como tienen, sino las que el artículo 8 C permite que sean ejercidas por otro Estado miembro a favor de un ciudadano de la Unión. Se solventarían así los diversos problemas que se han señalado (necesidad de acuerdo, determinación del Estado miembro al que se ha de acudir, derecho aplicable, etc.) porque una disposición comunitaria establecería el régimen para la actuación de la delegación a favor de un nacional de un Estado miembro cuando en ese Estado tercero no exista representación de su Estado. Naturalmente, la solución óptima sería, como ya se ha dicho, la existencia de misiones diplomáticas y oficinas consulares de una verdadera Unión Europea -es decir, de un único ente europeo con personalidad jurídica y no mera denominación de una relación intergubernamental-, que ejercieran, desde luego, las funciones reservadas a esa Unión y subsidiariamente las que conservarían los Estados miembros respecto a sus nacionales, cuando no tuviesen representación diplomática o consular en un tercer Estado*⁵⁸.

En el otro extremo encontramos una posición mayoritaria de autores que niegan que el artículo 20.2.c) del TUE y el artículo 46 de la Carta de Derechos Fundamentales garantice una protección diplomática en sentido estricto, sino que deambulan entre posturas que sostienen una protección diplomática en sentido amplio, o una protección consular, o funciones de asistencia consular simple.

(56) VILLARIÑO PINTOS, E. “Representación Exterior y cooperación Diplomática y Consular en el Tratado de la Unión Europea”, *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, 2016, pp. 168-169.

(57) VILLARIÑO PINTOS, E. “Representación Exterior y cooperación Diplomática y Consular en el Tratado de la Unión Europea”, *Revista de Instituciones Europeas*. Vol. 22, N°2, 1995, p. 435.

(58) *Ibidem*, pp. 441-442

Para algunos, la protección diplomática y consular que lleva aparejada la ciudadanía de la Unión debe entenderse en sentido *lato*, no en sentido estricto o formal⁵⁹.

Otros⁶⁰ sostienen que la protección diplomática y consular conferida hasta el momento por los Tratados de la UE es más propia de la función consular que de la estrictamente diplomática.

Autores como Alvargonzález Sanmartín entienden que al referirse el artículo 20.2.c) a la protección de “las autoridades diplomáticas y consulares de los Estados Miembros”, se está refiriendo a la protección y asistencia que a diario desarrollan las Embajadas y los Consulados, es decir, quedaría descartada la protección diplomática en sentido estricto y sí abarcaría la protección y asistencia diplomática en sentido amplio y la protección y asistencia consular. Asimismo, y en relación a ello no sería una protección propia de la Unión ni tampoco de cualquier Estado miembro, sino de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier otro Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado y sólo en el caso de que el ciudadano de la Unión se encontrare en el territorio de un tercer país y no esté allí representado el Estado miembro del que es nacional⁶¹.

Por su parte, Lirola sostiene que en el estadio actual de desarrollo del artículo 46 de la Carta de Derechos Fundamentales, podemos hablar de un derecho del ciudadano de la Unión a la *asistencia consular* de cualquier Estado miembro en un tercer Estado en caso de carencia de representación del Estado de su nacionalidad, como también la protección en situaciones de crisis, con el apoyo de la Unión a través de sus Delegaciones en terceros países. Así, este derecho se ajusta al régimen de *protección consular* establecido por el Derecho Internacional que permite el ejercicio de la misma por un Estado distinto de la nacionalidad y reconoce el derecho a la protección consular como un derecho subjetivo del individuo. No obstante, el régimen particular en el marco de la Unión Europea permitiría observar una cierta flexibilización del régimen general del Derecho Internacional Público, por ejemplo con la posibilidad de que la aceptación del tercer Estado se obtenga por aquiescencia y no por negociación de acuerdos específicos por los Estados miembros, o la extensión del derecho de protección diplomática a los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad del Estado miembro, extensión que afecta al vínculo de la nacionalidad como requisito de tal protección⁶².

(59) ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARIA; P. “La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión en el exterior”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, N°11 (2º semestre 2006), p. 17.

(60) GUTIERREZ ESPADA, C. *La responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales a la luz del proyecto definitivo de artículos de la CDI (2011)*, ob. cit., p. 156.

(61) ALVARGONZALEZ SANMARTIN, F. “Protección Diplomática y Consular”, *Comentarios a la Constitución española*, 2004, pp. 1480-1481.

(62) LIROLA DELGADO, I. “Art. 46. Protección diplomática y consular”, en MONEREO ATIENZA- MONEREO PEREZ. *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, ob. cit., p. 1224.

En el mismo sentido, Blázquez Peinado⁶³ señala que la protección diplomática y consular a la que se refieren los Tratados, es una protección otorgada por un Estado Miembro en favor de los nacionales de otro Estado miembro, es decir, de cualquier ciudadano de la Unión, pero no una protección que proporcione la Unión Europea como tal, al ser una organización internacional que sólo puede otorgar protección funcional a sus agentes de servicio. No obstante, destaca que en materia de pesca (competencia exclusiva de la Unión) está prevista la colaboración de las Delegaciones de la Unión con los Estados miembros en países terceros con el objeto de proteger a los buques de bandera comunitaria y velar por la correcta aplicación de los acuerdos de pesca, teniendo que estar informadas de los procedimientos y las sanciones que se adopten. No obstante, según la autora estos acuerdos no implican una protección diplomática que pueda otorgar la Unión por medio de sus Delegaciones.

Jiménez Piernas señaló con respecto al antiguo artículo 8 C del Tratado de la UE que en su ámbito de aplicación no encajaba la protección diplomática en sentido estricto⁶⁴. Desde una visión rigurosa del ámbito personal de la asistencia, el derecho de ciudadanía que fue receptado por primera vez en el artículo señalado, no sería a criterio del autor un derecho de protección diplomática y consular porque estaría afectando el Derecho internacional general en vigor que considera que la protección diplomática y consular es de naturaleza interestatal (facultad del Estado, no del particular), tiene carácter discrecional (el Estado puede o no otorgarla) y requiere inexcusablemente el vínculo de nacionalidad de la reclamación con el Estado que protege; salvo negociaciones internacionales entre los Estados miembros de la Unión Europea con terceros Estados que acepten prescindir de la prueba del vínculo de la nacionalidad, no podría admitirse la protección diplomática y consular por parte un Estado miembro distinto del de la nacionalidad del lesionado⁶⁵. Asimismo, sostiene que, si pretendiésemos decir que el derecho de ciudadanía se refiere a la protección consular, estaríamos en la misma situación, ya que esta figura también requiere el vínculo de la nacionalidad entre el particular protegido y el agente consular que los protege, a la vez que también goza de la característica de la discrecionalidad de su otorgamiento⁶⁶.

Por lo tanto, siguiendo esta línea, podríamos señalar que por exclusión el derecho a la “protección consular y diplomática” de los Tratados de la UE y de la Carta

(63) BLAZQUEZ PEINADO, M. Dolores. *La ciudadanía de la Unión*, Universitat de València, 1998, pp. 260-263.

(64) JIMENEZ PIERNAS, C. “La protección consular y diplomática del ciudadano de la Unión Europea”, *Revista de Instituciones Europeas*, Nº 1, 1993, pp. 31-41.

(65) JIMENEZ PIERNAS, C. “La asistencia consular al ciudadano de la Unión: de Maastricht a Ámsterdam”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (Ed.) *Acción exterior de la Unión Europea y de la Comunidad Internacional*, Universidad Carlos III, Madrid, 1998, pp. 228-229.

(66) *Ibidem*, p. 232.

de Derechos Fundamentales, se refiere, por su contenido material, a la figura de la *asistencia consular*⁶⁷.

Admitido que fuese un derecho de “asistencia consular”, éste “sigue planteando la necesidad de negociar algún acomodo o *modus vivendi* que prescinda del vínculo de la nacionalidad como condición ineludible para ejercer dicha asistencia. La práctica internacional se mueve ciertamente en una dirección favorable a los designios de la Unión Europea (...)”⁶⁸. Ese “acomodo” podría darse entablando las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección, conforme al actual artículo 23 del TUE. Aunque “no es descabellado prever que terceros Estados asuman sin grandes dificultades un *modus vivendi*, un arreglo informal que no comprometa su posición futura al respecto, mediante el que se prescinda excepcionalmente de la exigencia del vínculo de la nacionalidad sólo a los efectos de dicha asistencia en favor de ciudadanos de la Unión por parte de cualquier Estado miembro distinto del Estado de su nacionalidad”⁶⁹.

Si bien para este autor la naturaleza jurídica del derecho consagrado en el artículo 20.2.c) TUE es estrictamente asistencia consular, sostiene que no es una facultad reconocida al ciudadano de la Unión, es decir, el ciudadano europeo no sería titular de un derecho a la asistencia consular ni existiría un deber u obligación de prestar asistencia por parte de los Estados miembros, existiendo una discrecionalidad en el sentido tradicional en cuanto a la concesión como al ejercicio de este derecho. Además, este derecho seguiría teniendo un contenido limitado o reducido porque de las directivas institucionales no surgen todas las funciones propias de la asistencia consular, aunque este derecho tendría un carácter relativamente abierto y evolutivo⁷⁰.

Para algunos autores, esa asistencia consular reconocida por el Art. 20.2.c) confirma y desarrolla una práctica que podría denominarse “protección por afinidad”⁷¹, fruto de la cooperación diplomática y consular a nivel intergubernamental en el marco de la Cooperación Política Europea y de la actual Política Exterior y de Seguridad Común y reforzada por la acción del Parlamento Europeo y la Comisión. Su contenido es similar a la tradicional asistencia consular reservada por el Derecho internacional a los propios ciudadanos, pero hay que señalar que en el marco de una organización supranacional de integración como es la Unión Europea, “los ciudadanos de la Unión son beneficiarios de tal protección debido a su consideración por los Estados miembros como titulares de un vínculo y estatuto especial que los diferencia de los

(67) *Ibidem*, p. 233.

(68) *Ibidem*, p. 234.

(69) *Ibidem*, p. 235.

(70) *Ibidem*, p. 240.

(71) JIMENEZ PIERNAS, C. “Estatuto de ciudadanía y derecho de asistencia a los ciudadanos de la Unión Europea”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (Dir.), *Derecho internacional y Tratado Constitucional Europeo*, Trotta, Madrid, 2006, p. 459.

*extranjeros, en cuya virtud gozan de este peculiar procedimiento de protección desplegado al margen de la nacionalidad*⁷².

Piernas López sostiene que la literalidad de los artículos 20.2.c) y 23 del TFUE y del artículo 46 de la Carta de Derechos Fundamentales, deja abierta la cuestión de si la protección conferida por los Tratados incluye algún elemento de protección diplomática o se limita a la protección consular. El autor sostiene que en este momento cabría hablar de una *“protección de carácter consular”*. Así, las instituciones de la Unión se han centrado, hasta la fecha, en algunas funciones asistenciales de carácter consular, lo que -según el autor- no excluye que en el futuro estas funciones puedan ser ampliadas por otras más características incluso de la protección diplomática tradicional⁷³. Según el autor, el ejercicio de la protección diplomática como un derecho de los ciudadanos plantea serios problemas a la luz del Derecho Internacional vigente, lo que no obsta para que el mismo pueda variar en el futuro si tanto el Estado que presta la asistencia como el Estado donde se presta y el de la nacionalidad del solicitante así lo acuerdan⁷⁴.

La actual Directiva 2015/637 constituye *“un paso importante hacia una protección efectiva de los derechos de los ciudadanos de la UE y de sus familiares en el exterior, al que esperamos seguirán otros que permitan, en un futuro, ofrecer la UE una verdadera protección consular supranacional”*⁷⁵.

Si nos centramos en la protección que actualmente podría brindar cualquier Estado de la UE a nacionales de otro Estado miembro, cabe destacar que el disfrute del derecho a la protección prevista por los Tratados -consular y diplomática- dependerá *“de conformidad con el Derecho internacional, del consentimiento tácito o expreso de los países donde se va a prestar la protección, según se trate de la protección consular o diplomática, siendo preferible en todo caso obtener el consentimiento por escrito y con carácter previo a la prestación de la protección”*⁷⁶.

Remiro Brotóns sostiene que, sin perjuicio de la potencialidad de las disposiciones del artículo 23 TFUE y de su evolución -condicionada a que el SEAE incluya una sección consular propia-, su configuración real y actual *“se ha limitado a una mera protección humanitaria”*⁷⁷ para supuestos de asistencia en caso de fallecimiento, accidente o enfermedad grave, arresto, detención, repatriación de ciudadanos, etc.

(72) Ibidem, p. 460.

(73) PIERNAS LÓPEZ, J.J. “Ciudadanía Europea y acción exterior de la Unión”, en GUTIERREZ ESPADA, C. - CERVELL HORTAL, M.J. *La Unión Europea como Actor Global de la Relaciones Internacionales. Retos y problemas seleccionados*, ob. cit., p. 285.

(74) Ibidem, p. 286.

(75) Ibidem, p. 306.

(76) Ibidem, p. 305.

(77) REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional Curso General*, ob. cit., p. 473.

Sin embargo con lucidez señala que una situación “de otra naturaleza”⁷⁸ se produce cuando la Unión Europea tiene un interés jurídico en juego en casos que implican a nacionales de Estados miembros, como por ejemplo en los Acuerdos de Pesca celebrados por la Unión con terceros países (competencia exclusiva de la UE), en los que se regula el procedimiento a seguir en caso de apresamiento de buques bajo el pabellón de Estados miembros en aguas de un tercer Estado donde se prevé la intervención, en un primer momento, de las Delegaciones de la Unión Europea. Estos acuerdos configuran, según el internacionalista, una “suerte de asistencia de la Unión en favor de *pescadores comunitarios*” (Caso Odigitria TPI, 1995), que no excluye la asistencia consular de los propios Estados miembros ni el ejercicio por éstos de la protección diplomática en sentido estricto ante un ilícito internacional imputable al tercer Estado y respecto del cual sus nacionales fueran víctimas. Diferente sería el caso de la violación de las disposiciones del Acuerdo celebrado con la Unión (como en el caso del apresamiento del buque español Estai por las autoridades de Canadá en 1995).

En igual sentido, Prieto⁷⁹ señala que el requisito de la nacionalidad de origen de la reclamación es requisito *sine qua non* para el ejercicio de la protección diplomática en sentido estricto por parte del Estado. Eso es un factor que condiciona decisivamente el derecho del ciudadano europeo, ya que “a falta de acuerdos especiales” el Tribunal Permanente de Justicia en la sentencia entre Estonia y Lituania de 1939 estableció que únicamente el vínculo de la nacionalidad otorga al Estado el derecho de protección diplomática. Así el artículo 20.2.c) del TUE no habilita a que un Estado comunitario pueda garantizar la admisión de su reclamación (aun cuando todos los demás requisitos de procedencia de la protección diplomática en sentido estricto estén presentes), en favor de nacionales de otros Estados de la Unión Europea cuando el tercer Estado afectado oponga el requisito de la nacionalidad de la reclamación. La efectividad práctica de este derecho del ciudadano europeo está supeditada a la aquiescencia de los terceros Estados. El Tratado de la UE así lo entiende cuando estipula que deberán entablarse las negociaciones internacionales requeridas para garantizar la protección del derecho en análisis.

En igual sentido, para Mangas Martín⁸⁰, la protección diplomática y consular a las que se refieren los Tratados de la UE y la Carta de DF no es la protección diplomática *stricto sensu*, sino que se trata de una protección en un sentido general y amplio en la que se combinan y confunden actividades de gestión y actividades de naturaleza diplomática y consular, como lo puso de manifiesto la Decisión 95/353 (actualmente no vigente) que circunscribió su disfrute a *la asistencia consular tra-*

(78) Ibidem, p. 473.

(79) PRIETO, M. G. “El Derecho del ciudadano europeo a la protección diplomática y consular”, en GIL ROBLES Y GIL DELGADO, *Los Derechos del Europeo*, Madrid, 1993, pp. 195-196.

(80) MANGAS MARTIN, A. (Dir.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2009, p. 733 y ss.

dicional. Asistencia consular en el sentido tradicional que hoy se confirma con la Directiva 2015/637 del Consejo de la UE, sólo si no existe representación permanente accesible o no hay un cónsul accesible y competente.

Además de esto, reconoce que, si bien es un derecho de ciudadanía europea que trata de plasmar la solidaridad de la Unión y sus Estados miembros con la ciudadanía de la Unión, no es un derecho que se reclama y se ejerce ante la Unión sino ante los otros Estados miembros, ya que no muestra vínculo directo de la ciudadanía con la Unión, sino la obligación de los Estados miembros con los nacionales de los otros Estados. Del hecho de la pertenencia del Estado de un nacional a la Unión, se deriva su derecho a la protección consular y la obligación para el Estado miembro requerido⁸¹.

Crespo Navarro⁸² indica que los Tratados y la Carta de Derechos Fundamentales “*constitucionalizaron formalmente*” una práctica que es la *protección por “afinidad”*⁸³ por la cual, los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea -ciudadanos de la UE-, en el marco de una cooperación diplomática y consular intergubernamental y reforzada por el Parlamento y la Comisión, son beneficiarios, como los propios nacionales, de una protección similar a la de la asistencia consular tradicional por ser titulares de un *estatuto especial* que los diferencia de los extranjeros. Ese estatuto especial es el que en la práctica ha llevado a la acción coordinada de los Estados miembros en situaciones de crisis favoreciendo a los nacionales comunitarios (ejemplo: en la Guerra del Golfo de 1990-1991), como también a la acción en favor de individuos concretos en atención a su condición de ciudadanos de la UE⁸⁴.

Entre ambas posturas extremas, posiciones intermedias aúnan las dos anteriores y dejan abierta la puerta a un futuro desarrollo de la temática. En este sentido, se estima que, si bien hasta el momento la dimensión exterior de la ciudadanía de la Unión sólo ha cubierto “acciones de protección en un sentido general y amplio en la que se combinan y confunden actividades de gestión y actividades de naturaleza diplomática y consular”⁸⁵, se abre la posibilidad de que esta pudiera llegar a comprender en el futuro la protección diplomática en sentido amplio y estricto ejercida por los Estados Miembros o incluso por la propia Unión.

(81) Ibidem, p. 734.

(82) CRESPO NAVARRO, E. *Nuevas formas de protección del individuo en el derecho internacional. La erosión del vínculo de la nacionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 352- 359.

(83) Protección por afinidad por cuanto “*en estos casos el sujeto protector actúa movido, no sólo por consideraciones humanitarias, sino también por la presencia de algún vínculo especial, normalmente distinto de la nacionalidad, con el individuo al que se protege*”, Ibidem, p. 385.

(84) Para profundizar en este tema: CRESPO NAVARRO, E. *Nuevas formas de protección del individuo en el derecho internacional. La erosión del vínculo de la nacionalidad*, ob. cit., pp. 360 a 375.

(85) REY ANEIROS, A. “Hacia el reforzamiento de la dimensión exterior de la ciudadanía europea”, ob. cit., pp. 26-27.

La imprecisión terminológica de los textos jurídicos comunitarios es una manifestación de la inclinación comunitaria hacia el reforzamiento de la protección. Que desde el comienzo (con el Art. 8 C del TCE) no se haya querido limitar la acción de protección de los Estados miembros a una simple acción consular indicaría la intención de querer dejar la puerta abierta a una progresiva ampliación de dicha acción. El Art. 20.2.c) (y el I-10 del Tratado Constitucional *non nato* pre Lisboa) pueden potencialmente habilitar a los Estados miembros, con el consentimiento del tercer Estado, a ejercer tanto la asistencia diplomática como la protección y la asistencia consulares; pero no sería la base jurídica para ejercer la protección diplomática en sentido estricto, ya que éste es un derecho ejercido por los órganos centrales del Estado y el Art. 20.2.c) habla de “autoridades diplomáticas y consulares”. No obstante, los Estados miembros o incluso la propia Unión Europea, podrían -en su momento- ejercer el derecho de protección diplomática⁸⁶.

En opinión de Rey Aneiros⁸⁷, tanto los Estados miembros como la Unión Europea -pensado en el marco de la entrada en vigor del Tratado Constitucional *non nato*, pero cuyas disposiciones a los fines de este trabajo se receptaron en el Tratado de Lisboa-, “podrían llegar a ejercer la protección diplomática en sentido estricto”. Los Estados miembros lo harían sobre la base de un Acuerdo habilitante con el tercer Estado. Sería incluso posible negociar la inserción en los acuerdos mixtos celebrados por la Unión Europea y sus Estados miembros de una cláusula estándar de consentimiento para la protección diplomática y consular comunitaria en virtud de la cual los terceros países aceptarían que los ciudadanos de la Unión pudieran ser asistidos por cualquier Estado miembro representado *in situ*. Por el otro lado, y respetando las mismas normas del Derecho Internacional Público, la Unión Europea podría ejercer la protección diplomática si el tercer Estado consintiera y si la materia objeto del ilícito internacional cometido por este tercer Estado fuera de competencia exclusiva de la Unión⁸⁸; tanto el asunto Odigitria como el apresamiento del buque español Estai por Canadá son ejemplos de posible procedencia de protección diplomática comunitaria. También lo sería en materia de conservación y gestión de recursos acuáticos vivos-competencia exclusiva de la UE- si un tercer Estado cometiera una violación de un acuerdo en la materia, ya que el único sujeto internacional habilitado para ejercer la protección diplomática sería la Unión Europea. Los Estados miembros no serían parte en el acuerdo internacional por lo cual, frente a ellos no se habría producido una violación del Derecho Internacional y no estarían habilitados para ejercer la protección diplomática pues no se cumpliría uno de sus requisitos.

(86) *Ibidem*, p. 26.

(87) *Ibidem*, p. 28.

(88) *Ibidem*, p. 27.

El Informe CARE⁸⁹, señaló que la protección que otorgan los Tratados de la UE se extiende tanto a la protección consular como a la protección diplomática. El Informe señala que los Estados y las instituciones de la Unión han comenzado por desarrollar funciones más ligadas a la protección que a la asistencia consular (ejemplo: evacuaciones de ciudadanos de la Unión en terceros Estados por desastres naturales o conflictos armados, otorgamiento de documentos de viajes, etc.).

Es también la interpretación de la Comisión (Comisión, COM 767 final, 2007, 8) que, si bien ha centrado su actividad en el desarrollo de la protección consular del ciudadano de la Unión, no descarta las posibilidades que abre esta disposición en relación con el ejercicio de la protección diplomática por la Unión o los Estados miembros.

Es que no se puede descartar que la cooperación lleve a los Estados miembros, en el futuro, a adoptar nuevas disposiciones que garanticen una protección diplomática y consular de múltiples niveles con respecto a los ciudadanos de la Unión que hayan sufrido lesiones en un país que no pertenece a ella. Por ejemplo, dicha protección podría inicialmente consistir en la intervención del Estado de nacionalidad y, en el caso de la ineffectividad de tal intervención, conllevar el ejercicio de alguna forma de protección de otros Estados miembros o la propia UE. Al fin y al cabo, parece ser necesaria una evolución del régimen actual de protección diplomática y consular, establecido por el Art. 23 del TFEU. De hecho, en cierto punto, el alcance limitado y el carácter residual de este régimen han evitado que el estado de ciudadano de la UE se consolide en una posición legal, reconocido tanto en la UE como en el orden legal internacional y, por lo tanto, han impedido que los individuos gocen de una protección eficaz de sus derechos como ciudadanos de la UE tanto dentro del territorio de la UE como en terceros Estados⁹⁰.

VII. Conclusiones

Llegados a esta instancia podemos sostener en primer lugar que, independientemente de la extensión que podamos otorgarles a los vocablos “protección diplomática y consular” receptada en los artículos 20.2.c) y 23 del TFUE y artículo 35 del TUE, debemos admitir que la Carta de Derechos Fundamentales -pilar de la Unión Europea- lo ha consagrado como un *derecho de ciudadanía europea*. Eso supone un nuevo abordaje de los conceptos de protección y asistencia diplomática y de protección y asistencia consular provenientes del derecho internacional público que encuentran fundamento en el estricto vínculo de la nacionalidad entre un individuo y un Estado, para ser analizados desde la perspectiva de un nuevo vínculo o *status*

(89) Informe CARE, 2010, p. 27; p. 676: “(...) it becomes clear that Arts. 20 and 23 TFUE have, as their subject matter, both the right to consular and diplomatic protection.”

(90) VIGNI, Patricia. “Diplomatic and consular protection in EU Law: Misleading combination or creative solution”, Cadmus EU Research Repository, p. 28.

jurídico, el estatuto de ciudadano europeo, que si bien no sustituye al primero, sino que lo presupone, sí es verdad que lo complementa o se superpone a aquel.

En segundo lugar, y con el ánimo de hacer efectivo ese derecho consagrado, debemos admitir que los tratados comunitarios han pasado, en relación a la regulación, de una concepción netamente intergubernamental⁹¹ a potenciar con el Tratado de Lisboa el rol del Parlamento, la Comisión y el Consejo de la Unión Europea⁹², al facultar la adopción de directivas por el Consejo (con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa consulta al Parlamento Europeo) para establecer medidas de coordinación y de cooperación necesarias para facilitar la protección en estudio. Si a esto le sumamos la nueva configuración del Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) y el nuevo rol otorgado a las Delegaciones de la Unión Europea en terceros países, observamos una mayor *comunitarización* de las figuras en estudio.

En tercer lugar, si bien hoy el derecho del artículo 46 de la Carta de Derechos Fundamentales se limita a que sea un Estado miembro de la Unión -a través de sus autoridades diplomáticas y consulares- quien pueda proteger o asistir a un nacional de otro Estado miembro en un tercer Estado en el que no encuentre representación diplomática y/o consular del Estado de su nacionalidad, hace años que existe una corriente a favor de que las Delegaciones de la propia Unión Europea sean quienes, de manera exclusiva o conjunta -principal o subsidiariamente con los Estados miembros-, lleven a cabo esta tarea. Nótese que de admitirse esto, el rol que tendrían las Delegaciones de la Unión no necesariamente sería en los supuestos de no existir representación diplomática o consular de un Estado miembro en un tercer país, sino que significaría que, aun existiendo tal representación, la Unión Europea la ejerciera como tal. Pero esta tendencia no encuentra aún sustento en una decisión política de los Estados miembros que la consagre.

Debe quedar en claro que, en este contexto y en la práctica actual, el derecho a la protección diplomática y consular del ciudadano europeo se limita, técnicamente, a supuestos de protección y/o asistencia consular que son los que señala (aunque de manera no exhaustiva) la Directiva N° 2015/637 en vigor.

No obstante este cuadro de situación, es notorio que por los vocablos utilizados los Estados miembros han querido garantizar un derecho que fuese más allá de esta simple asistencia o protección consular (caso contrario no se hubiesen utilizado de

(91) Antes de Lisboa el Art. 20.2.c) indicaba: *Los Estados miembros establecerán entre sí las normas necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección*". Luego de Lisboa el artículo señala: **"Los Estados miembros tomarán las disposiciones necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección"** (Art. 20.2.c). Es decir, que la intergubernamentalidad pasó de establecer entre sí "normas necesarias" a "tomar las disposiciones necesarias", aunque mantiene la potestad de entablar las negociaciones internacionales requeridas para garantizar la protección diplomática y consular.

(92) Art. 20.2.c) *in fine*.

esta manera los términos en la redacción de los artículos), trazando un camino con paulatino avance hacia supuestos de protección y asistencia diplomática.

Así, si bien en principio podríamos admitir una protección diplomática en sentido amplio, algunos casos resonantes como el asunto Odigitria y el caso del apresamiento del buque pesquero español Estai en el conflicto conocido como “guerra del Fletán” en 1995 con Canadá, parecieran indicar al decir de Carrera Hernández⁹³ que estamos en presencia de un “embrión” de protección diplomática comunitaria en sentido estricto. Sin embargo, de admitirse esta posibilidad de protección diplomática debemos estar atentos a dos puntos clave que la restringirían o al menos le darían un matiz particular: a) sería procedente sólo en aquellos campos de competencias exclusivas de la Unión, admitiéndose sólo la asistencia diplomática y la protección y asistencia consular en torno a las competencias concurrentes y de complemento o apoyo; b) en principio, el ejercicio de la protección por parte de la Unión sería de manera concurrente y complementaria pero subsidiaria a la de los Estados miembros, salvo que la decisión de éstos sea en algún momento delegar exclusivamente o colocar con rango preferencial a la Unión como tal en ejercicio de la protección diplomática, tanto sea en sentido amplio como estricto.

Puntos claves son y serán las negociaciones con terceros Estados ya que, al ser la Unión Europea una organización supranacional de integración y no un Estado, ellos no admitirían de una manera tan simple que la Unión ejerciera la protección diplomática sin su consentimiento en atención a que no lo estaría haciendo en base al vínculo de la nacionalidad de la clásica institución del Derecho Internacional Público, sino en base a un nuevo vínculo que une al individuo de los veintisiete Estados miembros con la Unión como tal: el vínculo de la ciudadanía europea.

La realidad del siglo 21 nos enfrenta con un fenómeno organizacional supranacional de integración con setenta años de existencia totalmente diferente a las organizaciones internacionales clásicas, con sustento en un vínculo que se diferencia del de la nacionalidad pero que convive con éste. Es que los nacionales de cada uno de los Estados miembros son además (o, ante todo, si ponemos el foco en la Unión) ciudadanos europeos. Y en ese ser “ciudadano europeo” la Unión les ha consagrado derechos que no son estáticos, sino que se van “modulando” en función de las necesidades de sus ciudadanos y los intereses y competencias de la Unión.

Es que, como dijo Robert Schuman el 9 de mayo de 1950, Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto sino a través de realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho, con algunos pasos hacia adelante

(93) CARRERA HERNANDEZ, J. “El Deber de Asistencia Diplomática y Consular de los Pescadores Comunitarios por la Comisión Europea (Comentario a la Sentencia del TPI de 6 de julio de 1995, Odigitria AAE c. Consejo y Comisión. asunto T-572/93)”, *Revista Instituciones Europeas (RIE)*, Vol. 23, Nº2, pp. 539-552.

y otros hacia atrás, pero siempre teniendo presente la protección de lo que hoy llamamos el “ciudadano europeo”.

VIII. Bibliografía

AGUDO ZAMORA, M. “La ciudadanía de la Unión Europea. Del artículo 8 del Tratado de la Unión Europea al artículo i-8 del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”, en CARRILLO, M. - LÓPEZ BOFFIL, H. (Coords.) *La Constitución Europea: Actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, Editorial Tirant lo Blanch, Barcelona, 2016.

ALONSO GARCÍA, R. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Editorial Civitas, Madrid, 2014.

ALVARGONZÁLEZ SANMARTIN, F. “Protección diplomática y consular”, *Comentarios a la Constitución española*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

AMERASINGHE, C. F. *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

ANDRÉS SAÉNZ DE SANTAMARIA, M. “Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno”, *Anuario de Derecho Internacional*, N°3, Madrid, 1976.

ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, M. “La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión en el exterior”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, N°11, Madrid, 2006.

BARBOZA, J. *Derecho Internacional Público*, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2008.

BLÁZQUEZ PEINADO, M. D. *La ciudadanía de la Unión*, Editorial Universitat de València, Valencia, 1998.

CARRERA HERNÁNDEZ, J. “Protección diplomática y responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea en el ámbito pesquero”, *Noticias UE*, N°161, Madrid, 1998.

CARRERA HERNÁNDEZ, J. *Política pesquera y responsabilidad de la Comunidad Europea*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1995.

CARRERA HERNANDEZ, J. “El deber de asistencia diplomática y consular de los pescadores comunitarios por la Comisión Europea (Comentario a la Sentencia del TPI del 6 de julio de 1995, Odigitria AAE c. Consejo y Comisión, as. T-572/93)”, *Revista Instituciones Europeas (RIE)*, Vol. 23, N° 2, Madrid, 1996.

COLLANTES GONZALEZ, J. “La protección diplomática de sociedades mercantiles y accionistas” [versión electrónica], *Revista Ius et Veritas*, N° 25, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2002. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16203>

CONDORELLI, L. “L’évolution du champ d’application de la protection diplomatique”, en FLAUSS, Jean-François (Dir.) *La Protection Diplomatique: Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Editorial Nemesis-Bruylant, Brussels, 2003.

CRESPO NAVARRO, E. *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho Internacional. La erosión del vínculo de la nacionalidad*, Tirant le Blanch, Valencia, 2005.

CRESPO NAVARRO, E. “La protección por afinidad de los ciudadanos de la Unión Europea no representados en terceros países”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* N°55, Madrid, 2006.

DIEZ DE VELASCO, M. *Las Organizaciones Internacionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.

DÍEZ DE VELASCO, M. "Reflexiones sobre la protección diplomática", en VVAA, *Pen-samiento jurídico y Sociedad internacional. Estudios en honor del Prof. D. Antonio Truyol Serra*, Vol. I, Madrid, 1986.

DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones del Derecho Internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 2017.

ESCOBAR HERNANDEZ, C. *Instituciones de la Unión Europea*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GAJA, G. "Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diploma-tique", en FLAUSS, Jean-François (Dir.) *La Protection Diplomatique: Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Editorial Nemesis-Bruylant, Bruselas, 2003.

GONZÁLEZ ALONSO, L.N. "Protegiendo a los ciudadanos de la Unión más allá del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: ¿hacia un nuevo modelo europeo de gestión consular de crisis?", en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.) *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de LA Unión Europea*, Editorial Iustel, Madrid, 2012.

GUTIERREZ ESPADA, C. "El Servicio Europeo de Acción Exterior: ¿solo una hermosa fachada para la inanidad?", *Cuadernos Europeos de Deusto*, Nº44, Bilbao, 2001.

GUTIERREZ ESPADA, C. *La responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales a la luz del proyecto definitivo de artículos de la CDI (2011)*, Editorial Comares, Granada, 2011.

GUTIÉRREZ ESPADA, C. - CERVELL HORTAL, M. *La Unión Europea como actor global de las relaciones internacionales. Retos y problemas seleccionados*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GUTIERREZ POSSE, H. *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Editorial De los Cuatro Vientos, Buenos Aires, 2006.

GUZMÁN ZAPATER, M. "La protección consular como derecho derivado de la ciuda-danía", *Revista de Derecho de la Unión Europea (RDCE)*, Nº27, Madrid, 2014.

HUELIN MARTINEZ DE VELASCO, J. "La ciudadanía de la Unión", en ALVALREZ CONDE, E. - GARRIDO MAYOL, V. *Comentario a la Constitución Europea*, Libro II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

JIMÉNEZ PIERNAS, C. "La protección consular y diplomática del ciudadano de la Unión Europea", *Revista de Instituciones Europeas*, Nº1, Madrid, 1993.

JIMÉNEZ PIERNAS, C. "La asistencia consular al ciudadano de la Unión: de Maastricht a Ámsterdam", en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (Ed.) *Acción exterior de la Unión Europea y de la Comunidad Internacional*, Editorial Universidad Carlos III, Madrid, 1998.

JIMÉNEZ PIERNAS, C. "Estatuto de ciudadanía y derecho de asistencia a los ciudadanos de la Unión Europea", en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (Dir.) *Derecho internacional y Tratado constitucional europeo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006.

JIMÉNEZ PIERNAS, C. *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Editorial Tecnos, Madrid, 2011.

JUAREZ PÉREZ, P. *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Editorial Marcial Pons, Bar-celona, 1998.

KATSOUFROS, T. "Réflexions sur l'arrêt Odigitria du TPI des Communautés Euro-péennes", *Annuaire français de droit international*, Vol. 41, 1995.

KRUSE, J. *Diplomatischer und konsularischer Schutz für Unionsbürger (La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión)*, Editorial Sierke Verlag, Göttinge, 2009.

MANGAS MARTIN, A. - LIÑAN NOGUERAS, D. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Editorial Tecnos, Madrid, 2016.

MANGAS MARTÍN, A. "Artículo 46. Protección diplomática y consular", en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.) *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Editorial Fundación BBVA, Madrid, 2008.

MARTÍ MARTÍ, X. "La política española de protección y asistencia consulares a los ciudadanos españoles detenidos en el extranjero", *Revista Europea de Derecho Internacional (REDI)*, N°1, Vol. LXV, 2013.

MOLINA DEL POZO, C. - ORTUZAR ANDECHAGA, L. *Tratado de la Unión Europea*, Editorial Comares, Madrid, 2016.

MOLINA DEL POZO, C. *Principios Informadores de la Construcción de la Unión Europea*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.

MOLINA DEL POZO, C. *Tratado de la Unión Europea (I. II, III y IV)*, Editorial Juruá, Madrid, 2015.

MOLINA DEL POZO, C. *Tratado de Lisboa: Tratado de la Unión Europea. Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. Carta de Derechos Fundamentales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2018.

MOLINA DEL POZO, C. *Derecho de la Unión Europea*, Editorial Reus, Madrid, 2019.

MOLINA DEL POZO, C. *La Constitución Europea. Estudio Introductorio de Carlos Francisco Molina del Pozo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.

ORREGO-VICUÑA, F. "The Changing Law of Nationality of Claims, Report prepared for the International Law Association International Committee on Diplomatic Protection", *Report of the Sixty-Ninth Conference*, International Law Association Reports, 2000.

ORTEGA VELÁZQUEZ, E. "Naturaleza jurídica de la protección diplomática a la luz del desarrollo progresivo del Derecho Internacional: ¿Derecho del Estado o de la persona humana?", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVI, México, 2016.

PASTOR RIDRUEJO, J. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones internacionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2019.

PIERNAS LÓPEZ, J.J. "La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N°48, Madrid, 2014.

PIERNAS LÓPEZ, J.J. "Ciudadanía europea y acción exterior de la Unión", en GUTIÉRREZ ESPADA, C. - CERVELL HORTAL, M.J. *La Unión Europea como actor global de las relaciones internacionales. Retos y problemas seleccionados*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

QUEL LÓPEZ, F.J. "Nueva aproximación a una institución clásica: la necesaria adaptación de la protección diplomática a los actores y factores presentes en la actual sociedad internacional", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2002.

REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional. Curso General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

REY ANEIROS, A. "Hacia el reforzamiento de la dimensión exterior de la ciudadanía europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo (RDCE)*, Nº26, 2007.

RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J.M. *La ciudadanía de la Unión Europea*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

RODRÍGUEZ MAGADALENO, R. I. - VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B. "Protección de la ciudadanía española en el exterior", en VALVIDARES SUÁREZ, M. L. (Coord.) *Derechos y garantías frente a las situaciones de vulnerabilidad*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2016.

TORROJA MATEU, H. *El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática*, Editorial Bosch, Barcelona, 2007.

TORROJA MATEU, H. "La protección diplomática de los «derechos humanos de los nacionales en el extranjero: ¿Situaciones jurídicas subjetivas en tensión?", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 58, Nº1, 2006.

UNION EUROPEA. *Decisión (UE) 95/553/CE*. Decisión de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 19 de diciembre de 1995, relativa a la protección de los ciudadanos de la Unión Europea por las representaciones diplomáticas y consulares.

UNION EUROPEA. *Directiva (UE) 2015/637*. Directiva del Consejo de la Unión Europea de 20 de abril de 2015 sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países y por la que se deroga la Decisión 95/553/CE.

UNIÓN EUROPEA. *Informe CARE*, 2010.

VIGNI, P. "Diplomatic and consular protection in EU Law: Misleading combination or creative solution?", *EUI Working Papers*, European University Institute (Department of Law), Florencia, 2011.

VILARIÑO PINTOS, E. "Representación exterior y cooperación diplomática y consular en el Tratado de la Unión Europea", *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 22, Nº2, 1995.

VILARIÑO PINTOS, E. *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2011.

YTURRIAGA BARBERÁN, J. A. "Los órganos del Estado para las relaciones exteriores", *Compendio de Derecho Diplomático y Consular*, Editorial Escuela Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 2016.

LA VIOLENCIA PATRIMONIAL CONTRA LA MUJER EN BRASIL: SU RECONOCIMIENTO Y APLICACIÓN*

*ECONOMIC VIOLENCE TOWARDS WOMEN IN BRAZIL:
ITS ACKNOWLEDGEMENT AND APPLICATION*

*Maria Carolina Nogueira Nomura Santiago ***

Resumen: En Brasil, la ley 11340, de 7 de agosto de 2006, conocida como *Lei Maria da Penha*, criminalizó la violencia en el ámbito doméstico. Entre los tipos de violencia tipificados en el artículo 7º se encuentra, en el inciso 4, la violencia patrimonial, entendida como “cualquier conducta que configure retención, sustracción, destrucción parcial o total de sus objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos o recursos económicos, incluyendo los destinados a satisfacer sus necesidades”. En Brasil, son muy raras las manifestaciones de violencia patrimonial según la Ley Maria da Penha, pues algunos jueces todavía aplican las excusas absolutorias previstas en los artículos 181 y 182 del Código Penal brasileño que dice que “está exento de pena quien cometiere cualquiera de los crímenes previstos en este título en perjuicio: I- de la pareja, en constancia de la sociedad conyugal; II- del ascendiente o descendiente, sea el parentesco legítimo, ilegítimo, civil o natural”. Por lo tanto, si el agresor es el marido, padre, hijo o hermano, puede no ser punido. Aunque en los juzgados brasileños sean muy raras las condenas por violencia patrimonial, es imprescindible reconocerla como un tipo

* Trabajo recibido el 3 de agosto de 2020 y aprobado para su publicación el 7 de septiembre del mismo año.

** Abogada y Periodista. Cursa Máster en Derecho Civil Comparado en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC-SP). Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Internacional por la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho de Familia y Sucesiones por la Escuela Paulista de Derecho. Graduada en Derecho en la PUC-SP, miembro de la Comisión de Derecho de Familia del Instituto de los Abogados de São Paulo. Miembro de la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y Directora de Medios de la Asociación de Derecho de Familia y Sucesiones (ADFAS) (contacto: mariacarolina.nomura@gmail.com).

de violencia que, como todas las otras, contribuye con el ciclo de desigualdad de género y la perpetuación del abuso de derecho en las relaciones de familia.

Palabras-clave: Violencia Patrimonial - Ley Maria da Penha - Desigualdad de Género - Abuso de Derecho - Relaciones de Familia.

Abstract: In Brazil, the Maria da Penha Law, number 11340, created on August 7, 2006, criminalized violence in the domestic sphere. Among the types of violence typified in article 7º, we find, in section IV, the description of patrimonial violence understood as “any conduct that constitutes retention, subtraction, partial or total destruction of its objects, work instruments, personal documents, property, values and rights or economic resources, including those destined to satisfy their needs”. The main purpose of this type of violence is to leave the woman without any material possibility of restarting her life, or of intimidating her by saying that without him she has nowhere to go. In Brazil, manifestations of patrimonial violence according to the Maria da Penha Law are very rare, since some judges still apply the absolutist excuses provided for in Articles 181 and 182 of the Brazilian Penal Code, which states that “it is a penalty to commit any of the crimes provided in this title in detriment: I- of the couple, in the constancy of the conjugal society; II- of the ascendant or descendant, be it the legitimate, illegitimate, civil or natural kinship “. So, if the aggressor is the husband, father, son or brother, he may not be punished. Although in Brazilian courts the condemnation of patrimonial violence is very rare, it is essential to recognize it as a type of violence that, like all others, contributes to the cycle of gender inequality and the perpetuation of the abuse of rights in the relations of family.

Keywords: Patrimonial Violence - Maria da Penha Law - Gender Inequality - Abuse of Right - Family Relations.

Sumario: I. Introducción. II. Breve histórico de la legislación acerca de la protección de la mujer en Brasil. III. La violencia patrimonial contra la mujer. IV. La dificultad para la aplicación de la Ley Maria da Penha en relación al patrimonio. V. Conclusión. VI. Referencias Bibliográficas.

I. Introducción

Puede parecer una contradicción decir que la mujer del siglo XXI pueda sufrir un tipo de violencia llamada patrimonial, dado que actualmente, según el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), las mujeres en Brasil son las que presen-

tan mayor índice de escolaridad y que más trabajan. Sin embargo, aunque la mujer tenga más conocimiento de sus derechos, haya ingresado al mercado de trabajo, y en muchos hogares sea quien toma las principales decisiones, no ha dejado de ser una persona vulnerable que necesita protección especial.

Entre los tipos de violencia contra la mujer dispuestos en la ley Maria da Penha (ley n° 11340, de 7 de agosto de 2006), está la violencia patrimonial, tipificada en el artículo 7º, inciso 4, como “cualquier conducta que configure retención, sustracción, destrucción parcial o total de sus objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos o recursos económicos, incluyendo los destinados a satisfacer sus necesidades”.

Su manifestación en la práctica aparece, básicamente, en situaciones donde, por ejemplo, el hombre utiliza los recursos y finanzas de la mujer para sus propios intereses y después la deja llena de deudas. También ocurre cuando el hombre pide que la mujer deje su trabajo para quedarse en casa cuidando de la familia y al terminar el matrimonio o la unión de hecho, la deja sin ninguna ayuda (para ella y sus hijos). En esta situación, aunque ella tenga derecho a cobrar la cuota alimentaria, la dificultad y demora del proceso y su ejecución en Brasil dejan a la mujer en una situación de extrema vulnerabilidad, especialmente si ella no tiene ayuda de su familia o amigos.

Las situaciones de violencia patrimonial contra la mujer son muchas, no siendo posible enumerarlas a todas. En el fondo, se percibe la necesidad de la pareja de controlar a la mujer.

En Brasil, son muy raras las manifestaciones de violencia patrimonial en el sentido reglado por la Ley Maria da Penha, puesto que algunos fallos demuestran que la relación de proximidad de la víctima con su agresor (marido, padre, hermano, novio) lo exime de la pena. El artículo 181 del Código Penal brasileño dice que “está exento de pena quien comete cualquiera de los crímenes previstos en este título en perjuicio: I- de la pareja, en constancia de la sociedad conyugal; II- del ascendiente o descendiente, sea el parentesco legítimo, ilegítimo, civil o natural”.

El presente artículo tiene como objetivo presentar el concepto de violencia patrimonial contra la mujer y demostrar que, como todos los tipos de violencia, cumple el papel de generar dependencia y temor -¡cuántas son las mujeres que siguen con sus maridos o compañeros porque no tienen trabajo o a dónde ir!-, además de ser un tipo de abuso, lo que contribuye con el ciclo de desigualdad de género que se perpetúa.

II. Breve histórico de la legislación acerca de la protección de la mujer en Brasil

La primera Constitución de la Republica de Brasil data del siglo XIX. En aquellos tiempos, las mujeres eran legalmente propiedad de los hombres, fueran ellos sus padres o maridos. Bajo la Constitución de 1824 se determinaba la aplicación de las

Ordenaciones Filipinas que estatúan el derecho del marido de castigar a su mujer, a punto de poder matarla, si la encontraba en adulterio¹. Con el pasar de los años, las Constituciones empezaron a aplicar el principio de igualdad entre todos, pero la legislación ordinaria no acompañó dicha aspiración, estableciendo reglas de desigualdad. “En la promulgación del Código Civil Brasileño de 1916, las mujeres casadas fueron consideradas personas relativamente incapaces, igual que los menores, y necesitaban autorización del marido para trabajar”². Es decir, la mujer salía de casa de su padre para vivir con su marido, que era el jefe de la sociedad conyugal. La mujer necesitaba la autorización del marido para los actos de la vida civil, como por ejemplo, trabajar y/o hacer transacciones comerciales, entre otros. El objetivo de la norma de aquel tiempo era proteger a la mujer, que era una persona vulnerable. Según Pontes de Miranda, “el trabajo trae encargos comunes para los cuales es necesario, en principio, la autorización marital, a fin de que tengan valor jurídico”³. El Código Civil de 1916 trajo la lista de actividades que la mujer no podía hacer (Art. 242, CC/1916) sin la autorización del marido (Art. 251, CC/1916). Para que fuera revocada la autorización marital, era necesario ir a juicio cuando la profesión del marido fuera económicamente inferior a la de la mujer⁴.

Fue el Estatuto de la Mujer Casada (Ley nº 4121, de 27 de agosto de 1962) que inauguró el movimiento legislativo de equiparación entre hombre y mujer en el casamiento, puesto que revocó la incapacidad relativa de la mujer casada que estaba vigente en el Código Civil de 1916. Empezó también a introducir a la mujer en las directrices de la sociedad conyugal, cuando expresamente colocó que “el marido es el jefe de la sociedad conyugal, función que ejerce con la colaboración de la mujer”⁵. La mujer empezó a ser vista como una persona y ya no como una propiedad de los hombres. Así, la violencia contra la mujer en el ámbito doméstico -antes considerada

(1) TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Divórcio e Separação após a EC 66/2010*, 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43; Ordenações Filipinas livro V, títulos XXXVI, parágrafo 1o, e XXXVIII.

(2) TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Ibidem*, p. 44. En el original: “Na promulgação do Código Civil brasileiro - lei 3071 de 1916, as mulheres casadas foram considerados ‘pessoas relativamente incapazes’, ao lado dos menores púberes, com exclusividade, dos pródigos e dos silvícolas (art. 6o); ao marido foi atribuída, com exclusividade, a chefia da sociedade conjugal (art. 233), e o poder sobre os filhos também cabia ao varão (art. 240)”. Sobre la comparación de la emancipación de la mujer en Brasil y otros países, v. MOSER, Rudolf. *Emancipação e Paridade de Direitos da Mulher Casada no Brasil e nos outros Países do Sistema Jurídico Francês*. Recuperado de: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66483/69093>. Acceso en 05.05.2019.

(3) MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito de Família*, Volume II Direito Matrimonial, 3a ed., Max Limonada, São Paulo, 1947, p. 36.

(4) En el mismo libro, el autor cuenta que el Art. 246 CC/1916 tenía mayor relevancia de lo que se pensaba, puesto que garantizaba a la mujer disponer de su sueldo, con la excepción de la casada bajo el régimen de separación de bienes. MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito de Família*, Volume II Direito Matrimonial, 3a ed. Max Limonada, Sao Paulo, 1947, p.45.

(5) Art. 233 del Código Civil de 1916, con redacción alterada por el Estatuto de la Mujer Casada (Ley nº 4121, de 27 de agosto de 1962).

una práctica aceptable, común e, inclusive, un tema de ámbito privado de la sociedad conyugal- pasó a ser expuesta por los movimientos feministas como una necesidad de implementación de políticas públicas para su sensibilización y enfrentamiento.

Cecília MacDowell Santos⁶ identifica tres grandes momentos institucionales que, directa o indirectamente, moldearon y reflejaron los contextos de la actuación estatal y de las luchas feministas:

Primero, el momento de la creación de las comisarías de la mujer en 1985⁷; segundo, el del surgimiento de los Juzgados Especiales Criminales (JECRIM) en 1995; tercero, el del advenimiento de la Ley 11340 de 7 de agosto de 2006 llamada Ley Maria da Penha. Estos tres momentos no son aislados y no provienen de un factor exclusivo o de un proceso lineal de desarrollo. En torno a ellos convergen y divergen diversas fuerzas sociales y políticas, señalando olas y saltos de flujos y reflujos de políticas públicas y luchas feministas.

Además, la citada autora analiza que en esos tres momentos hubo distintas formas de absorción y traducción de las demandas feministas por parte del Estado. Indica también que los discursos feministas sobre violencia en el ámbito doméstico son los que impulsaron la implementación de políticas públicas para su enfrentamiento⁸.

Por lo tanto, cuando promulgada la Constitución de 1988 -actualmente en vigor- la mujer ya tenía un campo de lucha muy sembrado, lleno de reivindicaciones. Débora Gozzo⁹ y Wilson Ricardo Ligiera, en precioso artículo, enseñan que la

(6) SANTOS, Cecília MacDowell. *Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado*, Versión reducida y revisada del documento presentado en la Conferencia los Estudios Feministas y la ciudadanía plena (Facultad de Artes de la Universidad de Coimbra, el 8 y 9 de febrero de 2008), publicado en formato de taller por el Centro de Estudios Sociales (Santos, 2008). Recuperado de: <https://journals.openedition.org/rccs/3759#authors>. Acceso en 02.05.2019.

(7) En el año 1985, en São Paulo, fue creada la primera Comisaría de Defensa de la Mujer (Delegacia de Defesa da Mulher), de toda América Latina, reconocida como un marco en la lucha contra la violencia a la mujer. Fue creada por el Decreto Ley 23769/1985.

(8) "Los Juzgados Especiales Criminales, aunque no fueron creados para tratar la violencia doméstica contra las mujeres, producen efectos en el funcionamiento de las comisarías de la mujer y caracterizan una ola de retraducción / resignificación de la criminalización, con la trivialización de la violencia. La Ley Maria da Penha refleja un proceso de paso de la indiferencia del Estado a la absorción amplia de las demandas feministas en el marco de la formulación de una política nacional para el enfrentamiento de la violencia doméstica; sin embargo, los debates en torno a la aplicación de esta política se han centrado en sus medidas penales y en la constitucionalidad de la ley, llevando a algunos agentes del Estado a una traducción restringida de la nueva legislación". SANTOS, Cecília. *Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado*, Recuperado de: <https://journals.openedition.org/rccs/3759#authors>. Acceso en 02.05.2019.

(9) GOZZO, Débora - LIGIERA, Wilson Ricardo. *Famílias Simultâneas Versus Família Monogâmica: A Nova Decisão Do STJ*, Recuperado de http://www.editoramagister.com/doutrina_26982422_FAMILIAS_SIMULTANEAS_VERSUS_FAMILIA_MONOGAMICA_A_NOVA_DECISAO_DO_STJ.aspx. Acceso en 02.05.2019.

Constitución Ciudadana -como también es conocida la Carta Magna brasileña- ha introducido novedades en el ordenamiento jurídico después de 20 años de dictadura militar. “La primera de ellas fue que el legislador constituyente abrazó el principio de la dignidad de la persona humana, como un valor orientador de todo el ordenamiento a partir de ahí”. De esta manera, con la inclusión de ese principio, la defensa de los derechos humanos y la protección de la persona humana se convirtieron en prioridad del sistema jurídico brasileño.

Otro aspecto innovador de la actual Constitución brasileña tiene que ver con el hecho de que, por primera vez, el legislador ha incluido, en los muchos incisos del art. 5, una serie de derechos humanos, ahora llamados fundamentales, puesto que han sido confirmados. Con eso, el texto constitucional acabó trayendo parte de los derechos de personalidad, derechos que representan el reverso de la medalla, porque tienen por objetivo la protección de la persona ante otro particular. En el caso de los derechos fundamentales, el fin es proteger a la persona humana de eventual infracción por parte del Estado, lo que ocurrió, por ejemplo, durante el período de la dictadura militar brasileña¹⁰.

Por lo tanto, la mujer adquirió, por fin, en la Constitución Federal, el mismo estatus del hombre, en su artículo 5º, *caput* e inciso I11, y en la familia, especialmente el artículo 226, párrafo 5º 12. Débora Gozzo y Wilson Ricardo Ligiera¹³ explican que el artículo 226 tiene especial importancia por haber colocado, al menos, dos nuevos tipos de entidades familiares, alargando el concepto de familia, al lado de aquella constituida por el casamiento: la unión de hecho (Art. 226, § 3º) y la familia monoparental (Art. 226, § 4º).

(10) GOZZO, Débora - LIGIERA, Wilson Ricardo. *Famílias Simultâneas Versus Família Monogâmica: A Nova Decisão Do STJ*, ob. cit. Traducción libre del original: “Outro aspecto inovador da atual Constituição brasileira tem a ver com o fato de pela primeira vez o legislador ter elencado, nos muitos incisos do art. 5º, uma série de direitos humanos, agora chamados de fundamentais, posto terem sido positivados. Com isso o texto constitucional acabou por trazer para seu bojo parte dos direitos de personalidade, direitos estes que representam o verso da medalha, pois eles têm por objetivo a proteção da pessoa perante outro particular. Já no caso dos direitos fundamentais, o fim é proteger a pessoa humana de eventual infração por parte do Estado, o que aconteceu, por exemplo, durante o período da ditadura militar brasileira”. Acceso en 02.05.2019.

(11) Art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad, a la prosperidad, en los siguientes términos: I- hombres y mujeres son iguales en derechos y obligaciones, en los términos de esta Constitución.

(12) Art. 226. La familia, base de la sociedad, tiene especial protección del Estado. § 5º - Los derechos y deberes referentes a la sociedad conyugal son ejercidos igualmente por el hombre y por la mujer.

(13) GOZZO, Débora - RICARDO, Wilson. *Famílias Simultâneas Versus Família Monogâmica: A Nova Decisão Do STJ*, Recuperado de http://www.editoramagister.com/doutrina_26982422_FAMILIAS_SIMULTANEAS_VERSUS_FAMILIA_MONOGAMICA_A_NOVA_DECISAO_DO_STJ.aspx. Acceso en 02.05.2019.

La Constitución entregó a la mujer la igualdad de titularidad del poder acerca de los hijos, lo que era exclusivamente del marido. Por lo tanto, como consecuencia lógica del principio de igualdad entre cónyuges y compañeros, surge el principio de la igualdad en la jefatura familiar, que puede ser ejercida tanto por el hombre como por la mujer en un régimen democrático de colaboración. “Así pues, se puede utilizar la expresión *despatriarcalización*, del Derecho de Familia, donde la figura paterna no ejerce el poder de dominación (...). El régimen es de compañerismo y de cooperación, no de jerarquía, desapareciendo la dictatorial figura del padre de familia (*pater familias*) -ni siquiera se puede utilizar la expresión *patrio poder-* sustituida por *poder familiar*”¹⁴.

Y, finalmente, el Código Civil de 2002 (Ley n° 10406), ha puesto fin a la desigualdad entre los cónyuges. La ley instituyó también la obligación de cuota alimentaria para la madre y el padre, en la medida de sus posibilidades (Art. 1703: Para el mantenimiento de los hijos, los cónyuges separados judicialmente contribuirán en proporción a sus recursos)¹⁵, e inaugura como regla la custodia compartida de los hijos (Ley n° 11698, de 13 de junio de 2008, que cambió los artículos 1583 y 1584 del Código Civil)¹⁶. Además, la Enmienda Constitucional 66 de 2010, que implementó el Divorcio Directo (sin que hubiera necesidad del tiempo obligatorio de la separación judicial), puso en jaque la existencia o no de la posibilidad de discutir la culpa sobre el fin de la sociedad conyugal¹⁷.

(14) TARTUCE, Flávio. *Direito Civil.: Direito de Família*. 9a ed. rev. atual e ampla, Forense, Rio de Janeiro; Metodo, São Paulo, 2014, V. 5. p. 19. El autor entiende que tampoco hay en el Derecho Privado, mayor injerencia del principio de la dignidad de la persona humana como existe en el Derecho de Familia, y explica que según la doctrina de Gustavo Tepedino, aunque tenga su prestigio ampliado por la Constitución de la República, deja de tener valor intrínseco, como una institución puramente capaz de merecer tutela jurídica por el simple hecho de existir. “La familia pasa a ser valorada de manera instrumental, tutelada como un núcleo intermedio de desarrollo de la personalidad de los hijos y de promoción de la dignidad de sus integrantes (La disciplina..., Temas..., 2004, p. 398)”, p. 7.

(15) Traducción libre del original: Art. 1703. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos. Es importante resaltar que la Ley de Divorcio n° 6515 de 26 de diciembre de 1977, en su artículo 20, también determinaba que la cuota alimentaria debería ser establecida y paga en proporción a los recursos de los padres.

(16) El 22 de agosto de 2016, el Consejo Nacional de la Magistratura, bajo autoría de la Ministra Nancy Andrighi, editó la Recomendación n° 25, orientando que los jueces de familia, en los fallos de separación y divorcio, consideren la custodia compartida como regla, aunque los padres no estén de acuerdo sobre la custodia a ser aplicada.

(17) La importancia de la discusión de la culpa sobre el fin del matrimonio es muy debatida entre juristas brasileños. Hay una corriente representada por la Asociación de Derecho de Familia y de las Personas (ADFAS), en la cual la culpa es aún discutible en los casos de término de la relación conyugal o disolución de uniones de hecho, y otra corriente, representada por el Instituto Brasileño de Derecho de Familia (IBDFAM), en la cual no está más la discusión acerca de la culpa. En febrero de 2019, el Superior Tribunal de Justicia sentenció que una mujer perdería la cuota alimentaria -aunque fuese esencial para su supervivencia- por haber sido infiel a su marido. El Superior Tribunal entendió que la mujer había violado uno de los deberes conyugales y, por lo tanto, siendo culpable por el fin del matrimonio, pierde los derechos a la cuota alimentaria. El fallo del STJ está en Recurso de Reposición

Aunque Brasil y Argentina tengan pretéritos distintos, la emancipación de la mujer en América Latina siguió paralela en los países, como se puede comprobar en las palabras de la Profesora Graciela Medina: “Desde 1789 pasó casi un siglo y medio para que el postulado de igualdad se aplicara a las mujeres. La concretización, al igual que en el caso de los varones, se hizo de forma paulatina, pero a diferencia de ellos, el proceso fue mucho más lento y hoy se encuentra inacabado. (...). A las personas del género femenino, tras ardua lucha, se les reconoció el derecho al sufragio, luego se aceptó su igualdad en orden a la capacidad patrimonial cualquiera fuera su estado civil, y finalmente, se le reconoció su igualdad en la esfera doméstica (...). Para lograr concretar en la práctica la igualdad de las mujeres, se necesitó que la comunidad de naciones dictara convenciones internacionales, en las cuales los Estados se comprometían a establecer mecanismos idóneos para convertir en realidad las declaraciones de igualdad de sus legislaciones internas, mediante la adopción de medidas positivas tendientes a evitar que, por su género, las mujeres no llegasen a gozar de sus derechos humanos básicos¹⁸.”

La presión de los organismos internacionales ha sido fundamental para el desarrollo de una legislación y medidas para fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, como decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la propia Organización de las Naciones Unidas con su Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptada por la Resolución no 34/180 en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979, que ha sido ratificada en Brasil el 1º de febrero de 1984 con reservas, que han sido retiradas en 1994. El gran ejemplo de la fuerza internacional en el ámbito doméstico fue la propia creación de la Ley Maria da Penha, en 2006¹⁹. En 1994, Brasil firmó la convención interamericana conocida como Convención de Belém do Pará. El documento que busca prevenir, punir y erradicar la violencia contra la mujer. Sin embargo, hasta casi finales del siglo XX, dichas normas aún no habían tenido efecto completo. Ejemplo de eso es el Informe de la Comisión Interamericana de

no 1.269.166-SP. Acceso el 04.05.2019. Sobre este tema, ver SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*, Saraiva, São Paulo, 1999 y *Divórcio e Separação após a EC 66/2010*, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 43. En sentido opuesto: DIAS, Maria Berenice. *Alimentos sem culpa*, Recuperado de [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_538\)2alimentos_sem_culpa.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_538)2alimentos_sem_culpa.pdf). Acceso en 04.05.2019.

(18) MEDINA, Graciela. *Manual de Derecho de Familia* / Graciela Medina - Eduardo G. Roveda, 1ª. ed. Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p. 75.

(19) La farmacéutica Maria da Penha Maia Fernandes fue víctima de violencia doméstica durante 23 años. En 1983, su marido, el profesor universitario Marco Antônio Heredia Viveros, intentó matarla dos veces. La primera, con un tiro que la dejó parálitica, y la segunda, por electrocución y ahogamiento. Después de este último intento, Maria da Penha lo denunció. Viveros fue punido mucho tiempo después, y solo porque Maria da Penha logró enviar el caso para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en 1998, que por primera vez aceptó una denuncia de violencia doméstica y presionó al gobierno brasileño para que adoptase una legislación adecuada para este tipo de violencia. Así, nació la Ley 11340, en 2006, bautizada como Maria da Penha.

Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en América, de 1998, que había apuntado la desigualdad entre hombres y mujeres para adquirir, administrar y disponer bienes de la sociedad conyugal²⁰.

La disposición de bienes gananciales y su administración es solamente una de las puertas de entrada de la violencia patrimonial contra la mujer, objetivo de este trabajo, como veremos a seguir.

III. La violencia patrimonial contra la mujer

Los indicadores nacionales que traen el panorama de la violencia contra la mujer²¹ demuestran, inicialmente, un escenario aparente de subnotificación del ámbito de registro de los principales indicadores relativos a la violencia, siendo que el tipo de violencia más conocida y notable es la violencia física²², seguida de la psicológica o moral, y por último, la patrimonial²³.

La violencia patrimonial es descrita en el artículo 7º, inciso IV, de la Ley Maria da Penha y su medida de protección encuentra base en el artículo 24 del mismo que dice: Art. 24. Para la protección patrimonial de los bienes de la sociedad conyugal o de propiedad particular de la mujer, el juez podrá determinar anticipadamente

(20) “En la Argentina, los bienes cuyo origen no se pueda determinar, son administrados por el marido. En Chile, el marido en ciertos casos administra los bienes sociales y los de su mujer. En Brasil la mujer casada no tiene la misma capacidad que su cónyuge para administrar ciertos bienes. En Ecuador, se presume que a falta de estipulación en contrario, el marido administra los bienes de la sociedad conyugal. En Guatemala, el marido es el administrador del patrimonio conyugal. En República Dominicana, el marido es el administrador de los bienes conyugales y propios de su mujer” (MEDINA, Graciela. *Manual de Derecho de Familia* / Graciela Medina; Eduardo G. Roveda, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016, p. 74).

(21) Datos disponibles en el informe: Panorama da violência contra as mulheres no Brasil: indicadores nacionais e estaduais. - Nº1 (2016) -. Brasília: Senado Federal, Observatório da Mulher Contra a Violência, 2016. Recuperado de: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rKo7z6NqovEJ:www.senado.gov.br/institucional/>

datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR-2018.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br (Acceso en 05.04.2019).

(22) En todos los tipos de violencia sufrida por la mujer fueron identificados ciclos de violencia. La psicóloga americana Lenore Walker identificó que hay tres fases en ese ciclo: “a) acumulación de la tensión; b) explosión; y c) luna de miel. El gran desafío es romper ese ciclo para que la mujer, primero, perciba que está en un ciclo de violencia, segundo, que sepa cómo salir de él y, tercero, que encuentre una red de amigos o profesionales que la ayuden a recomenzar su vida”. Recuperado de: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/destaques/o-que-e-como-enfrentar-e-como-sair-do-ciclo-da-violencia/> (Acceso en 08.05.2019).

(23) Según la Central de Atención a la Mujer, de la Secretaría de Políticas para las Mujeres, vinculada al Ministerio de Derechos Humanos de Brasil, en 2015, de las 749.024 denuncias hechas (anónimas o no), 50,16% correspondieron a violencia física; 30,33% psicológica; 7,25% moral; 5,17% a cárcel privada; 4,54% violencia sexual; 2,10% patrimonial; y 0,46% tráfico de personas. Recuperado de: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-03/relatos-de-violencia-sexual-aumentaram-129-em-2015-no-ligue-180> (Acceso en 05.05.2019).

las siguientes medidas, entre otras: I. restitución de los bienes indebidamente sustraídos por el agresor a la ofendida; II. prohibición temporaria para la celebración de los actos y contratos de compra, venta y locación de propiedad en común, salvo expresa autorización judicial; III. suspensión del poder conferido por la ofendida al agresor; IV. prestación de caución provisoria, mediante depósito judicial por pérdidas y daños materiales generados por la práctica de violencia doméstica y familiar contra la ofendida.

Es importante destacar que el agresor puede ser tanto un hombre como una mujer, pero la víctima tiene que ser una mujer²⁴. Según la sentencia de la Tercera Sección del Superior Tribunal de Justicia brasileño, la incidencia de la Ley reclama la presencia acumulativa de tres vectores que caracterizan la situación de violencia doméstica y familiar: 1) la existencia pasada o actual de relación íntima de afecto entre el agresor y la víctima; 2) la violencia de género que objetiva la práctica delictiva contra la mujer; y 3) la situación de vulnerabilidad de la víctima en relación a su agresor. O sea, la mujer tiene que tener una condición de inferioridad física y económica en relación doméstica, familiar o de afectividad²⁵.

(24) Hay una gran discusión en Brasil sobre si la Ley Maria da Penha debería ser extendida a transexuales y hombres en situación de violencia doméstica. Tramita en el Senado el proyecto de Ley n.º 191, de 2017, que extiende la protección de la Ley Maria da Penha a transexuales. Hay también fallos de Tribunales de Segunda instancia que entienden que la ley especial se aplica en esos casos, donde la víctima se reconoce como mujer, pero biológicamente es un hombre. v.: Fallo de la 1ª sala criminal del Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJ - DF) sobre el proceso 20171610076127: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA VARA DOMÉSTICA. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA VARA CRIMINAL COMUM. INADMISSÃO DA TUTELA DA LEI MARIA DA PENHA. AGRESSÃO DE TRANSEXUAL FEMININO NÃO SUBMETIDA A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL (CRS). PENDÊNCIA DE RESOLUÇÃO DE AÇÃO CÍVEL PARA RETIFICAÇÃO DE PRENOME NO REGISTRO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA. CONCEITO EXTENSIVO DE VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO FEMININO. DECISÃO REFORMADA. TJ - DF 20171610076127 DF 0006926-72.2017.8.07.0020, Relator: GEORGE LOPES: 05/04/2018, 1ª TURMA CRIMINAL. Data de Publicação: Publicado no DJE: 20/04/2018. Pp. 119/125. Y también la decisión del fallo n.º 201103873908. Jueza Ana Cláudia Veloso decidió que la Ley Maria da Penha se aplica en los casos de transexuales, aunque no haya realizado cirugía para cambiar el sexo. Fecha: 23 de septiembre de 2011. Recuperado de: <http://www.tjgo.jus.br/decisao/imprimir.php?inoid=2251460>. Acceso en 05.05.2019. Sobre la extensión de la protección de la Ley Maria da Penha para hombres, un fallo de la instancia en Juzgado Especial Criminal de Cuiabá (Estado de Mato Grosso) fue favorable a la aplicabilidad. Para el juez Mário Roberto Kono de Oliveira, el hombre que sufre violencia doméstica -en el caso específico de su ex-mujer - puede ser protegido por la Ley. El fallo es el n.o 1074/2008. Recuperado de: https://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem. Acceso en 06.05.2019. Sin embargo, esa interpretación no es reconocida, puesto que la Ley es clara al decir que su protección es para el género femenino. El hombre puede requerir la protección del propio Código Penal Brasileño, que prevé medidas especiales.

(25) Fallo n.o 88.027/MG, cuyo relator fue el Ministro Og Fernandes. Recuperado de: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj_revista_eletronica-2009_213_capTerceiraSecao.pdf (Acceso en 05.05.2019).

Mario Luiz Delgado²⁶ aclara que la Ley Maria da Penha no ha creado nuevos tipos de crímenes penales, pero trajo una interpretación de dichos crímenes bajo la óptica de género, siendo la mujer reconocida como la parte más vulnerable en la relación doméstica. Afirma el autor que “en los conflictos conyugales, la violencia patrimonial más conocida es aquella practicada mediante la destrucción de bienes materiales y objetos personales o su retención indebida, en los casos de separación de hecho, en el afán de coaccionar a la mujer a retomar o mantenerse en la sociedad de convivencia conyugal”.

Sin embargo, no es solamente en la destrucción de bienes personales de la mujer que se encuentra la violencia patrimonial, sino también en los casos de divorcio o separación judicial cuando el marido no hace el reparto de bienes gananciales como corresponde en ese régimen de bienes, dando a la mujer su parte²⁷; o cuando no le paga la cuota alimentaria a ella y a los hijos comunes²⁸, haciendo que ella tenga que, muchas veces, contraer deudas para poder sobrevivir hasta que todo se resuelva.

El comportamiento del agresor para controlar la adquisición, uso y mantenimiento de recursos económicos es también conocido como abuso económico. El informe del Proyecto Justicia Económica (*Economic Justice Proje*t), elaborado por distintas Organizaciones en Reino Unido²⁹, identifica algunas categorías de abuso económico³⁰:

(26) DELGADO, Mário Luiz. “A Violência Patrimonial Contra a Mulher nos Litígios de Família”. Recuperado de: https://www.lex.com.br/doutrina_27138477_A_VIOLENCIA_PATRIMONIAL_CONTRA_A_MULHER_NOS_LITIGIOS_DE_FAMILIA.aspx (Acceso en 28.03.2019).

(27) El día 24 de abril de 2019 fue presentado en el Senado el Proyecto de Ley 2452/19 que establece que el cónyuge que “oculta bienes del reparto, buscando apropiarse de bienes comunes que estén en su poder o bajo su administración y, así, perjudicar económicamente a la parte adversa, perderá el derecho que sobre ellos le corresponde”. Es decir, aquel que oculta bienes comunes en el momento del divorcio perderá el derecho que tenía sobre el bien escamoteado.

(28) Dimas Messias de Carvalho defiende que el incumplimiento de la obligación alimentaria puede causar graves lesiones, físicas y emocionales, en aquellos que no tienen medios para proveer su propia subsistencia, causando sufrimiento y violando derechos fundamentales. MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Organizadores) *Responsabilidade Civil no Direito de Família*, Atlas, São Paulo, 2015, pp. 127-143.

(29) “Surviving Economic Abuse. Responding to coerced debt: consumer advocacy for survivors of economic abuse” es un informe elaborado por las organizaciones Solace Woman’s Aid, Center for Survivor, Standing Together Against Domestic Violence, Rights of Women and Money Advice Plus, entidades del Reino Unido que se han unido para sensibilizar a las personas sobre el abuso económico como forma de violencia hacia la mujer. Recuperado de: survivingeconomicabuse.org.

(30) Traducción del original: “a) Acquire: interfering with/sabotaging partner’s education, training and employment; preventing partner from claiming welfare benefits ; b) Use: Demanding receipts; checkin bank statements; keeping financial information secret; making partner ask to use car/ phone/utilities; threatening to throw partner out of home; and c) Maintain: Refuse to contribute toward household bills and the cost of bringing up children; spending money set aside for bills; generating costs such as destroying property that needs replacing, using coercion/ fraud to build up debt in victim’s name.” Recuperado de: <https://survivingeconomicabuse.org/wp-content/uploads/2018/04/ScopingReport.pdf> (Acceso en 06.05.2019).

- a) Control en la adquisición: interferir con/sabotear la educación, capacitación y empleo de la pareja, y evitando que la pareja reclame beneficios de asistencia social;
- b) Control en el uso del dinero: solicitar recibos, chequear la cuenta bancaria, mantener la información financiera en secreto, hacer que la pareja pueda usar un automóvil / teléfono / servicios públicos en su nombre, amenazar con echar a su compañera de casa; y
- c) Control en el mantenimiento: negarse a contribuir con las facturas del hogar y el costo de criar a los hijos, gastar el dinero destinado a facturas, generar costos tales como destruir la propiedad que necesita ser reemplazada, usar coerción / fraude para acumular deuda a nombre de la víctima.

Otro problema muy común que refleja el abuso económico es lo que los ingleses y americanos llaman de “*coerced debt*”³¹, o deuda forzada, en traducción libre. “Esta se genera a través de transacciones financieras que se le pide a la víctima que haga (o que sabe que el abusador está haciendo en su nombre) en un contexto donde hay consecuencias negativas ante su incumplimiento”. Los ejemplos de deuda forzada pueden incluir el hecho de tener la responsabilidad exclusiva de un contrato de arrendamiento / hipoteca / utilidad / servicio / factura doméstica (tarjeta de crédito), o comprar un artículo a crédito³².

El informe “*The Domestic Abuse Report 2019: The Economics of Abuse*” elaborado por la organización Woman’s Aid, introduce el tema del abuso económico y lo define como una “gama de comportamientos que permiten a un perpetrador controlar los recursos económicos o libertades de otra persona”³³. Y sigue: El abuso económico

(31) La expresión fue utilizada por primera vez por la profesora de derecho de la Universidad de Texas en Austin, Angela Littwin. Ella constató, en 2012, que la mayoría de las parejas abusivas masculinas usan la deuda para dañar a sus víctimas. Ese estudio y la investigación posterior sugieren que la deuda forzada es una forma común de abuso. V.: LITWIN, Angela. *Coerced Debt: The Role of Consumer Credit in Domestic Violence*, 100 *Calif. L. Rev.* 951, 2012, pp. 952 a 1026. Recuperado de: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4178&context=californialawreview> (Acceso en: 07.05.2019).

(32) Traducción del original: Coerced debt is generated through financial transactions which the victim is told to make (or is aware of the abuser making in their name) in a context where there are negative consequences for non-compliance. Examples of coerced debt may include being made to have sole responsibility for a lease/mortgage/utility/service/household bill, taking out a loan/mortgage/credit card, or purchasing an item on credit. In: *Surviving Economic Abuse. Responding to coerced debt: consumer advocacy for survivors of economic abuse*. pp. 4-5. Recuperado de: <https://survivingeconomicabuse.org/wp-content/uploads/2018/04/ScopingReport.pdf> (Acceso en 07.05.2019).

(33) Traducción del original: “Economic abuse incorporates a range of behaviors which allow a perpetrator to control someone else’s economic resources or freedoms. Economic abuse is wider in its definition than ‘financial abuse’, a term usually used to describe denying or restricting access to money, or misusing another person’s money. In addition to that, economic abuse can also include

es más amplio en su definición de ‘abuso financiero’, un término generalmente usado para describir, negar o restringir el acceso al dinero, o mal uso del dinero de otra persona. Además, el abuso económico también puede incluir la restricción al acceso a recursos esenciales como la alimentación, ropa o transporte, y negando a la mujer medios para mejorar la economía de una persona (por ejemplo, a través del empleo, educación o formación) (...). La falta de acceso a recursos económicos puede resultar en que las mujeres se queden con hombres abusivos por más tiempo y, como resultado, sufriendo más daño.

En términos generales, las situaciones de violencia patrimonial contra la mujer son distintas, pero su conexión no es solo el dinero, sino la (im)posibilidad de recomenzar sus vidas sin sus maridos o compañeros³⁴.

Como se ha visto arriba, en el ámbito doméstico, la violencia patrimonial generalmente está conectada con otros tipos de violencia, como la psicológica, o incluso física. Cuando, por ejemplo, el hombre no golpea a la mujer, pero sí destruye sus objetos personales o mata a su animal de estimación, tiene la intención de hacerle daño psicológico o moral, que son también tipos de violencia tipificados en la Ley Maria da Penha. Según Luiz Fernando Salles Rossi³⁵, el método objetivo más adecuado para medir el abuso de derecho es evaluar la intención del propio acto dañoso y los reflejos materiales que pueda tener. Y añade que la confianza es el elemento considerado central en las relaciones humanas, en especial, en las relaciones de familia, siendo que la buena fe es tenida como su máxima expresión: La confianza es el resorte propulsor de las relaciones privadas y precisamente por eso, su incidencia también se da en las relaciones de derecho de familia. En esas relaciones, lo que se exige de los sujetos que la integran, no puede ser otro sino un comportamiento ético, coherente, que no cree indebidas expectativas y esperanzas en el otro³⁶.

restricting access to essential resources such as food, clothing or transport, and denying the means to improve a person’s economic status (for example, through employment, education or training). The charity Surviving Economic Abuse describes it in the following way: “Economic abuse is designed to reinforce or create economic instability. In this way it limits women’s choices and ability to access safety. Lack of access to economic resources can result in women staying with abusive men for longer and experiencing more harm as a result.” Recuperado de: <https://www.womensaid.org.uk/wp-content/uploads/2019/03/Economics-of-Abuse-Report-2019.pdf>, p. 7 (Acceso en 07.05.2019).

(34) Recuperado de: <https://www.womensaid.org.uk/wp-content/uploads/2019/03/Economics-of-Abuse-Report-2019.pdf>, p. 8 (Acceso en 07.05.2019). Entre los datos importantes de la investigación se observa que de las 72 mujeres entrevistadas, 44,4% no tenían dinero para pagar sus necesidades esenciales; y 31,9% de ellas tenían sus economías controladas por su marido/compañero.

(35) ROSSI, Luiz Fernando. “O Abuso de direito nas relações de família”, en SILVA, Regina Beatriz Tavares da - CAMARGO, Theodureto (Orgs.) *Grandes temas de Direito de Família e das Sucessões*, Volume 2, Saraiva, São Paulo, 2014, pp. 87-111.

(36) Traducción libre del original: A confiança é a mola propulsora das relações privadas e exatadamente por isso, sua incidência também se dá nas relações de direito de família. Nessas relações, o que se exige dos sujeitos que a integram, não pode ser outro senão um comportamento ético, coerente,

En ese sentido, se puede percibir cómo la violencia doméstica es, entre todas las violencias, la más cruel, puesto que se presupone un vínculo de confianza entre la víctima y su agresor. Por eso romper su ciclo es tan difícil. Siempre se espera (en el sentido de esperanza) que el agresor cambie y que todo vuelva a ser como en la luna de miel. Pero, lamentablemente, las estadísticas demuestran que ese cambio de conducta es muy raro.

Adelantado, la tipificación del crimen de violencia patrimonial contra la mujer encuentra su correspondiente en el Código Penal Brasileño y también en el Código de Proceso Civil Brasileño acerca de las medidas de protección patrimonial. En consecuencia, cuando hablamos del Código Penal o del Código de Proceso Civil estamos mirando una protección *erga omnes*. Por eso, la extensión de aplicabilidad de la Ley Maria da Penha para hombres no tiene sentido, una vez que hay medidas propias para cada uno de esos crímenes en los respectivos Códigos Penal y de Proceso Civil.

Por ejemplo, en el caso de sustracción de bienes, su correspondiente en el Código Penal es el hurto (Art. 155) y si hay violencia, robo (Art. 157). La destrucción parcial o total de sus objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales tiene su correspondiente en el crimen de daño (Art. 163). Si el crimen es cometido con violencia hacia la persona o grave amenaza, es daño calificado.

Otros tipos penales relacionados son el delito de violación de correspondencia (CP, art. 151) y la destrucción de documentos (CP, art. 305). La ocultación de documentos que imposibiliten el ejercicio del cualquier derecho de trabajo es crimen de frustración de derecho, previsto en el artículo 203 del Código Penal.

Cuando el hombre no paga la cuota alimentaria a la mujer, también puede incurrir en el delito del abandono material (CP, art. 244). En ese crimen en especial, puede además incurrir en daño moral por incumplimiento alimentario, en el cual, según Dimas Messias de Carvalho, dicho daño debe ser aplicado puesto que el derecho a alimentos es un derecho asociado a la dignidad de la persona humana³⁷.

que não crie indevidas expectativas e esperanças no outro. ROSSI, Luiz Fernando. O Abuso de direito nas relações de família ob.cit., p. 97.

(37) "La obligación de indemnizar, inclusive por daño moral puro, es genérica, prevista como derecho fundamental en la Constitución Federal, al garantizar, bajo pena de indemnización, la inviolabilidad a la intimidad, a la vida privada, la honra y la imagen de las personas (...). En el Derecho de Familia, la responsabilidad civil subjetiva transforma el acto ilícito del agente por acción u omisión (art. 186 del Código Civil), o por abuso de derechos (art. 187 del Código Civil), en fundamento para reparación del daño (art. 927, *caput*, CC). La reparación puede ocurrir tanto por el acto ilícito absoluto, que ocurre en cualquier circunstancia de la vida civil, como por el acto ilícito específico, que ocurre por incumplimiento o abuso de los deberes propios del Derecho de Familia, entre ellos, el incumplimiento alimentario". CARVALHO, Dimas Messias. "Danos morais por inadimplemento alimentar", en MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Orgs.) *Responsabilidade Civil no Direito de Família*, Atlas, São Paulo, 2015, p. 127.

Como medidas de protección al patrimonio de la mujer, descritas en el Código de Proceso Civil están las medidas de arresto³⁸ (Art. 301, Código de Proceso Civil), y tutelas de urgencia de naturaleza cautelar, según lo dispuesto en los artículos 305-310 del Código de Proceso Civil. En relación al cobro de alimentos, existe la posibilidad de bloqueo de activos financieros, llamado “bloqueo *online*”, establecido en el artículo 854 del mismo Código.

Esos son, puntualmente, algunos ejemplos de cómo la violencia patrimonial descrita en la Ley Maria da Penha encuentra sus correspondientes en otros Códigos brasileños. Sin embargo, la protección de esos Códigos es *erga omnes*, o sea, para todas las personas, mientras que la particularidad de la Ley Maria da Penha es la de ser una ley hecha para el género femenino, con el objetivo de proteger a ese grupo de una forma especial.

IV. La dificultad para la aplicación de la Ley Maria da Penha en relación al patrimonio

El gran problema de la aplicación de la Ley en el ámbito doméstico son sus excusas absolutorias³⁹. El Código Penal Brasileño determina en su artículo 181 que, en los crímenes contra el patrimonio, no son punibles quienes cometen cualquiera de los crímenes previstos en este título en perjuicio “I- del cónyuge, en constancia de la sociedad conyugal; II- del ascendiente o descendiente. Solo no hay excusa legal si el crimen es cometido contra el cónyuge divorciado o separado judicialmente; y tampoco cuando el crimen es cometido con empleo de violencia o grave amenaza.” Otra excusa legal es si el crimen es cometido contra persona mayor de 60 años, según el Estatuto del Anciano (Ley n.º 10.741, de 1º de octubre de 2003).

El artículo 183 del Código Penal⁴⁰ dice expresamente que no se aplica lo dispuesto en los dos artículos anteriores: I - si el crimen es de robo o de extorsión, o, en general, cuando haya empleo de grave amenaza o violencia a la persona; II - [...]; III - si el crimen es practicado contra persona de edad igual o superior a 60 (sesenta) años.

(38) El artículo 301 del Código de Proceso Civil Brasileño dispone que las tutelas de urgencia pueden ser efectivizadas por medio de arresto, secuestro, protección contra la alienación de bienes y cualquier otra medida idónea para asegurar el derecho.

(39) Las excusas absolutorias en el Código Penal Brasileño son similares al Código Penal Argentino: Art. 185. - Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: 1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta; 2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro; 3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos. La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito.

(40) Traducción del original del Código Penal: Art. 183. Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores: I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa; II - [...] III - se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Por lo tanto, de un lado tenemos la Ley Maria da Penha que reglamentó la violencia patrimonial, cuyo agente del crimen (hurto) debe ser una persona próxima a la mujer (cónyuge, pareja, padre, hermano, hijo, novio, exnovio, es decir, personas que estén en su ámbito doméstico, donde también existe el componente pretérito o presente de confianza). Del otro lado, está la excusa absolutoria del Código Penal que exime de pena a las personas descritas en los incisos del artículo 181 del Código Penal que cometen esos crímenes.

Las condiciones de exención de responsabilidad criminal son: no haber empleo de violencia física o grave amenaza por parte del hombre en constancia del matrimonio, o del ascendiente o descendiente. Pero, si hay violencia o grave amenaza, o si la víctima es una mujer mayor de 60 años, las excusas absolutorias no son efectivas. Sin embargo, si hay un tercero envuelto en cualquiera de esos delitos, como sujeto pasivo, deja de existir la excusa absolutoria.

Es importante destacar que el crimen en sí mismo no desaparece, no deja de existir, sino solamente su punición. En las palabras de Guilherme Souza Nucci: “el hecho practicado por el agente es típico, antijurídico y culpable, pero no es punible, exactamente como ocurre con las causas extintivas de la punibilidad”⁴¹. Pero, su agente disfruta de inmunidad penal, en razón de su cargo, función o circunstancia de carácter personal. Considerando los lazos afectivos entre los envueltos, el legislador alejó la punibilidad de determinadas personas, siendo su rol taxativo⁴².

En los delitos patrimoniales, no violentos y sin grave amenaza, los cónyuges, entre sí, los ascendientes y los descendientes, entre sí, aunque cometan delitos, no son castigados. Enseña Néelson Hungria que la razón de esa inmunidad nació en el derecho romano, fundada en la copropiedad familiar. Posteriormente, surgieron otros argumentos: a) evitar la cizaña entre los miembros de la familia; b) proteger la intimidad familiar; no dar por el prestigio de la familia. (...) (Comentarios al Código Penal, v. 7, p. 324)⁴³.

(41) NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000. p. 536.

(42) En el fallo TACRIM/SP, HC 321.590-8, 2a C., cuyo relator fue Osni de Souza, 07.05.1998, RJTACRIM 39/360, fue dicho que, en traducción libre: “La inmunidad penal absoluta, prevista en el artículo 181 del CP, es impeditiva de un procedimiento penal contra quien, de antemano, está exento de pena, ya que el proceso, en tales condiciones, no tendría objetivo o finalidad, constituyendo constreñimiento ilegal a su proposición, no siendo justificable la instauración de una investigación policial, destinada a las averiguaciones de la infracción penal, como medio preparatorio para la acción, una vez que enteramente innecesario en especie”, traducción libre del original: “A imunidade penal absoluta, prevista no art. 181, do CP, é impeditiva de procedimento criminal contra quem, de antemão, está isento de pena, já que o processo, em tais condições, não teria objetivo ou finalidade, constituindo constrangimento ilegal a sua propositura, sendo certo que não se justifica a instauração de inquérito policial, destinado à apuração da infração penal, como meio preparatório para a ação, uma vez que inteiramente desnecessário em espécie” (TACRIM/SP, HC 321.590-8, 2a C., rel. Osni de Souza, 07.05.1998, RJTACRIM 39/360).

(43) NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, ob.cit., p. 535.

La inmunidad relativa exige que la víctima presente una representación o queja, legitimando a la Procuraduría (en Brasil, el Ministério Público) a ingresar con el proceso penal. El artículo 182 establece quiénes son los agentes de inmunidad relativa, a saber: cónyuge separado judicialmente, hermana, tío o sobrino con quien el agente cohabita.

El límite para la inmunidad, sea ella absoluta o relativa, es el empleo de violencia o grave amenaza, factores que trascienden la intimidación familiar. “Al final, la política criminal de protección a la entidad familiar cede espacio al interés mayor de la sociedad de castigar al agente de crimen violento, venga de donde venga”⁴⁴.

Sin embargo, ¿qué es la violencia patrimonial sino la sustracción de bienes (con o sin violencia), el daño material (con o sin violencia), o contraer deudas (con o sin violencia)? La Ley Maria da Penha intentó enumerar -pero no agotar- los tipos de crímenes penales en los cuales las mujeres son víctimas de sus maridos, compañeros, padres, hijos, hermanos. Pero esos crímenes, aunque reconocidos como tales, no son punibles, gracias a las excusas absolutorias del Código Penal Brasileño. Por otro lado, sin embargo, si la mujer es el agente de esos crímenes, no será punida. Si la Ley Maria da Penha tuviese el objetivo de crear un nuevo tipo penal, lo habría hecho. Como no hay ningún nuevo tipo penal, vale la afirmación de que no existe crimen si no existe ley anterior que lo defina.

Hay una corriente que sostiene que la protección contra la mujer, defendida en la Ley Maria da Penha es mayor que la excusa legal del Código Penal, porque cree que este tipo de inmunidad debilita la protección contra la mujer en el ámbito doméstico. Los defensores de esta interpretación hacen una analogía con la protección de la persona Mayor, puesto que no existe ese tipo de excluyente cuando la víctima es mayor de 60 años. Así, Maria Berenice Dias⁴⁵ afirma que ya no se puede admitir el injustificable alejamiento de la pena al infractor que practica un crimen contra su esposa o compañera, o pariente del sexo femenino. Es violencia patrimonial “apropiar” y “destruir”, los mismos verbos utilizados por la ley penal para configurar tales crímenes. Perpetrados contra la mujer, dentro de un contexto de orden familiar, el crimen no desaparece ni queda sujeto a representación. Además de que tales conductas constituyeron crímenes, si practicados contra mujer con

(44) *Ibidem*, p. 539.

(45) DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*, 3a ed. rev., atual e ampl. - São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2012, p. 71. Traducción libre del original: “Não há mais como admitir o injustificável afastamento da pena ao infrator que pratica um crime contra sua esposa ou companheira, ou, ainda, um parente do sexo feminino (...). É violência patrimonial ‘apropriar’ e ‘destruir’, os mesmos verbos utilizados pela lei penal para configurar tais crimes. Perpetrados contra a mulher, dentro de um contexto de ordem familiar, o crime não desaparece e nem fica sujeito à representação. Além de tais condutas constituíram crimes, se praticados contra mulher com quem o agente manteve vínculo afetivo ou familiar, ocorre o agravamento da pena (CP, art. 61, II, f)”.

quien el agente mantuvo vínculo afectivo o familiar, ocurre el agravamiento de la pena (CP, art. 61, II, f).

En el mismo sentido, Virgínia Feix añade⁴⁶ que el uso de argumentos de protección a la familia como fundamento de la política criminal en caso de violencia patrimonial contra la mujer es desconocer los fundamentos históricos, filosóficos y políticos que justifican y encuadran la Ley Maria da Penha como una acción afirmativa del Estado brasileño, que tiene como objetivo promover la disminución de la estructural desigualdad entre los géneros, en la familia y en el “sagrado” hogar, que tiene en la violencia poderoso instrumento de perpetración y reproducción.

En el sentido contrario, la segunda corriente defiende la manutención de las excusas absolutorias por dos razones principales: una, porque la Ley Maria da Penha no revocó expresamente dicha excusa, como en el caso del Estatuto del Anciano; y dos, porque si no se permite la inmunidad al marido que hurta a su mujer, pero se permite la inmunidad a la mujer que hurta a su marido, se herirá el principio constitucional de isonomía. En este sentido, justifica Renato Brasileiro Lima⁴⁷: “Ante el silencio de la Ley Maria da Penha, que no contiene ningún dispositivo expreso vedando la aplicación de los arts. 181 y 182 del CP, lo ideal es concluir que las inmunidades absolutas y relativas continúan siendo aplicables a las infracciones penales practicadas en el contexto de violencia doméstica y familiar contra la mujer. Cuando la ley quiso apartar la posibilidad de aplicación de tales inmunidades a determinada especie de crimen, lo hizo de manera expresa, a ejemplo de lo que

(46) FEIX, Virginia. “Das formas de violência contra a mulher - Artigo 7º”, en CAMPOS, Carmen Hein de (organizadora). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2011, pp. 201-213. Complemento con el artículo de Alexander Luiz Durães: La posibilidad de aplicación de las excusas absolutorias en los casos de violencia patrimonial previstos en la Ley Maria da Penha. Recuperado de: <https://jus.com.br/artigos/61326/a-possibilidade-da-aplicacao-das-escusas-absolutorias-aos-casos-de-violencia-patrimonial-previstos-na-lei-maria-da-penha>. Acceso en 08.05.2019. Traducción libre del original: Utilizar argumentos de proteção à família como fundamento da política criminal em caso de violência patrimonial contra a mulher é desconhecer os fundamentos históricos, filosóficos e políticos que justificam e enquadram a Lei Maria da Penha como uma ação afirmativa do Estado brasileiro, que tem como objetivo promover a diminuição da estrutural desigualdade entre os gêneros, na família e no ‘sagrado’ lar, que tem na violência poderoso instrumento de perpetração e reprodução”.

(47) LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*, 3. ed. Juspodivm, Salvador, 2015, p. 914. Traducción libre del original: “Diante do silêncio da Lei Maria da Penha, que não contém qualquer dispositivo expreso vedando a aplicação dos arts. 181 e 182 do CP, o ideal é concluir que as imunidades absolutas e relativas continuam sendo aplicáveis às infrações penais praticadas no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Quando a lei quis afastar a possibilidade de aplicação de tais imunidades a determinada espécie de crime, o fez de maneira expressa, a exemplo do que se dá na hipótese de crime praticado contra o patrimônio de idoso. Argumenta-se, nessa linha de pensamento, que a intenção legislativa de proteção à harmonia no âmbito familiar se impõe, visto que não existe previsão legal explícita em sentido contrário. Assim, quando foi intenção do legislador fazer exceções em relação à aplicação das imunidades, como no caso da pessoa idosa, o fez explicitamente. Ao deixar de afastar a punibilidade nos casos em estudo, o juiz estaria trazendo prejuízo ao réu com uma interpretação equivocada da norma”.

se da en la hipótesis de crimen practicado contra el patrimonio de un anciano (...). Se argumenta, en esta línea de pensamiento, que la intención legislativa de protección de la armonía en el ámbito familiar se impone, ya que no existe previsión legal explícita en sentido contrario. Así, cuando fue intención del legislador hacer excepciones en relación con la aplicación de las inmunidades, como en el caso de la persona mayor, lo hizo explícitamente. Al dejar de apartar la punibilidad en los casos en estudio, el juez estaría trayendo perjuicio al reo con una interpretación equivocada de la norma”.

La posición del Superior Tribunal de Justicia brasileño sigue ese último entendimiento, en el cual la aplicación de las excusas legales absolutorias en el contexto de violencia doméstica es todavía válida. Eso porque no considera que la Ley Maria da Penha haya revocado expresa ni tácitamente el artículo 181 del Código Penal. Según el Superior Tribunal, si se admite que la Ley Maria da Penha derrocó dicha inmunidad, se estaría ante una flagrante hipótesis de violación del principio de isonomía, ya que los delitos patrimoniales practicados por el marido contra la mujer en el ámbito doméstico y familiar podrían ser procesados y juzgados, mientras que la mujer que venga a cometer el mismo tipo de delito contra el marido estaría exenta de pena.

En el fallo⁴⁸ que determinó que las excluyentes de responsabilidad criminal son válidas, fue dicho que no hay que hablar de ineficacia o inutilidad de la Ley 11340 de 2006 ante la persistencia de la inmunidad prevista en el artículo 181, inciso I, del Código Penal cuando se trata de violencia practicada contra la mujer en el ámbito doméstico y familiar, puesto que en la propia legislación vigente (Ley Maria da

(48) BRASIL. RHC 42.918/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, juzgado el 05/08/2014, DJe 14/08/2014. RESUMEN DE LA DECISIÓN: RECURSO ORDINARIO EN *HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE ESTELIONATO (ARTÍCULO 171, COMBINADO CON EL ARTÍCULO 14, INCISO II, AMBOS DEL CÓDIGO PENAL). CRIMEN PRACTICADO POR UNO DE LOS CÓNJUGES CONTRA EL OTRO. SEPARACIÓN DE CUERPOS. EXTINCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL. NO OCURRENCIA. INCIDENCIA DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 181, INCISO I, DEL CÓDIGO PENAL. INMUNIDAD NO REVOCADA POR LA LEY MARIA DA PENHA. DEROGACIÓN QUE IMPLICARÍA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD. PREVISIÓN EXPRESA DE MEDIDAS CAUTELARES PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE LA MUJER EN SITUACIÓN DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y FAMILIAR. INVIABILIDAD DE ADOPTAR ANALOGÍA EN PERJUICIO DEL REO. PROVISIÓN DEL RECLAMO. TRADUCCIÓN LIBRE DEL RESUMEN: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE ESTELIONATO (ARTIGO 171, COMBINADO COM O ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CRIME PRACTICADO POR UM DOS CÔNJUGES CONTRA O OUTRO. SEPARAÇÃO DE CORPOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA ESCUSA ABSOLUTÓRIA PREVISTA NO ARTIGO 181, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. IMUNIDADE NÃO REVOGADA PELA LEI MARIA DA PENHA. DERROGAÇÃO QUE IMPLICARIA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PREVISÃO EXPRESSA DE MEDIDAS CAUTELARES PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. INVIABILIDADE DE SE ADOPTAR ANALOGIA EM PREJUÍZO DO RÉU. PROVIMENTO DO RECLAMO.

Penha) existe la previsión de medidas cautelares específicas para la protección del patrimonio de la ofendida -descrito en el artículo 24 de aquella norma.

En el caso de “*coerced debt*”⁴⁹ (deudas forzadas), la dificultad para que el agente agresor tenga su responsabilidad criminal reconocida no deriva del hecho de que disponga de algún tipo de inmunidad, sino que para las instituciones financieras es muy difícil comprobar que la deuda ha sido hecha por el hombre o la pareja y no por la mujer que es dueña de aquella tarjeta de crédito, por ejemplo. Otro problema para el reconocimiento del “*coerced debt*” es que en el régimen de gananciales brasileño, todo lo que ha sido construido durante el matrimonio (deudas y bienes) debe ser compartido en proporción de 50% para cada cónyuge.

En ese sentido, Graciela Medina, explica que “a partir de la celebración del matrimonio nace, tanto entre los cónyuges como entre éstos y terceros, un conjunto de relaciones patrimoniales que dan lugar al surgimiento y evolución de diversos marcos legales, que suelen denominarse ‘regímenes matrimoniales’ o ‘regímenes patrimoniales del matrimonio’”⁵⁰. Por lo tanto, en general, al depender del régimen matrimonial de la mujer, la comprobación de la deuda forzada será muy difícil, puesto que será necesario comprobar que la deuda no era de la mujer, y sí de su pareja.

Sin embargo, delante de los argumentos presentados es necesario reflexionar que aunque la Ley Maria da Penha no haya revocado expresamente las situaciones en las cuales los agentes del crimen son exentos de pena, el hecho de que la ley, en sus artículos 5º y 6º explicita lo que es violencia doméstica y sus posibles agentes podría debilitar lo dispuesto en los artículos 181 y 182 del Código Penal:

Art. 5º A los efectos de esta Ley, configura violencia doméstica y familiar contra la mujer cualquier acción u omisión basada en el género que le cause muerte, lesión, sufrimiento físico, sexual o psicológico y daño moral o patrimonial: I- en el ámbito de la unidad doméstica, comprendida como el espacio de convivencia permanente de personas, con o sin vínculo familiar, incluso las esporádicamente agregadas; II- en el ámbito de la familia, comprendida como la comunidad formada por individuos que son o se consideran emparentados, unidos por lazos naturales, por afinidad o por voluntad expresa; III- en cualquier relación íntima de afecto, en la cual el agresor conviva o haya convivido con la ofendida, independientemente de cohabitación. Párrafo único. Las relaciones personales enunciadas en este artículo son independientes de la orientación sexual.

(49) Según el informe “Abuse by Credit: The Problem of Coerced Debt in Texas”, de 2018, hecho por Ann Baddour y Marissa Jeffery, en los primeros seis meses de 2018, 1/3 de los texanos llamaron al teléfono de la “National Domestic Violence Hotline”, reportando abuso económico o financiero. Recuperado de: <http://stories.texasappleseed.org/abuse-by-credit-the-problem-of-coerced-debt-in-texas->. Acceso en 09.05.2019.

(50) MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo G. *Manual de Derecho de Familia*, 1a ed., Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016. p. 274.

Art. 6 La violencia doméstica y familiar contra la mujer constituye una de las formas de violación de los derechos humanos (el resaltado es nuestro).

Son muy raros los fallos que reconocen la violencia patrimonial. Pero hay unos pocos juzgados que se destacan. En Piauí, región del nordeste brasileño, en 2015, un juez⁵¹ condenó un hombre, con base en la Ley Maria da Penha, a 2 años y 6 meses de reclusión por haberse apropiado indebidamente de parte de los alquileres de los inmuebles pertenecientes a la familia, privando a la mujer de los recursos económicos para suplir sus necesidades básicas de supervivencia. En ese caso, el hombre confiscó todo el inventario de una papelería de propiedad de la mujer. Pero su punición solamente fue posible porque el proceso de divorcio estaba en trámite y los bienes gananciales habían sido repartidos.

En otro caso reciente, en São Bernardo do Campo, ciudad del Estado de São Paulo, un juez condenó a un hombre a pagar más de R\$ 15.000,00 por daños materiales y R\$ 25.000,00 por daños morales a una mujer que estaba enamorada y fue engañada por él. Se habían conocido a través del aplicativo *Tinder*, y el hombre empezó a sacarle dinero diciéndole que quería estar con ella pero no tenía medios. Entonces, para estar con él, la mujer pagaba todo. El juez consideró el caso como “estelionato sentimental”, “abusando de la buena fe de la autora, que creyó en el hombre que, por su parte, le quitó mucho dinero”⁵². Con respeto a la decisión, aunque el hombre haya sido condenado a pagar daños materiales y morales, no aparece en el fallo, en ninguna parte, la expresión “violencia patrimonial”.

V. Conclusión

No cabe duda de que la violencia patrimonial es uno de los tipos más crueles de violencia doméstica, puesto que siempre viene acompañada de otros tipos de agresión, como la física o moral. El objetivo del agresor es claro: mantener el control absoluto de su víctima.

El abuso económico, financiero, violencia patrimonial, deuda forzada, son sinónimos en esa práctica, puesto que sin independencia económica, la mujer no tiene medios materiales mínimos para salir de la situación de violencia y abuso. Por ejemplo, qué ventaja tiene la mujer que logró comprender que vive una situación de violencia doméstica si no tiene: a) dinero para tomarse un autobus o taxi para ir a otro sitio sola o con sus hijos, si los tiene; b) dinero para quedarse en un hotel o en

(51) Recuperado de: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6819/Viol%C3%Aancia+patrimonial+contra+a+mulher%3A+%E2%80%9CA+invisibilidade+dessa+forma+de+viol%C3%Aancia+continua%E2%80%9D%2C+diz+jurista>. Acceso en 24.04.2019.

(52) Recuperado de: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI300002,71043-Homem+indenizara+mulher+que+conheceu+no+Tinder+por+estelionato>. Acceso en 26.abr.2019. Hay en Netflix unas series que tratan de ese tipo de abuso. “Dirty John” es una de ellas.

algún otro lado hasta que la situación se resuelva; c) empleo para poder mantenerse después del divorcio o separación.

Por lo tanto, la cuestión es de orden práctico y urgente. La violencia patrimonial existe y hace daño a la mujer. Pero el daño suele ser más reconocido como moral, psicológico o físico, y no patrimonial. Eso porque las excusas de condena son medidas que dificultan la punición de este tipo de violencia contra la mujer: ¿por qué denunciar a su marido que le hurta, si a él no se lo podrá imputar?

Es necesario, en Brasil, un mayor debate acerca de la revocación de las excusas absolutorias del Código Penal y un mayor fomento de medidas para ayudar a la mujer a salir de ese ciclo de violencia patrimonial que, aunque sea una triste realidad, difícilmente es reconocido y sigue contribuyendo con el ciclo de desigualdad de género y la perpetuación del abuso de derecho en las relaciones de familia.

ILEGALIDAD DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA*

*ILLEGALITY OF THE DEPRIVATION OF LIBERTY OF CHILDREN
AND ADOLESCENTS IN THE PROVINCE OF CÓRDOBA*

*Alejandro Berrotarán** Juan Bautista López****

Resumen: En este trabajo abordaremos la situación legal de las niñas, niños y adolescentes (NNA) menores de 16 años que se encuentran privados de su libertad en la provincia de Córdoba en virtud de la aplicación de la ley 9944. Para empezar, aportaremos información basada en informes oficiales que evidencia que existen niños y adolescentes de dicha franja etaria, privados de su libertad en la provincia de Córdoba. Posteriormente, mostraremos que la medida legalmente establecida, que impide la externación por la sola voluntad de NNA, implica una privación de la libertad. Luego se hará un abordaje específico del artículo 87 inciso f) y se argumentará por qué el supuesto allí previsto no puede considerarse una medida punitiva ni una cautelar y por qué una medida protectora dispuesta en favor de los NNA, con las características fijadas en la ley, deviene en ilegítima. Por último, se harán consideraciones finales sobre el tema abordado.

Palabras-clave: Privación de la libertad - Interés superior del niño - Procedimiento Penal juvenil - Medidas protectorias - Derechos de las niñas, niños y adolescentes.

* Trabajo recibido el 28 de junio de 2020 y aprobado para su publicación el 28 de agosto del mismo año.

** Alejandro Berrotarán. Abogado (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Becario Doctoral de CONICET (CIJS). Maestrando en Derecho y Argumentación (UNC) (contacto: alejandroberrotaran@derecho.unc.edu.ar).

*** Juan Bautista López. Abogado (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Profesor auxiliar de Derecho de los Recursos Naturales (Derecho - UNC). Maestrando en Derecho y Argumentación (UNC) (contacto: uan.bautista.lopez@unc.edu.ar).

Abstract: In this work we will address the legal situation of children and adolescents under 16 years old who are deprived of their liberty in the province of Córdoba by virtue of the application of the Law 9944. To begin with this approach, we will provide information based on official reports that show that there are children and adolescents of this age group deprived of their liberty in the province of Córdoba. Subsequently, we will show that the legally established measure that prevents removal by the sole will of the child implies a deprivation of their liberty. Next, a specific approach will be made of the article 87 (f) and it will be argued why it cannot be considered a punitive or a precautionary measure and why a protective measure in favor of children, with the characteristics set out in the law, becomes illegitimate. Lastly, final considerations will be made on the topic addressed.

Keywords: Deprivation of liberty - Best interests of the child - Juvenile criminal procedure - Protective measures - Rights of children and adolescents.

Sumario: I. Introducción. II. Situación fáctica de los niños, niñas y adolescentes privados de su libertad en Córdoba. III. Análisis del artículo 87 inciso f) de la ley 9944.

I. Introducción

Recientemente a través de la modificación de la ley provincial 9944 se introdujeron importantes avances en materia de promoción de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (NNA) de la Provincia de Córdoba. La reforma introducida por la ley 10637 incorporó, entre otras modificaciones, límites a la cantidad de tiempo que un NNA puede estar privado de su libertad en virtud de una medida de provisoria de coerción o de resguardo y la incorporación de la figura del Abogado del niño. Si bien estos cambios significan un avance en cuanto a la protección y promoción de los derechos de este colectivo, por las razones que se presentarán en este trabajo, la privación de la libertad a NNA menores de 16 que todavía posibilita el artículo 87 inciso f) resulta contraria al sistema jurídico de protección integral de NNA de fuente nacional e internacional.

En este sentido, en este trabajo se abordará la situación fáctica en la que se hallan los NNA internados en virtud de la ley 9944 y la legalidad de su privación de la libertad a partir de los compromisos institucionales asumidos por el Estado provincial y nacional en diferentes normas nacionales y tratados internacionales¹.

(1) Agradecemos al Programa de Ética y Teoría Política de la Universidad Nacional de Córdoba por las sugerencias y correcciones al presente trabajo.

II. Situación fáctica de los niños, niñas y adolescentes privados de su libertad en Córdoba

En la actualidad en la provincia de Córdoba existen NNA no punibles en razón de su edad (menores de 16 años) privados de su libertad en virtud del artículo 87 inciso f)² de la ley 9944 (ex inciso e)), aplicable a estos casos por la remisión efectuada por el artículo 94 de la misma normativa. Cabe recordar que estos menores no son punibles, por lo que, ante la comisión de un ilícito, no son sometidos a un proceso penal *stricto sensu*, sino que se inicia el procedimiento especial previsto en el capítulo II, del título VII de la ley mencionada (arts. 92 y ss.).

Es el mismo Poder Judicial de Córdoba, quien, de forma clarificadora, mediante un informe del año 2016 titulado “Adolescentes Privados de la Libertad conforme al Procedimiento Penal Juvenil por presunta infracción a la Ley Penal en Córdoba Capital”³ nos acerca una perspectiva sobre la magnitud del número de NNA menores de 16 años privados de su libertad. En este sentido, el Centro de Estudios y Proyectos Judiciales del Tribunal Superior de Justicia hace explícitamente referencia a que los adolescentes se encuentran “privados de su libertad”. Entre las estadísticas arrojadas por el estudio se extrae que entre enero y diciembre de 2016, en Córdoba Capital fueron privados de su libertad 1.132 NNA, de los cuales, el 0.1% tenía 10 años; el 0.2%, 12 años; el 2%, 13 años; el 8%, 14 años y el 19%, 15 años. Es decir que un 29.3% de los NNA privados de su libertad en 2016 en Córdoba capital fueron menores de 16 años. De esta manera, en el año 2016, más de 300 NNA menores de 16 años fueron privados de su libertad.

La jurisprudencia local da cuentas de la situación de privación de la libertad en la que se encuentra el mencionado colectivo. Así, en el fallo de los autos caratulados “Hábeas Corpus Correctivo presentado por Legisladores Provinciales en favor de jóvenes internados en el Complejo Esperanza” (Expte. 3496654), el Juez Penal Juvenil de 4ta. Nominación, González de Solar, establece que en el Complejo Esperanza los NNA allí ubicadas están privadas de su libertad. Así, si bien el mencionado magistrado negó la existencia de ilegítimo agravamiento en las condiciones en que se cumple la privación de la libertad de los niños y adolescentes de este complejo, acepta en la sentencia que estos, sin realizar distinciones entre mayores y menores de 16 años, se encuentran efectivamente privados de su libertad.

(2) Artículo 87.- Medidas provisorias. El Juez puede disponer: (...) f) Su atención integral y excepcional en un establecimiento cuyo régimen incluya medidas que impidan la externación por su sola voluntad una vez evaluada fehacientemente la ineficacia de las alternativas previstas precedentemente. En este supuesto la niña, niño o adolescente debe permanecer bajo este régimen el menor tiempo posible, el que no puede exceder los seis (6) meses, salvo que el Juez requiera autorización en forma fundada, remita todos los antecedentes que obraren en la causa a la Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar y ésta otorgue la correspondiente prórroga cuando -evaluados todos los antecedentes- la estime imprescindible para el cumplimiento de la finalidad tuitiva.

(3) Informe Disponible en: www.justiciacordoba.gob.ar/cepj/Estudios/FileArchivo.aspx?id=129 Fecha de última consulta: 25 de junio de 2020.

Además de estas fuentes, las condiciones materiales y las rutinas a las que se hayan sometidos los NNA en el Complejo Esperanza dan cuentas de la situación de privación de la libertad en la que este grupo se encuentra. Así, los NNA no punibles se encuentran confinados en habitaciones con horarios de ingreso y salida. Estas habitaciones se encuentran en un pabellón que cuenta con un salón de usos múltiples con enlaces (rejas) que se cierran y se abren en determinados horarios. Estos NNA tienen además una rutina normada en la que se establece un horario para despertarse, desayunar, almorzar, cenar y para hacer las diversas actividades que se realizan en el Complejo, no gozando de una libertad de circulación en él. A la presencia de “enlaces”, que separan el exterior del complejo del interior del módulo IV (ex instituto San Jorge), se le suma la presencia, en el espacio entre el enlace y el exterior, de un habitáculo en donde un guardia del establecimiento, a través de una ventana, observa y controla lo que sucede adentro. De esta manera, se puede observar que los NNA no punibles ubicados en el módulo IV, se encuentran en condiciones de encierro con semejantes rigurosidades y restricciones a las de los módulos donde se encuentran jóvenes punibles (ubicados en el módulo I, ex Instituto Nuevo Sol, y módulo II, ex instituto Horizontes) y a las de aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos.

Por lo expuesto, se puede afirmar que en la Provincia de Córdoba existen NNA menores de 16 años encerrados en estos establecimientos, por aplicación de la medida dispuesta en el artículo 87 inciso f) de la ley 9944, configurando dicho encierro una ilegítima privación de la libertad conforme a lo que seguidamente se expondrá.

III. Análisis del artículo 87 inciso f) de la ley 9944

La posibilidad del juez penal juvenil de imponer la privación de la libertad ambulatoria a aquellos menores de 16 años se encuentra jurídicamente justificada en la norma prevista por el artículo 87 inciso f) de la ley 9944 de esta provincia de Córdoba por remisión expresa del artículo 94 del mismo cuerpo normativo.

A. Internación como privación de la libertad

Es preciso ahora analizar si la medida legalmente establecida en el artículo 87 inciso f), que impide la externación por la sola voluntad del NNA, constituye una medida que implica una privación de la libertad. En efecto, se intentará mostrar que el artículo de la ley en cuestión, justifica la privación de la libertad descrita en el apartado anterior. Para evaluar esto es necesario analizar qué entiende nuestro ordenamiento normativo por privación de la libertad de un NNA.

La ley 26061 en su artículo 19 precisa que será considerada privación de la libertad toda ubicación del NNA en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad. Este mismo criterio es adoptado por el Sistema Internacional de las Naciones Unidas y por nuestro derecho interno, estableciéndose que no solamente

debe considerarse privación de libertad a la denominada pena privativa de libertad, sino también a toda aquella modalidad de prisión, detención, encarcelamiento o internación en establecimientos de los que no se permita la externación a los NNA por su propia voluntad. Al respecto, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, particularmente su Regla N° 11.b) define: *“Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad...”*. Por su parte, la CIDH en su documento *“Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”* establece que por privación de libertad se entiende *“... cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no solo a las privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas”*. En esta misma línea, la CSJN sostuvo: *“Que otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son ‘dispuestos’. ‘internados’ o ‘reeducado’ o ‘sujetos de medidas tutelares’. Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la ‘libertad ambulatoria’, aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias”* (Cons. 26, M., D.E. y otro s/robo agravado por uso de armas en concurso real con homicidio calificado. CSJN, 7/12/2005).

De esta forma, y conforme las definiciones mencionadas, el supuesto contemplado en el artículo 87 inciso f) que establece la imposibilidad de externación del NNA por su sola voluntad, constituye una privación de la libertad de la persona.

B. Ilegitimidad e inconstitucionalidad de la medida prevista por el artículo 87 inciso f) de la ley 9944

De acuerdo a lo mencionado anteriormente, la medida prevista en el artículo 87 inciso f) de la ley 9944, es una medida que implica la privación de la libertad del NNA. Esta privación podría ser considerada desde una naturaleza teleológica como

una medida de tipo punitiva, cautelar o protectora (en resguardo del menor). A continuación, se argumentará por qué no puede considerarse una medida de naturaleza punitiva ni de tipo cautelar y por qué una medida de naturaleza protectora o de resguardo dispuesta en favor de los NNA, con las características fijadas en la ley, deviene en ilegítima.

Medida como sanción penal

El Derecho Penal, y su especialidad, el Derecho Penal Juvenil, importan desde una perspectiva subjetiva, el derecho del Estado a establecer, imponer y ejecutar penas. Esta facultad sancionadora se desarrolla a través del proceso penal, único instrumento habilitado para ello, por lo que resulta imprescindible la existencia de un proceso previo, valga la redundancia, para que pueda imponerse la pena a un sujeto por la comisión de un hecho tipificado como delito.

A fin de establecer un límite al *ius puniendi* del Estado, las normas internacionales de derechos humanos exigen la fijación de una edad mínima a partir de la cual sea posible atribuir responsabilidad y aplicar sanciones penales. En ese sentido la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) dispone que es un deber de los Estados Partes “el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad de infringir las leyes penales” (CDN artículo 40.3.a)).

Esta obligación fue cumplimentada por nuestro país a través del decreto-ley 22278 que establece el Régimen Penal de la Minoridad y en su artículo 1º expresa que no es punible el menor de 16 años por hechos cometidos antes de cumplir esa edad.

La renuncia a la persecución penal de menores de 16 años por parte del Estado responde, según la Doctrina de Protección Integral de Derechos que inspira la CDN, a criterios de política criminal del Estado y no a la falta de capacidad o discernimiento del niño, niña o adolescente, pues éstos mantienen su capacidad plena para comprender y guiar sus actos, como así también para responsabilizarse por ellos.

Su exclusión del proceso penal solamente implica una renuncia del Estado al ejercicio de la coacción estatal pero nunca podrá importar una expulsión de los menores de 16 años del sistema de garantías previsto por el ordenamiento jurídico. Los niños, aun los no punibles, son titulares de los derechos y garantías de todo ser humano frente a la persecución penal del Estado y por ello deben garantizarse respecto al menor no punible los principios establecidos por los artículos 18, 19, 75 inciso 22 CN; 3º, 4º, 37.b), 40 -CIDN; 7º CADH; art. 19 ley 26061; Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas 1, 2, 11.b) y concordantes) y las Reglas de Beijing (Regla 19).

De lo antedicho, surge que la medida de privación de la libertad del NNA adoptada conforme al artículo 87, inciso f), de la ley 9944 de la Provincia de Córdoba, no puede justificarse como pena pues el Estado ha renunciado a cualquier tipo de intervención punitiva respecto de los menores de 16 años.

Medida de tipo cautelar

El artículo 100 de la ley 9944 establece medidas cautelares para resguardar el proceso, sólo contra menores sometidos efectivamente a un proceso penal (mayores de 16 años), expresando que: *“La privación cautelar de libertad de una niña, niño o adolescente sometido a proceso penal sólo puede disponerse excepcionalmente como último recurso y por resolución debidamente fundada cuando no hubiere otros medios eficaces para asegurar el proceso, en los términos y formas que establecen los artículos 281, 281 bis, 281 ter y 336 de la ley N° 8123-Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba- (...)”*. Esta última remisión es efectuada a los artículos de la ley adjetiva que regulan específicamente el instituto de la prisión preventiva como medida cautelar para asegurar los fines del proceso penal al cual se someten las personas mayores de edad. Sin embargo, los NNA menores de 16 años no pueden estar sometidos a un proceso de tipo penal, debido a que el Estado argentino renunció a su punibilidad, por lo que no es posible establecer contra estos una medida de tipo cautelar tal y como se encuentra definida por la ley 9944. De esta forma, la privación de la libertad dispuesta en el artículo 87 inciso f) no puede ser de tipo cautelar.

Medida de protección en favor de los NNA (de resguardo)

Descartadas las alternativas anteriores, cabe evaluar si la privación de la libertad establecida en la medida bajo análisis es de tipo protectora o de resguardo en favor de las NNA. La anterior redacción del artículo 82 de la ley 9944 determinaba que el objeto primordial del proceso penal juvenil (en el cual se enmarca el artículo 87 inciso f) era *“la protección y asistencia integral de las niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal”*. Asimismo, el primer párrafo del artículo 87 aclaraba que el juez podía disponer provisoriamente *“en interés del NNA”*, las medidas contenidas en dicho artículo. Bajo tales enunciados, es que, el antiguo texto explícitamente reconocía la naturaleza protectora de las medidas contenidas en el artículo 87.

A partir de la modificación operada mediante la ley 10637, los enunciados referidos sufrieron cambios. Así, en el artículo 82 se modificaron los fines que orientan al proceso penal juvenil y en el 87 se eliminó el interés del NNA como fundamento de las medidas que luego se enuncian. De tal modo, en el texto actual, el fin protectorio en favor de los NNA que orienta la imposición de las medidas del artículo 87, no se enuncia de manera explícita como se lo hacía antes de esta reforma.

Sin embargo, es posible sostener que dicho fin continúa implícitamente presente por las siguientes razones. En primer lugar, si bien se efectuó la modificación del artículo 87 en los términos señalados, las medidas, y en particular la ahora establecida en el inciso f), continúan formuladas en idénticos términos que antes de su modificación. Con lo cual, si las medidas siguen siendo las mismas, y antes tenían el fin de resguardar y proteger al menor, nada permite suponer que ahora, aunque se haya suprimido tal alusión explícita, su finalidad haya variado. En segundo lugar, el capítulo en el cual se encuentra contenido el reformado artículo

87, se titula “Cautelares de *resguardo*”, dando cuenta explícita del fin de resguardo o protección del NNA que orienta estas medidas. En tercer lugar, expresamente se menciona en el inciso f) la “finalidad tuitiva” que cumple tal medida. Por último, la lectura integral de cada una de las medidas contenidas en el artículo 87, da cuenta de que el derecho a resguardar mediante estas cautelares no es otro que el propio derecho del NNA. De esta manera, solo resta concluir que la medida prevista en el artículo 87 inciso f), tiene como fin la protección y el resguardo del NNA.

C. Aplicación de la ley 26061

Es preciso destacar que en materia de protección de derechos de NNA en nuestro país rige la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Esta ley en su artículo 1 establece que su objeto consistirá en “*la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte*”, y a su vez destaca que “*la omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces*”. Al respecto esta ley establece la obligatoriedad de su aplicación al disponer en su artículo 2: “*Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles*”. En este mismo sentido, la ley provincial 9944 destaca que “*los derechos y garantías que se enumeran en la presente norma deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico provincial, nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte*” (artículo 1) y a su vez de manera clara destaca que la ley nacional 26061 es de “*aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas comprendidas en la presente norma*” (artículo 4).

De acuerdo a lo mencionado, el seguimiento y respeto por las disposiciones surgidas de la normativa nacional son un imperativo para los gobiernos provinciales y las normas provinciales, incluso procedimentales, que sobre la materia se dicten no pueden vulnerar los derechos reconocidos en aquella. Los límites establecidos por el Congreso Nacional cobran especial relevancia “*en los casos en que las normas de forma involucran cuestiones relacionadas con la protección especial de los derechos fundamentales de niños y niñas, configuradas como un piso mínimo e indisponible para las provincias en el marco de sus ordenamientos locales*”⁴ ya que “*los principios contenidos en las normas de derechos humanos deben ser respetados por todas las regulaciones, tanto nacionales como*

(4) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa. *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, comentada, anotada, concordada*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 45.

*locales*⁵. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos fallos (“Correa, Bernabé c. Barros, Mario B” 22/6/1923; Netto, Ambrosio v. Empresa de Ferrocarriles de Entre Ríos, 03/9/1924; “Spinetto, Luis Alberto c. Vincent, Miguel” 11/6/1968; entre otros) donde ha establecido, por vía pretoriana, que las normas procesales que resultan imprescindibles para el goce de los derechos son constitucionales, entran en la competencia del Congreso de la Nación y deben ser respetadas por las provincias.

De esta manera, cualquier normativa provincial que implique vulneración de los derechos o garantías previstas en la normativa nacional aplicable resulta inconstitucional, de acuerdo al principio de jerarquía constitucional del artículo 31 de la Constitución Nacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Prohibición de medidas protectorias que impliquen la privación de la libertad

Prohibición establecida por el artículo 41 de la ley 26061

La argumentación que a continuación se desarrollará establecerá que la posibilidad otorgada por la ley 9944 de establecer la privación de la libertad del NNA para su protección resulta contraria a la normativa nacional aplicable y deviene, por ello, en inconstitucional.

Primero es preciso resaltar que la medida establecida en el artículo 87 inciso f) de la normativa provincial encuadra en el supuesto fáctico de las medidas excepcionales de protección del NNA establecidas en la ley 26061. Al respecto, esta última normativa establece -en el artículo 39- que se podrán aplicar medidas excepcionales en protección a los NNA cuando éstos “*estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio*”. En el mismo sentido, la medida establecida en el artículo 87 inciso f) establece que ésta sólo se podrá aplicar cuando una evaluación determine que las demás alternativas establecidas en los incisos anteriores resulten ineficaces, fijando un orden creciente y progresivo de intervención estatal⁶. Las demás alternativas son:

- “a) La guarda a cargo de integrantes de su familia o de terceros, sujeta a condiciones que preserven o restauren derechos que estarían amenazados o vulnerados;

(5) LLOVERAS, Nora - SALOMÓN, Marcelo. *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, pp. 68-69.

(6) PAPA, Hernán Franco - RUSTÁN, María Victoria (2018). “¿Cárcel o calle? Una mirada desde el punitivismo al Derecho Penal Juvenil de la Provincia de Córdoba”, *Revista Argumentos*, Núm. 6 julio-agosto 2018, pp. 53-65.

- b) La aplicación de los institutos previstos en el Capítulo I cuáter del Título VII de la presente Ley;
- c) Su atención integral a través de programas, proyectos o centros de protección integral cuando la niña, niño o adolescente careciere de familia o de terceros en condiciones de cumplir eficientemente la guarda y apoyar la medida no privativa de libertad;
- d) La atención de la especial problemática de salud o de adicciones que pudiere presentar;
- e) La permanencia en el domicilio bajo la supervisión de la Autoridad de Aplicación”.

Es decir que, según se infiere de la norma, la posibilidad de internación prevista en el inciso f) tendrá lugar cuando el NNA esté previamente privado de un medio familiar o que el respeto a su interés superior exija el apartamiento de este medio familiar. Conforme puede observarse, es el mismo supuesto fáctico que permite la aplicación de las medidas excepcionales dispuestas en la norma nacional 26061.

La ley 26061 establece un límite claro para el establecimiento de las medidas protectoras del artículo 39, es decir, ante casos en donde el NNA esté privado de medio familiar o su interés superior implique el apartamiento de este medio. Así, el artículo 41 de esta norma establece que “e) *En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad*”.

Teniendo en cuenta que la medida estipulada en el artículo 87 inciso f) de la ley 9944 encuadra en el supuesto de hecho contemplado para la disposición de las medidas excepcionales dispuestas en el artículo 39 de la ley 26061, es razonable concluir que las limitaciones previstas para estas últimas medidas, restringen también a la medida del artículo 87 inciso f). De esta manera, al permitir el artículo 87 inciso f) de la ley 9944 la privación de la libertad del NNA, este artículo resulta contrario a la normativa nacional aplicable.

Interés superior del niño

Aun cuando no existiese la disposición legal referida (artículo 41 de la ley 26061), la adopción de la medida prevista por el artículo 87 inciso f) de la ley 9944 (léase privación de la libertad), tomada en favor de la niña, niño o adolescente, contraría el interés superior del niño como principio rector del sistema argentino de protección integral de NNA reconocido en nuestra Constitución Nacional. En este sentido, la norma legal que autoriza esta medida es contraria al derecho convencional incorporado al bloque de constitucionalidad (en particular, vulnera el compromiso asumido internacionalmente en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y en la Convención sobre los Derechos del Niño)

por lo que el acto que la dispone resulta ilegítimo y la ley en cuestión deviene en inconveniente e inconstitucional.

En efecto, la aludida medida resulta un resabio del otrora vigente régimen legal basado en el “paradigma de la situación irregular”, derogado a partir de la puesta en vigencia de la ley 26061⁷. Así, con la sanción de esta última ley, el ordenamiento jurídico argentino, recepitó el paradigma de la Protección Integral de los Derechos del Niño y Adolescente. La diferencia entre ambas concepciones es sustancial: de un objeto de intervención tutelar, sin discernimiento y con un Estado encargado de esta tutela, se evolucionó para considerarlos como sujetos de derechos, con capacidad, y con el Estado como garante de tales derechos. A esta circunstancia se le agrega el compromiso asumido internacionalmente de adoptar medidas eficaces para el goce de estos derechos. El estatus de la niña, niño o adolescente transita así desde un lugar pasivo, sujeto al paternalismo estatal, a un sujeto que cuyos derechos en tanto seres humanos deben ser atendidos desde un enfoque que contemple su situación de desarrollo y vulnerabilidad, replicando en deberes estatales reforzados. Esto implica la supresión de toda potestad de los jueces de disponer de los NNA por motivos tutelares. La intervención estaba antes dirigida a las niñas, niños y adolescentes vagabundos o en condiciones de mendicidad, considerados abandonados moral y materialmente, lo que decía generar una situación antisocial y peligrosa, pues se consideraba que serían quienes con posterioridad iban a cometer delitos contra la sociedad si no se les prestaba atención a tiempo. La solución implementada era aislarlos para que cambien su conducta, siendo la privación de libertad mediante el uso de institutos de rehabilitación, la medida por excelencia.

El respeto al interés superior del niño como rasgo central del sistema integral de protección de NNA, a la luz del nuevo paradigma, colisiona con una medida de resguardo como lo es la prevista en el artículo 87, inciso f) de la ley 9944. Aun cuando ésta se fundamente en la supuesta protección del NNA, la utilización de este tipo de institutos para su rehabilitación social acarrea un grave perjuicio en su persona. Así la sala tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal en los autos caratulados “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ recurso de casación”, sostuvo: *“Hoy en día admitimos que todo lugar del que no se pueda salir por propia voluntad es privativo de libertad, y que toda privación de la libertad produce una paulatina aniquilación subjetiva. En estas condiciones ya no podemos hablar de “intervenciones que protejan”*.

A todas luces, el artículo 87 inciso f) prevé una medida de tipo protectorio o de resguardo que implica la privación de la libertad, con los consecuentes efectos nocivos que ello trae aparejado en los NNA. Esto resulta palmariamente contrario

(7) En el mismo sentido PAPA, Hernán Franco - RUSTÁN, María Victoria (2018) señalan que el anterior artículo 87 inciso E.) “lleva al Poder judicial nuevamente a enrolarse, aunque por momentos, en el paradigma anterior de la situación irregular que por dicha ley 9944 se pretende superar”, en “¿Cárcel o calle? una mirada desde el punitivismo al Derecho Penal Juvenil de la Provincia de Córdoba”, ob. cit., p. 60.

al sistema vigente de protección integral de los NNA y las normas convencionales y constitucionales, cuyo fin se plasma en el principio del interés superior del niño. Este principio se encuentra expresamente receptado en los arts. 5 inciso b) y 16, párrafo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y artículo 3, párrafo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, ambos de jerarquía constitucional según el artículo 75 inciso 22) de la Constitución Nacional. En tal sentido, el mencionado principio exige, en armonía con la normativa convencional citada y la ley nacional 26061 y provincial 9944, el respeto del pleno desarrollo personal, armónico e integral de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, y el respeto de su centro de vida entendido este como la “residencia o lugar donde ellos hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia” (artículo 3, incisos c) y f) de la ley provincial 9944 y artículo 3 incisos c) y f) de la ley nacional 26061).

En conclusión, aun en el caso de considerar que la medida del artículo 87 inciso f) de la ley 9944 es dispuesta en favor de los NNA para su protección, esta medida es de carácter ilegítima no sólo conforme a lo previsto en la ley nacional 26061 puesto que ésta implica una privación de la libertad de los NNA prohibida expresamente como medida de protección por dicha norma, sino también por ser opuesta al interés superior del niño como principio rector del sistema legal argentino de protección integral de NNA reconocido en los instrumentos convencionales que conforman nuestro bloque de constitucionalidad.

IV. Conclusión

En la Provincia de Córdoba hay niñas, niños y adolescentes menores de 16 años privados de su libertad en virtud de la aplicación del artículo 87 inciso f) de la ley 9944. Tal y como se argumentó, dicha privación de la libertad no puede estar fundamentada como una medida punitiva ni como una medida cautelar tendente a garantizar los fines del proceso en virtud de que el colectivo mencionado no puede estar sujeto a un procedimiento penal. A su vez, se presentaron razones por las cuales la privación de libertad de los NNA es opuesta a lo establecido por la ley nacional 26061 y contradice el principio constitucional del interés superior del niño. En este sentido, se ha mostrado que el artículo 87 inciso f) de la ley 9944 es contrario a los compromisos legales asumidos por el Estado provincial y el Estado nacional.

La reciente sanción de la ley 10637 implicó algunos avances loables para los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Sin embargo, no podemos dejar de resaltar que no solo se dejó pasar una oportunidad importante para modificar la facultad otorgada por esta ley para privar de la libertad a NNA menores de 16 años, sino que además implicó la supresión de fines expresamente enunciados por la normativa que orientaban el proceso penal juvenil desde una directriz protectoria.

La situación social abordada, es decir la situación de las niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, requiere respuestas que trascienden el objetivo

del presente trabajo. Necesariamente es preciso un abordaje multidisciplinario para dar solución a la grave situación de las personas menores de edad en conflicto con la ley penal. Nuestra contribución en este sentido es dejar en claro que la privación de la libertad de los NNA no punibles en razón de su edad no es una solución legalmente permisible a este problema. Cualquier solución que ideemos debe ser compatible con los principios de promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes con los que como sociedad estamos comprometidos.

PENSAR EL DERECHO: EL MÉTODO DE CASOS ALEMÁN*

THINKING THE LAW: THE GERMAN CASE LAW

*Anna Richter***

Resumen: Dentro de cada tradición jurídica se encuentran particularidades y modos de pensar y presentar el derecho que solo se aplican en un ámbito jurídico reducido, aunque su metodología podría ser interesante para un entorno más grande. Uno de esos métodos es el método de casos, tal como se lo entiende en Alemania. Este es una herramienta que se vincula primordialmente con la enseñanza del derecho, tanto en las clases como en las instancias de evaluación, pero es más que eso: es una manera de pensar el derecho que brinda la posibilidad de estructurar el razonamiento jurídico, trazar conexiones entre diferentes problemas jurídicos, incorporar discusiones teóricas a la solución de casos reales o ficticios y resaltar puntos difíciles o relevantes para la solución del caso. Con todo ello, el método de casos permite que los lectores y las lectoras puedan seguir el razonamiento del o de la agente que realiza el análisis mediante el método de casos. El trabajo pretende presentar el método de casos alemán como un razonamiento que se puede aplicar tanto en la enseñanza como en el ejercicio de la profesión y aunque esa mirada particular sobre el derecho tiene sus orígenes en Alemania, espero que pueda ser de utilidad para las y los juristas de Argentina.

Palabras-clave: Método de casos alemán - Derecho penal alemán - Derecho comparado.

Abstract: Every legal tradition offers different particularities and ways of thinking and presenting the law that only are applied in a

* Trabajo recibido el 20 de abril de 2020 y aprobado para su publicación el 1 de junio del mismo año. La autora agradece a Valentina Pedernera y Bruno Rusca por los valiosos comentarios y aportes al presente trabajo.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, becaria postdoctoral de CONICET-CIJS, docente de la UES21 (contacto: anna.e.m.richter@gmail.com).

limited legal sphere, although its methodology may be of interest for a bigger audience. One of these methods is the German case law. It is a tool primarily connected with teaching law, in class and in assessment instances, but it is more than that: it is a way of thinking the law that provides the possibility to structure legal reasoning, trace connections between different legal problems, incorporate theoretic discussions into the solution of real or fictitious cases and highlight points that are difficult or relevant for the solution of the case. By that, the German case law allows the reader to follow the agent's reasoning as he or she realizes the analysis by means of the German case law. This article pretends to present the German case law as a reasoning applicable in teaching as well as in the pursuance of the legal professions. And although this particular view on law has its origins in Germany, I hope it also can be useful for Argentinian legal professionals.

Keywords: German case law - German criminal law - Comparative law.

Sumario: I. Introducción. II. El método de casos en la enseñanza del derecho. III. El método de casos como una manera de pensar el derecho III.1. Estructura general. III. 2. Estilo de dictamen y estilo de sentencia. III. 3. Estructuras específicas. IV. Conclusiones.

I. Introducción

Como es sabido, la comparación de diferentes ordenamientos jurídicos tiene muchos beneficios, puede arrojar luz sobre las diferencias en la normativa y resaltar las ventajas y desventajas de diferentes soluciones jurídicas para un mismo problema. De esta manera, el Derecho comparado nos permite adquirir una mirada más crítica sobre nuestro propio ordenamiento jurídico a la vez que nos brinda nuevos enfoques para encarar los problemas del derecho nacional.

Sin embargo, la utilidad del Derecho comparado no se limita al contenido material de las diferentes ramas del derecho. Más bien, la comparación de los ordenamientos jurídicos también puede iluminarnos sobre diferentes maneras de pensar el derecho y de enseñarlo, porque no existe un único método de transmitir los conocimientos del derecho y tampoco hay una única manera de razonar en el ámbito del derecho. Dentro de cada tradición jurídica se encuentran particularidades y modos de pensar y presentar el derecho que solo se aplican en un ámbito jurídico reducido, aunque su metodología podría ser interesante para un entorno más grande.

Uno de esos métodos es el Método de Casos, tal como se lo entiende en Alemania. Este es una herramienta que se vincula primordialmente con la enseñanza del derecho, tanto en las clases como en las instancias de evaluación, pero es más que

eso: es una manera de pensar el derecho que brinda la posibilidad de estructurar el razonamiento jurídico, trazar conexiones entre diferentes problemas jurídicos, incorporar discusiones teóricas a la solución de casos reales o ficticios y resaltar puntos difíciles o relevantes para la solución del caso. Con todo ello, el método de casos permite que los lectores y las lectoras puedan seguir el razonamiento del o de la agente que realiza el análisis mediante el método de casos.

El trabajo pretende presentar el método de casos alemán como un razonamiento que se puede aplicar tanto en la enseñanza como en el ejercicio de la profesión y aunque esa mirada particular sobre el derecho tiene sus orígenes en Alemania, espero que pueda ser de utilidad para las y los juristas de otros lugares.

II. El método de casos en la enseñanza del derecho

En la enseñanza del derecho se pueden encontrar por lo menos tres estilos diferentes, los que aquí llamaré la enseñanza mediante fallos, la enseñanza teórica y la enseñanza mixta. Esos estilos no solo se expresan en los manuales de derecho a los que recurren los estudiantes universitarios, sino también en la presentación del contenido en clase y en la forma de evaluar el aprendizaje en la carrera de derecho. Ha de aclararse que las clasificaciones aquí realizadas no siempre se encuentran de manera tan pura en la realidad. Más bien, son construcciones teóricas e ideales para aprehender la realidad. Así, la enseñanza del derecho en las diversas universidades puede presentar formas mixtas o matices de los tres estilos. En una misma universidad incluso puede haber cátedras que aplican estilos diferentes. Lo que aquí se pretende hacer es una presentación de los estilos que mayormente se aplican en la enseñanza del derecho, sin descartar que puede haber desviaciones de esas corrientes mayoritarias.

En la enseñanza mediante fallos, los conceptos clave del derecho son presentados recurriendo a fallos reconocidos de los altos tribunales. Este estilo pedagógico tiene sus orígenes en Estados Unidos, donde Christophorus Columbus Langdell, un profesor de la escuela de derecho de Harvard, en la segunda mitad del siglo XIX propuso enseñar el derecho mediante el análisis de fallos jurisprudenciales¹. Esta propuesta se basa en la percepción de que las sentencias judiciales no son ejemplos del derecho, sino que constituyen la fuente misma del derecho. Esa comprensión de los fallos como fuente del derecho generalmente se denomina *case law* y es defendida en el ámbito jurídico anglosajón del *common law*, donde el estudio de los fallos anteriores, los llamados precedentes, permite conocer no solo la aplicación del derecho, sino también su contenido. Este conocimiento del derecho se basa en la aplicación del razonamiento inductivo, según el cual se puede inducir los principios básicos del derecho de los fallos relevantes. Estos principios se expresan en la *ratio decidendi*

(1) ETCHICHURRY, H. "Por un método crítico de casos", en ROSSETTI, A. - ALVAREZ, M. (comp.) *Derecho a la vida, un análisis desde el método de casos*, Advocatus, Córdoba 2005, p. 52.

o el *holding* del caso, donde la justificación jurídica de la sentencia es presentada en la forma de una regla general y abstracta². Para determinar las normas vigentes en esos ámbitos jurídicos, el análisis de fallos es entonces de suma relevancia.

Un ejemplo para el estilo de fallos es el manual que usa la *Harvard Law School* en su curso de la parte general del derecho penal en el primer año de la carrera de derecho³. En él, los conceptos clave del derecho son presentados recurriendo a fallos reconocidos y las diferentes concepciones de esos conceptos que defendieron los tribunales en varias ocasiones. En Estados Unidos, no solo la presentación del material de estudio sino también la evaluación de los alumnos se basa en fallos. Así, los exámenes generalmente consisten en la solución escrita de un caso ficticio o real que se asemeja a los fallos vistos en clase⁴.

En el estilo de fallos, el foco está puesto en el análisis de fallos reales. Esto les permite a los estudiantes ver cómo los tribunales argumentan y resuelven casos, cómo el derecho funciona en la práctica y no solo en la teoría y les muestra que a menudo no existe una única solución para un caso, que la solución no se puede deducir de la ley como si fuera una ecuación matemática, sino que los jueces interpretan los textos legales y les dan su significado.

Una desventaja de esa manera de enseñar el derecho consiste en su falta de teorización y sistematización. Si se pone el enfoque principal en las soluciones judiciales, no hay mucho lugar para discusiones teóricas, las que generalmente son dejadas de lado por los jueces. Ni las discusiones teóricas ni las esquematizaciones se pueden aprender de fallos judiciales, porque estos se centran en un caso determinado y no permiten el tratamiento de cuestiones generales y abstractas.

Sin embargo, a menudo, tales discusiones son aclaratorias para entender el derecho como un todo y para comprender las conexiones entre diferentes conceptos. Lo mismo vale para la esquematización del derecho que puede ayudar a distinguir y ordenar diferentes tipos y niveles de problemas jurídicos. Además, el acercamiento teórico al derecho permite un enfoque prescriptivo y no solo descriptivo del derecho, pues posibilita un estudio crítico del derecho vigente y la propuesta de nuevas formas de resolver los problemas jurídicos.

(2) KRIELE, M. *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 2a ed., LIT, Münster, 2004, p. 32.

(3) KADISH, J. D. - SCHULHOFER, S. J. - BARKOW, R. E. *Criminal Law and its Processes: Cases and Materials*, 10a ed., Wolters Kluwer, New York, 2016. Otro ejemplo, esta vez de Argentina es el libro de CARRIÓ, A. D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5a ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2008, en el que presenta los principios básicos del derecho penal y procesal penal tal como fueron entendidos y aplicados por los tribunales argentinos.

(4) Los exámenes de la escuela de derecho de Harvard de los años 1870 a 1995 se encuentran disponibles en la siguiente página: <https://hollisarchives.lib.harvard.edu/repositories/5/resources/4539>, búsqueda del 14 de abril de 2020.

Una segunda manera de enseñar el derecho es la enseñanza teórica. Esta se aplica generalmente en las facultades de derecho de Argentina y de España. Allí, el foco está puesto en el aprendizaje de definiciones, la memorización de textos normativos y la presentación de diferentes teorías. Si se observan los manuales jurídicos usados en esas facultades, llama la atención su enfoque en tales cuestiones teóricas y en las discusiones dogmáticas⁵. Si bien se cita jurisprudencia, esa generalmente se encuentra en las notas al pie y no cobra un rol preponderante: se hallan pocos resúmenes de fallos o casos ficticios para ilustrar y enriquecer las discusiones teóricas. La evaluación reproduce este enfoque en la teoría, pues los exámenes consisten en preguntas específicas -a veces incluso a modo de un cuestionario de múltiple opción- que permiten determinar si el alumno ha aprendido de memoria los problemas jurídicos planteados de manera teórica, pero no se le exige solucionar un caso aplicando los conocimientos jurídicos a un nivel práctico.

Este método tiene la ventaja de permitir una evaluación rápida y simple de los conocimientos adquiridos, porque no requiere de la corrección de soluciones de casos. Sobre todo, en universidades que no disponen de mucho personal y donde los profesores no solo trabajan de docentes, sino que a la vez litigan o se desempeñan en el poder judicial, ese ahorro de trabajo es un punto a favor del método teórico. Asimismo, para los alumnos tiene la ventaja de permitir el aprendizaje de memoria sin requerir ulteriores esfuerzos, pero ello conlleva la desventaja de no brindar una adecuada preparación a la vida laboral, en la que la exacta definición del dolo es menos relevante que poder reconocerlo en la práctica.

El tercer modo de enseñar el derecho que aquí se presenta es el llamado método mixto o método de casos, que combina la enseñanza teórica con la solución de casos. Es el método generalmente aplicado en las facultades jurídicas alemanas y se basa en la presentación de los problemas jurídicos tanto de manera teórica como mediante casos. En los manuales, generalmente se menciona al inicio de un capítulo un caso real o ficticio en cuya solución se aplican las teorías o definiciones relevantes⁶. A diferencia del método de fallos, los casos presentados no necesariamente son reales. A menudo son casos inventados por los docentes y por los autores de los manuales con el único fin de ilustrar el problema jurídico en cuestión. En el marco de ese método, las opiniones defendidas por los altos tribunales no tienen la misma relevancia que en el método de fallos. Pues, no se trata de aprender y reproducir soluciones judiciales, sino de que los casos sirvan de ejemplo y para la aplicación de los conocimientos teóricos.

(5) Solo a modo de ejemplo: MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*, 10a ed., Reppertor, Barcelona, 2015; ZAFFARONI, E. R. - ALAGIO, A. - SLOKAR, A. *Manual de derecho penal, Parte general*, 2a ed., Ediar, Buenos Aires, 2006.

(6) Solo a modo de ejemplo: WESSELS, J. - BEULKE, W.- SATZGER, H. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 49a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2019.

Detrás de este método se encuentra una manera particular de sistematizar y argumentar en el derecho que por un lado representa la actividad jurídica en la práctica y por el otro lado permite la inclusión de discusiones teóricas y la priorización de cuestiones difíciles que plantea el caso específico. En el marco del método mixto, los exámenes consisten en la solución de casos, donde no solo se evalúa la reproducción del conocimiento teórico, sino también su aplicación al caso concreto, así como su transmisión, es decir la argumentación y priorización de los puntos complicados por sobre los fáciles.

Las ventajas de ese método consisten en permitir tanto un acercamiento al pensamiento de la práctica mediante la solución de casos y el constante uso del código como al pensamiento crítico mediante la ponderación de los efectos de diferentes teorías a los resultados de los problemas planteados. Además, permite evaluar no solo el aprendizaje de memoria, sino también el pensamiento propio y crítico del alumnado. Sin embargo, también tiene desventajas. Para los docentes, a quienes la evaluación de los casos les requiere de mucho tiempo y para los alumnos también, dado que generalmente les cuesta aprender esa forma de sistematizar y argumentar, porque difiere del razonamiento aplicado en la escuela.

III. El método de casos como una manera de pensar el derecho

Además de ser una manera de enseñar el derecho, el método de casos comprende una manera particular de pensar el derecho, pues, en él, los problemas jurídicos se resuelven recurriendo a una sistematización y argumentación específica.

Si bien el método de casos es aplicado en Alemania a todas las ramas del derecho, aquí se presentará solo su uso en el derecho penal. Por ello, la argumentación y, especialmente, la sistematización aquí descrita se limita a esa área jurídica.

En lo que sigue, presentaré el método de casos recurriendo a problemas jurídicos conocidos y discutidos en la dogmática y la jurisprudencia penal. Dado que aquí no me interesa la solución específica de los casos, sino la metodología que lleva a la solución, solamente mencionaré esos problemas sin pretender analizarlos o resolverlos.

III.1. Estructura general

La estructura que guía el pensamiento en el derecho penal viene dada por la teoría del delito, con lo que está sujeta a cambios según los desarrollos que se van dando en ella y según la corriente que sigue cada penalista. Sin embargo, hoy en día la gran mayoría de los penalistas concuerdan en la estructura básica, según la cual hay que distinguir entre la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y, por último, los demás presupuestos de punibilidad. Dentro de esa estructura se ubican todos los problemas encontrados en el nivel que les corresponde.

Con ello se da la siguiente particularidad: si se pretende por ejemplo analizar el caso de que Analía, de 13 años de edad, prende fuego las bolsas de basura que sus vecinos han dejado en la vereda, no se puede saltar directamente al dato de que Analía es menor de 16 años y, por ende, no es imputable según el Código Penal argentino. En su lugar, se debe seguir el esquema antes mencionado y verificar primero que al encender las bolsas de basura Analía cometió una acción penalmente relevante, es decir, una acción humana, externa y mínimamente manejable⁷. Luego ha de comprobarse que esa acción cumple con los requisitos de algún tipo objetivo, como por ejemplo el delito de daños según el art. 183 CP. Aquí habría que discutir si las bolsas de basura dejadas en la vereda son una “cosa ajena”, tal como lo exige el art. 183 CP, o si fueron abandonadas en el sentido del art. 1947 CCyC y por ello ya no pertenecen a nadie, con lo que su destrucción sería una acción atípica según el art. 183 CP⁸. Asimismo, se debería mencionar la cuestión de si el art. 183 CP exige que la cosa dañada tenga algún valor económico para poder formar parte del patrimonio de otro⁹ y, si se afirma la necesidad del valor económico, si las bolsas de basura poseen tal valor¹⁰. Si se superan esos problemas, habría que verificar la tipicidad subjetiva, es decir, el dolo de Analía y la antijuridicidad de su acción. Recién en el marco de la culpabilidad y después de haber comprobado que efectivamente existe una acción ilícita cometida por Analía, se plantea la pregunta por su imputabilidad, que aquí habría que rechazar por su escasa edad. Si, en cambio, se niega que las bolsas de basura puedan ser susceptibles de ser dañadas en el sentido del art. 183 CP, porque fueron abandonadas o porque carecen de valor económico, entonces el análisis termina con el tipo objetivo y se constata la atipicidad del comportamiento de Analía sin investigar su falta de culpabilidad por inimputabilidad. Es decir, siempre se sigue el esquema mencionado hasta llegar a su fin, constatando la punibilidad o hasta llegar a un punto en el que se determina la falta de punibilidad.

III. 2. Estilo de dictamen y estilo de sentencia

No solo la estructuración de los problemas a resolver, sino también la presentación está sujeta a una modalidad específica, el estilo de sentencia y el estilo de dictamen. El estilo de sentencia comienza con el resultado para después justificarlo¹¹.

(7) ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general*, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, 1997, p. 194 nm. 4.

(8) MACAGNO, M. E. “Los daños simples y agravados”, en VITALE, G. M. A. (dir.), *Código Penal comentado de acceso libre*, Asociación Pensamiento Penal, 2018, p. 10 s.; KINDHÄUSER, U. - HILGENDORF, E. *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 8ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2019, § 242 nm. 14.

(9) Acerca de esa discusión, véase MACAGNO M. E. “Los daños simples y agravados”, en VITALE, G. M. A. (dir.) *op. cit.*, p. 8.

(10) KINDHÄUSER, U. - HILGENDORF, E., *op. cit.*, § 303 nm. 3.

(11) Acerca de la discusión sobre el valor económico de la cosa dañada véase: DONNA, E. *Derecho penal. Parte especial*, tomo II -B, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 846; MACAGNO, M. E. “Los daños simples y agravados”, en VITALE, G. M. A. (dir.), *op. cit.*, pp. 7 s.

De hecho, y a diferencia de las sentencias de los tribunales argentinos, al inicio de las sentencias penales alemanas se encuentra el veredicto y en lo que sigue se presentan los hechos, la prueba, las normas aplicadas y las conclusiones que llevaron a la sanción o absolución. Retomando el ejemplo de Analía, en el estilo de sentencia, la tipicidad objetiva de su acción podría expresarse de la siguiente manera:

Analía cometió un hecho objetivamente típico según el art. 183 CP, la destrucción de una cosa mueble totalmente ajena: al incendiar las bolsas de basura, las destruyó tal como exige el art. 183 CP. Esas bolsas de basura tenían una presencia física movable y por ende eran cosas muebles. Además, le eran totalmente ajenas, porque Analía no era propietaria de ellas. El resultado, esto es, la destrucción de las bolsas de basura, le puede ser adscripta a ella, dado que el prenderles fuego fue una condición sin la cual no se hubiera dado el resultado de su destrucción. Ese resultado le es objetivamente imputable, pues al someter las bolsas al fuego ella generó el riesgo no permitido de destruirlas y justo ese riesgo se realizó en el resultado: la destrucción de las bolsas de basura mediante incineración.

Este estilo de sentencia tiene la ventaja de presentar rápidamente las razones que llevaron a la decisión. Pero tiene la desventaja de que no se puede recapitular el razonamiento que realizó el agente, porque solamente muestra el camino que finalmente llevó a la conclusión, no las argumentaciones descartadas. Eso es de especial relevancia cuando diferentes teorías llevan a diferentes soluciones, como podría ser el caso respecto de la pregunta de si la basura tiene dueño y por ende es una cosa ajena para Analía o si fue abandonada y por ello no puede considerarse ajena.

El estilo de dictamen toma el camino inverso. No empieza con el resultado, sino con una pregunta o hipótesis. Luego se desarrolla todo el razonamiento realizado para responder esa pregunta y confirmar o rechazar la hipótesis inicial. De esta manera, no solo se puede demostrar la argumentación que llevó a la conclusión, sino también los razonamientos que finalmente fueron descartados. Así, se pueden incluir discusiones teóricas sobre puntos relevantes, aunque al final se tenga que elegir una de las posibles variantes o soluciones. Con ello, el estilo de dictamen permite priorizar las cuestiones relevantes o problemáticas, desarrollando en ellas diferentes argumentos o maneras de entender algún punto y las diversas soluciones a las que llevan, mientras que las cuestiones no discutidas se presentan más rápidamente y sin incursionar en teorías diferentes si estas llevan al mismo resultado.

El estilo de dictamen tiene una estructura clara que guía el razonamiento y que se repite en cada punto a comprobar. Para introducir esta estructura recurriré nuevamente a un caso, esta vez con dos variantes:

Variante 1:

A está cenando en un restaurante. Se levanta, agarra el abrigo de B del perchero, se lo pone, se sienta de nuevo en su mesa y sigue cenando.

Variante 2:

A está cenando en un restaurante. Se levanta, agarra el abrigo de B del perchero, se lo pone y se va a su casa.

¿El comportamiento de A en la variante 1 y 2 realiza el tipo objetivo del hurto, art. 162 CP?

Dentro del estilo de dictamen, cualquier análisis empieza con el título, en alemán *Obersatz*, que determina lo que se pretende comprobar. Ese título expresa el tipo penal, la forma de participación y de consumación, así como la calificación o alternativa si hay varias alternativas con las que se puede realizar el delito. Si no se indican explícitamente la forma de participación y de consumación, se entiende que se analizará si la persona en cuestión ha actuado como autora de un delito consumado. El título se refiere a una única persona, incluso si varias personas obraron conjuntamente, a un complejo de hechos, que una vez seleccionado es vinculante para todo el proceso de contestación de la pregunta formulada¹², y a una norma penal, que se supone correspondiente para el comportamiento anteriormente elegido. Aquí, por “norma penal” no necesariamente se entiende una única ley penal, pues para determinar la punibilidad de la instigación a un homicidio se necesitan por ejemplo los artículos 45 y 79 CP, mientras que el art. 183 CP comprende varios comportamientos, a saber, destruir, inutilizar, hacer desaparecer o dañar de otro modo. La norma penal se refiere por ende a todas las leyes o fragmentos de leyes necesarios para determinar la punibilidad de la acción en cuestión. Por ello, se debe indicar de la manera más exacta a qué leyes o partes de leyes se refiere el análisis, nombrando varias leyes e incluso mencionando las alternativas o frases exactas dentro de una ley.

Dado que el estilo de dictamen propone un análisis sin adelantar el resultado, el título debe formularse en una proposición condicional.

La consigna del caso arriba presentado ya adelanta qué tipo delictivo nos debe interesar aquí, el hurto según el art. 162 CP. Por ello, el título debería ser el siguiente:

A podría haber realizado el tipo objetivo del hurto, según el art. 162 CP.

Así definido lo que se pretende comprobar, se formula una hipótesis que indica lo que el sujeto debería haber hecho para realizar lo determinado en el título. Esa hipótesis también se formula en condicional para expresar la posibilidad de que no se verifique lo supuesto. En el caso aquí presentado, la hipótesis debe comprender los elementos del tipo objetivo que A debe haber realizado para cumplir con el tipo objetivo del art. 162 CP:

(12) VALERIUS, B. *Einführung in den Gutachtenstil, 15 Klausuren zum Bürgerlichen Recht, Strafrecht und Öffentlichen Recht*, 2ª ed., Springer, Berlín, 2007, p. 13.

A debería haberse apoderado de una cosa mueble total o parcialmente ajena.

A continuación, se presentan las definiciones de todas las características delictivas incluidas en la hipótesis. Como cualquier definición, esta ha de realizarse en abstracto y no referida al caso particular en cuestión. En nuestro ejemplo habría que definir entonces los términos cosa, mueble, ajeno y apoderamiento. La definición de cosa mueble podría presentarse de la siguiente manera:

Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa¹³.

A la definición sigue la subsunción de los hechos concretos bajo los criterios abstractos anteriormente definidos. Para comprobar si los hechos concretos coinciden con las características normativas ha de argumentarse recurriendo a los hechos del caso.

En los casos fáciles en los que no hay duda de que el comportamiento en cuestión coincide con la norma, basta con mencionar una definición y realizar una subsunción rápida. Eso sería el caso en la variante 2. Allí, cualquier comprensión de apoderamiento va a llevar a la conclusión de que *A* efectivamente se apoderó del abrigo. Por ello, no hace falta presentar varias teorías de apoderamiento. Más bien, se elige una de ellas, la que le parece más convincente al autor o la autora y se subsume bajo ella:

El apoderamiento se compone de la sustracción de la cosa del poder de la víctima y de la adquisición de tal poder por el autor¹⁴. Al ponerse el abrigo y salir con él del restaurante, *A* sustrajo el abrigo del poder de *B* y al mismo tiempo adquirió poder sobre el abrigo, poder que ejerció al llevárselo a su casa. Por ende, *A* se apoderó del abrigo de *B*.

Si en cambio existen dudas sobre la concordancia de la norma con los hechos, especialmente porque existen diferentes interpretaciones de algún término del texto legal, han de presentarse las diferentes teorías de ese término y sus repercusiones en la solución del caso. Es decir, se define el término en cuestión según una teoría dada y se subsume el hecho bajo el término así interpretado. Luego se repite la definición y subsunción para las demás teorías, mostrando así cómo cambia el resultado según el significado que se le dé al término analizado. Por último, se elige una de las teorías presentadas, dando una razón para la elección:

Según la teoría de la *attrectatio*, el apoderamiento se realiza cuando el agente toca la cosa¹⁵. Entonces, *A* se habría apoderado del abrigo al sacarlo del perchero. Sin embargo, esta teoría plantea problemas cuando el agente toca un objeto todavía sin sacarlo de su lugar, pues ese comportamiento general-

(13) Así lo define el art. 227 del Código Civil y Comercial.

(14) MACAGNO, M. E. "Hurto simple", en VITALE, G. M. A. (dir.), *op. cit.*, p. 12.

(15) *Ibid.*, p. 9.

mente no es entendido como apoderamiento. Según la teoría de la *ablatio*, el apoderamiento requiere que el agente mueva la cosa a otro lugar¹⁶. Aquí, *A* se apoderaría del abrigo en el momento en el que lo lleva del perchero a su mesa. Esta teoría es demasiado amplia, porque llevaría a la afirmación del apoderamiento incluso si la camarera, bajo los ojos del *B*, lleva su abrigo a otro perchero porque el primero se ha llenado, aunque no diríamos que la camarera se apoderó del abrigo de *B*. Según la teoría de la disponibilidad, en cambio, el apoderamiento tiene dos elementos. Por un lado, requiere la sustracción de la cosa del poder de la víctima y, por el otro, la adquisición de ese poder por el agente¹⁷. Esta definición tiene la ventaja de centrarse en el ejercicio de poder sobre la cosa, tanto por parte de la víctima como por parte del agente, con lo que puede captar mejor las diferentes situaciones de apoderamiento que las teorías anteriores. Pues, el apoderamiento no depende de si el agente toca o mueve la cosa, sino que consiste en poder actuar sobre la cosa e impedir que otro, por ejemplo, la víctima, lo haga. Por ello, apoderamiento ha de entenderse en el sentido de la teoría de la disponibilidad. Por lo tanto, al sacar el abrigo del perchero, ponérselo y seguir cenando, *A* no se apoderó de él, porque en ningún momento le quitó a *B* el poder sobre el abrigo. *A*, *B* y el abrigo todavía se encuentran en el restaurante, un espacio limitado que puede alcanzarse con la vista, por lo que *B* podría levantarse de su mesa y pedirle a *A* que se saque el abrigo porque este le pertenece.

Aquí se ve que la diferencia entre la variante 1 y la variante 2 solo se da respecto del apoderamiento. En la variante 1 ha de discutirse el significado de apoderamiento y sus implicancias para el comportamiento de *A*, mientras que en la variante 2 tales análisis no son necesarios. Dado que una de las destrezas que se pretende ensayar y mostrar mediante el método de casos y el estilo de dictamen consiste en la priorización de los puntos relevantes y el tratamiento rápido de los puntos no cuestionados, en la solución de la variante 2 sería un error indagar en las diferentes teorías del apoderamiento, al igual que significaría una falta aún más grave no analizar los diversos significados de apoderamiento en la variante 1. El mero hecho de que existen diferentes definiciones para los términos en cuestión no es una razón suficiente para indagar en esas definiciones. Más bien, hay que ponderar si tales definiciones cambian la solución del caso o no. Las observaciones abstractas que no tienen una conexión directa con el caso, al igual que la presentación de teorías que no tienen relevancia para la solución del caso, son considerados errores que han de evitarse.

También ha de destacarse que la subsunción del hecho concreto se realiza bajo la norma y no bajo una teoría o una definición. La teoría o la definición sirven para interpretar la ley y determinar su significado, pero no son el objeto de referencia de la subsunción. Por ello, en la variante 1 de nuestro caso, la subsunción ha de

(16) *Ibid.*, p. 10.

(17) DONNA, E. *Op. cit.*, p. 32; MACAGNO, M. E., *op. cit.*, p. 11 y s.

determinar si el comportamiento de A -ponerse el abrigo de B, sentarse en su mesa y seguir cenando- cumple con el requisito del apoderamiento exigido en el art. 162 CP. Para ello ha de interpretarse el término apoderamiento mediante las diferentes teorías desarrolladas al respecto. En ese sentido, las teorías de apoderamiento son indispensables para resolver el caso, porque determinan cómo ha de entenderse el término clave “apoderamiento”, pero la subsunción ha de consistir en confirmar si el comportamiento de A coincide con la norma -entendida esta según una u otra teoría- y no si el comportamiento de A coincide con una determinada teoría.

A la subsunción sigue el resultado, que para la variante 1 sería:

A no realizó el tipo objetivo del art. 162 CP.

Para la variante 2, el resultado sería en cambio:

A realizó el tipo objetivo del art. 162 CP.

Este procedimiento de hipótesis, definición, subsunción y resultado se repite siguiendo los diferentes niveles establecidos por la teoría del delito, hasta responder la pregunta inicial establecida en el título.

Más allá de esas particularidades del estilo de dictamen, el estilo de escritura a emplear es el de cualquier trabajo científico, es decir, se aspira a un estilo neutral sin opiniones personales o polémicas y no se usan signos de interrogación o exclamación. Tampoco se explica el esquema aplicado, pues éste debe quedar claro por su pertinencia al caso. Si el autor o la autora considera necesario explicar por qué analiza una determinada cuestión en un determinado punto, es muy probable que haya algún error en la estructura y se debería buscar un esquema más convincente.

III. 3. Estructuras específicas

Como expuse arriba, la estructura general que ordena el razonamiento en el método de casos se divide en los cuatro niveles de la acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Para el análisis de la actividad delictiva de una persona como posible autora de un delito consumado doloso, el esquema completo es el siguiente: 1. La acción tiene que ser humana, externa y mínimamente manejable. 2. En el tipo se distingue entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. En el tipo objetivo se analiza si se ha dado el resultado determinado por la norma penal -por ejemplo, una muerte-, en un objeto apto según los requisitos de la norma penal -de una persona-, mediante la acción descrita en la norma penal, lo que puede incluir el uso de una herramienta o una forma específica de comisión como la administración de veneno, aunque existen muchas normas penales que no determinan un comportamiento específico para alcanzar el resultado. En algunos casos el tipo penal también establece exigencias para el sujeto activo -ser funcionario público-. Además de la coincidencia con el tipo penal del resultado en un objeto mediante una acción por un sujeto activo, el resultado tiene que adscribirse al agente, mediante la causalidad y la imputación objetiva. El

tipo subjetivo comprende el dolo o la imprudencia respecto de todos los elementos del tipo objetivo y a veces también otros elementos subjetivos del tipo como las intenciones especiales. 3. La antijuridicidad se divide en los requisitos objetivos y subjetivos de la causa de justificación. 4. La culpabilidad comprende una situación motivacional normal, el conocimiento de la antijuridicidad y la imputabilidad. Los demás presupuestos de la punibilidad se componen de condiciones objetivas de punición como los delitos de acción previa o la prescripción del delito en cuestión y la ausencia de excepciones personales de la punibilidad como la inmunidad.

Este esquema sufre cambios cuando participan más de una persona, cuando se trata de una tentativa o cuando surge alguna otra desviación de un delito doloso cometido por un único autor. En el siguiente caso aparecen varias desviaciones de la estructura general que requieren adaptaciones en el esquema:

A quiere heredar la fortuna de su tío B, pero teme que B lo vaya a desheredar si se entera que A abandonó la universidad y ahora se gana la vida jugando al póker online. Por ello, A le promete al guardaparque G una recompensa muy alta si G mata a B cuando este esté cazando en los bosques patagónicos. G se muestra dispuesto a hacerlo y A le da un rifle con munición, así como una foto de B en su ropa de cazador. El fin de semana siguiente, G se esconde cerca de la cabaña de B en La Angostura. Escondido detrás de unos arbustos, ve cómo se acerca J, un amigo cazador de G, quien está en pleno traje de cazador, todo vestido de verde, con un gorro que le ensombrece la cara y lleva un rifle colgando de la espalda. G, pensando que se trata de B, mata de un tiro a J. Cuando se acerca al muerto, se da cuenta de su error, esconde a J, espera a que aparezca G y también lo mata de un tiro, otra vez escondido detrás del arbusto ya conocido.

¿A y G son punibles por las muertes de J y B?

Dado que hay dos sujetos activos, *A* y *G*, y dos víctimas, *J* y *B*, ha de responderse primero la pregunta por cómo empezar el análisis.

Cuando existen varios complejos de hechos¹⁸ es conveniente empezar con el hecho más grave, porque algunos de los hechos anteriores pueden desaparecer en el marco de las competencias. Aquí se puede distinguir entre la muerte de *J* y la muerte de *B*, pero ambos hechos son igualmente graves, por lo que la regla de la gravedad del hecho no da ninguna respuesta. En este caso, se procede cronológicamente, empezando por el primer hecho, por lo que se analizará primero la muerte de *J*.

En la muerte de *J* hay dos personas involucradas, *A* y *G*, por lo que hay que decidir con qué agente empezar. En este punto se revela la relación del esquema

(18) Por complejo de hecho se entiende un acontecimiento local- y temporalmente determinado que se presenta como una unidad, y que puede separarse de otros acontecimientos con las mismas delimitaciones locales y temporales, así, VALERIUS, B., *op. cit.*, p. 103.

del método de casos con las teorías penales defendidas en un determinado ordenamiento jurídico. Dado que en Argentina se defiende la accesoriadad parcial de la participación, es decir, que solo puede haber una participación punible si existe un hecho típico y antijurídico, ha de determinarse primero la existencia de tal hecho principal¹⁹. Eso significa para el esquema del método de casos que siempre se debe empezar con el análisis de la persona más cercana al hecho, en nuestro caso con las acciones de G. Si en cambio se defendiera un concepto de delincuente uniforme, como lo hace el legislador alemán respecto de la ley de convivencia²⁰, no habría un orden determinado para analizar las acciones de los partícipes.

Una cuestión ulterior que plantea el caso presentado es cómo ha de procederse ante un delito calificado, como aquí el homicidio calificado por recompensa remuneratoria y alevosía cometido por G. Respecto del tratamiento de delitos simples y calificados no hay un único orden a seguir. Se puede dividir totalmente el análisis, comprobando primero la realización del delito simple para luego analizar el delito calificado o se puede combinar el análisis, distinguiendo solamente en el tipo. En este último caso, se analiza primero el tipo objetivo del delito simple seguido del tipo objetivo del delito calificado, para luego indagar en el tipo subjetivo del delito simple seguido del tipo subjetivo del delito calificado. La acción, antijuridicidad y culpabilidad se analizan conjuntamente, sin distinguir entre delito simple y calificado. Ambos caminos son viables. Si se percibe un problema en el tipo del delito simple, es recomendable comprobar primero la comisión del delito simple antes de empezar con el análisis del delito consumado. Así, se evita el riesgo de empezar con la tipicidad del delito calificado si ni siquiera está dado el tipo del delito simple. Si en cambio la tipicidad del delito simple claramente está dada, es recomendable analizar los dos conjuntamente para evitar repeticiones innecesarias. Ante la duda es preferible comprobar primero el delito simple y luego el delito calificado, porque eso evita confusiones, aunque quizás signifique que se tengan que repetir algunos pasos en el análisis. Aquí se puede tomar el camino conjunto, pues el problema que presenta el caso -que G haya matado a J pensando que su víctima era B- no es particular al homicidio simple, sino que se presenta igualmente en el homicidio calificado. El caso no presenta problemas en el nivel de la acción penalmente relevante, por lo que se podría aplicar el estilo de sentencia para destacar la claridad del asunto.

El tipo objetivo también está dado, tanto respecto del homicidio simple como respecto del homicidio calificado. La calificación por promesa remuneratoria no

(19) BALCARCE, F. "Participación criminal", en LASCANO, C. (ed.), *Derecho Penal. Parte general. Libro de estudio*, Advocatus, Córdoba, 2005, pp. 539 s.; MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015, p. 375 nm. 6.;

(20) Según el concepto de delincuente uniforme, cualquier persona involucrada causalmente en la realización del tipo objetivo es considerado autora, independientemente del peso de su contribución, así, WESSELS, J. - BEULKE, W. - SATZGER, H. *op. cit.*, § 13 nm. 506. La adopción de ese concepto en la ley de convivencia alemana (*Ordnungswidrigkeitengesetz*) se encuentra en su § 14.

presenta problemas, pero respecto de la alevosía se debería discutir -aunque no de modo demasiado extenso- si el hecho de que *J* lleva un rifle excluye la alevosía o no.

En el tipo subjetivo, en cambio, se halla un punto clave del caso presentado. Como es sabido, según el requisito de congruencia, el tipo subjetivo debe extenderse a todos los elementos del tipo objetivo. Por ello, la estructura de un delito consumado requiere que primero se compruebe el tipo objetivo antes de analizar el tipo subjetivo. Pues, sin haber determinado los elementos del tipo objetivo no se sabría qué debe comprender el tipo subjetivo. Aquí surge el problema del *error in persona* en el que incurre *G*, quien, pensando que está matando a *B*, mata a *J*. Aquí se debe recurrir al estilo de dictamen y poner de relieve la diferencia entre la evaluación objetiva en el tipo objetivo -solo se requiere que el agente realice el tipo objetivo, es decir, matar a una persona sin que importe quien es- y la evaluación subjetiva en el tipo subjetivo, donde ha de tenerse en cuenta lo que sabía y pretendía hacer el agente.

Según el tipo objetivo, *G* debería haber matado a alguien, lo que hizo. Ahora, en el tipo subjetivo ha de discutirse si el error en el que incurre *G*, pensar -y quererlo- que estaba matando a *B* si en realidad estaba matando a *J*, es relevante o no para la comprobación del dolo. Como es sabido, el *error in persona* no afecta el dolo si la valoración penal de la acción no cambiara si la percepción errónea del agente fuera correcta, es decir, si el error no se refiere a uno de los elementos del tipo objetivo. Si en cambio tal equivalencia típica entre el objeto imaginado y el verdadero objeto no está dada, es decir, el agente se imagina la lesión de una clase de objetos con determinadas características, pero lesiona otra cuyas características no están descritas en el tipo penal, ha de negarse el dolo²¹. La presentación clara a la que obliga el método de casos puede ayudar a determinar cuándo estamos ante un caso de equivalencia típica y cuándo no. Pues, en el tipo objetivo se han presentado todos los elementos del tipo y se han subsumido los hechos a ellos. Ahora resta analizar si el error en el que incurrió *G* se refiere a un elemento del tipo o no. Aplicando el estilo de dictamen, un breve análisis del tipo subjetivo podría tener la siguiente forma:

G tendría que haber actuado con dolo o imprudencia. A todas las formas del dolo les es común el requisito del conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo. El dolo directo se distingue de las demás formas del dolo en el sentido de que aparte del conocimiento también se exige que el agente quiera generar el resultado. Según el principio de correspondencia, ese “conocer y querer” debería extenderse a todos los elementos objetivos del tipo. Como se ha visto arriba, los elementos del tipo objetivo de los arts. 79, 80 inc. 2 y 3 CPO son la muerte de una persona causada por el agente con alevosía y por una promesa remuneratoria. *G* sabía que mataba a una persona desde un escondite y para cobrar la recompensa prometida por *A*. También que-

(21) LASCANO, C. “El tipo doloso de comisión”, en LASCANO, C. (ed.), *op. cit.*, p. 285 y s.; MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 274 nm. 132; WESSELS, J. - BEULKE, W. - SATZGER, H. *op. cit.*, p. 81, nm. 247 y ss.

ría realizar esos actos. Con ello, se podría concluir que G actuaba con dolo directo. Sin embargo, G no sabía que su víctima era J, pensaba que estaba matando a B. Con eso, G incurre en un *error in persona*, un error sobre la persona afectada. Según la teoría de la equivalencia típica, este *error in persona* es relevante cuando conlleva un error sobre un elemento del tipo objetivo. Como ya se ha constatado, G sabía que estaba matando a una persona, pues reconocía a J como tal. El hecho de que la víctima era J y no B no se refleja en los requisitos objetivos del tipo de los arts. 79, 80 inc. 2 y 3 CP, dado que la calidad de “tío de A” o “amigo de B” no se encuentran como elementos relevantes en los artículos mencionados. Con ello, la equivalencia típica entre el tipo objetivo que G pretendía realizar y el tipo objetivo que efectivamente realizó está dada, pues ambas se refieren al homicidio calificado según los arts. 79, 80 inc. 2 y 3 CP. Por ende, G actuó con dolo directo respecto de todos los elementos del tipo objetivo.

En la antijuridicidad y culpabilidad no aparecen mayores dificultades. La conclusión es que G es punible de un homicidio calificado según los arts. 79, 80 inc. 2 y 3 CP por haber matado a J.

Después de haber constatado la punibilidad de G, ha de analizarse la punibilidad de A por haber instigado a G a matar a J. Debido a la ya mencionada accesoriedad limitada de la participación, el tipo objetivo y subjetivo de la inducción están bipartidos: una parte se refiere al hecho principal, la otra al acto de inducción. Por ello, en el tipo objetivo ha de constatarse primero la realización de un hecho previo típico y antijurídico -la muerte de J causada por G-. Aquí se puede remitir a las observaciones hechas arriba respecto de la punibilidad de G. En un segundo momento, ha de verificarse la instigación de A según los requisitos establecidos en el art. 45 CP. El requisito de congruencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo repercute en el esquema del tipo subjetivo de la instigación, pues el dolo de A debe referirse tanto al hecho previo como a su propio acto de instigación.

En el análisis del dolo respecto del hecho previo se encuentran dos dificultades. Por un lado, ha de resolverse la cuestión de si el *error in persona* de G afecta el dolo de A. Aquí deberían discutirse las diferentes opiniones dogmáticas y sus resultados. Por el otro lado, ha de analizarse si el dolo de A se refería también a las calificaciones cometidas por G, la alevosía y la promesa remuneratoria. En el presente caso no hay indicios para dudar del dolo de A, por ello no habría que discutir la aplicación del art. 47 CP. Si, en cambio, el dolo de A no comprendiese alguno de los elementos calificantes, se debería mencionar el art. 47 CP y la disminución de la pena allí prevista.

En la antijuridicidad y culpabilidad no aparecen mayores dificultades. Con eso se puede concluir que A es punible por instigar a G al homicidio calificado según los arts. 45 2ª frase, 79, 80 inc. 2 y 3 CP.

Concluido el análisis del primer complejo de hecho compuesto por la muerte de *J*, ahora habría que indagar en el segundo complejo de hecho, la muerte de *B*, empezando otra vez con la persona más cercana al hecho, *G*, antes de analizar la contribución de *A*. Dado que aquí no surgen nuevos problemas estructurales, no se va a presentar el razonamiento respecto de la punibilidad de *G* y *A* por la muerte de *B*.

En el siguiente caso también se presentan particularidades que requieren adaptaciones en el esquema de análisis:

A y *B* son enemigos. Una tarde mientras *B* no está en casa, *A* entra con una llave falsa a la casa de madera de *B*, que está situada de manera aislada en un bosque. *A* intenta prender fuego a la mesa del comedor con una antorcha que había traído para ese fin, pero la mesa es de quebracho colorado y no prende fuego tan fácilmente. A punto de volverse a su casa, se acuerda del garaje de *B* y de los bidones de nafta que este guarda allí. Busca un repasador en la cocina, lo moja en nafta, lo coloca en el living y lo enciende. *M*, la mujer de *A*, lo siguió y lo convence de apagar el fuego. Con unos baldes de agua, *A* logra apagar el fuego que ya había incendiado una estantería, pero todavía no había afectado las paredes.

¿*A* es punible por incendiar la casa?

Empezando con el esquema general, se puede constatar que *A* al intentar prender fuego a la mesa del comedor con una antorcha y al colocar un repasador en el living y encenderlo ha realizado acciones penalmente relevantes. Sin embargo, si se sigue con el esquema general, se presenta la dificultad de que falta el resultado requerido por el tipo objetivo del incendio del art. 186 inc. 1 CP, porque la casa no se incendió. Estamos entonces ante un caso de tentativa que requiere otro esquema. En vez del tipo objetivo ha de comprobarse aquí primero que el delito en cuestión no ha sido consumado, pues, la tentativa solo puede surgir cuando falta el resultado típico.

El esquema alemán sigue ahora con el análisis de la punibilidad de la tentativa porque el Código Penal Alemán no prevé la punición de la tentativa en todos los delitos. Este punto es innecesario en el ordenamiento argentino porque el art. 42 CP prevé la punibilidad de toda tentativa. Esto demuestra que el esquema a aplicar siempre depende del ordenamiento jurídico en cuestión y nunca puede ser absolutamente general e igual para todos los países.

En la tentativa, la determinación del tipo penal específico a menudo no puede realizarse recurriendo a la acción efectuada, porque esta última no es lo suficientemente avanzada como para distinguirla de la realización de otros tipos penales. Así, el alzar una jarra de cerveza puede ser una tentativa de homicidio, de lesiones, de daños o simplemente un saludo. Por ello, a falta del resultado típico, ha de tenerse en cuenta la voluntad del agente y no la acción exteriorizada para determinar el

tipo delictivo correcto²². Este razonamiento también se expresa en el art. 42 CP, que reza “el que *con el fin de cometer un delito determinado* comienza su ejecución (...)”. Es entonces la voluntad del agente de cometer un hecho determinado la que determina el tipo delictivo a analizar.

Para el esquema de análisis de la tentativa, eso significa que el próximo paso consiste en el análisis del tipo subjetivo en la forma del dolo. Aquí, A sabía que sus acciones podían incendiar la casa y precisamente esa era su intención.

El siguiente escalón en el esquema del análisis de la tentativa es el tipo objetivo, que en la tentativa consiste en el comienzo de ejecución del acto ilícito. Pues, para la punibilidad de la tentativa no es suficiente que alguien quiera cometer un delito, es decir, que tenga dolo. Más bien, también se requiere alguna externalización de ese deseo que se ubica en el tipo objetivo. Por ello, se requiere que el acto de tentativa haya comenzado y haya superado el estado de un mero acto preparatorio no punible. Para la determinación del comienzo de la tentativa existen diversas teorías, que aquí llevarían todas al mismo resultado -al acercar la antorcha a la mesa A realizó un acto de tentativa- por lo que bastaría con citar una de ellas y aplicarla a los hechos.

En este momento también se analiza si la acción comenzada es idónea, inidónea o irreal para alcanzar el fin perseguido. La inidoneidad se puede dar cuando el sujeto, objeto o medio no cumplen con los requisitos establecidos en el tipo penal, es decir, el agente considera un elemento del tipo como dado que de hecho no está dado²³, mientras que en la irrealidad de la tentativa el agente asume erróneamente que su conducta está prohibida, aunque en realidad está permitida²⁴. Conviene determinar la idoneidad, inidoneidad o irrealidad de la tentativa ahora -y no antes- porque así se puede recurrir a las observaciones sobre la acción realizada y la finalidad con la que se realiza tal acción. Aquí, la acción de A, acercar una antorcha a una mesa de madera, es idónea para alcanzar su fin, incendiar la casa de B.

Una vez constatado el comienzo de la tentativa, se analiza la antijuridicidad y culpabilidad, al igual que en el esquema general.

Después de ello sigue un presupuesto de punibilidad particular de la tentativa, el llamado desistimiento voluntario regulado en el art. 43 CP. El desistimiento solo es posible si todavía se pudiera realizar la consumación del delito. Por ello, el primer requisito para el desistimiento es negativo: la tentativa no debe haber fracasado. El fracaso de la tentativa se da cuando el autor cree que ha hecho todo lo posible para alcanzar su fin, la consumación del delito, pero eso no ha sido suficiente para realizar el delito en cuestión. En la dogmática penal, se discuten sobre todo dos teorías para determinar el fracaso de la tentativa, la teoría de la consideración individual y la

(22) PUPPE, I. *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2ª ed., Vandenhoeck & Rupprecht, Göttingen, 2011, p. 215.

(23) WESSELS, J. - BEULKE, W. - SATZGER, H. *op. cit.*, p. 195 nm. 619.

(24) *Ibid*, p. 196 nm. 621.

teoría de la consideración global. Dado que aquí las dos teorías llevan a resultados diferentes, habría que discutir las. Según la primera, ha de analizarse cada acto por separado que el agente, al comienzo de sus acciones, había considerado apto para alcanzar sus fines²⁵. Es decir, se tendría que distinguir entre la tentativa de incendio con la antorcha y la tentativa de incendio con el repasador. La tentativa de incendio con la antorcha tendría que considerarse fracasada, porque *A* hizo todo lo que tenía previsto hacer -acercar la antorcha a la mesa e incendiar así toda la casa- sin que haya podido alcanzar su fin, porque la mesa no prendió fuego. La tentativa con el repasador, en cambio, no habría fracasado, porque sin ulteriores intervenciones el fuego del repasador se hubiera extendido a toda la casa. Con ello, un desistimiento respecto de la antorcha no sería posible y *A* sería punible por tentativa de incendio por haber intentado prender fuego la mesa con la antorcha. Su segunda conducta -usar el repasador-, en cambio, no sería una tentativa fracasada, por lo que un desistimiento sería posible y se debería seguir con el análisis.

Según la teoría de la consideración global, se deben considerar todas las acciones del agente conjuntamente, si estas forman una unidad natural de acciones y no separarlas en fracciones²⁶. Aquí, *A* podría haber realizado su fin de incendiar la casa. Para ello simplemente debería haber dejado el repasado ardiente en el living. Por ende, su tentativa no fracasó y un desistimiento es posible.

Después de haber presentado las dos teorías y sus implicancias para el caso, se debería optar por una de ellas.

Además, se requiere una acción de desistimiento. Las exigencias que establece la dogmática penal para esa acción dependen de si nos encontramos ante una tentativa acabada o una tentativa inacabada. En la tentativa inacabada, el agente considera que las acciones tomadas hasta el momento del desistimiento no son suficientes para alcanzar el fin perseguido, por ello, el acto de desistimiento consiste meramente en cesar de actuar²⁷. En la tentativa acabada, el agente opina que ya ha cometido todos los actos necesarios y suficientes para cumplir con el objetivo propuesto, por ello el desistimiento requiere de acciones activas para impedir la realización del objetivo²⁸. El presente caso consiste en una tentativa acabada, porque según la percepción de *A* no se requerían más acciones por su parte para incendiar la casa. Al apagar el fuego con los baldazos de agua, *A* realizó una conducta activa exigida como acción de desistimiento.

Por último, la acción de desistimiento ha de ser voluntaria. La voluntariedad se afirma cuando el desistimiento se basa en una decisión autónoma y se rechaza cuando el desistimiento se basa en razones heterónomas, *i. e.* independientes de la

(25) *Ibid*, p. 200 nm. 629.

(26) *Ibid*, p. 200 nm. 629.

(27) *Ibid*, p. 201 nm. 631.

(28) *Ibid*, p. 201 nm. 631.

voluntad del agente²⁹. Si bien el impulso del desistimiento vino desde afuera, de *M*, *A* podía decidir libremente si aceptaba la propuesta de *M* y apagaba el fuego o si seguía con su curso de acción. Por ello, *A* desistió voluntariamente.

El análisis de la tentativa de incendio por *A* concluye con el resultado: según los arts. 43, 186 inc. 1 CP, *A* no es punible por tentativa de incendio.

IV. Conclusiones

Como se ha visto en el presente artículo, la estructura del método de casos no solo puede adaptarse para abarcar los problemas específicos de la tentativa, participación, omisión o de cualquier otro tipo delictivo especial, sino también se adecúa a las particularidades del ordenamiento jurídico argentino, aunque sus orígenes provienen de Alemania.

La estructura establecida por el método de casos establece cierto orden obligatorio determinado por las particularidades de cada ordenamiento jurídico o por la razonabilidad. Un ejemplo de esto último es el caso del análisis del hecho principal antes de la punibilidad de los partícipes en aquellos países en los que rige la accesoriedad parcial de la participación o la constatación de la falta del resultado típico antes del análisis de la tentativa. Pero también permite la adaptación a las opiniones del agente, por ejemplo, en la pregunta de si el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación ha de tratarse como un error de tipo, un error de tipo permisivo o un error de prohibición. Según la decisión que se tome al respecto, el esquema de análisis requiere diferentes elementos en la antijuridicidad³⁰.

A los estudiantes el método del caso les permite un aprendizaje más activo y cercano al mundo laboral, porque requiere de la solución de casos, no la mera reproducción de datos aprendidos de memoria. Esa solución de casos les exige la separación de datos jurídicamente relevantes de datos meramente anecdóticos, la priorización de problemas difíciles sobre cuestiones claras y la aplicación de la ley al caso concreto mediante las teorías dogmático-penales. A quienes pensamos el derecho, sea como abogados litigantes, empleadas y funcionarios judiciales, docentes o investigadoras, nos permite la estructuración de nuestro razonamiento, dándole un lugar a cada problema jurídico y poniendo de relieve la conexión entre diferentes problemas, como la accesoriedad parcial de la participación con el hecho principal, el principio de correspondencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo o la repercusión de los errores en los diferentes niveles de la teoría del delito.

(29) DESPONTÍN, M. I. "Etapas de realización del delito", en LASCANO C. (ed.), *op. cit.*, p. 509.

(30) Véase al respecto, CÓRDOBA, F. "Error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación ¿error de tipo, de tipo permisivo o de prohibición?", *Lecciones y Ensayos* n° 59, 1994, p. 33 ss.

Es una herramienta útil para ordenar el razonamiento y la presentación de los problemas jurídicos, pero tampoco es más que una herramienta. El método de casos no puede resolver la disputa entre las diferentes teorías dogmático-penales, pero sí puede mostrar sus consecuencias, tanto en la estructura de la teoría del delito como sus repercusiones en el tratamiento de otros partícipes.

LA JUSTICIA EN LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO Y LA INFORMACIÓN*

JUSTICE IN THE KNOWLEDGE AND INFORMATION SOCIETY

*Mariángel Rodríguez Rosano***

Resumen: Este siglo XXI inmerso en la globalización exige nuevos presupuestos epistemológicos que resuelvan los desafíos implícitos en las transformaciones de la realidad. La realidad tecnológica hace imprescindible construir esquemas conceptuales amplios y flexibles para interpretar situaciones y ofrecer nuevas propuestas. El modelo jurídico multidimensional se presenta en este trabajo como un eje central de análisis porque su núcleo está configurado por fenómenos jurídicos totales, y el uso de tecnología en la administración de justicia implica un complejo de normas, comportamientos jurídicamente relevantes, relaciones jurídicas diversas en un ámbito tempo-espacial determinado y nuevos conocimientos y responsabilidades analizadas por distintas disciplinas que aportan a la enseñanza, la formación, los métodos e instrumentos a utilizar. Siguiendo el modelo del doctor Martínez Paz, indagaremos los presupuestos sociales, culturales, antropológicos, jurídicos e ideológicos que engloban el objetivo de modernizar la justicia en Córdoba.

Palabras-clave: Multidimensionalidad - TIC - Justicia.

Abstract: This 21st century immersed in globalization requires new epistemological assumptions that solve the challenges implicit in the transformations of reality. A technological reality makes it essential to build broad and flexible conceptual schemes to interpret situations

* Trabajo recibido el 4 de agosto de 2020 y aprobado para su publicación el 9 de septiembre del mismo año.

** Abogada (UNC). Licenciada en Educación (UES21). Especialista docente de nivel superior en Educación y TIC (Ministerio de Educación de la Nación). Escribana (UES21). Diplomada en Metodología de la Investigación en el ámbito judicial (UCC). Docente (UPC) y Agente del Poder Judicial de Córdoba (contacto: mariangel@upc.edu.ar; mariangel9428@hotmail.com).

and offer new proposals. The multidimensional legal model is presented in this work as a central axis of analysis because its nucleus is configured by total legal phenomena, and the use of technology in the administration of justice implies a complex of norms, legally relevant behaviors, and diverse legal relationships in a field determined spatial-temporal and new knowledge and responsibilities analyzed by different disciplines that contribute to teaching, training, methods and instruments to use. Following the model of Dr. Martínez Paz, we will investigate the social, cultural, anthropological, legal and ideological assumptions that encompass the plan for the modernization of justice in Córdoba.

Keywords: Multidimensionality - ICT - Justice.

Sumario: I. Fenómeno jurídico: Tecnología y derecho. Emplazamiento en tiempo y espacio. II. La dimensión social. Caracteres de la sociedad actual con nuevas tecnologías. III. La dimensión antropológica. IV. La dimensión cultural. V. La dimensión jurídica. VI. Plan de Modernización Tecnológica de la Administración de Justicia. VII. Conclusión. VIII. Bibliografía.

I. Fenómeno jurídico: Tecnología y derecho. Emplazamiento en tiempo y espacio

La tecnología aplicada a la justicia es el suceso que tiene relación con el derecho (o se ve regulado por este) y que describiremos¹. Esta innovación, que consiste en utilizar diversas herramientas informáticas en los servicios que presta el Poder Judicial y en la tramitación de causas, conlleva impactos en el derecho procesal, en la práctica de los operadores del derecho y en la judicatura. Este fenómeno jurídico está configurado por un complejo de normas, comportamientos jurídicamente relevantes y relaciones jurídicas. Para analizar su realidad debemos considerarlo a partir de sus características y tipo de relaciones², reinsertándolo en el tiempo (interno y oficial) y en el espacio (universo en el que se establecen las relaciones

(1) Es importante analizar el papel del derecho en el cambio social, la definición del sistema jurídico en los términos de las ciencias sociales, el vínculo derecho-ideología, las posibilidades como instrumento de control social y las características del sistema judicial tecnológico, con el objeto de establecer el grado de eficacia de la justicia y el desarrollo de las políticas.

(2) Los estudios que especifican las responsabilidades sociales de los agentes del derecho son necesarios para entender el funcionamiento del fenómeno en este punto. También las investigaciones sobre la opinión pública frente al derecho y la informática, aunque se destaca más el carácter sociológico que el jurídico. Sus temas más importantes son: el sentimiento de justicia, la actitud del hombre común con respecto a las leyes y a las decisiones, el grado de prestigio del derecho, el funcionamiento de las instituciones con respecto a las innovaciones tecnológicas, el respeto a los valores y el respeto al derecho informático.

personales y sociales). En cuanto al tiempo, el fenómeno jurídico se manifiesta dentro del periodo posmoderno, tiempo de deconstrucción, descentración, desmitificación, discontinuidad y dispersión. Espacialmente, analizaremos la manifestación del fenómeno jurídico en cuestión en Córdoba, teniendo en cuenta que el contexto que incluye la posmodernidad es el mundo globalizado. En ese ámbito es donde surgen las situaciones que obligan a replantear problemas antes incommovibles. La tecnología en la justicia es una de ellas, e involucra hacer a un lado la racionalidad científica neutra y unidimensional para pasar a cruzar los conocimientos y las culturas y establecer comunicaciones que permitan hacer frente a las exigencias sin precedentes de esta época.

El autor Martínez Paz, en la segunda edición de su obra *Introducción al Derecho* del año 2004 -fechado en diciembre de 2003- propone el modelo multidimensional para construir un mundo jurídico que pueda interpretar la compleja realidad contemporánea, partiendo de una perspectiva epistemológica del pensamiento complejo³ y con un paradigma de interdisciplinariedad. Esa realidad es integrada con las siguientes dimensiones⁴: social, antropológica, cultural y jurídica, esta última en su positividad y eticidad, como se muestra en el siguiente gráfico.

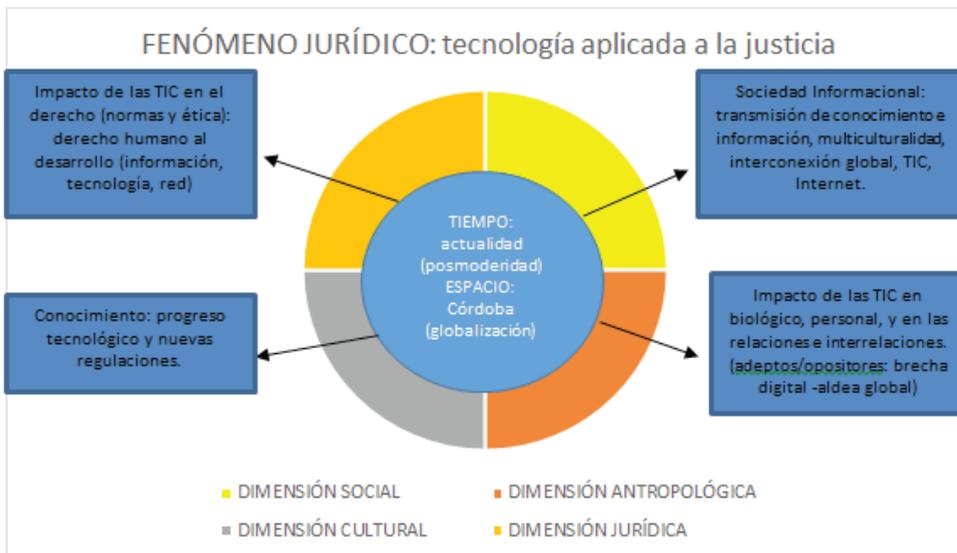


GRÁFICO Nº 1: *TECNOLOGÍA Y DERECHO. MODELO MULTIDIMENSIONAL. ELABORACIÓN PROPIA.*

(3) A los fines de profundizar la cuestión del pensamiento complejo ver: MORIN, Edgard. *Introducción al pensamiento complejo*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2007.

(4) Se entiende la palabra "dimensión" como la extensión de un aspecto en diferentes planos. Así, el derecho, como un fenómeno multidimensional, abre una transición con características propias, que reclama una respuesta desde diferentes áreas.

II. La dimensión social. Caracteres de la sociedad actual con nuevas tecnologías

Para comenzar a hablar de las nuevas tecnologías en la justicia, situados ya en tiempo y espacio, es decir, en el momento histórico actual y en un mundo globalizado, debemos analizar primeramente la dimensión social, recordando que la vida humana es impensable fuera de la sociedad, porque el hombre es un ser social que necesita de los demás para construir formas sociales. El modelo multidimensional está encuadrado en el marco de las sociedades democráticas contemporáneas. Entre ellas, encontramos la sociedad informacional donde la generación, el procesamiento y la transmisión de conocimiento e información son dominantes y se traducen en expresiones jurídicas y culturales relevantes⁵. Es una sociedad multicultural⁶. Las interconexiones globales organizan sus funciones y sus procesos en torno a redes. De allí también el nombre de “sociedad red” con el que suele denominarse esta sociedad.

El contacto que vivimos cotidianamente con la información, los datos, la saturación de imágenes, de sonidos, no hubiese sido posible de no ser por el desarrollo tecnológico que se produjo en los últimos 60 años. Una primera fase situada desde la Segunda Guerra Mundial hasta los años 80 denominada como la “era electrónica”, trajo consigo la aparición de las primeras PC y el automatismo electrónico. Una segunda etapa, llamada “era de la información”, que se ubica en la década de los 90, se caracterizó por el desarrollo de las redes informáticas, la aparición de la “sociedad digital” y del “mundo virtual”⁷.

Internet constituye uno de los desarrollos tecnológicos más significativos del siglo pasado y es lo más característico de la sociedad actual, como se muestra en el gráfico n°. 2. Impacta en todas las esferas de la vida. Constituye un elemento muy importante en los grandes flujos comerciales y en los profundos cambios que se operan en el mundo de los negocios y las inversiones. Por ejemplo, el comercio electrónico, concebido inicialmente como medio complementario, se está proyectando

(5) El poder reside en los códigos de información y en las imágenes de representación, que son los canales a través de los cuales se organizan las instituciones y se orientan las conductas.

(6) La multiculturalidad es un fenómeno social que demuestra una de las expresiones del pluralismo y grupos con distintos códigos culturales según MARTÍNEZ PAZ, F. *La Construcción del mundo jurídico multidimensional*. Advocatus, Córdoba, 2004 (disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artelmundojuridico>). El multiculturalismo es un fenómeno creciente de las sociedades contemporáneas, porque la cultura hoy es diversidad. No debe perderse de vista que hay sub-culturas también, culturas propias de grupos identificables de la sociedad.

(7) Al decir de J. Duart y A. Sangrá, la virtualidad no es un fenómeno nuevo. Desde el mito de la caverna de Platón, pasando por las imágenes y leyendas de la Edad Media hasta la actualidad, la virtualidad, entendida como apariencia de realidad ha estado presente. Ahora, aunque este potencial imaginativo todavía está vivo, la tecnología nos da la oportunidad incluso de vislumbrarlo, de reconstruir la imaginación, de hacer realidad visual las ideas: “realidad virtual”, DUART, J. - SANGRÁ, A. *Aprendizaje y virtualidad: ¿un nuevo paradigma formativo?*; DUART, J. - SANGRÁ, A (Compiladores). *Aprender en la virtualidad*, Gedisa ed., Barcelona, 2005, p. 65.

hoy como una tecnología para el cambio y la doctrina ya está estudiando las reglas jurídicas que rigen el *e-commerce* y materias colindantes. Además de la penetración en las contrataciones⁸, Internet ha impactado en la forma de investigar, de trabajar, de divertirse, de educarse, de comunicarse, en el mayor dinamismo internacional de las economías nacionales asociado al carácter transnacional de los hechos delictivos o en la necesaria regulación a nivel internacional de diversas facetas de la actividad social. Incluso, desde hace más de una década, las instituciones pertenecientes a la rama del gobierno⁹ han ido evolucionando bastante en el uso de tecnologías, para entregar información de utilidad y facilitar trámites a los ciudadanos, por ejemplo, aquellos servicios que antes se hacían presencialmente, dentro de horarios definidos y con largas esperas, puedan ahora realizarse las 24 horas, los 7 días de la semana, desde cualquier lugar del mundo e incluso pudiendo pagar por ello de manera electrónica. Así descrita la realidad, la sociedad actual que posee tecnologías e Internet, y las utiliza para aligerar el proceso comunicativo en función de la toma de decisiones en cuestiones sociales, políticas, culturales y económicas, conceptualiza la denominada *sociedad de la información o sociedad informacional*. El término informacional indica el atributo de una forma específica de organización social en la que la información se convierten en fuente de la productividad y el poder, conforme explica Castells¹⁰.

En definitiva, las tecnologías de la información y comunicación (TIC)¹¹, surgieron con el objetivo de optimizar dinámicas de producción de riquezas, pasando de la industrialización a la tecnologización, de la economía basada en los productos, a los servicios, y hoy la ciencia del tratamiento automático de la información se ha

(8) En este aspecto se destaca el análisis de FELIÚ, M. - PÉREZ GRISONIDE ORTIZ BAEZA, I. *Contrataciones públicas: un nuevo avance regulatorio*, Buenos Aires, 2016, ARDOC/3468 sobre el Reglamento aprobado por decreto 1030/16 del Poder Ejecutivo, referido a la etapa genética de las contrataciones públicas. Por disposición 65/2016 la Oficina Nacional de Contrataciones habilitó el Sistema Electrónico "COMPR.AR", importante innovación.

(9) Particularmente importante ha sido el posicionamiento del e-government, fenómeno de evolución en el uso de las TIC por parte de los gobiernos para entregar información y servicios a los ciudadanos en *United Nations, Division for Public Economics and Public Administration & American Society for Public Administration, Benchmarking E-government: A global Perspective. Assessing the Progress of the UN Member States*, 2002 (Disponible en http://www2.unpan.org/egovkb/global_reports/index.htm).

(10) CASTELLS, M. *La era de la información. Economía, Sociedad y Cultura: La sociedad Red*, Siglo XXI, México, 1999, p. 47.

(11) El término de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) se usa de forma habitual. El diccionario de la Real Academia Española (RAE) entiende por tecnología al "conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico". Se considera que las TIC están compuestas de cualquier herramienta basada en los ordenadores que la gente utiliza para trabajar con la información, apoyar a la información y procesar las necesidades de información. HAAG, S. *Management information systems for the information age* (4ª ed.), McGraw-Hill, Nueva York, 2004. Desde una perspectiva institucional se definen las TIC como dispositivos que capturan, transmiten y despliegan información electrónica y que apoyan el crecimiento y desarrollo económico de la industria (ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Reviewing the ICT sector definition: Issues for discussion*, 2002 (Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/3/8/20627293.pdf>).

integrado en todos los ámbitos comunicativos, dando origen a la telemática. Esta se halla en un proceso de convergencia de los distintos sectores tecnológicos en uno sólo, llegando a un punto donde la información y el acceso a la misma han cobrado un valor fundamental, modificando las relaciones sociales, jurídicas y de todo tipo, cuya expresión se sintetiza en el concepto sociedad de la información que antes mencionamos.

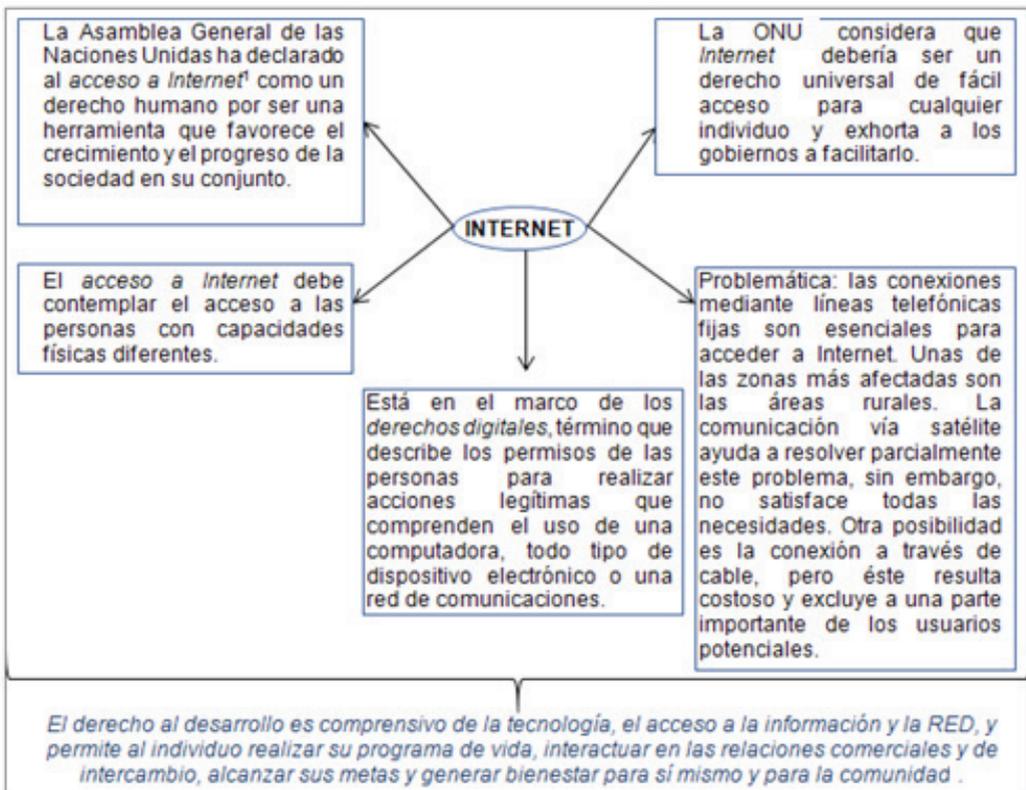


GRÁFICO N°2: INTERNET. ELABORACIÓN PROPIA.

III. La dimensión antropológica

El estudio de la dimensión antropológica¹² del modelo jurídico multidimensional tiene por objeto presentar primeramente una síntesis de los fundamentos y vínculos entre naturaleza humana y persona. Se observa un replanteo de las relacio-

(12) La antropología social hace aportes significativos a la antropología jurídica, por cuanto es una de las vías para interpretar la realidad social que el hombre construye día tras día. Los distintos tipos de relaciones son la materia del derecho (juridicidad).

nes entre la humanidad y la historia, una influencia importante de las estructuras espacio-temporales y un concepto de naturaleza humana entendida como serie de fenómenos interrelacionados. El impacto tecnológico en el hombre solo puede comprenderse a través de una visión de conjunto que incluye los aspectos biológicos, su trascendencia como persona y las innumerables relaciones e interrelaciones que se convierten en el escenario de las acciones e interacciones. El nacimiento de la tecnología es sin duda un producto de las necesidades del hombre. Surge como una manera de superarse, perfeccionarse y favorecer el progreso de la humanidad. La mayoría de las nuevas tecnologías surgen como imitación y perfeccionamiento de la mente humana. Cómo reacciona el hombre en su individualidad ante la tecnología invita a preguntarse: ¿Somos esclavos de la tecnología o están los avances a nuestro servicio? Como todo fenómeno, las tecnologías integradas a la sociedad generan adeptos y opositores. Los que se muestran a favor sostienen que el avance es necesario e indispensable para el mejor aprovechamiento y optimización de los recursos aplicados a procesos productivos. Como ventajas remarcan la rapidez, comodidad, plena disponibilidad en las relaciones, la posibilidad de acceder a una multitud de información, servicios y bienes, el hecho de que lugares distantes geográficamente se acerquen en el plano virtual desdibujándose las fronteras y conformando la llamada “aldea global”¹³. Los opositores sostienen que, a través de la sociedad de la información, los países ricos someten a los países pobres, generando dependencia tecnológica y el consumo de su cultura a través de la red. En ambos casos se reconoce como límite la “brecha digital” (gráfico n°3), concepto que quiere significar a los sectores sociales que persisten marginados de los beneficios que brindan las TIC, independientemente del motivo por el cual no se tenga acceso a las mismas. Al decir de Rodríguez Gallardo¹⁴, se refiere a la brecha que existe entre individuos y sociedades que tienen los recursos para participar en la era de la información y aquellos que carecen de ellos. La globalización aporta numerosos activos a todos los ámbitos de la sociedad, pero también acentúa la separación de otros grupos humanos y territorio. Bauman¹⁵ señala que la ‘globalización’, la palabra de moda, se transforma rápidamente en un fetiche, un conjuro mágico, una llave destinada a abrir las puertas a todos los misterios presentes y futuros. Todos entienden que es el destino ineluctable del mundo, un proceso irreversible que afecta de la misma manera y en idéntica medida a la totalidad de las personas.

(13) El término fue acuñado por M. McLuhan. El concepto aparece en sus libros *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man* (1962) y *Understanding Media* (1964). En 1968 lo utilizó en el título de su libro *Guerra y paz en la Aldea Global*.

(14) RODRÍGUEZ GALLARDO, A. *La brecha digital y sus determinantes*, UNAM, Centro Universitario de Investigaciones Bibliotecológicas, México, 2006. xxiv, p. 22.

(15) BAUMAN, Z. *La globalización*, F.C.E.A., Buenos Aires, 1999, p. 7.

En definitiva, la expansión de las TIC se da en el marco de una “globalización asimétrica”¹⁶, que genera a su vez desequilibrios que trascienden las variables exclusivamente tecnológicas. Hay realidades diferenciadas en el impacto tecnológico -la personal, la económica, la social, la cultural, la jurídica- cada una con su ámbito y notas distintivas, que viven la ciudadanía y los profesionales del derecho. Lo común es el hecho de ser dinámicas y cambiantes, puesto que los hombres actúan en ellas para modificarlas o para atribuirles nuevos significados. A esas realidades, hay que sumar el vínculo que hay entre los hombres y el orden socio-jurídico afianzado en instituciones. De la misma manera en que las TIC generan adeptos y opositores en otras esferas de la vida, la judicatura también se manifiesta sobre este fenómeno.



GRÁFICO N°3: "LA BRECHA DIGITAL Y SU COMBATE". ELABORACIÓN PROPIA.
Fuente de la imagen: <http://www.ugtcomunicaciones.es/wordpress/>

IV. La dimensión cultural

La problemática de la sociedad posmoderna es la inestabilidad, las diferentes perspectivas de la conciencia cultural y jurídica, el reconocimiento del pluralismo y sus límites, los replanteos de los principios jurídicos generales, los reclamos de interdisciplinariedad y los diferentes enfoques desde los que se construye el concepto de *cultura*.

El modelo jurídico multidimensional analiza la cultura en el marco de la relación hombre-sociedad-cultura-derecho -ya presentada- y hoy vivimos lo que podría denominarse una cibercultura, por la evolución tecnológica que aparece como el principal motor en el ámbito exclusivo de la hipermedia, cuyo centro neurálgico es Internet. Al presente es necesario un replanteo de lo local y lo universal, porque se relacionan mucho más con los problemas de las identidades culturales, que con

(16) CASTELLS, M. *La globalización actual es asimétrica y favorece a ciertos grupos de interés y valores* (Disponible en http://www.archivochile.com/Chile_actual/20_tras_interna/chact_trasintern0018.pdf).

los de la cultura en cuanto tal y permite la apertura del derecho a lo cognitivo y al lenguaje en relación con la sociedad. Conforme a lo señalado, este nuevo modelo de interacción social que vivimos genera un desafío para quienes se desempeñan en el área del conocimiento, ya que es preciso estar informado, ser creativo y tener la capacidad de estructurar constantemente nuevas propuestas a partir de la información que circula. Pero información no es sinónimo de conocimiento, mientras la primera se compone de datos, sucesos, hechos, acontecimientos, entre otros, el conocimiento es la comprensión y uso reflexivo-contextualizado que podemos hacer de la información¹⁷. Es por esto por lo que la sociedad del conocimiento se apoya en la sociedad de la información y toma de ella lo que necesita para transformarse.

Según la UNESCO, la noción de sociedad de la información se basa en los progresos tecnológicos. En cambio, el concepto de sociedades del conocimiento comprende dimensiones sociales, éticas y políticas mucho más vastas. Hay siempre diferentes formas de cultura que intervienen en la edificación de las sociedades, comprendidas aquellas influidas por el progreso científico técnico moderno¹⁸ y el principio de transversalidad que indica que las TIC están presentes en todos los segmentos, esferas o niveles de la sociedad.

Participando de la construcción cultural, el ámbito jurídico ha debido normar sobre avances tecnológicos en el marco del 'desarrollo' como un derecho. Ha ocurrido una erosión del monopolio del Estado en orden a ciertos campos de la legislación y a otros de la jurisdicción. El desarrollo de las sociedades está relacionado con el establecimiento de institutos jurídicos de calidad que permiten proteger los derechos, garantizar una tutela judicial efectiva y dar, finalmente, estabilidad y credibilidad al conjunto del sistema económico-social. El derecho deberá mantener su misión en el fortalecimiento o redefinición de las instituciones y en la consecución de un orden mundial justo, porque los valores que necesariamente encierra todo sistema jurídico llevan a concluir que el derecho recoge ese contexto, lo modela y construye¹⁹.

V. La dimensión jurídica

En el marco del modelo jurídico multidimensional, el derecho tiene dos ejes fundamentales: la positividad y la eticidad. La positividad se expresa en los or-

(17) La educación tiene la posibilidad de transformar la Sociedad de la Información en una Sociedad del Conocimiento, en la que cada individuo sea capaz de discernir acerca de lo que es bueno para sí mismo haciendo un uso con sentido de las TIC y no un consumo acrítico.

(18) UNESCO. *Hacia una sociedad del conocimiento*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. s/l, 2005, p. 17.

(19) Está generalizada la opinión de que, con la globalización, se ha trastocado el orden clásico de las fuentes del derecho y se habla de la ruptura del esquema clásico del derecho nacional estatal de conformación "piramidal" con la aparición de "nuevas fuentes" producidas por organismos internacionales, públicos o privados, la fuerza jurídica de los contratos, vinculante de la llamada "lex mercatoria" y aun de reglas devenidas de los usos comerciales y de la "soft law".

denamientos jurídicos y en las normas vigentes, y sus tareas y responsabilidades básicas consisten en organizar la vida social e institucional y perfeccionar las formas de convivencia. La eticidad está configurada por los criterios valorativos que, apoyados en los principios ético-jurídicos, se concretan de diversas maneras en los ordenamientos jurídicos. Surge la necesidad de analizar la relación tecnología y derecho desde una concepción en la que se complementen estos dos ejes y se tenga en cuenta el contexto del siglo en el que vivimos. Porque en un mundo globalizado se necesita una visión global de las cuestiones contemporáneas, entre ellas las jurídicas, y un pensamiento abierto ubicado en la complejidad. Al pensar en el uso de tecnología en la tramitación de causas judiciales, se destaca el impacto tecnológico en el derecho procesal (normas y principios) y, el modelo jurídico multidimensional, al incorporar a su análisis las dimensiones de la realidad y los nuevos campos disciplinares, ofrece pautas metodológicas y prácticas para determinar los fundamentos y la justificación de las decisiones jurídicas tomadas en relación con la modernización de la justicia. El modelo jurídico multidimensional propone afirmar la unidad en un núcleo de principios y valores jurídicos sobre los que existe un consenso social. Veremos que el pluralismo jurídico puede crear condiciones favorables para la justicia, la seguridad jurídica y la protección del derecho humano al desarrollo que incluye el derecho a la tecnología en su más amplia dimensión: uso y goce efectivo de las TIC que permita la realización de derechos de control y de participación, de los cuales hacen parte a su vez, el derecho a la información y el derecho a la justicia.

VI. Plan de Modernización Tecnológica de la Administración de Justicia

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) enuncia diversas metas sociales a cumplir por los miembros de la organización, entre ellas la de facilitar el acceso a la justicia para todos, quizás porque el sistema de administración de justicia constituye uno de los pilares del modelo social y económico. En la actualidad, la promoción de una buena administración de justicia se enfrenta al avance de la globalización económica, a la creciente complejidad de las relaciones sociales y a la necesidad de garantizar el derecho al desarrollo. Un plan estratégico de modernización del sistema de justicia debe aspirar a realizar una transformación programada a través de la plena incorporación en el sistema de justicia de las TIC (infraestructura tecnológica, servicios básicos -correo electrónico y ofimática-, conectividad e interoperabilidad, seguimiento al trámite de los procesos judiciales, servicios de consulta de normativa, jurisprudencia y doctrina). Es claro que deben sumarse a las mejoras tecnológicas, reformas normativas, cambios organizativos, planta judicial calificada, auténtica reconfiguración de las bases material y económica de la sociedad, un servicio público orientado a la ciudadanía que a garantizar el acceso a la justicia con especial atención a las personas en situación de vulnerabilidad²⁰, el fortalecimiento

(20) BIRGIN, H. - GHERARDI, N. (coord.). *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, Género, Derecho y Justicia, No. 6, pp. 8-12.

de la protección de los derechos individuales, la mejora del sistema de asistencia jurídica gratuita, nuevos mecanismos de resolución alternativa de controversias, la cooperación judicial internacional para ofrecer al ciudadano la necesaria tutela de sus derechos independientemente de las fronteras, un calendario de ejecución claramente definido y mecanismos de seguimiento y evaluación.

Por supuesto, la modernización de la justicia implica hacer de la administración de justicia una tarea de todos los operadores jurídicos. Representa un método de trabajo basado en la necesaria implicación de los grupos políticos, las asociaciones de jueces, fiscales, los funcionarios judiciales, los sindicatos, el Poder Judicial, los colegios profesionales y las universidades. En todo el ámbito Latinoamericano se han abierto nuevos ámbitos de reflexión y trabajo orientados principalmente a temas de organización institucional²¹. Existe una tendencia creciente en utilizar tecnologías en los sistemas de justicia de la región para cumplir con la responsabilidad estatal de protección del derecho al desarrollo (tecnología y red en todos los órdenes vitales) -rol social y judicial-. Observemos el siguiente gráfico n°4:

DERECHOS HUMANOS (DDHH)
SISTEMA INTERAMERICANO para la protección de los derechos humanos que se originó con la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

- *Se relaciona con los poderes del Estado a nivel local. El art. 75 inc. 22 CN menciona instrumentos, por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- *Provee a los sistemas de justicia local de una serie de instrumentos con legitimidad global, en forma de tratados y normas, decisiones y opiniones jurídicas. Hay un deber amplio de los Estados partes de la Convención Americana de armonizar sus ordenamientos jurídicos internos, sus políticas públicas y prácticas judiciales con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos, de acuerdo al art. 1 del referido instrumento.
- *Los tratados sobre derechos humanos tuvieron un desarrollo progresivo a partir de la puesta en marcha de la ONU y han proliferado en los últimos años, tanto los de tipo universal, como los regionales. La Carta de la ONU constituyó el primer intento serio de protección y promoción de los derechos del hombre en el cuadrante internacional y tal tendencia se consolidó con los Patos Internacionales de las Naciones Unidas de 1966.

En este contexto de enfoque sobre los derechos humanos, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la res. 41/128 de 1986 por la cual se adoptó la Declaración sobre el **DERECHO AL DESARROLLO**.

GRÁFICO N°4: EL SISTEMA PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO HUMANO AL DESARROLLO. ELABORACIÓN PROPIA.

(21) Uno de los hallazgos que el Centro de Estudios de Justicia de las Américas ha logrado percibir en la región es que, si bien se ha dado un proceso de discusión normativo intenso, los procesos de implementación, los cambios culturales o las prácticas de los actores y el conocimiento, participación y confianza de la ciudadanía han sido más bien escasos de planificación. Esto ha derivado a una rediscusión de los procesos de reforma, para focalizar los esfuerzos en las prácticas más que en la norma (Disponible en <http://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Sistemas-Judiciales-Nº-16.pdf>).

En nuestro país, durante el año 2015, se desarrolló un proyecto denominado “Agenda Anotada para la Justicia Argentina 2020” con el objeto de construir una agenda consensuada de temáticas para lograr una justicia independiente, moderna y eficaz al servicio de la sociedad. Se designaron como directores del proyecto a los Dres. Germán Garavano y Héctor Chayer, quienes coordinaron los “Talleres de Construcción de Consensos con actores vinculados a la Justicia”, a los fines de crear espacios institucionales de debate y establecer acuerdos mínimos en esta materia. Como resultado, se redactó un documento que, posteriormente publicado, fue presentado a la sociedad en general y, en particular, a los distintos candidatos a Presidente de la Nación. Tras el recambio presidencial, y la asunción del nuevo Ministro de Justicia y Derechos Humanos, se impulsó desde el Ministerio un Plan de Reforma Judicial integral conocido como “Justicia 2020” en el que se invitó a participar a la sociedad civil en distintas comisiones. El plan fue presentado en 2016 por el entonces presidente Mauricio Macri, el Ministro de Justicia, Germán Garavano, y el Juez la Corte Suprema de Justicia, Ricardo Lorenzetti. Actualmente cuenta con el respaldo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Puede describirse como un espacio de diálogo cuyo fin es la elaboración, implementación y evaluación de políticas para construir, junto a la sociedad, una justicia que genere resultados socialmente relevantes, permita la solución de los conflictos en forma rápida y confiable y se adapte a los objetivos de la *Nueva Agenda Mundial para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas*. La Argentina se ofrece como un país líder para la implementación y medición de objetivos de desarrollo institucionales en la comunidad global. Los objetivos de transformación institucional incluidos en Justicia 2020 son coincidentes con la Agenda 2030.

Destacamos que “Justicia 2020” es un programa de reforma integral que, por primera vez en la Argentina, incorporó el concepto de “gobierno abierto” en la justicia. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación adoptó así los estándares fijados por la Alianza por el Gobierno Abierto²² (Compromiso 11 del II Plan de Acción Nacional de Gobierno Abierto). El objeto de este compromiso es fomentar la participación de los principales actores de la sociedad civil en los procesos de toma de decisión en materia de justicia, y brindar información actualizada, desagregada y en formatos abiertos para facilitar tanto el proceso participativo en todas las etapas del ciclo de las políticas públicas, como la rendición de cuentas.

En concordancia con los objetivos del Plan mencionado y en el marco de un proceso continuo de mejora en el funcionamiento del servicio de administración de justicia, en el Poder Judicial de Córdoba se fueron incrementando, de manera sistemática y progre-

(22) *Open Government Partnership* (OGP) destaca que los valores fundamentales de la Alianza son: mejorar la transparencia y el acceso a la información; incrementar la participación y colaboración ciudadana en las decisiones públicas; crear mecanismos efectivos de rendición de cuentas; promover la adopción de nuevas tecnologías e innovación (Disponible en: <https://www.opengovpartnership.org/>) (28 de agosto de 2020).

siva, las herramientas del *Sistema de Administración de Causas Multifuero*, se aumentaron también las funcionalidades externas para optimizar el sistema de gestión y consulta de las causas judiciales por parte de los usuarios externos y se implementó el expediente judicial electrónico, heredero digital de los “autos”.

Consideramos que todas las dimensiones descriptas en los apartados anteriores son presupuestos esenciales a tener en cuenta si se pretende la modernización de la justicia en Córdoba, atento que: a) el hombre es una realidad personal y social, enraizado en su mundo, su tiempo, cultura, historia y realidad personal está constituida por principios que se transforman en la era digital; b) la justicia electrónica incluye un conjunto de realidades diferenciadas -personal, económica, social, cultural, jurídica- cada una con su ámbito propio y notas distintivas, pero con el signo común de ser dinámicas, de manera que las costumbres, las formas de convivencia, el derecho, las instituciones, son el resultado de una tarea humana realizada a lo largo de la historia y que hoy se adecua a los avances informáticos; c) la antropología del derecho impide que el hombre se convierta en una abstracción sin vínculo con la realidad moderna lo cual lleva a analizar el impacto tecnológico en los operadores del derecho; d) la sociedad actual tiene ideas novedosas y hechos que exigen un análisis exhaustivo. Se abre la puerta a un mundo interdependiente y multicultural que es necesario interpretar a partir de un enfoque global; e) la modernización judicial no solo lleva a analizar las responsabilidades sociales del derecho y su cumplimiento, sino a incorporar criterios valorativos nuevos; y f) la sociedad posmoderna tiene diferentes perspectivas sobre la conciencia cultural y jurídica, el reconocimiento del pluralismo y sus límites, los replanteos de los principios jurídicos generales, los reclamos de interdisciplinariedad y los diferentes enfoques desde los que se construye el concepto de cultura.

Teniendo en consideración los aspectos planteados, presentamos a continuación, gráficamente (tablas n°1 y 2), las metas que el Poder Judicial cordobés debe priorizar en relación a las TIC, a través de su Oficina de Gestión Estratégica y Calidad²³ y los pilares en que debe asentarse la gestión judicial, siguiendo como norte ejemplificativo también la Ley provincial N°10618 de Simplificación y Modernización de la Administración.

(23) Acuerdo Reglamentario 1504, Serie “A”.

Metas específicas a alcanzar	IMPLICANCIAS
<p>En relación a la sociedad: lograr un servicio público de calidad y fortalecer la promoción y protección de los derechos</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Establecer una nueva demarcación y planta judicial que adapte el mapa judicial a las necesidades reales del Siglo XXI. -Dictar normas reglamentarias. -Brindar una Justicia de calidad con celeridad y respeto del debido proceso (que haya producción de prueba, garantías y, sobre todo, una decisión razonada, no arbitraria, que se ajuste a la ley y al orden jurídico). -Ejecutar un plan de infraestructuras¹ (planificación de nuevos edificios y adecuación de los edificios judiciales y distribución de los espacios). -Promover mejoras en las normas de desempeño de los distintos profesionales de la Justicia. -Constituir y generalizar oficinas de asistencia. Mejorar el sistema de asistencia jurídica gratuita. -Desarrollar nuevos mecanismos de resolución alternativa de controversias². -Mejorar la ejecución de resoluciones judiciales. -Buscar un incentivo que motive al ciudadano a utilizar el sitio Web judicial. -Promover la atención prioritaria a personas en estado de vulnerabilidad. Para personas con situación de discapacidad, proveer apoyo específico para que esa discapacidad no sea un obstáculo en el acceso a la justicia, tener espacios adecuados, intérpretes, guías, asistentes. También, para erradicar el refuerzo de vulnerabilidad de personas que utilizan el Sistema de Justicia, debe comenzarse a utilizar un lenguaje, tanto oral como escrito, que sea simple, respetuoso, comprensible y adecuado a la edad. -Usar herramientas prácticas como la redacción de sentencias comprensibles con construcciones gramaticales sencillas, por ejemplo, eliminar el uso del latín y de vocablos técnico-jurídicos en una misma frase o párrafo.

(1) Por ejemplo, a través de una licitación pública, el TSJ adjudicó a la empresa TEXIMCO S.A. el desarrollo del proyecto y la ejecución de la obra de los tribunales de la ciudad de Río Segundo (Acuerdo Reglamentario Nº 177, serie "C", del 27.09.16).

(2) El Centro de Estudios y Proyectos Judiciales del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba indica, a través de sucesivos informes, el número de causas ingresadas en el Centro Judicial de Mediación que alcanzan el acuerdo.

<p>En relación a los operadores jurídicos: analizar sus necesidades particulares para satisfacerlas</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Capacitar a los abogados litigantes en el uso de las nuevas tecnologías, de forma coordinada. -Ofrecer los nuevos servicios desde el punto de vista de los beneficios que los abogados litigantes y usuarios van a obtener con el uso de las nuevas tecnologías. -Identificar grandes usuarios y sus necesidades específicas, de forma tal que las herramientas desarrolladas brinden solución a sus requerimientos. -Brindar al abogado litigante y a los usuarios un conjunto de modelos que se puedan resolver en la Web utilizando para esto los datos ya digitados en un formulario principal. -Garantizar la continuidad del servicio con el fin de no perder la confianza del usuario en el sitio. -Estudiar las opiniones de los usuarios. Incorporar dentro de los que evalúan las herramientas desarrolladas, a los escépticos. -Hacer convenios con las universidades para que los nuevos abogados conozcan de informática jurídica antes de ejercer la profesión.
<p>En relación con Magistrados funcionarios y empleados: mejorar la conciliación de la vida personal y profesional</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Aumentar el número de personal, según se requiera³. -Formación especializada en atención a las necesidades de la oficina judicial modernizada⁴. -Mejorar el régimen de funcionamiento interno del personal. -Mejorar la cualificación profesional e impulsar la adaptación a los nuevos requerimientos⁵. Es decir, preparar al personal para que se produzca el paso del manejo tradicional y manual del proceso a un manejo sistematizado. -Hacer posible que se trabaje en red. -Liderazgo claro a la hora de implantar soluciones. La forma de trabajar de cada órgano judicial es diferente, lo que conlleva que sea complejo encontrar aplicaciones informáticas que sirvan a todos. -Promover trabajo en equipo entre las diferentes áreas involucradas en la institución incluyendo como agentes activos a los usuarios directos de las tecnologías.

(3) El 64% de las personas que integran la Justicia de Córdoba son mujeres, según el informe titulado "Planta permanente del Poder Judicial de Córdoba", elaborado por el Centro de Estudios y Proyecto Judicial del TSJ. El porcentaje de personal femenino se incrementa al 73% del total en el grupo de los funcionarios judiciales y decrece al 42% en el segmento de los magistrados y fiscales. Asimismo, durante 2016, los empleados de planta permanente aumentaron 2% en relación con el año anterior.

(4) A inicios de 2017 se comenzó a capacitar sobre SAC MULTIFUERO a todo el personal que aún utilizaba SAC CIVIL. Continúa en la actualidad.

(5) El 20º Congreso Nacional de Capacitación Judicial se celebró en Córdoba. Los representantes de diferentes provincias destacaron allí la importancia de las escuelas judiciales como espacios para la construcción del conocimiento, la dimensión ética, el aporte que brindan al diseño del perfil del juez que demanda la sociedad actual y el valor de estos centros de perfeccionamiento como herramientas de cambio. La figura del Secretario/a Judicial ante las TIC desarrolla funciones de dirección en toda su

<p>Despapelizar juzgados</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Desplegar el sistema seguro de intercambio de documentos vía electrónica. -Aplicar el Expediente Judicial Electrónico mediante la implantación de un nuevo Sistema de Gestión Procesal en toda la provincia. -Usar la plataforma de Firma Electrónica propia de la Administración de Justicia. -Incrementar la eficacia del funcionamiento ordinario de la Administración de Justicia con el empleo de las TIC mediante la implantación de la Red Integrada de Comunicaciones. -Usar medios de grabación audiovisual y videoconferencia. -Adquirir los componentes de terceros para poder implementar en forma integrada la administración del audio dentro de la aplicación que utiliza el despacho, además de desarrollar los cambios necesarios para poder utilizarlos dentro de la aplicación. -Buscar la forma adecuada de almacenar los archivos de audio. -Hacer accesible la Justicia a través de la Web⁶.
<p>Promover la transparencia de la Administración de Justicia⁷</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Fortalecimiento del sistema de estadística judicial transparente⁸. -Mejorar los niveles de coordinación interinstitucional en materia de cooperación jurídica internacional. -Dar a conocer los avances de automatización de despachos. -Identificación y capacitación a grandes usuarios. -Campañas de divulgación y convencimiento al público en general. -Recepción de recomendaciones (retroalimentación).

extensión (ejercicio de la fe pública, función nítida de carácter procesal, y labores gerenciales y de personal, promoviendo el empleo de los medios técnicos, audiovisuales e informáticos de documentación, registración a través de las aplicaciones informáticas correspondientes, elaboración de la Estadística Judicial con tratamiento informático, transmisión y explotación de los datos estadísticos, solicitud de la presencia de servicios técnicos para el adecuado funcionamiento de dichos dispositivos, etc.).

(6) Por ejemplo, a través de un convenio con el Ministerio de Gestión Pública del Gobierno de Córdoba, los Tribunales de Familia cuentan con un “turnero online” que permite al ciudadano solicitar su turno para ser atendido en las Asesorías de Familia y pedir patrocinio gratuito y solicitar etapa prejurisdiccional. Con esta iniciativa, el Poder Judicial busca darle más comodidad al ciudadano, evitando las esperas en la sede judicial. Otro ejemplo de acceso a la justicia vía Web es el hecho que el Ministerio Público Fiscal del Poder Judicial de Córdoba posibilite la denuncia online de delitos menores en los que el presunto autor no se encuentra identificado. De esta manera, los ciudadanos pueden realizar una precarga de datos, para así reducir el tiempo de espera al momento de denunciar en la Unidad Judicial. También existe la posibilidad de participar a través de Tweets en [@justiciacerca](#).

(7) En la página web del Poder Judicial de Córdoba existe un enlace titulado “Transparencia Activa” (<http://www.justiciacordoba.gob.ar/transparencia/index.html>) que incluye información de acceso público sobre presupuesto (datos estadísticos, origen de los fondos, destino de los recursos, cómo se realizan las compras y contrataciones públicas, mecanismos de control que garantizan la transparencia), personal (el ingreso al poder judicial, concursos, ascensos, designación de magistrados, código de ética, capacitación, organigrama y datos estadísticos de recursos humanos), infraestructura (ubicación de las sedes judiciales, características de los edificios, patrimonio cultural y arquitectónico, fotografías, datos estadísticos, proyectos, obras en curso, reportes de avance), fallos y acordadas

<p>Aumentar la eficiencia en la Justicia, la calidad de los procesos y la satisfacción laboral⁹</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trabajar en red, para hallar soluciones compartidas que potencien la actividad de unos y otros hacia un horizonte común: el de la mejora del servicio acompañado de calidad de vida laboral. -Planificar, delegar, liderar, trabajar en equipo, motivar, incentivar, controlar, comunicar, monitorear, diagnosticar, diseñar estrategias. -Elaborar Estudios de Factibilidad ante nuevas innovaciones. -Poner a punto la plataforma tecnológica, servidores, redes, equipos clientes, conexiones (rediseño de procesos). -Atender a las necesidades de los empleados. Definir dentro del proceso las acciones, ubicaciones y escritorios del despacho, así como los plazos administrativos y legales de cada fase o acción, esto con el fin de definir la infraestructura tecnológica de control (construcción del flujo del proceso).
--	---

(índices y estadísticas judiciales, jurisprudencia de los diferentes fueros, cómo son los juicios orales y públicos, jurados populares y asignación de causas) e información sobre acceso a la justicia, preguntas y trámites frecuentes, vías de contacto con asesorías letradas, información de interés para el ciudadano, servicios digitales y subastas.

(8) El Poder Judicial de Córdoba posee un sitio web (<http://www.justiciacordoba.gob.ar/cepj/index.aspx>) del Centro de Estudios y Proyectos Judiciales. Allí hay estadísticas e indicadores de la actividad judicial, información relativa a los recursos humanos, financieros, tecnológicos y patrimoniales, proyectos de reforma y modernización. Este sitio está pensado como un espacio informativo virtual de la justicia. El TSJ dispuso la publicación en la página oficial, en el microsítio “Ética Judicial”, del contenido de las resoluciones recaídas en las causas que han sido sometidas a decisión del Tribunal de Ética Judicial para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial a partir del año 2017, en congruencia con el principio de “transparencia” de la actividad judicial, preservando a la par los datos de aquellos sujetos pasibles de recomendación en el orden deontológico.

(9) La ISO 9001 es una norma internacional elaborada por la Organización Internacional para la Estandarización (ISO) que se aplica a los Sistemas de Gestión de Calidad de organizaciones públicas y privadas. Se trata de un método de trabajo excelente para la mejora de la calidad de los productos y servicios, así como de la satisfacción del usuario. En la sociedad red no resulta suficiente el conocimiento jurídico para hacer justicia, sino que además se requiere creatividad y la proactividad.

<p>Superar retos importantes, tanto jurídicos como técnicos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Tener capacidad suficiente en los servidores de Internet para gestionar el tráfico de información. -Elaborar cuidadosamente las aplicaciones web, en absoluta coincidencia con el sistema procesal y con la confiabilidad suficiente para que se conviertan ya no en simple base de datos sino en un sistema de verdadera gestión judicial, con control de agenda y sujetos, que a la vez provea de información precisa. -Soporte técnico permanente, pronto y adecuado, capaz de responder de manera oportuna a las amenazas de seguridad y a las fallas de hardware y de software. -Que el sistema sea lo suficientemente amigable para que los usuarios externos puedan utilizarlo sin mayores complicaciones, que cuente con los instructivos necesarios pero que corresponda a las estructuras procesales que los operadores del derecho deben conocer. -Máxima compatibilidad para que el sistema pueda ser utilizado en cualquier sistema operativo. -Limitar el uso de las claves de acceso a las áreas de competencia de cada sujeto y crear una política de manejo responsable del acceso. -Mantener un <i>backup</i> o respaldo del sistema, de tal manera que ante la pérdida de los datos en un servidor pueda utilizarse uno de los servidores redundantes y ubicados geográficamente en distintos puntos para que así se mantenga la integridad de la información. -Impedir el acceso no autorizado y tomar las medidas necesarias contra las amenazas electrónicas, la suplantación de identidad y el robo de claves. -Revisar todos los contratos, los servicios, el desplazamiento a sistemas más eficientes y económicos y lograr acuerdos con proveedores.
--	---

TÁBLA N°1: METAS ESPECÍFICAS DE LA GESTIÓN JUDICIAL. ELABORACIÓN PROPIA.

PILARES DE TODA GESTIÓN JUDICIAL	
1. EL LIDERAZGO DEL JUEZ	En tanto jefe y coordinador, debe comprometerse con el cambio, promover el diálogo, estimular la iniciativa de los miembros del equipo, contribuir a su capacitación permanente y dirigir la gestión.
2. LA COORDINACIÓN DE FUNCIONARIOS	Dado que su actividad es de máxima importancia para el mejor logro de los objetivos de la gestión, complementan al juez y comparten con él la función de liderar al equipo, motivar y acompañar a sus miembros.
3. EL MANEJO DE CASOS	Los órganos judiciales convierten sus causas en resultados (o soluciones) por medio de la tramitación de los expedientes, el dictado de sentencias o el acercamiento de las partes a soluciones conciliatorias.
4. LA MOTIVACIÓN	Se logra reconociendo sus esfuerzos para alcanzar las metas de la labor conjunta y cooperativa.

5. LA CAPACITACIÓN	Se busca promover la adquisición de herramientas y el desarrollo de prácticas que tiendan a mejorar el desempeño y la comunicación.
6. EL TRABAJO EN EQUIPO	Debe tenderse al aprovechamiento de las inteligencias y capacidades de todos los miembros de las unidades judiciales para mejorar el servicio, distribuir las tareas, resolver eficazmente los conflictos y hacer posible una mejor calidad de vida, personal y laboral.
7. LA PARTICIPACIÓN ACTIVA DEL PERSONAL	La creatividad tiene un espacio fundamental para abrir nuevos atajos en la solución de los problemas. A través del trabajo en equipo pueden crearse nuevas formas de organización, revalorizarse el pensamiento de cada integrante y darle marco mediante una fluida comunicación.
8. LA ORGANIZACIÓN DE LA TAREA	Una exigencia fundamental consiste en enumerar todas las actividades a desarrollar, describir cómo se cumplen, determinar qué actores deben cumplirlas y qué capacitación es necesaria. En suma, la puesta por escrito hace posible la elaboración de Instructivos o Manuales Operativos.
9. LA COMUNICACIÓN INTERNA	Una herramienta sumamente valiosa es la organización de despachos o proveídos que contemplen las diferentes incidencias posteriores de la actividad procesal. Las reuniones de trabajo facilitan el análisis colectivo de la gestión cotidiana y las vías para solución de problemas.
10. EL MANEJO TECNOLÓGICO	La utilidad de un sistema informático se advierte en la medida en que el mismo sirva para la sistematización de modelos y procedimientos eficientes, asegurando su conocimiento por parte de todos los integrantes de las unidades judiciales, la implementación de criterios para verificar su cumplimiento y para proporcionar información.
11. LOS INDICADORES Y ESTADÍSTICAS	Si se mide la duración total de los procesos y los tiempos de cada etapa que los componen, es posible realizar un diagnóstico de la situación en que la propia unidad judicial se encuentra, plantear objetivos alcanzables (en lugar de hacerlo en abstracto) y verificar si éstos se cumplen.
12. LAS RELACIONES CON LOS ABOGADOS	Los abogados tienen un conocimiento invaluable y abarcativo del funcionamiento de la gestión en diferentes tribunales, lo que les permite realizar las mejores comparaciones. Por ello, son los mejores comunicadores de buenas prácticas y sus opiniones en materia de calidad de justicia sirven.
13. LA OPINIÓN SOCIAL	Nada mejor que auscultar la opinión de la gente para saber cómo ve a la gestión y qué es necesario mejorar en el servicio.
14. EL ANÁLISIS DEL FUNCIONAMIENTO.	El desarrollo de la tarea de análisis necesita de la realización de planes de formación para el personal involucrado en todas las tareas que puedan afectar a la gestión judicial.

TABLA N°2: PILARES DE LA GESTIÓN JUDICIAL. ELABORACIÓN PROPIA.

Con el gráfico siguiente (n°5), recalamos que la modernización de la Justicia parece, pues, obligada si se quiere a garantizar adecuadamente el derecho a la tutela

judicial efectiva y el derecho al desarrollo (tecnología, red, información), el cual podemos definir como un derecho humano que implica un uso y goce efectivo de las TIC. En esta sociedad de la información y la comunicación debe permitirse la realización de derechos de control y de participación, de los cuales hacen parte a su vez, el derecho a la información y el derecho a la justicia.

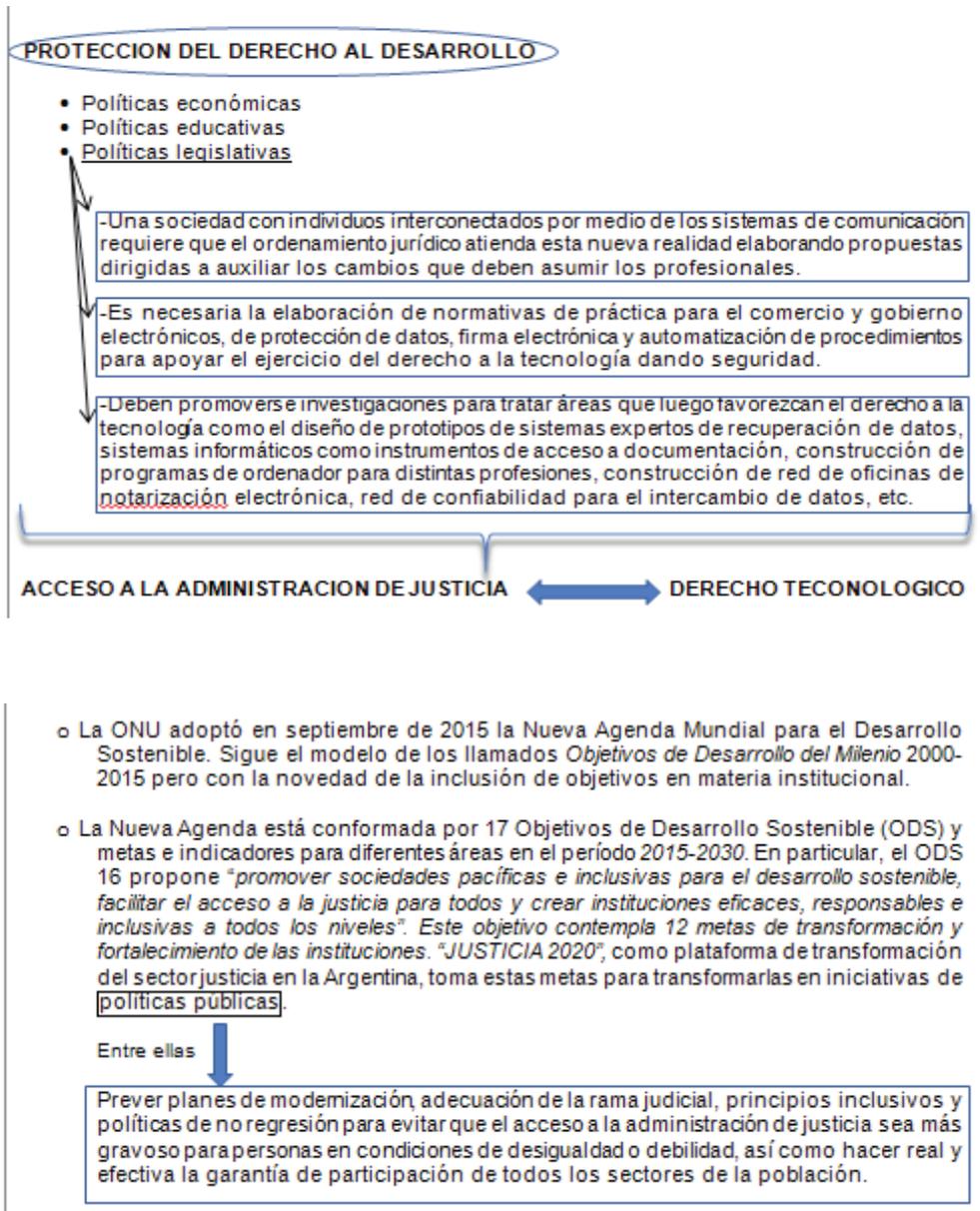


GRÁFICO Nº5: PROTECCIÓN DEL DERECHO AL DESARROLLO. ELABORACIÓN PROPIA.

VII. Conclusiones

En el presente artículo se efectuó un breve análisis de la sociedad del conocimiento y la información. A partir de esa base, describimos el fenómeno jurídico: tecnología y derecho con su emplazamiento en el tiempo, caracterizando a la sociedad actual con nuevas tecnologías. Desarrollamos las dimensiones social, antropológica, cultural y jurídica del mismo para luego pasar a conceptualizar el Derecho al Desarrollo. Finalmente presentamos cuál es el Plan de Modernización Tecnológica de la Administración de Justicia del país, con especial referencia a la provincia de Córdoba. Como conclusiones se extraen las siguientes:

- a. Afirmamos que la tecnología aplicada a la justicia es un fenómeno jurídico que consiste en utilizar diversas herramientas tecnológicas en los servicios que presta el Poder Judicial y en la tramitación de causas. Se manifiesta en la actualidad que transitamos dentro del periodo posmoderno. El contexto que incluye la posmodernidad es el mundo globalizado donde surgen las situaciones que obligan a replantear problemas nuevos o antes incommovibles.
- b. El modelo multidimensional está encuadrado en el marco de las sociedades democráticas contemporáneas. Entre ellas, encontramos la sociedad informacional donde la generación, el procesamiento y la transmisión de conocimiento e información son dominantes y se traducen en expresiones jurídicas y culturales relevantes. La sociedad actual que posee tecnologías e internet y las utiliza para aligerar el proceso comunicativo en función de la toma de decisiones, conceptualiza la denominada 'sociedad de la información'.
- c. Antropológicamente, observamos un replanteo de las relaciones entre la naturaleza humana y las tecnologías integradas a la sociedad que generan adeptos y opositores. En ambos casos se reconoce como límite la "brecha digital" (marginados de los beneficios de las TIC). El avance tecnológico se da en el marco de una "globalización asimétrica" que genera a su vez desequilibrios trascendentes.
- d. Afirmamos que la noción de sociedad de la información se basa en los progresos tecnológicos. En cambio, el concepto de sociedad del conocimiento comprende dimensiones sociales, éticas y políticas mucho más vastas.
- e. El desarrollo de las sociedades está relacionado con el establecimiento de institutos jurídicos de calidad que permitan proteger los derechos, garantizar una tutela judicial efectiva y dar, finalmente, estabilidad, credibilidad y un carácter previsible al conjunto del sistema económico y social.
- f. Consideramos que una sociedad con individuos interconectados requiere que el ordenamiento jurídico atienda esta realidad elaborando propuestas dirigidas a auxiliar los cambios que deben asumir los profesionales.

- h. Determinamos que hay un estrecho vínculo entre el acceso a la administración de justicia y el desarrollo tecnológico, porque éste se convierte, en el siglo XXI, en fundamento de aquella garantía.
- i. Definimos que un Plan Estratégico de Modernización del Sistema de Justicia debe aspirar a realizar una transformación programada a través de la plena incorporación de las TIC (infraestructura tecnológica, servicios básicos, conectividad e interoperabilidad, seguimiento al trámite de los procesos judiciales, servicios de consulta de normativa, jurisprudencia y doctrina). Es claro que para ello se requieren medios materiales, presupuesto, consenso y colegiación de esfuerzos.

VIII. Bibliografía

BATISTA, M.A. [et al.] "Tecnologías de Información y la Comunicación en la escuela: trazos, claves y oportunidades para su integración pedagógica", Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, Buenos Aires, 2007.

BAUMAN, Z. *La globalización*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 7.

BAUZÁ MARTORELL, Felio. AAVV. "Creación telemática de empresas", *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho 2000-2001*, Universidad Pontificia Comillas (Madrid), Facultad de Derecho (Instituto de Informática Jurídica), Aranzadi, Navarra, 2001.

BERIZONCE, Roberto O. "Nuevos principios procesales y su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales (influencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos)", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, Año 09, Número 42.

BIANCIOTTI, R. S. "Tecnologías de la información y comunicación social (TICS)", *Anuario U.N.C.* (12), Córdoba, 2009/2010.

CAMPS, Carlos Enrique. *Tratado de derecho procesal electrónico*, 1a ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

CÁRCOVA, C. M. *Las teorías jurídicas post positivistas*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

CARO, A. *Diccionario LID. Comunicación y Marketing Lid.*, Madrid, 2004.

CARRASCOSA LÓPEZ, V. - POZO ARRANZ, M. A. - RODRÍGUEZ DE CASTRO, E.P. *La contratación informática: El nuevo horizonte contractual*, 2ª Edición, Comares, Granada, 1999.

CARRIL, E. *Revisión Integral del modelo de gestión de los despachos judiciales (Informe final)*, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Córdoba, 2000.

CASTELLS M. *La era de la información. Economía, Sociedad y Cultura: La sociedad Red*, Siglo XXI, México, 1999.

CERRILLO, A. "E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI", *Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, Revista de Internet, Derecho y Política*, Monográfico "E-justicia", IDP nº. 4 (2007), p 9.

CHAVELI DONET, E. "La prueba por soportes informáticos: algunos apuntes sobre su régimen procesal antes y después de la nueva LECiv", *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho 2000-2001*, Universidad Pontificia Comillas (Madrid), Facultad de Derecho (Instituto de Informática Jurídica), Aranzadi, Navarra, 2001.

CHILLÓN MEDINA, J.M. *Derecho de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información. Escuela Nacional de la Judicatura (República Dominicana)* (www.enj.org), INDOTEL (Instituto Dominicano de Telecomunicaciones), 2004.

DE MIGUEL, I. "La tecnología en las relaciones con la Administración de Justicia. Seminario Administración electrónica en el área de Justicia", *Revista Sociedad de la Información*, Madrid, diciembre 2005.

DELPIAZZO, C. "El nuevo derecho de la sociedad de la información", ponencia presentada en el *X Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Sociedad y Tecnologías*, los desafíos de la economía digital, Chile, 2004.

DICCIONARIO ESENCIAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española, Espasa Calpe, Madrid, 2006.

DUART, J. - SANGRÁ, A. "Aprendizaje y virtualidad: ¿un nuevo paradigma formativo?" en DUART, J. - SANGRÁ, A. (Comp.), *Aprender en la virtualidad*, GEDISA editorial, Barcelona, 2005.

GALGANO F. "Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización» (<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2201/7.pdf>).

GARCÍA CLEMENTE, F. "La necesidad de Informática en la práctica docente del Derecho", *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho 2000-2001 (AAVV)*, Universidad Pontificia Comillas (Madrid). Facultad de Derecho (Instituto de Informática Jurídica), Aranzadi, Navarra, 2001.

GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J. "La satisfacción de los usuarios con la actividad de los Tribunales de Justicia", *Revista del Poder Judicial*, N°66, CGPJ, Madrid, 2002.

GARRO, A. M. "Algunas reflexiones comparadas acerca de la modernización de la justicia argentina", *Modernización de la administración de justicia en la argentina*, S/F.

LONDOÑO SEPÚLVEDA, N. "El uso de las TIC en el proceso judicial: una propuesta de justicia en línea", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 40, No. 112 (2010).

LÓPEZ DEL CARRIL, G. *Interpretación del documento electrónico, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2011* (julio).

MARTÍNEZ LEDESMA, H. A. "Contribución al proceso de reforma y modernización de nuestra justicia. Defensa en juicio y derecho a la comunicación: comunicación entre defensores y procesados o condenados vía internet. Acceso a la justicia", *Trabajos del concurso Argenjus*, 2005.

MARTINEZ PAZ, F. *El mundo jurídico multidimensional*, Advocatus, Córdoba, 1998.

NAVARRO, D. "La era del *homo technologicus*", *Revista Escritura Pública*, Consejo General del Notariado, N°43 (enero-febrero de 2007).

NETRI, A. S. "La tecnología y el proceso", *Nuevas herramientas procesales* (II).

PEÑARANDA, E. "Sobre el Derecho Procesal en el Siglo XXI", *Revista Nomads*, Mediterranean Perspectives, 2010.

PÉREZ GIL, J. "Normas procesales y sociedad de la información: entre el tecnooptimismo y los tecno-prejuicios", *Derecho y conocimiento*, volumen 3, Facultad de Derecho, S/F, Universidad de Huelva.

PÉREZ-CABEZOS Y GALLEGU, E. "El Procurador en el nuevo proceso civil. Propuesta y demandas ante sus retos actuales", *Revista Iuris (Actualidad y práctica del Derecho)*, LL N° 72, mayo, 2003.

PEYRANO, J. W. [dir.] *Nuevas herramientas procesales*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2013-2015.

PIÑA, M. DEL C. "Nuevas tecnologías como instrumento de eficacia de las resoluciones judiciales", *XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal*.

PODETTI, J. R. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, Ediar, Buenos Aires, 1963.

PUYOL MONTERO, J. "Las nuevas tecnologías en el procedimiento judicial", *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho 2000-2001*, Universidad Pontificia Comillas (Madrid), Facultad de Derecho (Instituto de Informática Jurídica), Aranzadi, Navarra, 2001.

RAMOS SUÁREZ, F. "Implicaciones jurídicas de la tecnología wap", *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho 2000-2001*, Universidad Pontificia Comillas (Madrid), Facultad de Derecho (Instituto de Informática Jurídica), Aranzadi, Navarra, 2001.

REIDENBERG, J. R. "Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology", *Texas Law Review*, (76), Nº 3, February, 1998.

RODRÍGUEZ GALLARDO, A. *La brecha digital y sus determinantes*, UNAM, Centro Universitario de Investigaciones Bibliotecológicas, México, 2006.

TAGLE ACHÁVAL, C. *Derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1976.

WARDE, A. "Modernización administrativa y democratización interna: Dos ejes de la reforma judicial aún en construcción", *Estudios en homenaje a la doctora Berta Kaller Orchansky*, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 2004.

ZINNY, M. *Comentarios a la base de la teoría general del derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2012.

**RECURSOS EDUCATIVOS ABIERTOS PARA
TRABAJAR EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR.
Derechos y deberes de los autores de materiales virtuales.
El concepto de autor para la ley 11723 y sus modificaciones***

*OPEN EDUCATIONAL RESOURCES TO WORK
IN HIGHER EDUCATION.*

*Rights and duties of the authors of virtual materials.
The concept of author for law 11723 and its modifications*

*Lucrecia Aboslaiman***

Resumen: Existe en la producción de materiales virtuales y en especial con Recursos Abiertos un error de los colegas Productores de Material: suponer que, el uso de recursos abiertos no exige el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual, derechos de autor y el respeto a las políticas de privacidad. Este trabajo pretende revertir esa situación explicitando los deberes y derechos como docentes en la producción de materiales virtuales. Al escribir este trabajo sobre los derechos y deberes de los autores de materiales virtuales, nos pareció útil encararlo desde el encuadre que brinda el documento “*Directrices para los Recursos Educativos Abiertos (REA) en la Educación Superior*”, publicado por UNESCO 2015. Haremos una alusión al concepto de autor tal como está contemplado en la Ley 11723 y sus modificaciones.

Palabras-clave: Recursos Educativos Abiertos - Derechos de autor - Políticas de privacidad.

* Trabajo recibido el 30 de abril de 2020 y aprobado para su publicación el 9 de septiembre del mismo año.

** Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (FD-UNC). Diplomada en Ciencias Sociales y Educación (Fundación Universitaria, Grupo Congreso, Provincia de Entre Ríos). Profesora de Introducción al Derecho. Profesora de la Materia Opcional La condición humana y el Derecho (FD-UNC), Docente Investigadora Categorizada III (CONEAU) (contacto: lucreabos@hotmail.com).

Abstract: In the production of virtual materials and especially with Open Resources, there is a mistake made by fellow Material Producers: to suppose that the use of open resources does not require the recognition of intellectual property rights, copyrights and respect for policies Of privacy. This work aims to reverse this situation by making explicit the duties and rights as teachers in the production of virtual materials. When writing this work on the rights and duties of the authors of virtual materials, we found it useful to approach it from the framework provided by the document “Guidelines for Open Educational Resources (OER) in Higher Education”, published by UNESCO 2015. We will make an allusion to the concept of author as it is contemplated in Law 11723 and its modifications.

Keywords: Open Educational Resources - Copyright - Privacy Policy.

Sumario: I. Introducción. II Encuadre. III. El concepto de autor para la Ley 11723. Modificaciones a los artículos 183 y 184 del Código Penal (ley 26388). IV. Excepciones a la protección del régimen de derechos de autor (Ley 11723). V. La reproducción privada derivada del uso de Internet. VI Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. Introducción

Al escribir este trabajo nos pareció útil encararlo desde el encuadre que brinda el documento “*Directrices para los Recursos Educativos Abiertos (REA) en la Educación Superior*”, publicado por UNESCO 2015¹.

El mismo refiere, entre otras cuestiones a los objetivos, alcances y la lógica de las directrices que brinda enfocados para los gobiernos, las instituciones de educación superior, el personal académico, los cuerpos discentes y la garantía de calidad, la acreditación y los órganos de reconocimiento académico.

Es necesario destacar que como se observa en la cita de ese documento consta de ISBN y esto nos enfrenta al primer pre-concepto que existe en la producción de materiales virtuales y en especial para materiales abiertos.

Usualmente quienes somos procesadores didácticos o curadores de material nos enfrentamos a ese error de los colegas *productores de material*: El uso de recursos abiertos no exige el reconocimiento de la propiedad intelectual y no se licencia.

En particular, en la *producción de materiales virtuales* y en especial con recursos abiertos este desconocimiento o error, hace suponer que, el uso de recursos abiertos

(1) UNESCO. “*Directrices para los Recursos Educativos Abiertos (REA) en la Educación Superior*”, 2015 (<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/igo/>).

no exige el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual, derechos de autor y el respeto a las políticas de privacidad.

Este trabajo entre otros propósitos pretende abordar de manera aproximada sin respuestas acabadas esta problemática y revertir esa situación explicitando los deberes y derechos como docentes en la producción de materiales virtuales.

Comprender el conocimiento como una construcción colectiva que no pertenece a nadie, y del que todos nos nutrimos, implica asumir que éste se produce en el ámbito público y, por ende, es un bien común al cual deben tener acceso sin restricciones las futuras generaciones (Suber, 2015).

El acceso abierto es un movimiento que entiende que el conocimiento es un bien común y social. Uno de sus lineamientos ha sido modificar la manera en la que circula el conocimiento académico-científico, permitiendo la gratuidad y libre disponibilidad de los contenidos en Internet. Para definirlo mejor, en la Iniciativa de Budapest para el acceso abierto (2001) se dispuso que el “acceso abierto a la literatura refiere a su disponibilidad gratuita en Internet público, permitiendo a cualquier usuario leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir, buscar o usarla con cualquier propósito legal, sin ninguna barrera financiera, legal o técnica, fuera de las que son inseparables de las que implica acceder a Internet mismo. La única restricción para la reproducción y distribución, y el único papel del copyright en este sentido debería ser dar a los autores el control sobre la integridad de su trabajo y el derecho a ser reconocido y citado correctamente”.

Es decir, para que una obra esté en acceso abierto, el titular del copyright debe determinar, por adelantado, qué derechos sobre su obra, copiar, usar, distribuir, transmitir, reproducir, transformar o exponer la obra públicamente otorga a lo terceros.

El acceso abierto y los recursos de acceso abierto les devuelve a las universidades, financiadas con fondos públicos, la posibilidad de reapropiarse de los saberes y asumir el rol de producir y garantizar el acceso libre y público a los conocimientos a sus comunidades (Suber, 2015).

Los materiales educativos abiertos son recursos destinados para la enseñanza, el aprendizaje y la investigación que residen en el dominio público o que han sido liberados bajo un esquema de licenciamiento que protege la propiedad intelectual y permite su uso de forma pública y gratuita o permite la generación de obras derivadas por otros.

Los recursos educativos abiertos se identifican como cursos completos, materiales de cursos, módulos, libros, video, exámenes, software y cualquier otra herramienta, materiales o técnicas empleadas para dar soporte al acceso de conocimiento.

Algunas cuestiones a tener en cuenta al momento de la construcción de material educativo abierto, sería formularse las siguientes preguntas: *¿Poseen copyright los*

recursos digitales o impresos que se utilizaron? ¿Se han considerado las excepciones de la ley de Propiedad Intelectual N° 11723?

En la producción de sus materiales, *¿se han respetado las pautas de citación de las fuentes utilizadas? Si sus materiales abordaron información sensible, ¿se ha respetado la confidencialidad de esos datos? Si utilizaron recursos digitales con licencias abiertas, ¿se consideraron los permisos otorgados por autor? Si compartieron sus materiales en la web ¿Indicaron que licencia libre le asignaron?*

No pretende este trabajo dar una respuesta acabada a todos estos temas tan complejos, novedosos y muchos de ellos inéditos, pero sí acercarse, dar una aproximación al tratamiento que hoy se les da como cuestiones de gran envergadura.

II. Encuadre

El documento *“Directrices para los Recursos Educativos Abiertos (REA) en la Educación Superior”*, publicado por UNESCO 2015² sobre los derechos y deberes de los autores de materiales virtuales con relación a las licencias abiertas y el surgimiento de los REA dice que: *“Las licencias abiertas surgieron como un esfuerzo para proteger los derechos de autor en entornos en los que el contenido (especialmente en formato digital) puede ser fácilmente copiado y compartido sin autorización. Las licencias abiertas tratan de asegurar que el material se copie y comparta dentro de un marco legal estructurado más flexible (...). Permite que las autorizaciones sean precisas (...)”* y de *“mayor flexibilidad de uso, reutilización y adaptación de materiales”*³.

Por eso debemos tener en cuenta que el respeto de la propiedad intelectual es fundamentalmente el respeto al trabajo de nuestros colegas y alumnos.

En este documento desarrollaremos algunas líneas de trabajos institucionales: a) Cuando se produce un aula virtual solo con recursos abiertos. b) Cuando se produce un material propio para ser incluido en el aula virtual.

II. a) Producción de aula virtual solo con recursos abiertos

Como hemos dicho, el uso de los REA *tiende a favorecer la mayor flexibilidad de uso, la reutilización y la adaptación de materiales*. Como dice el mismo documento en ese apartado: *“Se debe invertir tiempo en el desarrollo de cursos y materiales, en la búsqueda de REA apropiados, en la adaptación de REA existentes”*. Incluso el mismo documento en las Directrices para instituciones de educación superior dice: *“Fomentar una juiciosa selección y adaptación de los REA existentes (...)”*⁴.

(2) Ibidem.

(3) Ibidem, p. 2.

(4) Ibidem, p. 8.

Cuando se produce una aula virtual o blogs sabemos el tiempo que significa buscar los recursos educativos aun cuando sean abiertos, apropiados para nuestro perfil de estudiante en cada carrera. Por lo tanto, todos debemos exigir y podemos hacerlo, que se resguarde la propiedad intelectual de esa aula o blog ante la Institución y ante nuestros colegas.

Este trabajo de producción de materiales virtuales en general adquiere dos formas: 1) *colaboración gratuita* de un titular o de una cátedra 2) *Trabajo pago por la institución* con horas que no estamos frente a alumnos o por un contrato de trabajo específico para esa institución por esa tarea.

II. a.1) Aula virtual solo con Recursos Abiertos por Colaboración gratuita

Sobre este punto, el documento citado expresa: *“El aprovechamiento eficaz de los REA requiere que las instituciones inviertan sistemáticamente en el diseño de programas/cursos y en el desarrollo y adquisición de materiales”*.

En muchos casos la colaboración gratuita de un titular o de una cátedra, también implica el trabajo de equipos institucionales como desarrolladores de video, diseñadores gráficos o multimediales, etc., y ese trabajo debe estar reconocido con los créditos pertinentes para ellos además de los del productor de Contenidos. Tengamos en cuenta que aun cuando esto sea realizado bajo el formato de trabajos de cátedra, es importante para nuestros alumnos que esto quede formalizado para sus currículos o porfolios. El documento citado anteriormente también nos habla al referirse a las directrices para instituciones de educación superior de *“incentivar a los alumnos a que publiquen sus obras (con la orientación del personal académico y dentro de los protocolos institucionales)”*. Al ocuparse de las directrices para el personal académico dice: *“Fomente la participación estudiantil”*.

En este punto es importante considerar que, para la publicación de un video, un scribd, o un artículo, se debe citar adecuadamente a los mismos bajo alguna de las normas establecidas (por ej.: APA, IEEE, ISO 690:1987, etc.) que la institución o la carrera o la cátedra considere pertinentes.

Aun cuando se decida incrustar este material en el aula o blog para facilitar la navegación es necesario tener en cuenta que todas las herramientas de desarrollo permiten publicar comentarios para realizar las citas correspondientes.

También es un deber académico importante que en el *programa, propuesta pedagógica o propuesta de cátedra* se cite conforme las normas, los recursos que se utilizarán, así sea para una implementación totalmente virtual o como apoyo a la presencialidad.

II a.2) Aula virtual solo con Recursos Abiertos por Trabajo pago por la Institución

El documento de la UNESCO -ya mencionado- habla en las directrices para instituciones de educación superior de la necesidad de: *“Proporcionar al personal incentivos y recompensas por el desarrollo, adquisición y adaptación de material didáctico,*

y Asegurar que los modelos de carga de trabajo del personal permitan el diseño y desarrollo de planes de estudio, cursos y materiales”.

Hemos dicho que puede hacerse con horas que no estamos frente a alumnos. En este caso es nuestro deber tener en cuenta que la institución está pagando este trabajo. También puede hacerse por un contrato de trabajo específico para esa institución por esa tarea.

El documento citado, en las directrices para el personal académico, habla de la responsabilidad de coordinadores del programa/curso, orientadores, tutores (según el nombre que en cada institución se imponga) y considera el aseguramiento de *“la calidad en el uso de los recursos que el personal académico escoja utilizar, de cómo los adaptan para darles relevancia contextual, y de cómo los integran en las diversas actividades de enseñanza y aprendizaje”.*

Por eso es importante que la Institución considere que sólo cuando se usa el aula virtual por primera vez con alumnos reales el docente puede conocer la efectividad y pertinencia real de los recursos utilizados.

Aunque así no fuera, aunque esta favorable situación no pudiera plasmarse, es necesario recordar que a través de dichos contratos cede el dominio de los materiales, pero nunca su autoría, por lo tanto, deberán tramitarse los ISBN correspondientes que reflejen esta situación. Es más, en la tramitación de los ISBN puede quedar explicitada la participación del diseñador didáctico y del diseñador gráfico, según como hayan sido formulados los contratos.

II. b). Producción de material propio para ser incluido en el aula virtual

Si bien existe una enorme cantidad de recursos publicados sobre los más diversos temas, es probable y hasta deseable, que el docente a cargo de la producción considere que:

- no basta con derivar los alumnos a los recursos publicados por las distintas comunidades de prácticas, sino que es efectivo para su orientación elaborar alguna guía o texto orientador donde se explicita el porqué de la selección de dichos materiales, su pertinencia temática, las carencias sobre el tema que obligan a la lectura de otros materiales complementarios, etc.;
- debe realizar aportes didácticos para vincular los recursos a los distintos recortes didácticos de los contenidos.

En dichos casos, se debe implementar las formas de citación que correspondan (para textos o para archivos multimediales) y los límites de los textos incluidos a fin de no constituir plagio.

Si bien no existe un dato preciso, se considera aceptable la citación de párrafos de hasta 1000 palabras, siempre -obviamente- guardando las formas de citas correspondientes.

III. El concepto de autor para la Ley 11723. Modificaciones a los artículos 183 y 184 del Código Penal (ley 26388)

La *Constitución Nacional Argentina* establece en su artículo 17 que *“todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley”*.

En 1933 se dictó la *Ley de Propiedad Intelectual* 11723 que, con las diversas modificaciones que se fueron dando desde su sanción, protege las obras científicas, literarias o artísticas de su reproducción sin autorización del titular del derecho.

A tales fines, el artículo 1 de la ley establece: *“A los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales, las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas; coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas, los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas; en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción. La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos, pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí”*.

La ley argentina brinda protección a las obras científicas, literarias y artísticas, sea cual fuere el procedimiento de reproducción, y establece claramente que tal protección existe a la expresión de las ideas, pero no en relación a las ideas, procedimiento, métodos y conceptos en sí.

Las simples ideas no tienen la protección de la ley, sólo cuando se exteriorizan en forma original, poseyendo individualidad e integralidad propia.

Por su parte, en el artículo 2° dispone: *“El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla de cualquier forma”*.

Aquí la ley argentina adoptó el principio que luego recogería el *Convenio de Berna* y referido al derecho exclusivo del titular del derecho de propiedad intelectual sobre una obra de autorizar su reproducción.

Este principio se ve reafirmado en los artículos 72 y siguientes en donde se crean tipos penales para quienes reproduzcan por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes.

Es evidente que la ley 11723, por la época en la que fue dictada, no contempla expresamente la circulación de las obras por la red Internet, así como tampoco alguna excepción a los derechos exclusivos de autorizar la reproducción por parte de los titulares del derecho con relación a esta nueva forma de transmitir la obra.

Al tiempo del dictado de la ley como al de algunas de las modificaciones que se le hicieron aún no existía el entorno digital y la red Internet, por lo que obviamente la ley no pudo contemplar las nuevas situaciones derivadas de esta nueva forma de transmisión.

Las leyes dictadas en los últimos tiempos, se refieren a otros aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual pero no regulan la temática de la transmisión y reproducción de la obra por Internet.

Aquí cabe hacer la aclaración que la *reforma al Código Penal Argentino* a través de la Ley 26388/2008, incorpora un párrafo al artículo 183 del Capítulo VII ubicado dentro de los Delitos contra la Propiedad, que dice: “*En la misma pena incurrirá el que alterar, destruir o inutilizar datos, documentos, programas o sistemas informático: o vendiere, distribuyere, hiciera circular o introducir en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños*”.

Es decir, que en este Capítulo VII, “De los delitos contra la propiedad”, la modernidad se hace presente en el Código represivo protegiendo productos intangibles pero que, sin duda, dañan el patrimonio de los usuarios.

Por su parte el artículo 184 del Código Penal, a través de la reforma de la ley arriba citada agrava la pena si el daño se ejecutara sobre sistemas informáticos de carácter público.

Con lo cual esta reforma y/o agregación es la base tanto del comercio como de la producción y de los servicios que dependen de aquélla.

IV. Excepciones a la protección del régimen de derechos de autor (Ley 11723)

El régimen argentino exceptúa de la protección del régimen de derechos de autor y permite el libre uso de las obras en una serie de situaciones: las informaciones periodísticas (art. 72 *in fine*); las noticias de interés general cuando se publiquen en su versión original y expresen la fuente (art. 28 *in fine*), y el derecho de citas (art.10).

Pese a que la ley 11723 no menciona entre las excepciones a las normas, deben considerarse incluidas dentro de las mismas, ya que si se otorga derechos exclusivos sobre las normas no se podría exigir su conocimiento.

Remarcamos que en nuestra legislación la reproducción de una obra para fines privados y aun sin fines comerciales no está incluida en las excepciones a los derechos de su titular, por lo que tal accionar es ilícito.

Esta posición adoptada por la ley argentina no es seguida por todas las legislaciones internacionales. Este tema es de vital importancia en la reproducción para uso personal de obras que circulan por Internet.

V. La reproducción privada derivada del uso de Internet

La ley argentina, no contempla al regular las excepciones al derecho de autorizar la reproducción por parte del titular, el tema de la copia privada, por lo que ésta, aun para uso privado del copista y sin finalidad lucrativa, requiere de la autorización del titular del derecho. La violación de este derecho implica para la normativa argentina no sólo un ilícito de carácter civil sino también un ilícito penal.

Si nos atenemos estrictamente al régimen legal argentino, en cuanto no admite la copia privada como excepción al derecho del autor, los supuestos de reproducción derivados del uso de Internet requerirían autorización del titular del derecho para no convertirse en actos ilícitos.

Sin embargo, parte de la doctrina considera que cuando la reproducción en Internet, es para uso privado del usurario de Internet y no tiene finalidad de lucro, por lo que debe ser admitida y no puede considerarse configurativa de ilícito civil ni penal.

Esta apreciación no implica un desconocimiento del texto legal. Al contrario, tal como lo explicamos, el texto legal argentino (ley 11723) fue dictado para una obra en formato tangible pero no para una obra a la que se accede por Internet.

No podemos obviar que el Tratado de Derecho de Autor (WTC), vigente luego de la ratificación por parte de 30 Estados, aprobado por la República Argentina por ley 25140, establece en su artículo 10 que: *“Las partes contratantes podrán preveer, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. 2) Al aplicar el Convenio de Berna, las partes contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”*.

Es decir que una apreciación amplia, permite inferir que este Convenio introduce el entorno digital en la protección de los derechos de autor, comprendido dentro del concepto de reproducción *“el almacenamiento de una obra en formato digital en un soporte electrónico”*, por lo que incluiría dentro del concepto de reproducción protegida a todo tipo de reproducción de una obra, ya sea ésta temporal o definitiva.

VI. Conclusiones

Muchas de nuestras universidades han implementado seminarios sobre los derechos de propiedad intelectual, derechos de autor y políticas de privacidad. Es imprescindible actualizar los conocimientos sobre estos temas -que afectan derechos y establecen deberes- como promover una buena práctica en política de calidad de producción de materiales.

En esta coyuntura de pandemia, la discusión sobre el acceso a materiales educativos cobró nuevos aires y volvió a ocupar espacio en los medios de comunicación. Este no es un debate que habitualmente cobre relevancia en la esfera pública más allá de las múltiples partes interesadas y por eso parece importante tomar la palabra para comprender el problema vigente. La virtualización repentina nos puso frente a frente con un aspecto pocas veces discutido: la propiedad intelectual en los círculos académicos, la producción y distribución de obras intelectuales y la posibilidad de usar y reproducir bibliografías usadas. El acceso a materiales educativos forma parte fundamental del pleno ejercicio del derecho a la educación consagrado en los múltiples tratados internacionales de derechos humanos. Herramientas de política pública como la Ley de Repositorios Abiertos es un instrumento clave para la producción y difusión social de la producción académica. Pero, esa legislación implementada de manera muy parcial todavía no constituye una solución integral al problema de la propiedad intelectual en el ámbito educativo. Sin obras en dominio público o disponibles mediante flexibilización al derecho de autor es muy complejo estructurar un currículum que no ponga a estudiantes y docentes en la disyuntiva de violar la ley o no acceder a materiales de imposible acceso en términos de precio o disponibilidad.

Las licencias “creative commons” nos proveen una plataforma legal para el intercambio de materiales, pero la producción de bibliografías bajo estos términos legales aún es incipiente y no alcanza a cubrir todos los campos disciplinares de la práctica docente. Las licencias públicas de “creative commons” son una solución privada al problema público vigente de la propiedad intelectual, permitiendo producir y compartir trabajos para nutrir el acervo de materiales disponibles y avanzar en la vida académica. Dependen de la voluntad de cada uno de los autores y son una estrategia legal útil a la hora de publicar y divulgar trabajos.

El impacto tecnológico de internet no fue tenido en cuenta al establecer el régimen de protección de los derechos de autor, ya que el régimen fue pensado y dirigido a la obra papel, pero en ningún momento para el tipo de reproducciones de la obra derivadas del proceso de internet.

La reproducción en internet requiere de una solución propia y acorde con el sentido de esta nueva tecnología, por eso es que se puede afirmar que las reproducciones derivadas del uso de Internet consideradas en este trabajo deben considerarse lícitas.

No cabe duda, que es conveniente que en cualquier futura modificación de la normativa argentina se contemple el tema de la copia privada derivada de los

procesos tecnológicos de internet y, en consecuencia, se excluya expresamente la obligación de solicitar autorización la titular del derecho, en los casos de transferencia a la memoria RAM, al almacenamiento en la memoria *caché*, y a las restricciones para uso privado y sin finalidad lucrativa del copista en el disco del ordenador o en un soporte externo, así como su impresión.

Cabe destacar finalmente que -conforme lo expuesto previamente-, muchos de estos aspectos fueron resueltos por el Tratado de Derecho de Autor (WTC), aprobados por la ley 25140.

Argentina cuenta hoy con algunos recursos destacados como la *Ley de Repositorios digitales institucionales de acceso abierto* (n°26899/13), que rescata el valor central del acceso a la investigación en ciencia y técnica para el desarrollo de las capacidades del Estado y la soberanía científico tecnológica de la nación.

La inversión del estado es fundamental para fortalecer el sistema científico técnico y promover el intercambio de conocimientos en el ámbito universitario, es el estado el que debe proponer y fortalecer las políticas públicas, orientado siempre desde los principios clave: la autodeterminación informativa de la ciudadanía y la soberanía pedagógica como principios rectores de una universidad crítica al servicio de la sociedad que la sostiene.

Es importante tener en cuenta que al publicar obras bajo algún formato de licencias para recursos abiertos *no significa que no tengan copyright*. Es imperioso informarse sobre las limitaciones y beneficios de cada una antes de publicar.

Es de esperar que los diferentes estados adecuen sus normativas y, en especial, aquellos que no contemplan en sus legislaciones a la copia privada dentro de las excepciones al derecho de reproducción en internet, así como que introduzcan futuras modificaciones que establezcan las excepciones al derecho de reproducción que resultan de la incorporación de la obra intelectual al entorno digital.

VII. Bibliografía

BOURDIEU, P. (2002) *Pensamiento y acción*, Libros del Zorzal, Buenos Aires.

BOURRIAUD, N. (2004) *Post Producción. La cultura como escenario: modos en que el arte reprograma el mundo contemporáneo*, Adriana Hidalgo Editores, Buenos Aires.

CASTELLS, M. (1995) *La ciudad informacional: tecnologías de la información, reestructuración económica y el proceso urbano-regional*, Alianza Editorial, Madrid.

CIMOLI, M. (2009) *Industrial Policy and Development*. Oxford University Press, New York.

CREATIVE COMMONS ARGENTINA. (<http://www.creativecommons.org.ar/>).

DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR

<https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechodeautor>.

DUHALDE, Luis (1999) *Teoría jurídico-política de la comunicación*, Editorial Eudeba, Buenos Aires.

EINES, Maines (2020) *Workshop de Práctica Educativas Abiertas*, San Luis, Argentina.

FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio (2004) *Internet: su problemática jurídica*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires.

IGARZA, Roberto (2008) *Nuevos medios. Estrategias de convergencia*, 1ª ed., La Crujía, Buenos Aires.

JARAMILLO CASTRO Oscar (2010) *Derecho a la información en la Web, una revisión conceptual*, Universidad Complutense de Madrid, Programa Doctoral "Derecho a la información en España y América Latina", Madrid.

LEM, S. (2017) *Summa Technologiae*, Ediciones Godot, Buenos Aires.

MAGNANI, E. (2014) *Tensión en la red. Libertad y control en la era digital*, Buenos Aires, Argentina. Disponible bajo una licencia Creative Commons en <https://www.estebanmagnani.com.ar/2014/05/10/tension-en-la-red-el-libro/>

MAZZUCATO, M. (2019) *El Estado Emprendedor. Mitos del sector público frente al sector privado*. RBA Editores, Madrid.

ORTIZ URIBE, Frida y otros (2017) "Reflexiones relativas al derecho de autor en Internet", en www.somece.org.mx

QUINTAR, Aída y otros (2007) *Los usos de las TICs. Una mirada multidimensional*, Universidad Nacional de General Sarmiento, Prometeo libros, Buenos Aires.

RUIZ GALEARDO, Claudio (2011) "Los desafíos derivados del derecho de autor en Internet. Equilibrio normativo y la experiencia legislativa chilena", conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Buenos Aires. www.palermo.edu.ar

-SECRETARÍA DE CULTURA DE LA NACIÓN. Mercado de Industrias Culturales Argentinas (2011). www.mica.gob.ar

SCOLARI, Carlos (2008) *Hipermediaciones. Elementos para una teoría de la comunicación digital interactiva*, Ed. Gedisa, Barcelona.

SRNIECEK, N. (2019) *Capitalismo de Plataformas*, Caja Negra, Buenos Aires.

SUBER, Peter (2015) *Acceso Abierto. México*, Universidad Autónoma del Estado de México, <https://goo.gl/2XU4W>

TREJO DELARBRE, Raúl (2015) "Derecho, delitos y libertades en Internet", *Derecho a la información y Derechos Humanos*. <http://raultrejo.tripod.com/internertensayos/>

UNESCO (2015) "Directrices para los recursos educativos abiertos (rea) en la educación superior" (<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/igo/>). "Guide to open licensing. open definition". Open Knowledge Foundation. (n.d.) Fuente: <http://opendefinition.org/guide/>-UNESCO (2015). "Guía básica de recursos educativos abiertos" (<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/igo/>).

UNESCO (2005) *Hacia las Sociedades de Conocimiento*. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001419/141908s.pdf>

UNESCO (2012) *Congreso Mundial sobre los Recursos Educativos Abiertos (REA)* (http://www.unesco.org/new/fileadmin/multimedia/hq/ci/wpfd2009/spanish_declaration.html).

VILLANUEVA MANSILLA, Eduardo (2004) "Internet, el espacio que se debe defender: una consideración sobre su centralidad para el desarrollo de la comunicación", *Revista Signo y Pensamiento*, Nº 44 volumen XXIII, enero- junio, Bogotá, Colombia.

WOLTON, Dominique (2000) *Internet ¿y después? Una teoría crítica de los nuevos medios de comunicación*, Ed. Gedisa, Barcelona.

ZUBOFF, S. (2019) *The age of surveillance capitalism*, Profile Books, Lindon.

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA EN EL CICLO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA DEFENSA NACIONAL (1948-1962)*

*THE ARGENTINIAN NATIONAL SUPREME COURT OF
JUSTICE IN THE CYCLE OF THE NATIONAL DEFENSE
CONSTITUTION (1948-1962)*

*Gerardo Tripolone***

Resumen: En el presente trabajo analizamos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en relación con los poderes militares establecidos en la Constitución en un periodo de la historia marcado por la participación formal del país en una guerra internacional y conflictos armados internos, según el criterio de la propia Corte. El objetivo es describir la forma en que el máximo tribunal nacional ha interpretado las facultades de defensa nacional y ha controlado, avalado o rechazado su utilización por el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Nos valdremos del marco teórico expuesto por Harold Koh en su obra *The National Security Constitution* para elaborar una parte del “ciclo” de la Constitución de la Defensa Nacional en Argentina. Empleamos el análisis discursivo como metodología de investigación de cuatro causas importantes de la historia de la Corte Suprema de Justicia. A partir de este análisis, sistematizamos las reglas fundamentales del tribunal sobre la problemática. La importancia de este abordaje radica, por un lado, en la falta de estudios sistemáticos desde el derecho constitucional de los poderes militares y, por el otro, en que las causas analizadas sentaron una jurisprudencia que no ha sido modificada por el máximo tribunal.

* Trabajo recibido el 13 de agosto de 2020 y aprobado para su publicación el 22 de septiembre del mismo año.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Asistente de CONICET - Instituto de Investigaciones Socioeconómicas, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de San Juan. Docente en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de San Juan (contacto gerardo.tripolone@gmail.com).

Palabras-clave: Constitución - Defensa Nacional - Fuerzas Armadas - Poderes militares.

Abstract: In this work we analyze the rules adopted by the Argentinian Supreme Court of Justice on military powers in a particular period of time signed by the formal participation of the country in an international war and the internal armed conflicts, according to the criteria of the Court itself. The aim is to describe the way that the Court has interpreted the powers on national defense and has controlled, approved or rejected its use by the Executive and Legislative branches. We use the theoretical approach of Harold Koh in his *The National Security Constitution* in order to describe a cycle of National Defense Constitution in Argentina. We use the discursive analysis as a research methodology of four important cases resolved by the Court. From this analysis, we systematize the fundamental rules of the Court on the topic. The importance of this approach is, in the one hand, because the lack of systematical studies from constitutional law on military powers in Argentina and, in the other, because with these four cases the Court has made the judicial rules on military powers that has not changed in other cases.

Keywords: Constitution - National Defense - Armed Forces - Military powers.

Sumario: Introducción. I. "Merck". II. "Escuela Popular". III. "Attías". IV. "Rodríguez Ruggero". V. Conclusiones finales.

Introducción

En el presente trabajo analizaremos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante, CSJN o la Corte) en relación a los poderes militares establecidos en la Constitución Nacional Argentina (CN). Buscaremos los principios generales que la Corte postula como base para sus decisiones¹. El análisis forma parte de una agenda de investigación sobre lo que hemos denominado "Constitución de la Defensa Nacional"². En otro escrito hemos abordado la relación entre el Poder Ejecutivo (PE) y el Poder Legislativo (PL) en Argentina utilizando como marco teórico la obra de Harold Koh y su "Ciclo de la Constitución de la Se-

(1) Seguimos en este punto el concepto de Alchourron y Bulygin de jurisprudencia. ALCHOURRÓN, C.E. - BULYGIN, E. *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 117.

(2) TRIPOLONE, G. "Las fuentes de la Constitución de la Defensa Nacional", *Revista Jurídica Región Cuyo*, Nº 6, 2019.

guridad Nacional” en Estados Unidos³. Según Koh, el presidente tiene la iniciativa en asuntos militares y de seguridad, mientras que el Legislativo consiente en sus políticas y el Judicial tolera las prácticas incluso reñidas con la legalidad o la propia Constitución⁴. En el trabajo anterior, probamos un patrón similar en Argentina. En el presente, indagaremos la actuación del Poder Judicial (PJ) frente a los poderes políticos, en especial el PE. La hipótesis es, como en Koh, la deferencia de la CSJN hacia el presidente en asuntos de defensa nacional.

La utilización de un marco teórico norteamericano no es arbitraria. Los redactores de la CN tuvieron como principal fuente de inspiración la Constitución norteamericana, algo que se nota particularmente en la organización del poder y en las potestades militares. La CSJN ha utilizado el derecho, la doctrina y la jurisprudencia de aquel país como un “talismán” a la hora de argumentar sus decisiones⁵. Por lo demás, esto permite colocar el caso argentino en una perspectiva más amplia que lo hace interesante también para indagaciones comparadas con otros países de la región.

Nos concentraremos en un periodo de tiempo breve pero significativo de la historia de la CSJN. En los catorce años que transcurren entre 1948 y 1962 se sentaron las bases de la interpretación de los poderes militares. No hay jurisprudencia relevante con posterioridad que haya modificado los criterios de las cuatro causas que analizaremos:

1. “Merck Química Argentina S.A. c/Nación Argentina”, 1948, *Fallos* 211:162, en adelante “Merck”.
2. “Attías, Alberto”, 1952, *Fallos* 223:206, en adelante “Attías”.
3. “Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano c/Nación”, 1959, *Fallos* 245:146, en adelante “Escuela Popular”.
4. “Rodríguez, Juan Carlos; Ruggero, Conrado Andrés, y otro”, 1962, *Fallos* 254:116, en adelante “Rodríguez Ruggero”.

“Merck” y “Attías” fueron dictadas durante el llamado “primer peronismo” que comprende los dos primeros gobiernos de Juan D. Perón entre 1946 y 1955. En ambos casos, la composición de la CSJN responde a los cambios tras los juicios políticos al tribunal en 1947. “Escuela Popular” y “Rodríguez Ruggero” se dictaron bajo gobiernos de la Unión Cívica Radical, con la CSJN del peronismo depuesta por el golpe de Estado de 1955. “Merck”, “Attías” y “Escuela Popular” son fallos

(3) TRIPOLONE, G. “El Ejecutivo siempre Gana. División de Poderes y Fuerzas Armadas en Argentina”, texto inédito en evaluación para una publicación científica.

(4) KOH, Harold. *The National Security Constitution. Sharing power after Iran-Contra affair*, Yale University Press, Londres y New Haven, 1990, pp. 5, 12-13, 62-63.

(5) MILLER, J. “The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practices Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite’s Leap of Faith”, *American University Law Review* 46 (5), 1997, pp. 1483-1572.

dictados durante gobiernos constitucionales. Al contrario, “Rodríguez Ruggero” es de octubre de 1962, esto es, siete meses después del golpe de Estado que depuso a Arturo Frondizi de la presidencia y colocó al senador José María Guido como primer mandatario.

Al momento de fallar “Merck”, la CN vigente era la de 1853-1860, mientras que “Attías” se dictó con la “Constitución peronista” de 1949 que reformó cláusulas importantes en materia de defensa nacional⁶. “Escuela popular” y “Rodríguez Ruggero” fueron dictados con la CN de 1949 derogada por el gobierno de facto que asumió en 1955. La CN vigente volvió a ser la de 1853-1860 con la reforma de 1957, hecha también durante el gobierno de facto. Sin embargo, esta no había cambiado nada relativo a los poderes militares.

“Merck” y “Escuela Popular” se refieren a casusas suscitadas en contexto de una declaración de guerra internacional contra otros Estados. Al contrario, “Attías” y “Rodríguez Ruggero” versan sobre causas concernientes a guerras internas o conflictos armados internos, según el criterio de la Corte. “Merck” y “Escuela Popular” fueron dictadas por causas fundadas en acciones de un gobierno de facto, específicamente la incautación de bienes de propiedad de ciudadanos de una nación con la que se mantenía un estado de guerra. Al contrario, “Attías” y “Rodríguez Ruggero” son causas dictadas por acciones de gobiernos constitucionales, el de Juan D. Perón y el de Arturo Frondizi respectivamente.

Todos estos datos pueden sistematizarse en la siguiente tabla:

	“Merck”	“Attías”	“Escuela Popular”	Rodríguez Ruggero”
Año de la sentencia	1948	1952	1959	1962
Tipo de conflicto	Internacional	Interno	Internacional	Interno
Tipo de gobierno que realizó los actos que generaron la causa	De facto	De iure	De facto	De iure
Tipo de gobierno al momento de decidir la causa	De iure	De iure	De iure	De facto
CN vigente	1853-1860	1949	1853-1860 con reforma 1957	1853-1860 con reforma 1957

(6) TRIPOLONE, G. “La defensa nacional en la Constitución de 1949”, *Revista de Historia del Derecho*, Nº 59, 2020, pp. 1-42.

Estos no fueron los únicos casos que resolvió la CSJN que tuviesen que ver con cuestiones referidas a las Fuerzas Armadas Argentinas (en adelante FFAA) o asuntos militares entre 1948 y 1962. Sin embargo, son los que abordaron de manera directa la interpretación de los poderes militares de los artículos 67 y 86 de la CN (75 y 99 en la actualidad).

Para el abordaje de la jurisprudencia, emplearemos como metodología el análisis discursivo⁷. Buscaremos en el texto de los fallos la descripción de los hechos, el contexto y el derecho vigente según los miembros de la CSJN. El análisis de las cuatro causas se hará teniendo en cuenta una serie de preguntas que se contestarán ateniéndonos exclusivamente al texto de la sentencia. Allí buscaremos las concepciones de la CSJN como institución y de sus distintos miembros en votos separados sobre la guerra, la situación política y social de la época, la interpretación constitucional, el alcance de los poderes del Estado en materia militar, la influencia de la Constitución, jurisprudencia y doctrina de Estados Unidos en nuestro país, la articulación de los derechos individuales con la defensa nacional y, finalmente, la importancia del derecho internacional para decidir la causa.

No expondremos el contexto histórico en base a bibliografía secundaria ni compararemos la noción de conflicto armado de la CSJN con la de manuales sobre la materia. Esta metodología, útil en otras investigaciones, lo que hace es confrontar dos narrativas (la de ciertos autores y la de la CSJN) sobre, por ejemplo, el contexto sociopolítico. De nuestra parte aspiramos a entender cómo los propios agentes que emiten el discurso en análisis (los jueces) reconocían ese contexto y cómo esto queda plasmado en la sentencia. De la misma forma con el resto de las preguntas: por ejemplo, para la definición del concepto de guerra no buscamos encontrar alguno en la literatura especializada y compararlo con el de la Corte, sino a determinar cómo lo definió la propia Corte en su sentencia. En notas al pie hemos agregado referencias bibliográficas sobre el periodo histórico, la causa o relaciones teóricas que creemos pueden servir para futuras indagaciones basadas en metodologías diferentes.

Las preguntas que guiaron la investigación son las siguientes:

1. ¿Cómo define la CSJN la guerra y el contexto de la causa?
2. ¿En qué cláusulas constitucionales fundan los poderes militares? ¿Cómo los interpretan y valoran?
3. ¿Qué límites tiene el PL y el PE en el ejercicio de los poderes militares y el PJ en su control?
4. ¿Qué influencia tiene la Constitución, jurisprudencia y doctrina de los Estados Unidos en la interpretación de la CN?

(7) MANRIQUE, M.S. *Análisis del discurso. Aportes para la comprensión de las situaciones de enseñanza*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2014.

5. ¿Cómo influye el derecho internacional en los poderes militares?
6. ¿Cómo relaciona derechos individuales y seguridad nacional en tiempos de paz y de guerra?

Estas preguntas han sido contestadas para cada caso en particular en seis apartados distintos que llevan el mismo título. Ordenaremos el trabajo exponiendo, en primer lugar, las dos causas referidas a conflictos internacionales (“Merck” y “Escuela Popular”) y luego las dos referidas a conflictos internos (“Attías” y “Rodríguez Ruggero”). En todos los subtítulos, el número entre paréntesis corresponde a la página de la sentencia en análisis según la publicación oficial de la CSJN en los tomos de Fallos mencionados más arriba.

I. “Merck”

La guerra y el contexto

“Merck” es un fallo canónico en el derecho constitucional argentino por varios temas: cuestiones políticas no judiciales, estado de guerra, poderes militares, relaciones internacionales, relaciones entre derecho interno y derecho internacional, jerarquía de los tratados internacionales, derecho de propiedad. De las cuatro sentencias que analizaremos, esta es la más conocida y la más comentada en la literatura. También es una de las más repudiadas. Por ejemplo, Sagüés sostiene que “Merck” “ha significado un himno a la más desbordada visión de la doctrina del estado de necesidad, que cabe corregir con presteza”⁸. Con aún más pomposidad, Ekmekdjian afirma que “Merck” lo “avergüenza como argentino y como constitucionalista”⁹.

El fallo de la CSJN parte del rechazo por parte de la Cámara Federal de la Capital de una sentencia recurrida que había admitido la constitucionalidad de “diversos decretos leyes y en especial los números 6948/45, 7035/45, 10935/45 y 11599/46” (194). Los decretos, según la CSJN, referían a la vigilancia, incautación y disposición de propiedad enemiga luego de la declaración de guerra a las potencias del Eje a fines de la Segunda Guerra Mundial. La actora recurría la sentencia porque consideraba que la desposesión de su propiedad durante el periodo en que Argentina estuvo en estado de guerra con Alemania era arbitraria. Una vez admitido el recurso, la CSJN pasa a considerar los puntos que nos interesan.

Para evaluar si el PE tenía la facultad de disponer de la propiedad enemiga, la Corte percibe la situación de guerra. En primer lugar, la califica como una situación de “grave e inminente peligro para la Nación”. Un peligro que surge de una guerra desconocida hasta el momento. Las guerras actuales, dice la CSJN, adquieren “formas intensivas y demoledoras”, que no podían preverse con anterioridad (207). La

(8) SAGÜÉS, Néstor P. *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1999, t. II, p. 622.

(9) EKMEKDJIAN, Miguel A. *Tratado de derecho constitucional. Tomo II*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 624 y p. 675.

Segunda Guerra Mundial es “un flagelo” que justifica la declaración de guerra y por eso el “gobierno de facto” no sólo pudo dictar el decreto-ley 6945/45 que declaró el estado de guerra contra Alemania y Japón, sino, además, “el decreto 7032 del mismo año y su coordinador No 11599/46, referidos estos últimos al régimen de la propiedad enemiga o presa terrestre, ya prevista en la Conferencia Interamericana de Méjico de febrero de 1945” (207).

El contexto es novedoso con respecto a lo vivido en el siglo XIX, lo cual es importante a la hora de decidir la causa: la mayoría de la CSJN considera que “la realidad jurídica no puede prescindir de la realidad de la vida” (198). El énfasis es fuerte:

“(E)s argumento incontrastable de rigurosa aplicación en autos, que la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu remanente de las instituciones de cada país o descubre nuevos aspectos no contemplados con anterioridad, a cuya realidad no puede oponérsele, en un plano de abstracción, el concepto medio de un periodo de tiempo en que la sociedad actuaba de manera distinta o no se enfrentaba a peligros de efectos catastróficos” (205).

Definido así el contexto, la Corte determina dos cuestiones centrales: (i) quién decide cuándo se está en esa situación; y (ii) cuánto dura. En “Merck”, la respuesta no deja dudas: (i) lo decide el órgano constitucionalmente facultado para declarar la guerra, que en Argentina es el Congreso de la Nación. Aunque esto no es abordado por la CSJN, ante la doctrina de facto que ella misma había construido, a falta de PL, es el PE.

El punto (ii) es importante, sobre todo porque las normas impugnadas fueron dictadas después de finalizado el conflicto en Europa. La compañía Merck Química Argentina era “propiedad enemiga” porque era de capitales alemanes. Sin embargo, Alemania se había rendido el 8 de mayo de 1945 ante la Unión Soviética y los aliados occidentales. ¿Permanecía el estado de guerra?

La CSJN sostiene que el estado de guerra no concluye con la rendición incondicional, sino con el tratado de paz. Esto en sí es interesante desde el punto de vista del derecho de los conflictos armados. Lo paradójico es que, como se vio, la CSJN en este mismo fallo habla de cómo “la realidad de la vida” modifica la interpretación del derecho. Sin embargo, aquí asumen la perspectiva más formalista posible: aunque Alemania *en la realidad de la vida* no luchaba y aunque Argentina *en la realidad de la vida* jamás luchó contra Alemania, la mayoría de la Corte necesita de un tratado que establezca *formalmente* que ya no hay guerra.

En la única disidencia, el ministro Tomás Casares defiende un concepto muy distinto de guerra. En primer lugar, cita como autoridad a Francisco Suárez para sostener que la guerra es un “acto de juicio”. Considera que, con la guerra, el Estado persigue a otro por un “delito bajo su autoridad” (215-216). La guerra procura “el afianzamiento de la justicia” y el Estado “asume la posición y responsabilidad

de juez” al declararla (219). Casares trae una concepción escolástica de la guerra al contexto de un conflicto del siglo XX, más allá de que admite que “la guerra total contemporánea” dificulta su calificación como juicio (220).

Además, para Casares la guerra ha concluido (225). Sin embargo, esta caracterización no es considerada para evaluar la constitucionalidad de las medidas. Para él, el punto central es otro, como se verá más adelante, y refiere a las facultades de los poderes políticos de *desposeer* a un particular de su propiedad, en tiempos de guerra.

Poderes militares en la Constitución

Tal vez lo más interesante de “Merck” sea el desarrollo a los poderes militares. La mayoría de la CSJN identifica en los incisos 21, 22 y 23 del artículo 67 y en los incisos 12 a 18 del 86 los poderes militares del Estado Nacional (198). El artículo 67 refería a las potestades del Congreso de la Nación, mientras que el 86 a las del Poder Ejecutivo. Sin embargo, la Corte establece una jurisprudencia según la cual los poderes de guerra preexisten al Estado y están en manos del Poder Ejecutivo principalmente¹⁰.

Este es un punto en el que la Corte se pronunció sin fisuras. La mayoría sostuvo que “no cabe discusión alguna sobre la existencia y preexistencia de tales poderes de guerra”, los cuales “son forzosamente anteriores y, llegado el caso, aun mismo superiores a la propia Constitución”. Para cerrar el argumento, la Corte sostiene:

“La supervivencia futura [de la Constitución] con más la supervivencia y plenitud de todos los beneficios que ella acuerda o protege, queda subordinada a las alternativas del estado de guerra defensiva al cual el país puede encontrarse avocado en cualquier momento” (196).

Los poderes de guerra son previos a la Constitución y, en tiempos de normalidad, no pueden utilizarse. Pero en la excepción estos poderes reaparecen. El Estado los utiliza y los “beneficios” que trae la Constitución quedan en segundo plano frente a la necesidad de salvarla.

(10) Esta noción tiene orígenes norteamericanos y perdura en el siglo XXI. John Yoo es uno de los autores más renombrado que, en el siglo XXI, ha defendido esta posición, tanto doctrinariamente como en su paso por la Secretaría de Justicia (véase: YOO, John. *The Powers of the War and Peace. The Constitution and Foreign Affairs after 9/11*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 2003; *War by Other Means. An Insider's Account of the War on Terror*, Atlantic Monthly Press, New York, 2006 y *Crisis and Command. The History of Executive Power from George Washington to George W. Bush*, Kaplan, New York, 2009). Una posición contraria puede verse en la obra de Sanford Levinson (*Nuestra Constitución antidemocrática. En qué se equivoca la Constitución (y cómo puede corregirla el pueblo)*, trad. Juan F. González Bertomeu, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp.142-151), de Charlie Savage (*Power Wars. Inside Obama's post-9/11 presidency*, Little, Brown and Company, New York, 2015, pp. 180-199). Para una mirada más alejada de la controversia político-partidaria, puede verse Baker (*In the Common Defense. National Security Law for Perilous times*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 12, 346).

Tomás Casares coincide con la preexistencia de los poderes de guerra, aunque no saca de esto la conclusión lógica: su independencia con respecto a la Constitución:

“No hay especial interés en determinar el precepto constitucional del cual emergen, pues se trata de potestades concurrentes a la existencia misma de la Nación, realidad preexistente a todo régimen positivo de organización institucional y llamada a sobrevivir a cualquiera de ellos. Los principios rectores de los poderes de guerra son anteriores a la Constitución. Tan innegable como la posible necesidad de tener que recurrir a la guerra es el derecho del Estado” (215).

Los poderes de guerra son “anteriores a la Constitución”. Esto no supone que sean *superiores*, pero sí que podrían no estar y aun así tenerlos. En cualquiera de los dos casos, los poderes de guerra están indeterminados y son implícitos¹¹.

A diferencia de Casares, en el voto de la mayoría los poderes de guerra no son sólo anteriores, sino también superiores. La CSJN está construyendo una facultad en los otros poderes del Estado sin necesidad del texto constitucional. La Constitución contiene preceptos sobre el tema y la Corte, en general, los menciona. Sin embargo, se encarga de destacar su “laconismo”, sumada a la “inadecuada jurisprudencia argentina al caso” y al “silencio que guardan las respectivas actas del Congreso General Constituyente de 1853” (199). Frente a este panorama, los jueces de la Corte estarían en posición de crear una nueva jurisprudencia que determine los poderes militares y las capacidades de ella misma para controlarlos.

(11) Que los poderes de guerra sean anteriores a la organización política, no es una posición descabellada, más allá de que la teoría política y constitucional haya querido ocultarlo. En el *Leviatán* de Hobbes está claro que durante el estado de naturaleza cada individuo tiene potestad de hacer todo aquello que le procure su salvación personal, potestad que se pierde con la constitución del Estado. Sin embargo, el Estado mantiene un poder similar al que tenían quienes lo crearon en el estado de naturaleza: él conserva el poder de vida y muerte sobre los súbditos. En *Teología política I*, Schmitt elabora una teoría similar: la normalidad instaurada por la decisión política no quita el poder del soberano de decretar el estado de excepción, que es extralegal. El Estado, tanto en Hobbes como en Schmitt, mantiene ese poder pre-estatal. Del *Leviatán* de Hobbes y de *Teología política* de Schmitt surge el análisis de Agamben (*Homo Sacer I. El poder soberano y la nuda vida*, trad. A.G. Cuspinera, Pre-textos, Barcelona, 2010, pp. 45-55) sobre la violencia y el estado de excepción como elemento que ha sido sacado del orden estatal, pero que se mantiene en él. Además, puede verse Grüner, quien desarrolla una posición similar: la violencia pre-estatal queda inscripta y latente en el Estado. Con los poderes militares ocurriría algo similar. Ellos, que son pre-estatales, permanecerían en el momento de dictar la Constitución, lo diga o no, GRÜNER, E. *Las formas de la espada. Miserias de la teoría política de la violencia*, Colihue, Buenos Aires, 2007, pp. 31-49.

El control de los poderes de guerra

Tanto para la mayoría de la Corte como para el ministro Casares que votó en disidencia, los poderes de guerra tienen limitaciones, aun cuando el tribunal sea extremadamente deferente sobre los alcances de las facultades del Ejecutivo para decidir y dirigir una guerra.

La CSJN sostiene que el Estado tiene un derecho “absoluto” a recurrir a la guerra “cuando la apremiante necesidad de ella conduce fatalmente tales extremos” (196). Una vez que decide la guerra, posee:

“el derecho a conducirla por los medios indispensables que las circunstancias lo impongan y sin más limitaciones que la que en ese estado de emergencia pudiera haberle impuesto la Constitución o los tratados internacionales en plena vigencia” (197).

La finalidad bélica determina los medios. Sin embargo, estos se limitan por “la Constitución” y “los tratados internacionales en plena vigencia”. A renglón seguido agrega que la CN,

“faculta a los órganos de gobierno que deban conducirla [la guerra] ejecutiva o legislativamente, a prever y realizar todo lo necesario y que *no esté expresa e indubitativamente prohibido en esa materia por su propia legislación*, a realizar cuanto fuese indispensable hasta donde lo permitan y hasta obliguen las necesidades militares y los intereses económico-políticos conexos con aquéllas, acechada como puede estar la Patria” (197, destacado añadido).

Este punto es sumamente importante. El fallo más deferente de los analizados a las potestades del PE (tal vez uno de los más deferentes de la historia de la CSJN) admite que la legislación es un límite para sus poderes de guerra. Mientras que autores como Bidart Campos¹², Sinópoli¹³ o Palazzo¹⁴, como hemos analizado en otros trabajos¹⁵, niegan que la legislación pueda limitar los poderes militares del PE, la Corte admite esta limitación.

(12) BIDART CAMPOS, G. *Manual de la Constitución Reformada*, tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1995.

(13) SINÓPOLI, S. *El Derecho Constitucional Militar*, Universidad Católica Argentina - Facultad de Derecho - tesis doctoral, Buenos Aires, 2003.

(14) PALAZZO, E. “Competencias del Congreso en materia de defensa nacional”, SABSAY, D.A. (dir.) - MANILLI, P. (coord.) *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, volumen 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pp. 816-840.

(15) TRIPOLONE, G. “Constitución y poderes militares en el siglo XXI”, *En Letra*, Vol. 5, Nº 10, 2018, pp. 32-55 y “Constitución, Fuerzas Armadas y terrorismo”, *Visión Conjunta*, Vol. 10, 2018, pp. 50-53.

La confusión se genera porque la propia Corte sostiene que el presidente puede actuar “dentro de las atribuciones que expresa e implícitamente le ha otorgado la Constitución *sin limitación*” (200, cursivas agregadas), lo que parece una contradicción. Sin embargo, es más bien una redundancia: dentro de sus atribuciones, no tiene límites en la elección de los medios¹⁶. La Corte jamás dice que “no tiene límites en su actuación”, sino que no tiene límites “dentro de sus atribuciones”. Por eso aclara que debe actuar “*sin que ello importe transgredir ninguna norma constitucional y sin que tampoco implique, por lo demás, el reconocimiento de un discrecionalismo ilimitado*, pues nunca podría rayar en irresponsabilidad, en atención a lo prescripto en los arts. 45, 51 y 52 [sobre juicio político]” (200, cursivas añadidas).

Frente a estos límites al PE, la Corte se coloca una restricción: no puede juzgar sobre “las necesidades que impone el estado de guerra, los medios escogidos por el órgano de gobierno encargado de conducirla y la oportunidad en que pudieron o debieron ser realizados” los actos (211). Estas son “atribuciones insusceptibles de ser calificadas de judiciales” (211). Por eso, para la Corte, la toma de posesión de la propiedad privada es constitucional:

“únicamente el Poder Ejecutivo de la Nación en actos propios del ejercicio de sus privativos poderes de guerra, es el que tuvo atribuciones suficientes para resolver sobre la calificación enemiga de la propiedad de la recurrente, el mayor o menor grado de vinculación o dependencia que podía mantener con las naciones en guerra, la efectividad y la gravedad que pudiera importar la penetración económica del enemigo, la eventualidad de proyectar la guerra sobre ese campo y por consiguiente, la conveniencia o necesidad de la vigilancia, control, incautación y disposición definitiva de los bienes, como asimismo, de la necesidad y urgencia de proceder en tal forma en la oportunidad que respectivamente adoptó cada una de esas medidas” (211).

La CSJN le otorga legitimidad completa y única al Presidente para estas decisiones durante la guerra. Sin embargo, acepta que, firmada la paz, puedan entablarse acciones judiciales (212).

La influencia del talismán

Ya dijimos que, como sostiene Miller, la doctrina y jurisprudencia de Estados Unidos funcionó, durante el siglo XIX y entrado el XX como un “talisman” para la CSJN¹⁷. “Merck” es una prueba de esto.

(16) Esto, según Atria, es consustancial al principio comisarial que guía la actuación de la administración. ATRIA, F. *La forma del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 193-199.

(17) MILLER, J. *Op. cit.*, pp. 1483-1572.

El tribunal cita el fallo *Missouri v. Holland*, 252, U.S., 416-433 y la opinión de Marshall para sostener que la interpretación constitucional debe adecuarse a la época (206-7). La Corte evoca la autoridad de Marshall para alejarse del originalismo en la interpretación constitucional.

Más relevante es la afirmación según la cual los artículos 67 incs. 21-23 y 86 15-18 “han sido trasladados casi al pie de la letra o por lo menos identidad de propósitos, de análogas normas de la constitución de los Estados Unidos de América” por lo que “no sería prudente subestimar los valiosos elementos de interpretación y aplicación que allí sirvieron para aquilatar el alcance de dichos preceptos” (199). Ellos tuvieron muchas guerras, nosotros no, por lo que es bueno adaptar su doctrina, sobre todo teniendo en cuenta que:

“las sucesivas guerras en que se ha visto envuelta aquella nación [...] le han permitido elaborar una constante doctrina adaptable a todas las naciones americanas que, en esa parte, siguieron casi exclusivamente aquel modelo y que en ausencia de una doctrina estable condicionada a las necesidades de la guerra moderna, encuentran en aquellos antecedentes, una inapreciable guía de esclarecimiento para resolver sus propios y casi novedosos problemas bélicos” (200).

Por otra parte, la CSJN cita el caso *Brown v. US*, 8, Cranch, 110 para sostener, junto a Joseph Story, que los poderes como ordenar represalias o capturas están ínsitos al de declarar la guerra porque, de lo contrario, sería inefectivo (201). A partir de *Ware v. Hylton*, 3 Dallas, 199, caso de un tribunal inferior anterior a la Constitución federal, elabora “esta doctrina imperante en los Estados Unidos”, reiterada en *Fairfax v. Hunter*, 7 Cranch. 603, Prize Cases, 2 Black, 635.

A su vez, utiliza *Metropolitan Bank v. Van Dyck*, 27, N.Y. 400 y *Kneedler v. Lane* “donde se adujo también, que [...] el poder de declarar la guerra, necesariamente envuelve el poder de llevarla adelante y éste implica los medios. El derecho a los medios, se extiende a todos los medios en posesión de la Nación” (45, Penn, 238; S.C. 3 Grant, 465) (202). Esta jurisprudencia norteamericana, según nuestra Corte, se mantuvo durante la segunda mitad del siglo XIX. Los tribunales admitieron que “la legitimidad de la apropiación de los bienes enemigos radicados dentro o fuera del país, legitimidad que, de acuerdo al fallo dictado, no podía ser cuestionada judicialmente”, basándose en casos como *Miller v. United States*, 11. Wallace, 268-231 de 1870. Finalmente, se vale de jurisprudencia del siglo XX, en la cual “la Corte Federal mantuvo y amplió merced a leyes de emergencia dictadas por el Congreso, la doctrina ya expuesta precedentemente” (203).

Ahora bien, nuestra Corte hace una advertencia: los precedentes de Estados Unidos “se explican en un país que entiende la guerra con finalidades de expansión o en relación a las peculiaridades anglo-sajonas dominantes en su formación ético-racial, bien distintas a la tradición argentina o que resultan inaceptables a la luz de los

principios de derecho público interno o internacional que ha adoptado la República Argentina". La CSJN piensa que "es bajo todo punto de vista indispensable hacerse cargo de tales fundamentos" (203). Es decir, la jurisprudencia norteamericana sirve para fundar los poderes de guerra de la Constitución argentina siempre que se tenga en cuenta que esos poderes consagrados en nuestra Constitución no pueden usarse, como sí sucede en Estados Unidos, con fines imperialistas. Otro límite a los poderes militares, según la Corte.

Derecho internacional y guerra

Uno de los puntos fundamentales por los que se analiza "Merck" es su innovación a la relación jerárquica entre el derecho internacional y el derecho interno en tiempos de guerra. Según la Corte, durante la guerra los compromisos internacionales se colocan en una escala jerárquica superior al derecho interno. El fundamento constitucional está en el artículo 27, el cual establece la obligación del gobierno federal de "afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras". Los tratados que se firmen deben estar "de conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución".

De esta norma, la CSJN deduce que solo las *relaciones de paz y comercio* se enmarcan en tratados *de acuerdo con los principios de derecho público constitucionales*. Al contrario, los tratados en el marco de relaciones de guerra, no necesariamente deben estar de acuerdo con esos principios (163-4):

"Cuando se penetra en el terreno de la guerra en causa propia -eventualidad no incluida y extraña por tanto a las reglas del art. 27- la cuestión se aparta de aquellos principios generales y coloca a la República y a su gobierno político, en el trance de cumplir los tratados internacionales con todo el rigorismo de que puedan estar animados" (207).

En su disidencia, el ministro Casares se opone a esta idea. Considera que "el orden jurídico nacional interno no es allanado en lo esencial de él por el hecho de la guerra" (221). Por eso, para él, la inviolabilidad de la propiedad no se coloca en inferioridad con las obligaciones internacionales.

Además, la Corte señala la existencia de "nuevos principios" del derecho internacional, muy distintos a los que existían al momento de la sanción de la Constitución originaria (200). A partir de la segunda mitad del siglo XIX se aprecia una "reacomodación de los conceptos o principios fijados por el Derecho Internacional" (202), aunque no aclara cuáles son ni por qué el cambio.

Derechos individuales y seguridad nacional

En "Merck" es evidente la primacía de las consideraciones de la seguridad nacional sobre los derechos individuales. Los segundos "ceden" ante la "suprema

seguridad de la Nación” (164). Para la Corte, “nada ni nadie puede invocar un mejor derecho, cuando se está en presencia de la independencia, la soberanía y la seguridad interna y externa de la Nación” (208).

Hay una razón política: evitar la desintegración nacional. Para la Corte, un énfasis excesivo en los derechos individuales en un contexto de guerra llevaría a “desarmar y desarticular todas las defensas posibles de la República”, lo cual supondría que la propia Constitución se transforme en “un instrumento de disgregación nacional, lo que a todas luces es absurdo, ilógico y antinatural” (208).

Para el caso de los extranjeros, la Corte afirma que “todo derecho o garantía individual reconocida a los extranjeros incluidos en la categoría de beligerantes activos o pasivos, cede tanto a la suprema seguridad de la Nación como a las estipulaciones concertadas en los países aliados a la República” (207). Esta es una afirmación sumamente fuerte. Sin embargo, hay que tener en cuenta los límites que mencionamos más arriba.

Casares plantea el asunto de un modo diferente. En primer lugar, admite la importancia fundamental de la defensa nacional. Sin una defensa apropiada, el país no podría asegurar los beneficios que el preámbulo anuncia, entre los que se halla el de “la inviolabilidad de la propiedad” (221). El ministro cambia el foco de discusión y lo dirige hacia la legitimidad de apropiarse de la compañía. En su voto, sostiene que deben distinguirse “las facultades contralor, vigilancia y ocupación o secuestro, y aun las de disposición, determinadas por exigencias del esfuerzo bélico, de la desapropiación definitiva” (221). Para el ministro, la inviolabilidad de la propiedad se relaciona con la desapropiación. Las acciones anteriores estarían admitidas, ya que son actos de uso y goce, pero no de desapropiación. Sin embargo, el Estado desapropió a “Merck”, principal razón de su voto en disidencia.

Conclusiones sobre “Merck”

1. Los poderes militares del Estado son anteriores y superiores a la propia CN y no requerirían una cláusula expresa para detentarlos.
2. El PE, como comandante en jefe, es el único que tiene potestades para decidir cómo dirigir la guerra, elegir los medios necesarios para confrontarla y la oportunidad para ponerlos en práctica. El PJ no puede intervenir en sus decisiones. Sin embargo, su actuación posee límites en la CN, los tratados internacionales y en la ley.
3. La influencia del derecho constitucional norteamericano es fundamental para decidir debido al escaso desarrollo jurisprudencial y doctrinal argentino, sumada a la experiencia bélica de Estados Unidos.

4. En tiempos de guerra, el país debe someterse a los compromisos internacionales que tienen una jerarquía superior al derecho interno. En tiempos de guerra, la regla de la primacía de los principios del derecho público sobre los tratados “de paz y comercio” (art. 27 CN) no rige.
5. Los derechos individuales ceden ante las necesidades de la defensa nacional. Sobre todo, en caso de extranjeros de Estados enemigos, sus derechos y garantías no pueden colocarse como obstáculos para el esfuerzo bélico.

II. “Escuela Popular”

La guerra y el contexto

“Escuela Popular” es un fallo cuyos hechos, según el relato de la CSJN, son parcialmente similares a los de “Merck”. En marzo de 1946 (luego de las elecciones presidenciales de febrero de ese año), el gobierno de facto iniciado en 1943 tomó posesión del bien. Se valió, como en Merck, de poderes de guerra en ese carácter hasta el dictado de la resolución 940 del año 1948 que declaró el inmueble de utilidad pública y afirmó que allí no se habían realizado actividades bélicas contra Argentina¹⁸.

Durante todo este tiempo, el Estado ocupó el bien sin indemnizar a los propietarios. El juicio de expropiación culminó recién en septiembre de 1954. A partir de 1948, el Estado dejó de valerse de los poderes de guerra para alegar la toma de posesión del inmueble, lo fundamentó en la utilidad pública para el Estado y no en ser propiedad enemiga. El conflicto, a partir de ese momento, se discute dentro de los debates sobre la expropiación (157).

Tal vez este cambio en las normas generales en las que la Corte se dispone a decidir la causa explique por qué el tribunal no analiza el contexto en el que se tomaron las medidas ni conceptualiza la guerra. Sobre la idea de guerra, del texto de la sentencia solo puede afirmarse que la Corte legitima el uso de poderes militares del Estado en marzo de 1946, es decir, cuando tomó posesión del inmueble. Es interesante resaltar que la fecha implica legitimar estos poderes casi un año después del cese de hostilidades (159), lo cual distingue a la CSJN de 1959 con el voto de Casares en “Merck”.

(18) Puede verse OYHANARTE (h), M. “La Corte del 60: Poder moderador ante una democracia cercada (1958-1966)”, en SANTIAGO (h), A. (dir.) *Historia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El periodo de la discontinuidad institucional, Tomo III: 1947-1983*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, p. 708.

Poderes militares en la Constitución

La CSJN afirma que los poderes militares se hallan en los “arts. 67, inc. 21, y 86, incs. 15 y sgtes. (159). Sin embargo, no analiza las cláusulas. De ellos solo hablará en el contexto del control del PJ a la actuación del PE, que trataremos en el acápite siguiente.

El control de los poderes de guerra

La CSJN sí dedica varios párrafos al control de los poderes de guerra por parte de los tribunales de justicia. Sostiene que:

“los actos originarios de la presente causa fueron indiscutiblemente realizados en ejercicio de los poderes de guerra pertenecientes a los órganos legislativos y ejecutivo con fundamento en disposiciones legales expresas” (158).

“(N)o cabe dudar que, cuando el Estado privó a la actora del goce de sus bienes el 14 de marzo de 1946, lo hizo en ejercicio de sus legítimos poderes de guerra (arts. 67, inc. 21, y 86, incs. 15 y sgtes.)” (159).

El PJ restringe su propia actuación en la decisión de poseer un bien de propiedad enemiga. Esto, como vimos, también lo había admitido Tomás Casares en “Merck”. Además, la CSJN sostiene que no puede reclamarse indemnización por estos actos del Estado en el ejercicio de poderes militares.

Como la Corte peronista y el mismo Casares, los nuevos integrantes del tribunal admiten que es posible tomar posesión de bienes en el contexto de un conflicto armado en el que Argentina esté involucrado. Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte sostienen en su voto en disidencia parcial que “la privación del uso y goce” de los bienes cuestionada por la actora, “entre el 14 de marzo de 1946 y el 23 de febrero de 1948 [...] tuvo el carácter de un acto de autoridad y soberanía dispuesto en el ejercicio de los poderes de guerra que el Estado posee” y es un poder propio de los tiempos de guerra el de “limitar o suspender derechos investidos por súbditos enemigos, en la medida en que pueda presumirse que el uso de esos derechos ha de afectar la seguridad o la defensa de la Nación” (160). Es interesante porque colocan un límite: que el ejercicio de esos derechos pueda afectar la seguridad o la defensa de la Nación. Ese límite, ¿es controlable por el Poder Judicial? Nada dicen. Sin embargo, sí fundamentan su posición en la obra de Joaquín V. González y en el voto en disidencia del Tomás D. Casares en “Merck”.

A pesar de esto, la mayoría de la CSJN sostiene que, por las circunstancias de la causa, este no es el problema a resolver. En “Escuela Popular”, la cuestión no era si el Estado tiene esas facultades militares, que la Corte no discute. Lo que estaba en juego era, para el tribunal, el “enriquecimiento sin causa que el Estado habría recibido de esa ocupación, en cuanto instaló en aquella, gratuitamente, la Escuela

Nacional de Comercio N° 7 de la Capital Federal y, más tarde, el Curso Vespertino de Peritos Mercantiles” (159).

La posesión del bien no estuvo relacionada con el objetivo militar, sino con la instalación de una escuela. La Corte admite que instalar una escuela es un fin de bien público, pero no tiene nada que ver con el esfuerzo bélico, por lo que no puede englobarse dentro de los poderes militares del Estado. En base a esto, la CSJN sienta la siguiente doctrina:

“El ejercicio de las atribuciones conferidas al Presidente de la Nación en materia de poderes de guerra debe realizarse dentro del ámbito institucional, sin desviarse de los fines para los que esas atribuciones fueron otorgadas. La afectación de la propiedad privada, durante la investigación administrativa, a fines extraños al conflicto bélico, aunque de interés público indubitable, y que ha producido beneficios al Estado, era la obligación de restituirlos a su titular” (159).

La CSJN está llamada a valorar si el Estado ha tomado posesión del bien para una finalidad bélica. Esta es la diferencia fundamental con “Merck”, donde estas decisiones correspondían exclusivamente a los poderes políticos. En su voto, Boffi Boggero va más allá. Afirma que “las facultades privativas de un Poder no constituían facultades incontrolables por el Poder Judicial”. Vincula el control judicial con la supremacía constitucional, que también se mantiene en relación a los poderes de guerra, a diferencia de “Merck”: “ese principio, en cuya base se encuentra la supremacía constitucional, es perfectamente aplicable aun a los llamados ‘poderes de guerra’, deslindando los que se han ejercido razonablemente [de] los que, a la inversa han ido más allá de su fundamento y finalidad” (160).

En definitiva, la Corte puede y debe controlar si la finalidad de los actos realizados durante una guerra es propia de un conflicto armado.

La influencia del talismán

En esta causa, la CSJN no apela al talismán de la jurisprudencia y la doctrina norteamericana para la interpretación constitucional nacional. En el único momento que se remite a una decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos es en el voto en disidencia parcial de Aróz de Lamadrid y Oyhanarte. Los ministros citan el fallo *Wallace’s Reporters*, t. XII, ps. 457 y sgtes., que “puso fin a las llamadas ‘Legal Tender Case’”, para sostener que no se deriva indemnización del uso de facultades de gobierno legítimas (162).

Derecho internacional y guerra

Tampoco encara, como sí sucede en “Merck”, la relación entre derecho interno e internacional. Esto podría explicarse porque, para la CSJN, la causa versa sobre un

juicio de expropiación y no, como en “Merck”, sobre la guerra y los compromisos internacionales que hace surgir.

Derechos individuales y seguridad nacional

Este es un punto importante de la causa, pero que no es tratado directamente. En otras palabras, aunque lo que se está garantizando es el derecho de propiedad, no se lo analiza en vinculación con las necesidades militares. Otra vez, al haber derivado la causa hacia un juicio de expropiación y no sobre poderes militares, el foco es otro.

Sin embargo, en su voto, Boffi Boggero sí entabla esta relación. Ya citamos un pasaje de su voto en el que señala que el Poder Judicial es la garantía de la supremacía constitucional incluso en relación con los poderes de guerra. En ese mismo contexto, el juez afirma que si el Poder Judicial no controla el ejercicio de los poderes de guerra “podría hacer ilusorios los derechos individuales, entre los cuales se encuentra el de ‘propiedad’ (art. 17 de la Constitución Nacional)” (160). El PJ se presenta como la garantía de los derechos individuales que frena a los otros poderes incluso en tiempos de guerra.

Conclusiones sobre “Escuela Popular”

1. La existencia de poderes militares en la Constitución y la primacía del PE en la dirección de la guerra no se discuten.
2. Los poderes de guerra incluyen la posesión de bienes de particulares, siempre que las necesidades de seguridad lo ameriten.
3. El PJ puede invalidar actos del PE si estos no han tenido relación con el esfuerzo bélico. En este caso, rechazó la facultad de desposeer a un “súbdito enemigo” porque la finalidad de la desposesión no tenía relación con la guerra. Al PJ le toca evaluar las acciones bélicas del PE. La Corte se revela como un órgano de control de razonabilidad incluso de las acciones militares en tiempo de guerra.

III. “Attías”

La guerra y el contexto

En septiembre de 1951, un grupo de militares liderados por Benjamín Menéndez intentó derrocar al gobierno de Juan D. Perón. Mediante el decreto 19376/51, éste declaró el “estado de guerra interno”, una institución que no formaba parte de la CN reformada en 1949. Solo había dos institutos de emergencia: el estado de sitio que provenía de la CN de 1853-1860 y el estado de “prevención y alarma”, creado

para situaciones menores a las que permitían la declaración del estado de sitio¹⁹. La declaración presidencial de guerra interna fue aprobada por el Congreso mediante la ley 14062. El decreto es del 28 de septiembre de 1951, es decir, durante el periodo de sesiones ordinarias del Congreso que finalizaba el 30 de ese mes. El estado de guerra interna se extendió el resto del mandato de Perón²⁰.

Bajo esta situación, se arrestó a los soldados y oficiales sublevados y otras personas. La CSJN resolvió la causa “Attías” planteada por un civil que había sido arrestado en este contexto. Peticionó la inconstitucionalidad de la declaración de guerra interna y, mediante un “recurso de *habeas corpus*”, su liberación. La Cámara de Apelaciones rechazó la pretensión de “Attías” de declarar arbitraria la detención, para lo cual se fundó en “Merck”. En el fallo de 1948, la guerra internacional había legitimado ciertos poderes en caso de guerra internacional. En 1951, esta idea sirvió para un estado de guerra interno. En julio de 1952, la Corte dictó, en tres páginas, su fallo.

La CSJN no define el contexto que vivía el país. Sin embargo, subsume el “estado de guerra interno” en la categoría de “estado de guerra” y, por tanto, ambas legitiman los poderes militares del Estado. El estado de guerra es un género que tiene dos especies: interno e internacional:

“la declaración del estado de guerra -aun en el orden interno del país, en casos de insurrección u otros análogos- es por su naturaleza, un acto indiscutiblemente político” (212).

Para el procurador general era innecesario “considerar cuál es el alcance último del denominado por la ley 14062 ‘estado de guerra interna’”, aunque le resultaba “evidente e innegable” que implicaba “cuanto menos la declaración del estado de sitio” (211). La diferencia es fundamental: mientras que para el procurador no se sabe bien a qué institución corresponde el acto del PE legitimado por el Congreso, para la CSJN es claro: corresponde a quien detenta los poderes militares del Estado.

En su voto en disidencia, Tomás Casares rechazó la idea de estar ante un estado de guerra *stricto sensu*. Lo que el gobierno llamaba de esta forma era, en realidad, un supuesto de “conmoción interior” y, por tanto, una situación que ameritaba la declaración de estado de sitio. Veremos con más detalles las consecuencias jurídicas de esta idea al final del siguiente apartado.

(19) TRIPOLONE, G. “La defensa nacional en la Constitución de 1949”, *op. cit.*

(20) POTASH, R. *El Ejército y la política en la Argentina (II). 1945-1962. De Perón a Frondizi*, Sudamericana, Buenos Aires, 1981, pp. 188-189. También puede verse LARRAQUY, M. *Argentina. Un siglo de violencia política*, Sudamericana, Buenos Aires, 2017, pp. 297-300.

Poderes militares en la Constitución

La mayoría de la Corte fundó la potestad de declarar la guerra interna en las cláusulas sobre poderes militares de la CN 1949: artículos 68 inc. 21 y 83 inc. 18. La primera establecía que el PL tiene la facultad de “autorizar al PE para declarar la guerra o hacer la paz”. La segunda, que el PE “declara la guerra y concede cartas de represalia, con autorización y aprobación del Congreso”.

Es interesante notar que la cláusula del 68.21 no se utilizó en lo absoluto: la declaración del estado de guerra interna fue durante un periodo de sesiones ordinarias y lo hizo el PE por sí mismo. Luego, el Congreso *aprobó* esta declaración. Autorizar y aprobar no son sinónimos, ya que el primer concepto refiere a un acto anterior, mientras que el segundo a uno posterior.

El procedimiento podría estar de acuerdo con el 83.18, que utiliza los dos términos “autorización y aprobación del Congreso”: podría pensarse que el Ejecutivo puede declarar la guerra que luego es aprobada por el Congreso. Sin embargo, no estaría de acuerdo con el 68.21, que solo utiliza el término “autorizar” y no “aprobar”. Aquí hay un problema normativo más general que la CSJN no aborda.

A diferencia de la mayoría, Casares sostuvo que la potestad del Ejecutivo estaba en el artículo 34 referente al estado de sitio. De esta forma, sustrajo el caso de la discusión sobre los poderes militares. Consideró que “el ‘estado de guerra interno’ implica, sin duda alguna, la ‘conmoción interior’ con motivo de la cual el órgano constitucional correspondiente puede declarar el estado de sitio (art. 34 de la Constitución)” (214). Casares está más cerca de la posición del procurador que de la mayoría del tribunal: la situación es de estado de sitio, no de guerra.

Casares rechaza expedirse por la constitucionalidad de la ley, ya que sería un pronunciamiento en abstracto. Sostiene que, como el estado de guerra interno se iguala al estado de sitio, la detención por el PE está permitida. De esto deduce que:

“juzgar en esta causa si la conmoción interior puede justificar la atribución a dicho Poder [Ejecutivo] de otras facultades que las del precepto constitucional citado [...], importaría [...] [un] pronunciamiento teórico” (214).

Casares afirma que la “guerra interna” no es más que el estado de sitio, lo cual contradice la idea del gobierno y de la mayoría de la CSJN. Entre la mayoría y Casares hay una diferencia en la elección de la norma general aplicable al caso, que a su vez parte de una diferencia en cómo se nombra el supuesto de hecho. Sin embargo, acepta que el Ejecutivo puede detener personas, como sucede durante el estado de sitio, con lo que legitima la acción del gobierno.

Casares evitó decir algo sobre el decreto que admite el fusilamiento inmediato de quienes se levanten contra el gobierno²¹. Como no hubo fusilamientos, no hubo causa al respecto. Sin embargo, la propia detención fundada en un instituto ajeno a la Constitución era parte de la causa. Si se aceptaba, como hace él, que es una declaración de estado de sitio, entonces el procedimiento de declaración está en juego. El decreto fue dictado el 28 de septiembre de 1951. Estando en sesiones ordinarias, la declaración del estado de sitio le correspondía al Congreso Nacional y no al PE²².

Ni la mayoría ni Casares realizan una valoración o análisis de las cláusulas constitucionales en discusión. En ambos casos hay una coincidencia: una potestad que le corresponde al Congreso puede ser decidida por el Ejecutivo si luego aquél la ratifica. Este proceso inverso no está en la CN y, por tanto, fue una deferencia del PJ a los poderes políticos, especialmente al PE.

El control de los poderes de guerra

Como ya se citó, la Corte sostiene que la declaración de guerra “aun en el orden interno del país”, es un acto exclusivamente político, como el estado de sitio o la intervención federal (212-213). En base a esto, sostiene que:

“la intervención judicial es en principio procedente y cabe requerirla, solamente para juzgar de las formas, condiciones y extensión en la aplicación a los casos particulares de los poderes ejecutivos ejercidos en orden a las atribuciones y derechos excepcionales que derivan de los estados de la naturaleza de los señalados, pero no para revisar a estos” (213).

Cuesta extraer la regla jurídica (si es que hay una) de este párrafo. Sostiene que la intervención judicial es solo para “juzgar” la aplicación de ciertas atribuciones derivadas de la situación de guerra, “pero no para revisar a ‘estos’”. No se sabe bien cuál es el alcance de la revisión judicial, ya que, si son “las formas, condiciones y extensión en la aplicación a los casos particulares”, entonces las capacidades de control serían realmente amplias. La formulación parece abarcar tanto cuestiones de forma como fondo. Pero luego sostiene que no pueden revisar “estos”, lo cual no se sabe si refiere a los actos o los “poderes ejecutivos” o los “derechos excepcionales”.

En cualquier caso, la CSJN admite que la detención de una persona durante el estado de guerra “constituye el ejercicio regular de uno de los poderes legítimos inherentes a ese estado” (213). Por tanto, no impugna lo actuado por el PE.

(21) <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/7029714/19511025>

(22) Casi cuarenta años después, el presidente Raúl Alfonsín actuó de forma similar y fue avalado por la CSJN, aunque en este caso fue más allá: ordenó la detención de una persona y, con posterioridad, declaró el estado de sitio. Véase CSJN, “Granada, Jorge Horacio”, 1985, *Fallos*, 307:2284.

La influencia del talismán

La Corte no hace ninguna referencia a la doctrina, jurisprudencia o derecho norteamericano. Sin embargo, al basarse en “Merck”, podría pensarse que indirectamente está aludiendo a fuentes de aquel país que sí son utilizadas en esa causa.

Derecho internacional y guerra

Tampoco hay menciones al derecho internacional, lo cual puede explicarse por ser un conflicto interno. Sin embargo, la CSJN no aclara nada al respecto.

Derechos individuales y seguridad nacional

Aunque llame la atención, tampoco hay un abordaje amplio sobre la cuestión. Lo único que podría decirse sobre esta relación es lo que aclaramos en el apartado sobre el control de los poderes militares, lo cual es decir muy poco. La ausencia todo análisis sobre el punto puede deberse a la premura de resolver un hábeas corpus. Sin embargo, es notable que, siendo el centro de la cuestión, la CSJN no diga nada al respecto.

Conclusiones sobre “Attías”

“Attías” en un fallo breve con escaso desarrollo doctrinal y falta de claridad en las reglas jurídicas sobre los poderes militares en caso de conflictos internos. Sin embargo, hay ciertos puntos que merecen destacarse:

1. La Corte asimila la guerra interna a la internacional en cuanto a los poderes militares del Estado. Expresamente remite a “Merck” para dar cuenta de la amplitud de las facultades estatales en este sentido.
2. Tanto la mayoría Corte como la disidencia de Casares legitiman la creación de un instituto nuevo por parte del Ejecutivo, como es el estado de guerra interno. La mayoría por ser parte de los poderes de guerra; Casares por ser, en verdad, un caso de conmoción interior que habilita el estado de sitio.
3. La mayoría y Casares también acordaron, implícitamente, en una interpretación polémica sobre los poderes de declarar la guerra: el presidente puede declararla y obtener luego aprobación del Congreso. Casares hace lo propio al avalar la declaración por el presidente del estado de sitio durante el periodo de sesiones ordinarias.

III. “Rodríguez Ruggero”

La guerra y el contexto

“Rodríguez Ruggero” es a los conflictos armados internos lo que “Merck” es a la guerra internacional: el caso resuelto por la CSJN más importante, con más desa-

rollo teórico y de mayores consecuencias para identificar la regla jurisprudencial sobre los poderes militares, esta vez, para el caso de un conflicto armado interno.

Juan Carlos Rodríguez, Conrado Andrés Ruggero y Juan Carlos Tambascio fueron juzgados y condenados por el Consejo de Guerra Especial N°1 a doce años de prisión, en el caso de Rodríguez y Ruggero, y a cinco, en el caso de Tambascio (131-132). El delito era el de estrago y el hecho puntual era el de colocar una bomba en una confitería de Buenos Aires.

La defensa de Ruggero sostuvo la inconstitucionalidad del Código de Justicia Militar y de la ley 13234 de organización de la Nación en “tiempo de guerra”. Mediante los decretos 2628 y 2639 de 1960, el presidente Arturo Frondizi estableció que se daban los supuestos para que se utilice la ley, dando inicio al llamado Plan CONINTES²³.

Aunque la Corte no ocupa mucho espacio para describir la situación, sí utiliza algunos sustantivos y adjetivos que son determinantes para fallar la causa. El tribunal considera que “es notoria la existencia y gravedad del estado de subversión y violencia generalizada” (136). La palabra “subversión” (también utilizada en p. 135) es asociada a “grave y violento desorden interior” (135) y a “insurrección” (134).

En todos los casos señala la existencia de un conflicto que se da en el interior del país y que conmueve la tranquilidad pública. La Corte no utiliza el término “guerra”, lo cual no le impide legitimar el uso de los poderes militares del Estado y habilitar a las FFAA a realizar tareas de represión interna, inteligencia y juzgamiento²⁴. Aquí está el meollo de “Rodríguez Ruggero”: las FFAA, para la Corte, están constitucionalmente habilitadas para intervenir internamente incluso en supuestos donde no hay una guerra en sentido en que sí la había en “Merck” y “Escuela Popular” e incluso en “Attías”. Los poderes militares del Estado se expanden a circunstancias que la propia CSJN no califica como guerra.

(23) POTASH, *op. cit.*, pp. 431 y ss.; LARRAQUY, *op. cit.*, pp. 370-378.

(24) Sobre los tribunales militares, “Rodríguez Ruggero” inaugura una serie de casos durante los años posteriores que los avala explícitamente. Bianchi sostiene que esta regla se termina una vez reinstaurada la democracia en 1983 con la causa “Gauna, Roberto Antenor”, Fallos 306:63 de 1984, BIANCHI, A.B. “La Corte bajo la presidencia de Raúl Alfonsín (1983-1990)”, en SANTIAGO, A. *Historia de la Corte Suprema Argentina. Tomo III: 1983-2013. El periodo de la restauración democrática*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, pp. 1266-1267. Sin embargo, la verdad es que la argumentación (muy breve, por otra parte) en “Gauna” no es muy distinta a “Rodríguez Ruggero”. La CSJN también admite que “la justificación jurídica que pudiese haber encontrado el sometimiento de civiles a la jurisdicción militar dura el episodio subversivo (Fallos 254: 116, en especial considerandos 6°, 7°, 10°, 11, 13 y 15) desaparece como tal con la superación de éste (Fallos 254:116; consid. 17)”. Esto se parece bastante a lo que analizamos en el texto: admisión de tribunales militares durante tiempos de excepción, pero no una vez que retorna la normalidad. Pero más importante aún es el hecho de que, en “Gauna”, la CSJN se remite explícitamente a “Rodríguez Ruggero” (Fallos 254:116) para decidir, algo que Bianchi no cita.

Poderes militares en la Constitución

La Corte explicita lo anterior al momento de abordar los poderes militares de la Constitución en caso de emergencia. El tribunal debía enfrentar la defensa de Ruggero sobre la inconstitucionalidad de las Comisiones Especiales, la ley marcial y los decretos que establecieron el Plan CONINTES. Para ello, sostiene que:

“es doctrina establecida desde antiguo que asiste al Estado la facultad de la autopreservación, contra los ataques llevados con violencia contra las instituciones vigentes. Ya las leyes romanas permitían en supuestos tales la transitoria concentración de todos los poderes en magistraturas extraordinarias, cuyo empleo para dominar la subversión interna –‘seditionis sedande causa’– se admitió desde temprano” (134).

La CSJN postula la “autopreservación” del Estado como una facultad que no requiere de cláusula constitucional. De hecho, la Corte no cita ninguna. Lo que hace es remitirse a la tradición republicana de la antigüedad que daba lugar a la dictadura por causas de conmociones internas. Más adelante agrega otro argumento en favor del poder de autodefensa del Estado acudiendo al talismán de la doctrina norteamericana. El poder de autodefensa con las FFAA, sostiene la Corte, es:

“compatible incluso con la inexistencia en la Constitución de expresas cláusulas de emergencia, porque también entonces ‘el brazo militar de un gobierno puede ser empleado para preservar la paz pública y asegurar el cumplimiento de las leyes’” (135).

El entrecomillado corresponde a una cita del libro *Principles of the Constitutional Law of the United States* de W.W. Willoughby.

Una vez que establece la existen de los poderes de autopreservación, la Corte sostiene que “incluyen los militares, habida cuenta de que en supuestos excepcionales las autoridades legales ordinarias pueden ser incapaces de mantener la paz pública y suprimir la violencia y la depredación” (134). Las FF.AA. constituyen un “órgano auxiliar para dominar la subversión” (135). Las FF.AA. serían instituciones que actúan en los conflictos internos solo en casos de excepción únicamente si las autoridades ordinarias no pueden afrontar la violencia. La pregunta es, como decía Carl Schmitt, *Quis judicabit?*, ¿quién decide que se da el supuesto de excepción?

Esta función auxiliar de las FF.AA. no se confunde con el estado de sitio. Para sostener esta afirmación, vuelve a apelar a lo que sucede en otros países: el uso de las fuerzas armadas se da “aún en naciones cuya Constitución no prevé” el estado de sitio (135). Esta frase es interesante por dos puntos. Por un lado, porque la utilización de los poderes militares es independiente del estado de sitio. Por el otro, porque la Corte apela al derecho de otros Estados para fundar la resolución de la causa. La legitimidad que da el derecho comparado es muy fuerte y no se circuns-

cribe al norteamericano. Aunque en este párrafo no sea expreso, cabe notar que la constitución de Estados Unidos no prevé el estado de sitio. Teniendo en cuenta el uso del talismán en esta causa, como veremos más adelante, es posible pensar que el tribunal se está refiriendo a este país.

No obstante, también apela a cláusulas constitucionales nacionales: “los arts. 23; 67, incs. 23 y 24; 86, incs. 15, 17 y 19, y 109 de la Constitución Nacional y los preceptos pertinentes de las leyes militares, bastan para dar fundamento normativo al recurso al ejército, como auxiliar de la autoridad civil, en presencia de la subversión doméstica grave” (136).

El artículo 23 refiere al estado de sitio, lo cual llama la atención: la Corte había sostenido que no se necesitaba del estado de sitio para fundar el poder de utilizar las FF.AA. como auxilio. El 67.23 es la cláusula de organización de las FF.AA. por parte del Congreso de la Nación, mientras que el 24 es la cláusula sobre las milicias, lo cual es interesante, ya que en ese momento las milicias ya no existían. En cuanto al artículo 86 sobre las facultades del Ejecutivo, el inciso 15 constituye la cláusula de comandante en jefe del presidente; el 17 consagra la facultad de disposición de las FF.AA. y el 19 el que facultaba al Congreso a declarar el estado de sitio. Finalmente, el artículo 109 es el que prohibía la declaración de guerra de una provincia a la otra.

La Corte no analiza ninguna de estas cláusulas. El amontonamiento de ellas parece favorecer una argumentación más robusta. Sin embargo, de todas las nombradas las únicas que verdaderamente refieren a la discusión sobre la utilización de las FF.AA. en el interior del país son la del 67.23 y los incisos 15 y 17 del 86. Aun leyendo las tres cláusulas, sigue siendo difícil determinar cómo dedujeron de ellas esas consecuencias²⁵.

Sin embargo, la propia Corte se encarga de desplazar la importancia del 67.23: aunque “el recurso a las fuerzas armadas de la Nación requiere de ordinario la anuencia del Congreso”, la Corte sostiene que “no hay razón bastante para desconocer la iniciativa al Poder Ejecutivo ni para negar el carácter convalidante a la ley posterior” (136-137). ¿Por qué el presidente puede actuar por sí mismo?: porque a él le corresponde “atender la urgencia de ‘las necesidades de la Nación’” como Comandante de las FF.AA. (137). La CSJN explicita el ciclo de la Constitución de la defensa nacional donde la iniciativa es del PE, el PL acompaña y el PJ valida.

Una vez aceptada la utilización de las FF.AA. en el combate de una insurrección, la Corte establece los límites a los poderes militares del Estado. Como suele suceder en la doctrina y la jurisprudencia sobre emergencia, este es el punto más

(25) Tauber sostiene que la apelación a la cláusula del 67.23 “deja al desnudo que la Corte no pudo encontrar norma alguna que le permita sostener su decisión”. TAUBER, N.G. “Comentario art. 23”, en GARGARELLA, R – GUIDI, S. (dir.) *Constitución de la Nación Argentina Comentada, La Ley*, Buenos Aires, 2019, p. 881.

difícil de determinar, aun cuando es lo fundamental²⁶. Para la Corte, estos poderes no se limitan “a la mera y desnuda coacción física” (137). Una de las cuestiones más importante de la causa era, por supuesto, el valor de los Consejos de Guerra, ya que la actora había peticionado su inconstitucionalidad. Basada en los poderes militares, la CSJN sostiene que, además de la coacción física, las FF.AA. tienen facultades de investigación, arresto, allanamiento de domicilios y “la adopción de los procedimientos sumarios del Código de Justicia Militar” mediante Consejos de Guerra (137).

Todas estas facultades tienen un límite temporal: solo mientras dure la emergencia. Lo interesante es que la duración de ésta no es facultad exclusiva del PE y el PL. Una vez concluida *de hecho*, las sentencias dictadas pueden ser revisadas por los tribunales de justicia (137-138)²⁷. Este límite lo trataremos en el punto siguiente.

El control de los poderes de guerra

La Corte sostiene que el poder militar debe ser ejercido con control, sobre todo teniendo en cuenta que no se está frente a la ley marcial del derecho norteamericano (134). Apelando al talismán (una cita a un autor llamado Edward Corwin), sostiene que, en caso de ley marcial, existe un “mando militar discrecional y [...] represión sin forma alguna de juicio” (134).

Es interesante notar que el tribunal admite que una situación de estas características podría darse en Argentina. Aunque no está en la CN, en “Rodríguez Ruggero” la Corte legitima la ley marcial al afirmar que “está incluida en los reglamentos y ordenanzas que el Congreso tiene facultad de dictar para el gobierno del ejército en tiempo de paz y guerra (art. 67, inc. 23, Constitución Nacional)” (136). Además de las cláusulas constitucionales, cita las causas “Alvear”²⁸ y “Adhemar”²⁹. En cualquier caso, señala que en la causa no se discute ese supuesto, por lo que sus facultades de control se mantienen intactas.

Ahora bien, el tribunal restringe su control al excluir lo que considera como potestades propias de los otros poderes del Estado. El Poder Judicial no podría revisar “el acierto con que los poderes políticos aprecian las circunstancias que se requieren para la validez del empleo auxiliar de las fuerzas armadas” (136). Esta

(26) SCHMITT, C. “La dictadura del Presidente del *Reich* según el artículo 48 de la Constitución de Weimar”, *Ensayos sobre la dictadura 1916-1932*, trad. P.M. Madrigal Deves, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 301-302.

(27) Esto es compatible con la historia del estado de sitio, tal como resalta Carl Schmitt. El estado de sitio es, antes que nada, una situación de hecho que termina también cuando terminan los hechos. SCHMITT, C. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, trad. José Díaz García, Alianza, Madrid, 2009, pp. 221 y ss.

(28) CSJN, “Alvear, Marcelo T. de s/recurso de hábeas corpus”, 1933, *Fallos* 167: 267.

(29) CJSN, “Adhemar Robustiano Moreno y otros”, 1960, *Fallos* 246: 237.

auto-restricción en el control es, según la propia CSJN, más importante en tiempos de emergencia:

“Tanto más en los supuestos en que, como en el caso, la revisión judicial se requiere en el curso de la emergencia y como impedimento de la actuación militar. Porque la función judicial no puede sustituir la acción de los poderes a los que incumbe como deber primario la preservación de la paz pública ni asumir la responsabilidad de éstos” (136)³⁰.

Los límites del control están dados por la “razonabilidad en el recurso a la fuerza militar” (136). En el caso planteado, para la Corte “es notoria la existencia y gravedad del estado de subversión y violencia generalizada que motivó la expedición de los decretos 2628 y 2639 de 1960, [por tanto,] lo expuesto basta para desechar, en este aspecto, su impugnación constitucional” (136).

En definitiva, la CSJN: *se inhibe de evaluar “el acierto” con que los políticos aprecian la circunstancias para el empleo auxiliar de las FF.AA.; y ** admite que debe evaluar la razonabilidad del empleo de las FF.AA., algo que considera cumplido en el caso por la gravedad de la situación. Es difícil comprender la regla jurídica en este punto.

Lo que está más claro es la posibilidad, como dijimos al final del apartado anterior, de revisar las decisiones tomadas por los Consejos de Guerra. El tribunal apela nuevamente al artículo 23 sobre estado de sitio para sostener que el presidente no impone penas, siendo que es justamente eso lo que hace un tribunal militar. En cualquier caso, una vez terminada la emergencia, queda abierta la posibilidad de revisar las decisiones en los tribunales ordinarios (138).

La influencia del talismán

“Rodríguez Ruggero” es, de las cuatro causas analizadas, la que más menciones al talismán posee, en especial a la doctrina constitucional norteamericana. Menciona cinco autores cuyas obras fueron publicadas entre 1927 hasta el mismo año del fallo de la causa.

La primera que nombra trata las limitaciones constitucionales: *A treatise on the constitutional limitations*, de 1927, escrita Thomas M. Cooley. La Corte la utiliza para fundar la posibilidad de acudir al aparato militar en casos excepcionales para la autopreservación. Para fundar lo mismo menciona un libro de Edward Corwin (*The President, office and powers*, edición de 1957) y un manual para cortes marciales de 1951 cuyo autor no consta.

(30) En este punto, el tribunal vuelve a citar al talismán, esta vez un artículo de Earl Warren titulado “The Bill of Rights and the Military” publicado en *New York University Law Review* en abril de 1962.

También se valen de la doctrina norteamericana como argumento a la autoridad para sostener la posibilidad de valerse de las FF.AA. incluso en casos en que no exista una cláusula constitucional que lo habilite. Utiliza dos libros: *Principles of the Constitutional Law of the United States* publicado en 1935 y escrito por W.W. Willoughby, y *Military Law* de Daniel Walker publicado en 1954.

Los límites al control del Poder Judicial también son argumentados en base a la autoridad dada por la doctrina norteamericana. Con cita a un artículo publicado en la *New York University Law Review* de Earl Warren (titulado “*The Bill of Rights and the Military*”), el tribunal niega la posibilidad de evaluar la necesidad del empleo de las FF.AA.

Por último, también utiliza la doctrina como apelación más bien emocional sobre la importancia de la libertad. De un artículo publicado en la American Bar Association escrito por Learned Hand, extrae la frase según la cual si la libertad muere “ninguna Constitución, ninguna ley, ningún tribunal puede salvarla ni pueden siquiera hacer mucho en su auxilio” (139).

La utilización de la doctrina contrasta con la escasa mención a la jurisprudencia norteamericana. El fallo cita dos causas en el mismo momento (*Moyer v. Peabody*, 212 U.S. 78; *Sterling v. Constantin*, 278 U.S. 378) para justificar el uso de las FF.AA según la gravedad de la insurrección que deba enfrentarse (135).

El talismán es central en la argumentación, ya que da autoridad a una decisión que no encuentra sustento expreso en la Constitución. Esto lo admite la propia CSJN al señalar que no se necesitan cláusulas constitucionales para determinar cuestiones como la posibilidad de valerse de las FF.AA. Ante la inseguridad que esto provoca, la apelación a la autoridad del derecho y la doctrina norteamericana se transforma en uno de los argumentos principales, sino el principal.

Derecho internacional y guerra

No hay menciones al derecho internacional. Como en “Attias”, esto podría deberse al hecho de tratarse de un conflicto interno, sumada a la concepción sobre la incidencia del derecho internacional que era general en aquella época.

Derechos individuales y seguridad nacional

La CSJN aborda el problema de los derechos individuales y la seguridad nacional de forma directa. Gran parte de esta cuestión está tratada en los subtítulos anteriores al referirnos a los límites de los poderes militares. Allí vimos que la Corte legitima los Consejos Especiales de Guerra para juzgar civiles, los procedimientos sumarios del Código de Justicia Militar, los allanamientos de domicilios y los arrestos (137). La enumeración no parece ser taxativa, aunque no lo aclara.

Este ensanchamiento del poder del Estado supone disminuciones concretas de derechos constitucionales, en especial los establecidos en el artículo 18. La argumentación que da el tribunal se relaciona con la autopreservación del Estado frente a una amenaza interna. Sería una especie de derecho de necesidad que no requiere cláusula constitucional para funcionar, tal como se ha argumentado durante el siglo XIX y hasta bien entrado el siglo XX³¹.

Sin embargo, es interesante notar que la Corte no hace un análisis teórico más profundo de las potestades en emergencia del Estado y de la relación de éstas con los derechos individuales, como sí hizo en “Merck”. Las frases tan contundentes de la composición del tribunal en 1948 no aparecen aquí. Por lo demás, como vimos, en “Rodríguez Ruggero” se preocupa de enfatizar el carácter temporal de la suspensión de las garantías penales: luego de la emergencia, se rehabilita la posibilidad de acceder a la justicia (138-139).

Conclusiones sobre “Rodríguez Ruggero”

1. La CSJN habilita la utilización de los poderes militares incluso en contextos en que no considera de guerra. Aquí no emplea el término guerra, sino “subversión”, “insurrección”, “violencia generalizada”, “desorden”.
2. La utilización del poder militar para la “autopreservación” del Estado no necesita de una cláusula constitucional expresa y no está atada a la declaración del Estado de sitio³².
3. El Estado puede valerse de las FFAA para la “coacción física” de los tumultos, pero también para investigar y juzgar delitos, con todos los actos intermedios que se necesitan, como arrestos, allanamientos, etc.
4. Las condenas impuestas por las Comisiones Militares pueden ser revisadas una vez que la emergencia se termina. En este sentido, la ampliación de potestades es temporal.

V. Conclusiones finales

En este artículo hemos analizado cuatro causas centrales en la historia constitucional argentina sobre poderes militares. No hay ningún precedente sobre los temas tratados que sea más importante que los abordados aquí. Cuando la CSJN deba volver a evaluarlos, tendrá que medirse con esta jurisprudencia: “Merck” y

(31) Schmitt recuerda este debate sobre el derecho de necesidad del Estado que no requiere cláusulas constitucionales. SCHMITT, C., “La dictadura del Presidente del Reich...”, *op. cit.*, p. 322.

(32) Aunque la ley 24059 de 1991 limitó fuertemente esta afirmación al establecer que el PE puede recurrir a las FF.AA. para cuestiones de seguridad interior solo en caso en que se haya declarado el estado de sitio antes (arts. 31 y 32), la discusión teórica se mantiene (véase los trabajos citados en la nota 14).

“Escuela Popular”, para el caso de guerra internacional; “Attías” y “Rodríguez Ruggero”, para el caso de conflictos internos.

“Escuela Popular” es la única causa en la que la CSJN falla en contra de las acciones de los otros poderes. Sin embargo, hay un elemento contextual (que no surge del texto del fallo) fundamental: la causa fue resuelta durante la gestión de Arturo Frondizi luego del derrocamiento de Perón, cuyo gobierno había realizado parte de los actos que comenzaron durante el gobierno militar de la Revolución de 1943. Sin embargo, “Escuela Popular” es una causa que reconoce poderes militares muy amplios. Además, la Corte en gran medida sustrae la causa de un debate estricto sobre poderes de guerra, por lo que la jurisprudencia sentada allí no está absolutamente en contra de lo decidido en “Merck”: los poderes militares no se discuten e incluyen la incautación de bienes. La diferencia fundamental está en que el PJ se atribuye la capacidad de controlar si esa acción se corresponde con la finalidad bélica.

Las otras tres causas analizadas constituyen fallos que de manera evidente consolidan la deferencia del PJ hacia el PE de la que habla Koh. La CSJN legitimó las acciones de los otros dos poderes tanto en conflictos internos como internacionales. En algunos casos fue más allá, estableciendo restricciones fundamentales a su accionar de control. La falta de cláusulas expresas en la CN sobre algunos asuntos importantes en la materia, obligó a la CSJN a apelar a argumentaciones en el derecho y la doctrina comparada (centralmente de Estados Unidos) y teorías sobre la seguridad del Estado y los derechos individuales.

Teniendo en cuenta estas conclusiones, a continuación, presentamos en forma de cuadro una sistematización de las respuestas que a CJSN ofreció para las preguntas que guiaron el análisis. Más allá de las semejanzas, los argumentos y las respuestas no difieren. Esto podría explicarse por las circunstancias fácticas de las causas, pero también de los momentos históricos, la normativa y la CN vigente. Otras indagaciones serían interesantes para explorar estas hipótesis.

**EL PODER EJECUTIVO, LA POTESTAD
DISCIPLINARIA Y EL PLAZO RAZONABLE:
Un análisis crítico de la doctrina de la procuración
del tesoro de la nación sobre la inconstitucionalidad
del artículo 38 de la ley de empleo público ***

*THE EXECUTIVE BRANCH, THE DISCIPLINARY
POWER AND THE REASONABLE TERM:*

*A critical analysis of the doctrine of the solicitor of the treasury
of the nation on the unconstitutionality of article 38 of the public
employment law*

*Ramiro Manuel Fihman***

Resumen: El presente trabajo lleva a cabo un análisis crítico de la doctrina sostenida desde el año 2002 por la Procuración del Tesoro de la Nación con relación a que el artículo 38 de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional -que establece un plazo máximo de seis meses para sustanciar un sumario administrativo- sería inaplicable por inconstitucional. No se pretende defender la razonabilidad de uno u otro plazo sino demostrar que los dictámenes producidos por el máximo órgano asesor del Poder Ejecutivo Nacional adolecen de graves defectos que tornan inválidos sus argumentos y las conclusiones posteriores emanadas de ellos. Se discute con especial énfasis uno de los presupuestos de esta interpretación, que es la facultad de la Administración de no aplicar una Ley por considerarla inconstitucional.

* Trabajo recibido el 15 de junio de 2020 y aprobado para su publicación el 4 de agosto del mismo año. El autor agradece a Clara Lucarella y a Francisco Sáez Zamora por sus comentarios, como también a Federico Vicente Herrero por haber despertado su interés por el tema.

** Graduado de la carrera de Derecho en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Diplomado en Igualdad y No Discriminación (RR.II. - FDUBA). Becario del Programa de Movilidad de Estudiantes de la FD-UBA en la Universitat Autònoma de Barcelona (2019/2020); Exdirector y Secretario de Redacción de la Revista Jurídica Lecciones y Ensayos. Becario de investigación DeCyT 2018. Ayudante

Palabras clave: Sumarios - Derecho administrativo - Derecho constitucional - Plazo razonable - Procuración del Tesoro.

Abstract: This article makes a critical analysis of the Solicitor of the Treasury's doctrine -held since 2002- concerning the unconstitutionality of the article 38 of the Public Employment Act which establishes that administrative summaries must be conducted within six months. It is not intended to defend the reasonableness of that period, but to demonstrate that the Solicitor of the Treasury's decisions regarding this issue suffer from several shortcomings which make its subsequent decisions invalid. One of the main assumptions of this interpretation will be specially refuted: the fact that the executive power has the ability to not to fulfill a Law because it is considered as unconstitutional.

Keywords: Summaries - Administrative law - Constitutional law - Reasonable period - Solicitor of the Treasury.

Sumario: I. Introducción. II. El sumario administrativo y la regulación del plazo para sustanciarlo. A. La Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional Nº 25164. B. El Decreto Nº 1421/2002. C. El Decreto 467/1999 (el "RIA"). III. La Procuración del Tesoro y el plazo de los sumarios. A. Análisis de los Dictámenes 242:626 y 243:349 del año 2002. B. El dominó del absurdo jurídico. Dictámenes, 243:620 y 255:304. IV. Sobre la declaración de inconstitucionalidad en sede administrativa. A. El núcleo del problema y algunas consideraciones. B. Pero entonces..., ¿qué puede hacer el Poder Ejecutivo frente a una ley inconstitucional? V. Reflexiones finales. VI. Bibliografía.

I. Introducción

La Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional Nº 25164 (en adelante "LMREPN"), en su artículo 38, establece el plazo máximo que puede durar un sumario administrativo que tenga por fin investigar una conducta no permitida cometida por un agente de la Administración Pública Nacional. Determina que por vía reglamentaria se establecerán cuestiones específicas, pero que los plazos no pueden exceder los seis meses y serán perentorios e improrrogables. Esto es confirmado por el Decreto Reglamentario Nº 1421/2002, que en su artículo 38 establece: "(...) Los sumarios deberán sustanciarse y resolverse dentro de un plazo máximo e improrrogable de SEIS (6) meses (...)".

Este escenario normativo, que parece sencillo, ha sido puesto en jaque por la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante "PTN") a través de sus Dictámenes. Este organismo considera, desde el año 2002, que el artículo 38 de la LMREPN no debe aplicarse; de hecho, así ocurre en el Estado. En la prác-

tica, contrariamente a lo que dice la ley, no existe un plazo para la duración de un sumario en la Administración Pública Nacional, más allá del límite que impone la norma relativa a la prescripción de la aplicación efectiva de las sanciones (lo cual es independiente de si se sustanció o no un sumario). El argumento para no aplicar la normativa en cuestión consiste en que el límite de seis meses sería inconstitucional por diversos motivos. Para realizar tal afirmación, la PTN invocó la supuesta facultad del Poder Ejecutivo de no aplicar una ley que considera contraria a la Constitución (lo cual, en sus efectos, y como se verá más adelante, es idéntico a declarar la inconstitucionalidad de una norma).

El objetivo de este trabajo no es defender la redacción del artículo 38 de la LMREPNI ni tampoco la premisa de que el tiempo adecuado para llevar adelante un sumario es de seis meses, sino que la idea es mostrar por qué los argumentos de la PTN no son válidos para inaplicar una norma jurídica que fue dictada por el Poder Legislativo. En ese sentido, el objetivo es realizar un análisis de la doctrina de la PTN relativa a la inaplicabilidad *por inconstitucionalidad* del artículo 38 de la LMREPNI desde un punto de vista crítico.

El tema es relevante siempre y cuando se comparta la necesidad de defender un Estado de Derecho que respete las autonomías personales, con especial consideración respecto de los casos de relaciones de poder evidentemente desiguales como lo es la relación entre la Administración y sus empleados/as. Es decir que se parte de un conjunto de principios relativos a la protección de los derechos fundamentales de las personas que pueden ser vulnerados mediante decisiones de gobierno. Las sanciones disciplinarias -como se verá más adelante- implican que el Poder Ejecutivo puede infligir un mal a una persona, en los casos previstos por la ley. Pero ese mal no puede ser infligido de cualquier forma, sino que debe respetar ciertas pautas, al igual que ocurre en el Derecho Penal. La defensa del respeto de esas reglas no significa sostener que su contenido es perfecto ni pétreo, pero sí implica que el Estado de Derecho requiere que, si las reglas de juego que diseñamos nos parecen injustas, la solución sea encargarnos de cambiarlas, sin *hacer trampa*.

La estructura del trabajo es la siguiente: en primer lugar se hará un breve análisis de la normativa relevante en materia de sumarios administrativos para entender la regulación jurídica de la cuestión bajo estudio (II); luego se presentará lo que constituye la doctrina de la PTN en relación a la aplicación del plazo máximo de seis meses para sustanciar sumarios (esto comprende un Dictamen principal, uno ampliatorio, y luego una breve mención a algunos casos que profundizaron esa doctrina) desde una óptica esencialmente crítica (III); con posterioridad, se desarrollará con un grado mayor de profundidad uno de los argumentos empleados por la PTN, que consiste en la facultad de “inaplicar” leyes por considerarlas inconstitucionales (IV); finalmente, se elaborarán algunas reflexiones finales (V).

II. El sumario administrativo y la regulación del plazo para sustanciarlo

El concepto de “sanción” en el Derecho Administrativo ha sido definido por García de Enterría como “(...) un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”¹; es decir que la Administración puede imponer sanciones a los/as ciudadanos/as. Pero los/as empleados/as y funcionarios/as públicos tienen una relación de sujeción *especial* con la administración, como la tienen también las personas privadas de su libertad o los estudiantes de instituciones públicas² por lo que pueden ser sancionados, además, en otro sentido: cuando cometen faltas disciplinarias en sus funciones. Esto es lo que se denomina “potestad disciplinaria” del Estado³. El fundamento, principalmente, consiste en que una burocracia que obra impunemente contribuiría al desquiciamiento de la Administración⁴. En otras palabras, el objeto de esta potestad sería mejorar el “servicio público” brindado por el Estado, y es con ese argumento⁵ que existen *penas correctivas* cuando esto es posible y *penas expulsivas o depurativas* cuando pareciera no poder lograrse esa mejora⁶.

Una de las expresiones de la potestad disciplinaria de la Administración es el sumario administrativo, que se erige como un procedimiento interno tendiente a investigar acabadamente la existencia de las faltas, siendo el principal fundamento de su existencia evitar la aplicación arbitraria de sanciones por parte de la Administración⁷. En el plano del empleo público a nivel nacional es necesario llevar adelante un sumario administrativo para aplicar una sanción disciplinaria, excepto para ciertas sanciones leves que pueden aplicarse directamente⁸.

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1º ed., 2006 (versión original de 1977), p. 163.

(2) BALBÍN, Carlos F. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 297.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1º ed., 2006 (versión original de 1977), p. 169-170.

(4) BIELSA, Rafael. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, La Ley, 7ma ed., 2017, p. 262.

(5) Existen algunas discusiones doctrinarias con relación al origen constitucional de la potestad disciplinaria de la Administración que serán tratadas en profundidad más adelante. Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que, a través de la doctrina y la jurisprudencia, se ha construido una fundamentación de ésta en manos del poder administrador, que tiene un alto grado de aceptación en los/as expertos/as.

(6) BIELSA, Rafael. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, La Ley, 7ma ed., 2017, p. 263.

(7) BIELSA, Rafael. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, La Ley, 7ma ed., 2017, p. 278.

(8) Cfr. Artículo 35 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional Nº 25164, promulgada de hecho el 6 de octubre de 1999. Consultado en [<http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60458/norma.htm>] el 16/4/2020.

A continuación, se hará una sucinta presentación de las normas que regulan el régimen aplicable para llevar a cabo sumarios administrativos, y en particular lo relativo al plazo que tiene la Administración para hacerlo.

A. La Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25164

La LMREPN fue sancionada el 15 de septiembre de 1999 y promulgada el 6 de octubre de 1999, siendo de aplicación, con algunas excepciones específicas, para “(...) las personas que (...) prestan servicios en dependencias del Poder Ejecutivo, inclusive entes jurídicamente descentralizados...” (conforme Artículo 3).

El Capítulo VII de dicha norma regula el Régimen Disciplinario para los agentes alcanzados. En ese orden de ideas, existen cuatro tipos de sanciones posibles en función del tipo de conducta violatoria realizada: apercibimiento, suspensión, cesantía o exoneración. El artículo 37 regula los plazos de prescripción para la aplicación de esas sanciones disciplinarias (es decir el tiempo que tiene el Estado, independientemente de si se inició o no un proceso de investigación sumarial, para sancionar a un agente). Así, regula que para las causales que dieran lugar a la aplicación de apercibimiento y suspensión, la prescripción es de seis meses; para las causales que dieran lugar a la cesantía, es de un año; y para las causales que dieran lugar a la exoneración, es de dos años.

Por otro lado, el artículo 38 de la Ley es especialmente relevante para este trabajo y, como se adelantó en la introducción, establece: “Por vía reglamentaria se determinará las autoridades con atribuciones para aplicar las sanciones a que se refiere este capítulo, como así también el procedimiento de investigación aplicable. Este procedimiento deberá garantizar el derecho de defensa en juicio y establecerá plazos perentorios e improrrogables para resolver los sumarios administrativos, que nunca podrán exceder de seis (6) meses de cometido el hecho o la conducta imputada”.

B. El Decreto N° 1421/2002

El Decreto N° 1421/2002 es el que reglamenta la LMREPN y fue publicado en el Boletín Oficial por parte del Poder Ejecutivo el 8 de agosto de 2002. Al igual que la Ley, el Capítulo VII regula el régimen disciplinario. El artículo 37 establece las causas de suspensión de los plazos de prescripción que habían sido establecidos por el artículo 37 de la Ley.

El artículo 38 de esta norma tiene dos partes, lo que resulta lógico teniendo en consideración que la Ley había mandado que debían reglamentarse “las autoridades con atribuciones para aplicar las sanciones” como así también “el procedimiento de investigación aplicable”. En ese sentido, la primera parte determina la jerarquía mínima que debe tener una autoridad para aplicar cada tipo de sanción (tema que no es de relevancia en el presente trabajo). Sobre lo segundo determina que “El procedimiento de investigación aplicable será el establecido por el Decreto N° 467

del 5 de mayo de 1999 o el que se dicte en su reemplazo. Los sumarios deberán sustanciarse y resolverse dentro de un plazo máximo e improrrogable de SEIS (6) meses, en concordancia con las previsiones y términos establecidos en el artículo anterior. No se computarán dentro del plazo del sumario las demoras causadas por el diligenciamiento de oficios, realización de pericias u otros trámites cuya duración no dependa de la actividad del instructor y por otras situaciones ocasionadas por el imputado o terceros. En caso de que existiere causa penal en curso, los sumarios quedarán suspendidos al cumplirse el tercer mes de su sustanciación hasta la resolución de la causa penal⁹.

Entonces, tenemos que el Decreto Reglamentario, en su artículo 38, nos indica que el procedimiento será el establecido en el Reglamento de Investigaciones Administrativas (en adelante “RIA”, que será analizado en el próximo apartado) y, por otra parte, reafirma lo dicho en la Ley con relación a que el plazo máximo improrrogable para llevar a cabo el sumario es de seis meses (sin contar las demoras esperables en cualquier procedimiento administrativo).

C. El Decreto 467/1999 (el “RIA”)

Finalmente, el RIA fue publicado el día 5 de mayo de 1999, es decir que cronológicamente fue la primera de estas normas en entrar en vigor (aunque las tres tienen poca distancia temporal entre sí). De hecho, como es incluso anterior a la LMREPN, en su artículo 1 hace referencia a que es de aplicación, entre otros, para el personal comprendido en el “Régimen Jurídico Básico de la Función Pública”, que era el nombre previo a la sanción de la LMREPN.

En el Considerando 14° de la de la aprobación de la norma se menciona que se trata de “un procedimiento administrativo especial, de naturaleza correctiva interna que constituya garantía suficiente para la protección de los derechos y correcto ejercicio de las responsabilidades impuestas a los agentes públicos”. Así, regula con detalle cómo debe llevarse a cabo el procedimiento sumarial.

Es la tercera norma que debe tenerse presente para el análisis que se llevará adelante con posterioridad. En particular, tomará en Cuenta el artículo 127 que regula el plazo para llevar adelante la etapa de instrucción: “La instrucción de un sumario se sustanciará en un plazo de noventa (90) días, contados desde la fecha de notificación de la designación al instructor y hasta la resolución de clausura a que se refiere el Artículo 107, no computándose las demoras causadas por el diligenciamiento de oficios, realización de pericias u otros trámites, cuya duración no dependa de la actividad del instructor. Dicho plazo podrá ser ampliado a juicio

(9) La decisión de copiar textualmente la totalidad de algunos artículos cumple una doble función: en primer lugar, busca evitar cualquier tipo de sospecha acerca de la tendenciosidad de un eventual parafraseo; por otro lado, pretende que el/la lector/a pueda remitirse fácilmente al texto de los artículos cuando, más adelante, se los mencione con mayor ligereza.

del superior cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen. Si la demora fuera injustificada, el superior deberá tomar las medidas conducentes para establecer la responsabilidad del instructor, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 18”.

III. La Procuración del Tesoro y el plazo de los sumarios

El Procurador del Tesoro es la cabeza del Cuerpo de Abogados del Estado, es decir que es el máximo órgano asesor, en materia jurídica, del Poder Ejecutivo Nacional¹⁰. El cargo fue creado en el año 1865 y su nombre se debe a una traducción literal de un órgano estadounidense, el *Solicitor of the Treasury*, aunque esta denominación no se corresponde con sus funciones¹¹. Depende jerárquicamente del Presidente de la Nación, tiene jerarquía de Ministro y ejerce sus funciones con independencia técnica¹².

En principio, en cada jurisdicción o entidad de la Administración Pública existe una delegación del Cuerpo de Abogados del Estado (el “servicio jurídico permanente”) con dependencia funcional del Procurador del Tesoro. Estas delegaciones someten sólo algunos casos a consideración de la Procuración, como por ejemplo aquellos que revistan un especial interés para la Administración en general o en cuestiones de una elevada trascendencia desde el punto de vista jurídico. Además, son sometidos a dicho organismo de forma obligatoria algunos casos específicos (como los recursos jerárquicos interpuestos contra Resoluciones de Ministros/Secretarios o en las operaciones de crédito público, por ejemplo)¹³.

Una de las áreas de la PTN es la Dirección Nacional de Dictámenes, que se encarga de asistir al Procurador del Tesoro de la Nación en el asesoramiento jurídico al Poder Ejecutivo Nacional y demás organismos y entidades que integran el Sector Público Nacional, y en la política de determinación de los criterios de la PTN en materia de interpretación y aplicación normativa¹⁴.

Estos “criterios”, que generalmente se expresan a través de Dictámenes, son obligatorios para todos los integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado, es decir

(10) CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Lexis Nexis, 7ma ed. 2002, p. 335.

(11) CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Lexis Nexis, 7ma ed. 2002, p. 335-336.

(12) *Cfr.* Artículo 1 de la Ley N° 24.667, promulgada el 08/07/1996, consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/38034/norma.htm>] el 27/04/2020.

(13) RODRÍGUEZ, María José. “El control de legalidad en sede administrativa. La gravitación de las características del órgano sobre el alcance y modalidades del control de legalidad” en AA.VV., *Control público y acceso a la justicia*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 307.

(14) *Cfr.* Decreto 1755/2008, de fecha 23/10/2008, consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/145000-149999/146393/texact.htm>] el 27/04/2020.

que todos los servicios jurídicos permanentes del Estado tienen la obligación de actuar conforme lo determine la PTN¹⁵.

A. Análisis de los Dictámenes 242:626 y 243:349 del año 2002

Uno de los temas sobre los que ha trabajado la PTN a través de sus dictámenes es la aplicación del artículo 38 de la LMREPN. En este sentido, se analizarán en este apartado dos dictámenes que corresponden al mismo expediente, es decir, fueron realizados para el mismo caso. El segundo (243:349) es “ampliatorio” del primero (242:626) y ambos fueron suscriptos por la misma autoridad, con aproximadamente dos meses de diferencia.

A.1. El Dictamen principal

El instrumento en cuestión¹⁶ es de fecha 8 de septiembre de 2002. En ese entonces la Argentina estaba bajo la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y el Procurador entonces designado era Rubén Miguel Citara -cuñado del Presidente-. La pieza jurídica bajo análisis está suscripta por la entonces Subprocuradora del Tesoro, Silvia Susana Testoni. La opinión está dirigida al Síndico General de la Nación, que es quien había remitido en consulta el caso al jefe máximo del Cuerpo de Abogados del Estado. El Síndico General de la Nación, en ese entonces, era Julio Rodolfo Comadira (reconocido administrativista, que será traído a colación a posteriori).

La consulta llega a la PTN en el marco de un sumario llevado a cabo en contra de un agente de la Sindicatura General de la Nación por haber “...patrocinado o intervenido en trámites de terceros ante la Administración Pública, en el caso, en la suscripción de formularios de Requerimiento de Pago”¹⁷, por lo cual se proponía una sanción de veinte días de suspensión. En el marco de dicho sumario, el agente presentó un descargo en el que solicitaba la aplicación del artículo 38 de la LMREPN. Cabe resaltar que, en ese momento, todas las normas mencionadas en el acápite anterior ya se encontraban vigentes. Es decir que la LMREPN del Empleo Público Nacional, el Decreto 1421/2002 y el Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto 467/1999, ya debían ser aplicados.

Nótese, antes de continuar en la profundización, el absurdo al que lleva en ocasiones el diseño institucional que tiene el Estado federal: un funcionario designado por el Presidente de la Nación por la confianza que tiene en su persona (Sindicatura General de la Nación) le solicita a otro funcionario también designado por el Presidente en base a la confianza que se tienen (Procuración del Tesoro de la

(15) Ibidem.

(16) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002.

(17) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 13.

Nación) que dictamine si puede sancionar disciplinariamente a un empleado de su dependencia a pesar de haber pasado los seis meses que dispone el artículo 38 de la LMREPN. No hace falta haber pasado años estudiando derecho o caminando los pasillos de la Administración para intuir que la opinión que emita la Procuración puede llegar a estar condicionada por el vínculo que existe tanto con el Presidente como con el Síndico.

A.1.a. Los argumentos del “Subdirector Nacional”

No es relevante para este caso desarrollar la opinión de la PTN en este caso respecto de los temas de fondo con relación a la adecuación de la normativa específica que motivaría la aplicación de sanciones en función de la conducta presuntamente realizada por el agente. En ese sentido, será analizado este dictamen desde el punto de vista de lo que el órgano opina sobre el artículo 38, cuya aplicación había sido solicitada por el sumariado.

Lo primero que resulta llamativo desde el punto de vista de la rigurosidad científico-jurídica es que, para ello, la Subprocuradora Testoni afirma que se remitirá (es decir, tomará como fuente principal) a un “memorando”¹⁸ producido por el “Subdirector Nacional de Sumarios e Investigaciones Administrativas”. Este memorando se titularía “Observaciones al Proyecto de Reglamentación de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25.164” y el titular de dicha dirección habría “compartido los términos” de dicho instrumento. Cabe destacar que tanto el Subdirector Nacional de Sumarios e Investigaciones Administrativas como el Director Nacional son funcionarios que dependen de la PTN¹⁹. En otras palabras, el instrumento tomado como base para opinar sobre la aplicación de un artículo de una Ley era un memorando interno que había sido producido por la propia Procuración.

Sin embargo, ese no es el hecho más alarmante, sino que la situación empeora cuando la Subprocuradora comienza a citar textualmente el memorando en cuestión. La cita es la siguiente²⁰: “Expondré los reparos que ofrece el art. 38 (LMREPN) para lo cual reproduciré la argumentación desarrollada en la *obra inédita* -registrada- ‘Sobre el Régimen Disciplinario de los Agentes Públicos’ con la numeración

(18) En ese momento regía el Decreto 333/1985 sobre las “Normas para la elaboración, redacción y diligenciamiento de los proyectos de actos y documentación administrativo”. En ese Decreto, el Artículo 1.1.10 del Anexo define el instrumento *Memorandum* estableciendo que se trata de un “Escrito de uso interno que se cursa a una autoridad determinada, comunicándole una situación especial o exponiendo elementos de juicio referentes a un asunto en trámite, que le servirán de ayuda memoria para encarar la solución del caso. (Se dirige de persona a persona).” Consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/40882/norma.htm>] el 29/03/2020.

(19) Ver Decreto N° 1336/98 de fecha 11/11/98. Consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/50000-54999/54359/norma.htm>] el 29/03/2020.

(20) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 35.

de ese trabajo de *mi autoría*”²¹. Generalmente la escritura jurídica resulta bastante alejada del lenguaje cotidiano y las expresiones son excesivamente intrincadas²². Más allá del problema que esto genera, en ocasiones es en esas complejidades donde podemos encontrar algunas “trampas” en los argumentos. En este caso, en medio de algunas dificultades semánticas, se encuentra una insólita confesión: el “memorando” del Subdirector Nacional copia una “obra inédita” de su propia autoría; es decir, cita algo que él mismo escribió, que nadie más vio ni controló (ya que no está publicado en ningún lado) y que perfectamente podría tratarse de anotaciones en su agenda personal.

La obra inédita del Subdirector Nacional²³ sostiene que “La mención de plazos perentorios e improrrogables para resolver los sumarios administrativos, sólo se puede entender como un ‘supuesto’ plazo de caducidad del procedimiento”²⁴. Acto seguido afirma la CSJN ha dicho que “(...) la caducidad de instancia sólo halla justificación en la necesidad de conferir un instrumento al Estado para evitar la indefinida prolongación de los juicios, pero no un artificio tendiente a impedir un pronunciamiento sobre el fondo del pleito o a prolongar las situaciones de conflicto (Fallos 313:1156 y 319:1616) de manera que por ser dicho instituto un modo anormal de terminación del proceso, su aplicación debe adecuarse a ese carácter sin llevar ritualistamente el criterio que la preside más allá de su ámbito propio (Fallos 297:10; 306:129693 y 319:1616)”.

Se analizarán, entonces, los casos citados por el Subdirector Nacional que sustentarían sus afirmaciones. El pronunciamiento de Fallos 313:1156 es una sentencia de 1990, de la CSJN, que corresponde a un juicio civil, en donde la actora solicita la caducidad de instancia en los términos del artículo 310 inciso 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Este caso no trata ninguna cuestión de derecho administrativo, sino que, como se lee, hace referencia a que la caducidad de instancia del Código Procesal Civil y Comercial no implica que el poder judicial no pueda

(21) Los destacados me pertenecen.

(22) DE CUCCO ALCONADA, María Carmen. “¿Cómo escribimos los abogados? La enseñanza del lenguaje jurídico”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 14, Nº 28, pp. 127-144.

(23) Sorprendentemente, a pesar de tratarse de una cita de autoridad, no se menciona el nombre del funcionario. Luego de una investigación acerca de quiénes ocuparon ese cargo se ha advertido que se trata del Señor Alfredo Repetto, quien se desempeñó laboralmente en la entonces “Dirección Nacional de Sumarios” desde el año 1988 hasta el año 2017, siendo Subdirector Nacional desde 1991. Esta información se obtiene, precisamente, del prólogo de su obra titulada “Procedimiento Administrativo Disciplinario”, en la cual el autor, paradójicamente, cita los Dictámenes de la PTN para fundar su opinión sobre la inconstitucionalidad del artículo 38 de la LMREPN. Es decir, la PTN emite un Dictamen basándose en una “obra inédita” de un funcionario de su dependencia, que después emplea ese mismo dictamen para fundar sus argumentos (en el mismo sentido) en publicaciones propias. Podemos suponer que la “obra inédita” de la que se trata sería justamente esta, pero no esa información no es corroborable. Véase REPETTO, Alfredo. *Procedimiento Administrativo Disciplinario*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 3ra Ed., 2019.

(24) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 36.

pronunciarse sobre el fondo del asunto, aunque haya caducado el proceso porque una de las partes no lo impulsó.

El caso de Fallos 319:1616, que es de donde el autor cita textualmente la combinación de extractos de pronunciamientos de la CSJN, es un juicio de daños y perjuicios contra el “Consortio de Propietarios Coronel Díaz 1865 y otros” que se inició por la muerte “...del señor Mario Concepción González, que cayó diez pisos por el hueco de un ascensor...”. En este precedente, que evidentemente no tiene ningún elemento que pueda ser aplicado al presente caso, se agrega a la doctrina del caso anterior de la Corte, que habla de lo que el Subdirector Nacional menciona en la segunda parte de la cita: la cuestión de que la aplicación de la caducidad de instancia debe adecuarse a su carácter de modo anormal de terminación del proceso “sin llevar ritualistamente el criterio que la preside más allá de su ámbito propio”. El fallo citado (que es el de Fallos 297:389) corresponde a un juicio sucesorio, del señor “Juan Russo”.

Pero la cita sobre la caducidad tampoco es original de este fallo, sino que se advierte que, en última instancia, proviene de un proceso de daños y perjuicios del año 1977, que habla sobre la caducidad de instancia en un juicio del fuero privado que nada tiene que ver con el caso bajo análisis (Fallos 297:10).

En síntesis, el autor (que es citado por la Subprocuradora) estaría intentando defender el argumento de que el plazo de seis meses “perentorio e improrrogable” que establece la LMREPN en realidad no es ni perentorio ni improrrogable, debido a que la “caducidad de instancia” del Código Procesal Civil y Comercial, según fallos del fuero civil resueltos por la CSJN, no impide un pronunciamiento sobre el fondo del pleito. Vale la pena resaltar que no se trata de precedentes que traten la “caducidad” del procedimiento administrativo y mucho menos de cuestiones de la potestad disciplinaria de la Administración.

A fin de echar un poco de luz sobre el tema del uso de este instituto²⁵ por parte del Subdirector Nacional vale destacar que la caducidad de instancia (que es la que tratan los fallos presentados por el autor) es entendida como una garantía particular dentro del debido proceso, dada a favor del demandado, a los efectos de garantizar la razonabilidad de los plazos de su juzgamiento²⁶. Paradójicamente, nos encontramos nuevamente con un argumento/instituto pensado para proteger derechos siendo empleado con el objetivo de restringirlos. Algo similar ocurre con los dichos de la corte respecto de que la caducidad no debe llevar “ritualistamente el criterio que la preside más allá de su ámbito propio”; el Subdirector Nacional, y por tanto la Procuración, parecieran entender al debido proceso adjetivo que protege a los agentes constituye un “ritualismo”. Quien no debe ser víctima de ritualismos, en el Derecho

(25) Le agradezco a Andrea Schuster por insistirme en trabajar este punto.

(26) CARRANZA Torres, Luis R. “La caducidad de instancia en el proceso falencial”, *El Derecho*, Tomo 230, p. 549, ED-DCCLXX-514.

Administrativo, es justamente el administrado por el principio de informalismo que rige a su favor; no es razonable sostener que existe un exceso de ritualismo cuando un empleado público le pide al Poder Ejecutivo que cumpla con una Ley.

Debe recordarse, además, que las normas de derecho común sólo son aplicables subsidiariamente al derecho administrativo en casos no previstos por éste²⁷. Aun así, si alguien sostuviera que en este caso pueden aplicarse institutos de Derecho Civil, debe tenerse en cuenta que aun así sería improcedente emplear la analogía jurídica -de forma expresa o encubierta- a fin de aplicarle sanciones a un empleado público²⁸.

El Derecho Administrativo tiene su propia regulación de la caducidad. De ningún modo se trata de la caducidad de instancia oponible entre partes de un pleito en sede civil, como la tratada en los fallos traídos a colación por el Subdirector Nacional, sino que es una caducidad que aplica cuando se paraliza un expediente administrativo por causa imputable al administrado. En ese caso, la Administración tiene la facultad de archivar el expediente por caducidad, luego de una notificación previa al administrado²⁹.

En este sentido, el plazo de seis meses de la LMREPN y del Decreto 1427/2002 no pretende regular una caducidad de instancia, puesto que no es aplicable al caso. El plazo en cuestión es precisamente eso: un plazo. Un plazo perentorio e improrrogable que obliga a la Administración Pública a llevar adelante los sumarios rápidamente. No es necesario recordar cuál es la relevancia de la garantía de plazo razonable para proteger derechos fundamentales y su aplicación a los procesos tanto judiciales como administrativos, la cual ha sido reiterada no sólo en nuestra jurisprudencia nacional³⁰ sino también en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos³¹. Asimismo, cabe destacar la importancia para el caso del instituto de

(27) LINARES, Juan F. *Caso administrativo no previsto*, Buenos Aires, Astrea, 1° Ed., 1976, p. 90.

(28) *Ibidem*, pp. 86-87.

(29) *Cfr.* Artículo 1 inciso 9 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549, promulgada el día 27 de abril de 1974. Consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/22363/norma.htm>] el 15/4/2020.

(30) Véase, entre otros, CSJN, “Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, sentencia del 9 de abril de 2019; CSJN, “Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo”, sentencia del 26 de diciembre de 2019; CSJN, “Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros c/ B.C.R.A. s/ resol. 178/93», sentencia del 19 de noviembre de 2013; CSJN, “Lociser, Jorge Alberto y otros c/ BCRA”, sentencia del 26 de junio 2012; CSJN, “Vilche, José Luis s/ causa n° 93.249”, sentencia del 11 de diciembre de 2012; CSJN, “Oliva Gerli, Carlos Atilio y otro s/ infracción Ley 22415 y art. 174 inc. 5 CP, causa n° 1227C.”, sentencia del 19 de octubre de 2010.

(31) Véase, entre otros, Corte IDH, *Caso Montesinos Mejía vs. Ecuador*, EPFRC, 2020, párr. 178 y ss; Corte IDH, *Caso Perrone y Peckel vs. Argentina*, EPFRC, 2019, párr. 141 y ss; Corte IDH, *Caso Jenkins vs. Argentina*, EPFRC, 2019, párr. 106 y ss; Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, F, 1997, párr. 73; Corte IDH, *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, EPFRC, 2012, párr. 149; Corte IDH, *Caso García y familiares vs. Guatemala*, FRC, 2012, párr. 152; Corte IDH, *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*, EPFRC, 2016, párr. 237; Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, FRC, 2002, párr.

la tutela administrativa efectiva que, además del derecho al plazo razonable, comprende la protección del derecho a ser oído y el derecho a la prueba³². Respecto a la aparente necesidad de muchos/as juristas de encasillar siempre los acontecimientos de la realidad en un instituto jurídico, pueden considerarse distintas figuras que pueden servir para explicar las consecuencias jurídicas de incumplir el plazo de la LMREPN (y su Reglamento). Podría aceptarse la idea de una nulidad absoluta por incompetencia en razón del tiempo o por la presencia de un vicio grave en el procedimiento³³. Son aplicables al caso las palabras de Aversa en cuanto a que "... la demora en actuar constituye una situación que el legislador quiere evitar para impedir así que los sumarios sean utilizados por la Administración, para sujetar al administrado a una presión que torne más conveniente para el último acatar los deseos (compatibles o no con la función), del superior -que controla el sumario, al sumariante o a ambos-, que guardar, en el cumplimiento de su deber, lealtad a la Administración"³⁴.

En ese mismo sentido, no puede soslayarse la relevancia del principio *pro homine* en materia hermenéutica. Este principio, plenamente vigente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, por lo tanto, en nuestro ordenamiento jurídico nacional, establece que "se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria"³⁵. Esto implica, en el caso, que no puede hacerse una "interpretación amplia" del plazo de seis meses (si es que pudiera existir tal cosa), porque están en juego derechos fundamentales (como es el trabajo y todo lo que de ello se deriva). Debe agregarse a este punto la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Berçaitz"³⁶, reiterada en el caso "Madorrán"³⁷ en relación a la plena vigencia del principio *in dubio pro justitia socialis*, según el cual "las leyes deben ser

165; Corte IDH, *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*, EPFRC, 2016, párr. 237; Corte IDH, *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*, EPFRC, 2015, párr. 176.

(32) PERRINO, Pablo E. "El derecho a tutela administrativa efectiva", en AA. VV., *El derecho administrativo, hoy, 16 años después*, Buenos Aires, RAP, 2013, p. 75.

(33) ESPINOZA MOLLA, Martín R. "Perfiles actuales de la garantía del plazo razonable en el procedimiento administrativo", *Sup. Adm.* 2019 (agosto), 3, *La Ley*, 2019-D.

(34) AVERSA, Santiago L. "Plazo razonable y prescripción para el ejercicio de la pretensión punitiva estatal en sede administrativa. Una perspectiva constitucional", *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2, 2013, IJ-LXVII-549.

(35) PINTO, Mónica. "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos" en Abregu, Martín (coord.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 163.

(36) CSJN, "Recurso de hecho deducido por el recurrente en la causa Berçaitz, Miguel Angel s/ jubilación", sentencia del 13 de septiembre de 1974.

(37) CSJN, "Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación", sentencia del 3 de mayo de 2007.

interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad"³⁸.

Retomando los argumentos del Dictamen, el Subdirector Nacional se refiere al rol del instructor a cargo y expresa que "...la demora injustificada durante la etapa de investigación puede originar su responsabilidad"³⁹. Puede entenderse que este razonamiento, extrapolado a una causa judicial, consistiría en que el plazo razonable no es una obligación para el Poder Judicial oponible por el imputado en caso de incumplimiento, sino que su único efecto sería sancionar al empleado encargado de llevar la causa. Tal acción bajo ningún punto de vista constituye una protección real del derecho del imputado -sumariado, en este caso- al debido proceso⁴⁰. En adición, resulta bastante inverosímil el hecho de que la Administración aplique sanciones al propio instructor sumariante cuya dilación es la que la propia Administración pretende tildar de justificable.

Esa inverosimilitud no es sólo una intuición, sino que, de hecho, con motivo de la elaboración de este trabajo se le consultó -mediante pedidos de acceso a la información pública amparados en la Ley N° 27275- a la totalidad los Ministerios de la Administración Pública Nacional⁴¹ y a la Jefatura de Gabinete de Ministros cuántas sanciones habían aplicado a instructores sumariantes por haber dilatado injustificadamente la realización de un sumario administrativo, en los últimos seis años⁴², teniendo en cuenta que esto es, según la PTN, lo que debe hacerse cuando la Administración demora más de lo que debe para llevar adelante los sumarios. Brindaron una respuesta los siguientes Ministerios⁴³: Ministerio de Justicia y Dere-

(38) Supra nota 38, Considerando 7°.

(39) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 36.

(40) Véase CSJN, "Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA" - Resol.169/05 (expte.105.666/86 SUM FIN 708), sentencia del 26 de junio de 2012, sobre la inaplicabilidad de sanciones administrativas frente a una demora prolongada por parte de la Administración.

(41) Excepto a aquellos Ministerios creados muy recientemente, que tienen menos de seis meses de existencia al momento de la redacción del presente trabajo (Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad y Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat).

(42) Este período fue escogido, entre otros posibles, como resultado de un balance entre dos factores: i) la factibilidad de la respuesta si se solicitara una cantidad de años demasiado larga que implicara un trabajo documental que las jurisdicciones se negarían a realizar; ii) el hecho de que desde el año 2014 a la actualidad se abarcan tres gestiones de gobierno distintas.

(43) Hubo tres casos en los que los organismos no brindaron respuesta: Ministerio de Educación, Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Para estos casos no se inició el reclamo de la información en sede judicial por no contar con los recursos para hacerlo.

chos Humanos⁴⁴, Ministerio de Seguridad⁴⁵, Ministerio del Interior⁴⁶, Ministerio de Defensa⁴⁷, Ministerio de Economía⁴⁸, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto⁴⁹, Ministerio de Desarrollo Productivo⁵⁰, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social⁵¹, Ministerio de Cultura⁵², Ministerio de Desarrollo Social⁵³, Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva⁵⁴, Ministerio de Turismo y Deportes⁵⁵, Ministerio de Transporte⁵⁶, Ministerio de Salud⁵⁷, Ministerio de Obras Públicas⁵⁸ y Jefatura de Gabinete de Ministros⁵⁹. El resultado no fue otro que la confirmación de esa intuición inicial: ningún Ministerio ni la Jefatura de Gabinete había aplicado ninguna sanción a un instructor por haber excedido los plazos para la instrucción de los sumarios. En esto se incluye, paradójicamente, a la propia Procuración del Tesoro de la Nación (que funciona en la órbita del Ministerio de Justicia).

(44) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-27802059-APN-DNAIP#AAIP.

(45) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-27802755-APN-DNAIP#AAIP.

(46) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-27804918-APN-DNAIP#AAIP.

(47) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30365250-APN-DNAIP#AAIP.

(48) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30367507-APN-DNAIP#AAIP.

(49) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30370247-APN-DNAIP#AAIP.

(50) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30368498-APN-DNAIP#AAIP.

(51) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30365894-APN-DNAIP#AAIP.

(52) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-27800499-APN-DNAIP#AAIP.

(53) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30366463-APN-DNAIP#AAIP.

(54) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30369709-APN-DNAIP#AAIP.

(55) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30370941-APN-DNAIP#AAIP.

(56) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-27805466-APN-DNAIP#AAIP.

(57) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30370595-APN-DNAIP#AAIP.

(58) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30371367-APN-DNAIP#AAIP.

(59) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-27796727-APN-DNAIP#AAIP.

El Subdirector Nacional, luego, afirma directamente que el artículo constituye “(...) un artificio tendiente a impedir un pronunciamiento sobre el fondo del pleito, pues no se reglamenta razonablemente el derecho constitucional de la defensa en juicio del agente público” y que “Lo más grave es que se quiera cercenar la potestad disciplinaria de la Administración Pública, e impedir el ejercicio de una facultad inherente al poder administrador otorgada por la Constitución Nacional como es la de remover a sus empleados (ver punto 7.9.5.3.1 y punto 5.1, Fallos 250:418, cons. 2º)”⁶⁰.

Nótese con relación a dicho párrafo dos cuestiones principales. En primer lugar, encontramos nuevamente un ardid bastante común en el discurso jurídico, que es el de las presuntas citas de autoridad colocadas entre paréntesis al final de las afirmaciones, pero que, al analizarlas detenidamente, se advierten serias lagunas. Las primeras dos referencias (“ver punto 7.9.5.3.1 y punto 5.1”) son, aparentemente, partes de la “obra inédita” pero que están en algún lugar previo al que no se puede acceder ya que no se encuentran en el “memorando” ni en el Dictamen bajo análisis. Por otra parte, el Subdirector Nacional cita “Fallos 250:418, cons. 2º”. Al corroborar dicha fuente jurisprudencial, que pareciera estar traída a colación para demostrar la relación entre la “facultad de remover a sus empleados” que tiene el “poder administrador”⁶¹ y la potestad disciplinaria, se advierte que se trata de una sentencia del año 1961 que no sustenta lo dicho por el Señor Subdirector Nacional⁶².

En segundo lugar, la explicación deja entrever lo que constituye el punto central del argumento de la Procuración: “Lo más grave es que se quiera cercenar la potestad disciplinaria de la Administración Pública”. Puede entenderse, entonces, que el problema sería que el plazo de seis meses para llevar adelante un sumario es irrazonable en tal medida que hace que el Poder Ejecutivo, en teoría, no podría ejercer sus facultades. Más ilustrativa es la frase que dice que “(...) se encuentra en juego la casi extinción, para ser benévolo, de la potestad disciplinaria de aceptarse

(60) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 37.

(61) Lo cual, en realidad, según el texto de la Constitución Nacional, no es una atribución del “poder administrador” sino específicamente del Presidente de la Nación (y no del Síndico General, por poner un ejemplo).

(62) El Considerando citado dice, textualmente, lo que sigue: “Que, en cuanto al fundado en el art. 14 nuevo de la Constitución Nacional -derechos de huelga y estabilidad del empleado público-, cabe ante todo tener presente que dichos derechos, como todos los que consagra la Constitución Nacional, no son absolutos, debiendo ejercerse de conformidad a las leyes que los reglamenten y en armonía con los demás derechos individuales y atribuciones estatales establecidos con igual jerarquía por la misma constitución (Constitución Nacional, arts. 14, 1º parte, 28, 67, incisos 11, 16, 17 y 28; 86, incisos 1º, 2º y 10º; doctrina de Fallos: 189:228; 220:383; 242:356 y causa “Trefogli s/ jubilación”, resuelta en fecha 24 de marzo de 1961). Esta doctrina, que encuentra fundamento explícito en el mismo artículo 14 de la Constitución Nacional, reposa, además, en la igualdad esencial de las normas resultantes del ejercicio del Poder Constituyente en el curso del tiempo y la potestad del Congreso para reglamentar razonablemente los derechos constitucionales.”

ese plazo (seis meses)”⁶³. Frente a este argumento troncal, la pregunta que surge naturalmente es ¿se trata entonces de que el Poder Ejecutivo está asumiendo que no le alcanzan seis meses para llevar adelante un sumario por las propias dilaciones de la burocracia estatal?, ¿cuál sería entonces el plazo correcto?, ¿realmente desea la Administración que los sumarios deban realizarse en *algún* plazo?

El razonamiento presentado lleva a que el Señor Subdirector Nacional afirme que “Frente a una disposición como la del art. 38 LMREPN, para que no se vea cercenada la potestad disciplinaria de la administración pública y a fin de afianzar la justicia, la única solución posible, mientras no sea derogada, es el ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de no aplicarla, pues como se ha expuesto, existen razones suficientes como para considerar fundadamente cuestionada su constitucionalidad”⁶⁴. Básicamente el Señor Subdirector Nacional expresa que el artículo 38 de la Ley N° 25164 adolece de una constitucionalidad “fundadamente cuestionable”. Vale recordar que la primera vez que se cuestionó esa norma es en su propio “memorando” -el que se está citando en el Dictamen- que cita la “obra inédita” de su propia autoría, y esto pareciera hacer que una Ley emitida por el Congreso de la Nación sea inconstitucional (facultad que está en manos del Poder Judicial).

Luego de cerrar la cita textual del memorando que recoge la obra inédita del Señor Subdirector Nacional, la Subprocuradora Testoni agrega cinco líneas en las que aconseja seguir el criterio del Doctor Marienhoff (que es lo que había sugerido el Subdirector Nacional) con relación a la abstención de aplicar normas por considerarlas inconstitucionales. Luego vuelve a abrir comillas hasta el final del dictamen para citar textualmente al entonces Procurador Marienhoff y, finalmente, devuelve las actuaciones al Síndico General, Julio Rodolfo Comadira.

A.1.b. El “argumento Marienhoff” sobre la inconstitucionalidad en sede administrativa

Para fundar su afirmación de que el Poder Ejecutivo está habilitado para no aplicar la Ley por ser inconstitucional, el Subdirector Nacional (también dentro del Memorando que cita su obra inédita) trae a colación un Dictamen de la PTN del año 1963 (Dictámenes 84:102), suscripto por el Dr. Marienhoff, en el que éste afirma que, si bien el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una Ley por corresponderle eso al Poder Judicial, sí puede “abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional”. Sostiene, en ese sentido, que “es evidente que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional pues, si así no lo hiciera transgrediría el orden jerárquico establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional”⁶⁵. Dicho de otro modo, no sólo el Ejecutivo está facultado

(63) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 41.

(64) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 40.

(65) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 40.

para no aplicar una Ley del Congreso, sino que está obligado a no aplicarla ya que, de otra forma, violaría la Constitución. Puede verse, en este caso, una construcción doctrinal que evidentemente pretende hacerle decir a las normas exactamente lo opuesto a lo que dicen.

Continúa su análisis recordando que la PTN “(...) reconoció la existencia de esa potestad administrativa para los supuestos de manifiesta e indudable violación legislativa de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo”⁶⁶. En ese sentido, debería interpretarse, según el Subdirector Nacional, que el plazo de seis meses para llevar adelante un sumario constituye una “manifiesta e indudable violación legislativa de facultades constitucionales del Poder Ejecutivo”. En teoría, la “facultad constitucional” que estaría siendo avasallada sería la potestad disciplinaria del Estado.

La cuestión de la declaración de inconstitucionalidad en sede administrativa representa una discusión compleja y bastante controversial, y merece ser tratada con especial detenimiento. Es por ello que se retomará al final del trabajo (punto IV) intentando explicar las posturas acerca de este debate y proponiendo un punto de vista específico que es el adoptado en este trabajo.

No obstante, quisiera realizar una pequeña consideración respecto de la “violación legislativa” de “facultades constitucionales del Poder Ejecutivo”. Este argumento está enmarcado en un contexto de múltiples escenarios planteados por la propia PTN. A lo largo de los años, se han presentado tres principales casos en los que el Poder Ejecutivo puede encontrarse frente a un problema de esta índole⁶⁷. El primero es aquel en el que el Poder Judicial ha declarado previamente la inconstitucionalidad de una norma; el segundo consiste en aquellas situaciones en las que se advirtiera que existen disposiciones evidentemente contradictorias con la Carta Magna; el tercer supuesto, que es el que nos compete, es aquel en que pareciera que la norma emitida por el Congreso Nacional importaría una violación manifiesta e indudable de las competencias específicas asignadas al Presidente en la Carta Magna.

Debe tenerse en cuenta que la doctrina sentada por Marienhoff en sus dictámenes como Procurador del Tesoro y reafirmada en sus producciones académicas⁶⁸ no responde necesariamente al supuesto bajo análisis, que es el relativo al artículo 38 de la LMREPN. De hecho, el Profesor Marienhoff falleció antes de que entrara en vigor dicha norma. En otras palabras, Marienhoff nunca dijo que el artículo 38 de la LMREPN era inaplicable por ser inconstitucional, sino que dijo que el Poder

(66) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 40.

(67) RENNELLA, María P. “Facultades del Poder Ejecutivo ante una Ley inconstitucional: vigencia de la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación”, en COMADIRA, Julio R. *Elementos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2006, pp. 35-45.

(68) MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, p. 415.

Ejecutivo podía no aplicar normas en ciertos casos; casi cuarenta años después, la primera vez que se aplicó esta idea al caso de los sumarios, fue en el Dictamen analizado en este acápite.

Cabe preguntarse, entonces por las “facultades constitucionales” del Poder Ejecutivo que estarían siendo violadas de forma manifiesta e indudable. La Sección Segunda de la Segunda Parte de la Constitución Nacional habla precisamente de esto. Entre las facultades del Presidente, quizás para sorpresa de muchos, no hay ninguna que hable de que éste tiene una potestad disciplinaria. Es decir que una primera aproximación al problema ya arroja un elemento alarmante: la “facultad constitucional” que estaría siendo avasallada por la Ley, y que es la que motiva la inconstitucionalidad de esta, en realidad no está escrita en ninguna parte de nuestra Constitución.

No es el objetivo de este apartado discutir la existencia o no de la potestad disciplinaria del Estado⁶⁹, sino simplemente mostrar la fragilidad de las premisas sobre la cuales se erigen los argumentos. Difícilmente una Ley del Congreso pueda violar de forma “manifiesta” e “indudable” una facultad “constitucional” que no está escrita en ninguna parte de la Constitución. Es claro que el caso sería muy distinto si la constitución dijese “El Poder Ejecutivo tiene la facultad de sancionar disciplinariamente a sus empleados y para ello deberá realizar sumarios administrativos para los cuales tendrá un plazo ilimitado”. Pero dado que esto no es así, ¿cómo es posible que la PTN, mediante un Dictamen, afirme con semejante liviandad que un plazo de seis meses establecido en una Ley viola manifiestamente la constitución cuando ni si quiera contamos con un texto constitucional con el que contrastar la norma impugnada? En ese orden de ideas ¿cómo podría ser admisible que el propio Poder Ejecutivo pretenda establecer cuál es el plazo máximo al que él mismo desea someterse para “no violar la constitución”?

A.1.c. Un elemento contextual

Como se viene mencionando, uno de los argumentos centrales del Señor Subdirector Nacional (y, por lo tanto, de la PTN en este Dictamen) es que un plazo de seis meses -en palabras del Subdirector Nacional- “casi extingue”, “para ser benévolo”, la potestad disciplinaria de la Administración. Incluso sostiene que no se debe aplicar la norma “mientras no sea derogada”. Esto lleva lógicamente a asumir

(69) El argumento más fuerte para sostener la existencia de la potestad disciplinaria tiene que ver con que sería una consecuencia directa del hecho de que la Constitución le atribuye al Presidente la calidad de jefe supremo de la Nación y responsable de la administración general del país (art. 99 inc. 1). Véase CANDÁ, Fabián. “El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)”, *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, Tomo 2003, 565, diciembre 2003, p. 4.

que el Poder Ejecutivo no comparte la redacción del artículo 38 de la Ley Nº 25.164 ya que considerar que seis meses es un plazo muy corto.

A pesar de ello, se advierte que el Dictamen bajo análisis fue publicado mes después de la publicación del Decreto 1421/2002, que reglamenta la Ley 25164, incluyendo el artículo 38 que, para la misma Administración, sería inconstitucional⁷⁰. En otras palabras, la PTN está sosteniendo que seis meses es un plazo irrazonable y por lo tanto inconstitucional, un mes después de haber reglamentado ese mismo artículo (por supuesto, reafirmando la rigidez del plazo). No se evidencian, entre un momento y otro, cambios relevantes de autoridades nacionales.

Para más detalle, el 9 de agosto del año 2002 el Poder Ejecutivo publica en el Boletín Oficial el Decreto 1421/2002 que, en su artículo 38 (que reglamenta el mismo artículo de la Ley Nº 25164) establece: “(...) *Los sumarios deberán sustanciarse y resolverse dentro de un plazo máximo e improrrogable de SEIS (6) meses, en concordancia con las previsiones y términos establecidos en el artículo anterior. No se computarán dentro del plazo del sumario las demoras causadas por el diligenciamiento de oficios, realización de pericias u otros trámites cuya duración no dependa de la actividad del instructor y por otras situaciones ocasionadas por el imputado o terceros. En caso de que existiere causa penal en curso, los sumarios quedarán suspendidos al cumplirse el tercer mes de su sustanciación hasta la resolución de la causa penal*”⁷¹. Menos de un mes después, el 8 de septiembre de 2002, se emite el Dictamen PTN Nº 242:626, diciendo que la norma es inconstitucional.

A.2. El Dictamen “ampliatorio”

Con fecha 11 de noviembre de 2002 la Subprocuradora suscribió otro Dictamen⁷² en el que pretende analizar la cuestión del artículo 38 del Decreto Reglamentario de la Ley Nº 25164. Dicha norma, como ya se explicó, también se encontraba vigente al tiempo de la emisión del Dictamen principal.

Esta segunda obra comienza afirmando que “El último párrafo del artículo 38 de la Reglamentación aprobada por Decreto No 1421/2002, específicamente el texto de la segunda y tercera oración, no permiten superar la cuestión constitucional puesta de resalto en el dictamen de fojas 57/77”. En ese sentido, nos encontramos con que la funcionaria parte de la base de que el Decreto Reglamentario que acababa de instrumentar el propio poder ejecutivo, también es inconstitucional. En la jerga difícilmente se pueda llamar a esto de otra forma que no sea un “escándalo jurídico”.

(70) DURAND, Julio. “La Administración frente a la Ley inconstitucional”, AR/DOC/4950/2013, p. 2.

(71) Decreto Nº 1421/2002 de fecha 8/8/2002, consultado en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/76700/texact.htm> el 30/03/2020. El destacado me pertenece.

(72) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 243:349, 11 de noviembre de 2002.

Para sostener dicha afirmación, Testoni advierte que la última parte del artículo 38 del Decreto 1421/2002 no tiene en cuenta “que, en el sumario administrativo disciplinario, conforme con dicho Reglamento, se puede distinguir una etapa de investigación que finaliza con la resolución de clausura prevista en el artículo 107 del Reglamento citado”⁷³ (con “Reglamento” hace referencia al de Investigaciones Administrativas). Hasta aquí no parece advertirse un argumento razonable, debido a que la suposición de la entonces Subprocuradora es que no se tuvo en cuenta que existe una etapa de instrucción, pero parece evidente que sí se tuvo en cuenta, y justamente el plazo de los seis meses comprende la etapa de investigación. De hecho, por esa misma razón es que la reglamentación dice “Los sumarios deberán *sustanciarse y resolverse* dentro de un plazo máximo e improrrogable de SEIS (6) meses”⁷⁴. Luego señala que ese plazo, el de la investigación, según ese mismo Reglamento, puede durar hasta 90 días. La funcionaria agrega esas dos consideraciones a una cita de Francisco D’Albora en su Código Procesal Penal comentado en el que el autor aclara que el plazo de la etapa instructoria es ordenatorio y no perentorio (por supuesto, este autor está haciendo referencia a la etapa de instrucción del proceso penal).

Acto seguido, y como aparente conclusión lógica de las premisas anteriores, sentencia que “Por dicho motivo, se trata de un plazo prorrogable expresa o tácitamente, de ahí que está establecido que podrá ser ampliado (art. 93 del Reglamento de Investigaciones aprobado por Decreto N° 1798/80 y art. 127 del Reglamento actual)”⁷⁵. En otras palabras, lo que la funcionaria esgrime es que, debido a que se puede prorrogar la etapa de investigación -que dura en principio 90 días- entonces el plazo máximo de seis meses también debiera entenderse como prorrogable (o, de lo contrario, inconstitucional). Lo que no se advierte en ese argumento es que, justamente, el plazo de seis meses es el máximo dentro del cual, tal como establece la Ley N° 25164, los sumarios deben sustanciarse y resolverse, sin perjuicio de las prórrogas de cada etapa en particular que puedan dictar los funcionarios correspondientes. No caben dudas de que puede darse en el plano de la realidad un caso de un plazo improrrogable para llevar adelante cierto proceso, que dentro tenga otras etapas específicas con sus propios plazos, que pueden prorrogarse, siempre que no excedan el límite general. Además, debe tenerse en cuenta que cuando se sancionó el RIA no existía un límite “marco” de duración de los procedimientos sumariales, sino únicamente un plazo de prescripción para la aplicación de sanciones previsto en el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública (ya derogado).

Adicionalmente, incluso si entendiéramos que existe una contradicción entre el artículo 127 del RIA y el artículo 38 de la LMREPN, sería imposible sostener que lo que debe prevalecer es el espíritu de un Decreto del Poder Ejecutivo en lugar de

(73) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 243:349, 11 de noviembre de 2002, pp. 2-3.

(74) El destacado me pertenece.

(75) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 243:349, 11 de noviembre de 2002, pp. 3-4.

afirmar que en todo caso se trata de un Decreto inconstitucional por ser contrario a una Ley del Congreso.

El Dictamen ampliatorio culmina con un párrafo singular que sostiene que “Por lo tanto, los argumentos expuestos enervan por su razonabilidad, *la declaración dogmática determinante de un plazo de 6 meses que por arbitrario resulta inconstitucional*, y como tal agravio no puede superarse con la reglamentación a dicho artículo, conforme lo expuesto, sólo cabe atenerse, en orden a los plazos de la sustanciación del sumario disciplinario, a lo dispuesto por el Reglamento Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto 467/99”⁷⁶. En el último párrafo del dictamen se introduce un nuevo argumento que no estuvo presente a lo largo del mismo ni en el primer Dictamen, que es que seis meses es un plazo inconstitucional “por arbitrario”. La palabra “arbitrariedad” se define, desde el punto de vista jurídico, como “El proceder o dictamen según el propio capricho y contra las reglas de la razón”⁷⁷. En este orden de ideas, bajo ningún punto de vista puede entenderse que el plazo de seis meses para sustanciar un sumario es arbitrario. Es importante, en este sentido, distinguir entre lo que es arbitrario y aquello con lo que alguien puede no estar de acuerdo.

La segunda parte del citado párrafo dice que lo que corresponde es atenerse a lo dispuesto por el Decreto 467/99 (Reglamento de Investigaciones Administrativas), que es el único instrumento jurídico que habla de una “prórroga” (que, como ya hemos explicado, hace referencia a los 90 días de la etapa instructoria). Básicamente pareciera que la Procuración tendría la potestad de elegir qué norma aplicará en función de lo que considera conveniente.

B. El dominó del absurdo jurídico. Dictámenes 243:620 y 255:304

La Doctrina vertida por la PTN en Dictámenes 242:626 y 243:349 con relación a la inaplicabilidad del artículo 38 de LMREPN sentó un precedente que continuó replicándose a través del tiempo hasta la actualidad. A pesar de las graves falencias de diversas índoles de las que adolecen dichos instrumentos, se ha considerado que citarlos constituye una respuesta válida frente a los reclamos de los agentes públicos por incumplimiento del plazo establecido en la normativa.

En ese orden de ideas, se presentarán dos ejemplos que pretenden ayudar a comprender de qué forma el Derecho se erige, a veces, sobre una inercia argumen-

(76) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 243:349, 11 de noviembre de 2002, p. 6. El destacado me pertenece.

(77) ROMBOLÁ, Néstor D. *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Editorial Ruy Díaz, 6ta Ed., p. 103, ISBN 978-987-516-036-1. Para mayor abundamiento sobre los supuestos en los que se puede considerar que hay arbitrariedad, véase el relevamiento de decisiones de la CSJN realizado en ROSALES CUELLO, Ramiro. “Vigencia y actualidad de la doctrina de la arbitrariedad”, *SJA* 13/02/2019, 75 - JA 2019-I, 75.

tal que deja de significar una producción genuina de decisiones -en el caso de la jurisprudencia- o conocimientos -en el caso de la academia-. Una vez que alguien con algún grado de seriedad (o institucionalidad) afirmó cierta premisa, se habilita un camino eterno en el que estaríamos habilitados a reproducirla sin cuestionar en lo más mínimo su contenido.

El Dictamen 243:620 fue emitido poco tiempo después, el 16 de diciembre de 2002, y llegó a la Procuración con motivo de un sumario llevado a cabo en el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA). Entre otras pretensiones, el agente aduce que habían pasado tres años para la sustanciación del sumario, lo que excedía los seis meses máximos del artículo 38 de la LMREPN. Frente al planteo, la Procuración directamente copia y pega los dichos de Dictámenes 242:626 y 243:349 para luego afirmar que, en lo que respecta al artículo 38 "... corresponde abstenerse de su aplicación por resultar inconstitucional, en virtud de las razones desarrolladas en Dictámenes 242:626 (en especial 623vta/646) a las que cabe remitirse"⁷⁸. Es comprensible el hecho de que este dictamen se refiera a los anteriores por la poca distancia temporal que hay entre ellos (de hecho, los suscribe la misma funcionaria).

Pero resulta interesante lo expresado unas pocas páginas después, en donde la Subprocuradora ahonda un poco más en las razones que explicarían la "inconstitucionalidad" de la norma, afirmando que "(...) ante la comisión de una falta disciplinaria (...) el razonable ejercicio del poder disciplinario requiere que el posible plazo para la prescripción de la acción disciplinaria, no sea tan reducido que ello implique el cercenamiento o la 'sustancial aniquilación' de la potestad disciplinaria (...)"⁷⁹. Cada vez puede verse con un poco más de claridad que el punto fundamental de la PTN es, en realidad, que seis meses es muy poco tiempo y por eso se trata de un artículo inconstitucional (por lo tanto, dejando fuera de juego todos los argumentos "técnicos" sobre la caducidad de instancia, la perentoriedad de los plazos, la responsabilidad del instructor, etc.).

Este razonamiento se agrava en el párrafo siguiente, donde la Procuración directamente comienza a enumerar qué plazos son razonables y qué plazos no (recordemos que se trata de plazos fijados por ley justamente para limitar la prolongación excesiva del propio Poder Ejecutivo, en beneficio del administrado, y no del Estado). Así, afirma que "(...) de los plazos previstos en el artículo 37 de la LMREPN, sólo el de dos años aparece como razonable, pues con un lapso menor, como el de seis meses (...) o de un año (...) se cercena sin razón atendible el ejercicio de la potestad disciplinaria (...)"⁸⁰. En otras palabras, asegura que el Poder Ejecutivo no está obli-

(78) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 243:620, 16 de diciembre de 2002, p. 18.

(79) Ibidem, p. 22.

(80) Ibidem.

gado a respetar ningún plazo que sea menor a dos años, ya que eso cercenaría sus facultades. De esta forma, la PTN desestima el pedido del sumariado.

En Dictámenes 255:304, del 2 de noviembre de 2005, se analizó el caso de una suspensión por 30 días para un agente de la Dirección Nacional de Migraciones. Ya con otro Procurador del Tesoro (en este caso Osvaldo Cesar Guglielmino, quien ejercería dicho cargo hasta el año 2010), el organismo descarta una pretensión de aplicación del artículo 38 remitiéndose a Dictámenes 243:626 y 243:349, recordando que “corresponde abstenerse de su aplicación por resultar inconstitucional” y que “en cuanto al art. 38 de la reglamentación, aprobada por Decreto N° 1421/02, también se señaló que el plazo de seis meses indicado en el último párrafo, resulta inconstitucional”.

Esta doctrina continuó vigente a lo largo de los años y, de hecho, es la que se aplica en la actualidad. A medida que se fueron sucediendo los gobiernos y los cambios de autoridades de la PTN, se fue alejando cada vez más en el tiempo el criterio original de la inconstitucionalidad del artículo 38 (de la Ley y del Decreto), pero ello no implicó una revisión de dicha doctrina en ningún momento. Muy por el contrario, se repitió, en la mayoría de los casos textualmente, lo dicho en el primer Dictamen (con todos los problemas de los que aquel adolece).

IV. Sobre la declaración de inconstitucionalidad en sede administrativa

A. El núcleo del problema y algunas consideraciones

Como ya se adelantó, el argumento de la Procuración para no aplicar el artículo 38 de la LMREPN es que “es evidente que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional”⁸¹ ya que la PTN “(...) reconoció la existencia de esa potestad administrativa para los supuestos de manifiesta e indudable violación legislativa de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo”⁸².

Sobre este tema, la doctrina no es pacífica: existen diversas opiniones de reconocidos/as juristas⁸³. No es el objetivo de este apartado construir un argumento acabado respecto de este tema, dado que para ello sería necesario una investigación independiente y mucho más exhaustiva. A modo de adelanto, se intentará explicar

(81) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 40.

(82) Ibidem.

(83) Véanse exhaustivas sistematizaciones de las diferentes posturas en COMADIRA, Julio R. “La posición de la Administración Pública frente a la ley inconstitucional”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 1, Buenos Aires, 1989; BUTELER, Alfonso. “La interpretación de la Constitución en sede administrativa”, *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 169-182, 2015; y DUPERUT MORELLATO, Fabiana. “Control de constitucionalidad e inaplicación de normas inconstitucionales por la administración pública”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 87, Buenos Aires, 2013.

por qué mi opinión para el caso resulta contraria a la posibilidad de que el Poder Ejecutivo no aplique una norma por considerarla inconstitucional.

Antes de adentrarnos en los detalles es necesario recordar algunas nociones básicas de la estructura institucional de nuestro ordenamiento jurídico que, en ocasiones, al estar inmersos en discusiones sumamente específicas, pueden llegar a perderse de vista. Sin embargo, esto no puede ocurrir; sin importar de qué rama del Derecho se trate, estos debates deben darse a la luz de las disposiciones de nuestro bloque constitucional.

En primer lugar, reviste especial relevancia la pregunta de por qué es un problema que no se aplique una ley. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que nuestra Constitución Nacional establece, en su artículo 31, la composición esencial del ordenamiento jurídico argentino, cuando dice que “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”. Encontramos, entonces, que una Ley emitida por el Congreso Nacional integra el grupo de normas con la máxima jerarquía en el territorio nacional. Esto significa, aunque suene redundante, que todo habitante de la Nación Argentina debe cumplir las Leyes, con fundamento en que es precisamente el pueblo el que decide, a través de sus representantes, cómo se regulará a sí mismo, conforme el artículo 22 de la Constitución. A esto se le suma un especial interés de los Estados modernos de que el poder ejecutivo cumpla la ley; en otras palabras, rige el principio de sumisión de la Administración a la ley, toda vez que la actividad administrativa se subordina al ordenamiento jurídico de un Estado de derecho⁸⁴.

Ahora bien, como toda regla legal, existen excepciones. Es decir que hay ciertos casos en los que esas leyes pueden no tener que cumplirse. Diversos principios rigen la forma en la que se relacionan las leyes entre sí y las leyes con otros tipos de normas; pero en líneas generales, encontramos situaciones como: una ley posterior deroga una ley anterior, una especial prima sobre una general, etc. En nuestro sistema otra de las excepciones a la obligatoriedad de las leyes es que ellas -o una parte de ellas- sean contrarias a la Constitución⁸⁵.

Para esto es necesario que cierta autoridad decida que esa norma es inconstitucional. En nuestro país -prácticamente desde el comienzo de la existencia del Estado moderno argentino-⁸⁶ esa tarea está en manos de los jueces: es lo que se denomina el

(84) RESTREPO MEDINA, Manuel A., *Derecho administrativo: reflexiones contemporáneas*, Editorial Universidad del Rosario, 2017, eLibro, p.269.

(85) Como explica Carlos Nino, el aporte teórico fundamental en este sentido es de Hans Kelsen, quien sostenía que “la garantía de la Constitución reposa sobre la posibilidad de nulificar los actos que le son contrarios” (NINO, Carlos S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 4ta Ed., 2013, versión original de 1992, p. 660).

(86) NINO, Carlos S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 4ta Ed., 2013, versión original de 1992, p. 668.

control judicial de constitucionalidad⁸⁷. Con todas las críticas -válidas- que pueden hacerse⁸⁸, nadie discute que en los hechos el Poder Judicial sea el único poder del Estado facultado para llevar adelante esta tarea.

Si bien no es incorrecto decir que el Poder Ejecutivo debe velar por el cumplimiento de la Constitución, al igual que todos los poderes del Estado, sólo puede decidir sobre la revocación o anulación de aquellos actos que él mismo dictó⁸⁹. Así como el Poder Legislativo puede derogar una Ley, el Poder Ejecutivo puede dejar sin efecto, por ejemplo, un Decreto. El argumento para hacerlo puede ser tanto que el Decreto/Resolución/Disposición o lo que fuera contradice la Constitución, pero también puede ser por muchas otras razones (de hecho, hay casos en que la Administración está obligada a revisar sus propios actos)⁹⁰.

Dejar en manos del Poder Ejecutivo el control de constitucionalidad de las leyes lleva sin dudas a pensar en las experiencias de regímenes totalitarios más lamentables de la historia. Por ejemplo, durante el régimen franquista existió el “recurso de contrafuero”, mediante el cual el Jefe de Estado -que era el dictador Francisco Franco- podía revisar básicamente cualquier norma legislativa, con el argumento de la defensa de la constitución⁹¹.

Algo similar pensaba, años antes, Carl Schmitt, quien sostenía que el defensor de la Constitución era el presidente del *Reich*⁹²⁻⁹³. En sus palabras, defendía “que el presidente del *Reich* sea el protector de la Constitución corresponde también empero, al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar. El presidente del *Reich* es elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas

(87) Existen en el mundo distintos modelos de control de constitucionalidad, que pueden dividirse, a su vez, según diferentes criterios. Una primera gran clasificación sería diferenciar entre el modelo: judicial (estadounidense); político (francés); y europeo-continental (“kelseniano”). Argentina adoptó de forma prácticamente “pura” el sistema estadounidense (AMAYA, Jorge. *Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad*, T. 1., Buenos Aires, Astrea, 2018, p. 113.)

(88) La más fuerte de ellas tiene que ver con el denominado “carácter contramayoritario” del control judicial de constitucionalidad; es decir que los jueces no tienen la legitimidad democrática suficiente para decidir la validez o no de una norma emitida por el Poder Legislativo. Véase WALDRON, Jeremy. *Contra el gobierno de los jueces*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018; GARGARELLA, Roberto - SUNSTEIN, Cass. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, 1° reimp., Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. En cualquier caso, no es el objetivo de este trabajo controvertir el control judicial de constitucionalidad en Argentina.

(89) BADENI, Gregorio. *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011, §101.

(90) Ver HUTCHINSON, Tomás. *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 6ª Ed., 2002, pp. 143-152.

(91) Véase ANDRÉS, Diego S. «La defensa de la Constitución en la Ley Orgánica española.», *Revista de estudios políticos*, 152, 1967, 279-304.

(92) El término *Reich* era el nombre oficial del Estado alemán entre 1871 y 1945.

(93) Véase SCHIMTT, Carl y KELSEN, Hans. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: “El defensor de la constitución” versus “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”*, Madrid, Tecnos, 2009.

frente a los organismos legislativos (particularmente la de disolver el *Reichstag*⁹⁴, y la de promover un plebiscito) son, por naturaleza, una apelación al pueblo⁹⁵. No es necesario profundizar acerca de la escasa simpatía de Schmitt con el pluralismo democrático y la división de poderes⁹⁶.

Cabe recordar, en este sentido, el contexto institucional en el que se enmarca una atribución tal de facultades al Poder Ejecutivo. Cuando Marienhoff emitió el paradigmático Dictamen de 1963, la constitución era otra. Con la reforma de 1994, teniendo en consideración los numerosos poderes atribuidos al Presidente (Decretos de Necesidad y Urgencia, Decretos delegados, etc.), la balanza parece inclinarse demasiado si sumamos la facultad de invalidar leyes del congreso que están vigentes⁹⁷.

Como es de esperar, la PTN no ha pronunciado las palabras “el Poder Ejecutivo ejerce el control de constitucionalidad” porque eso significaría un completo escándalo jurídico y político. Por el contrario, en Dictámenes 242:626 (el primer caso analizado en este trabajo), cuando cita el (ya mencionado) Dictamen de año 1963 del Dr. Marienhoff, incluye la parte en que este dice que “Así como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponderle esto al Poder Judicial, sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional”⁹⁸.

Vemos entonces que la PTN afirma no estar poniendo en duda a quién le corresponde realizar el control de constitucionalidad, sino que reconoce que esto es tarea de los jueces. Sin embargo, sostiene a su vez que no es lo mismo declarar la inconstitucionalidad de una ley que no aplicarla por *considerarla* inconstitucional. Pero ¿existe alguna diferencia entre estos dos conceptos? *Spoiler alert*: No⁹⁹. En efecto, se trata de un sofisma.

El control de constitucionalidad -la facultad atribuida a los jueces y reconocida incluso por la PTN- consiste, como se mencionó recién, en “...descalificar una norma jurídica de origen democrático, por ser violatoria de una prescripción constitucio-

(94) El término *Reichstag* era el utilizado para hacer referencia al parlamento alemán entre 1849 y 1944. Actualmente, el órgano legislativo federal alemán es el *Bundestag*.

(95) SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 194-195.

(96) Véase RAFECAS, Daniel. “La ciencia del Derecho y el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 8, N° 15, 2010, pp. 133-163.

(97) GELLI, María A. *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, T. 2 -Arts. 44 a 129-, 4ta Ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, Segunda Parte, Título Primero, Sección Segunda, Capítulo Tercero.

(98) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 41.

(99) COMADIRA, Julio R. “La posición de la Administración Pública frente a la ley inconstitucional”, *Revista de Derecho Administrativo*, N1 1, Buenos Aires, 1989. Esto no significa que este autor esté en contra de la “Doctrina Marienhoff”.

nal¹⁰⁰. En ese sentido, el efecto de la declaración judicial de inconstitucionalidad es el de invalidar su aplicación para el caso particular¹⁰¹. Esto es exactamente lo que está haciendo el Poder Ejecutivo a través de la PTN: no aplica una norma para el caso particular porque la considera violatoria de la Constitución.

Piénsese qué ocurriría en el siguiente caso hipotético: el Director General de la Asesoría Jurídica de la Defensoría General de la Nación emite una disposición que habilita al Defensor General a no pagarle la indemnización por despido a un empleado con 30 años de antigüedad. Supongamos que su argumento es que la obligación de pagar indemnizaciones tan altas es inconstitucional porque viola la autarquía financiera del organismo. Por supuesto, el Director no dirá que está declarando la inconstitucionalidad de una Ley laboral, sino que dirá que está utilizando, por ejemplo, “la facultad de Excepción de inaplicabilidad de normas incorrectas”, propia de la Defensoría General. Está claro que, en un caso como ese, cualquier persona con un mínimo grado de conocimiento jurídico diría que su conducta no se ajusta a derecho. No es relevante qué nombre se les ponga a los actos jurídicos: ningún funcionario tiene permitido ejercer facultades de las que carece.

Un caso de la realidad podría ser, por ejemplo, la Ley N° 27275 de Derecho Acceso a la Información Pública, sancionada en el año 2016. Esta norma obliga al Poder Ejecutivo -entre otros-, en su artículo 11, a contestar todas las solicitudes de Acceso a la Información Pública en un plazo de 15 días prorrogables por otros 15 más. Nos encontramos con que el Poder Legislativo le pone un plazo temporal al accionar del Poder Ejecutivo. ¿Puede la Administración emitir un dictamen que diga que el plazo de la Ley N° 27275 es inaplicable porque su irrazonabilidad lo hace inconstitucional? Está claro que la respuesta es negativa.

En rigor de verdad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación zanjó esta discusión en el año 1967, con posterioridad al Dictamen del Prof. Marienhoff. Fue en el precedente “Ingenio y Ref. San Martín del Tabacal S.A. c/ Gobierno de la Provincia (Salta) s/ contencioso administrativo”¹⁰². Allí, el Tribunal se pronunció respecto una decisión del Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta de declarar la inconstitucionalidad de un artículo del Código Fiscal de la Provincia y de dos leyes provinciales. Con evidente razón, la Corte esgrimió que “...cualesquiera sean las facultades que corresponde reconocer al poder administrador para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no cabe -sin embargo- admitir que sea de su resorte el declarar la inconstitucionalidad de éstas. Ello así, porque aceptar semejante tesis importaría desconocer que el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo, y admitir, en

(100) NINO, Carlos S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 4ta Ed., 2013, versión original de 1992, p. 658.

(101) SABSAY, Daniel. *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 89.

(102) Fallos 269:243.

consecuencia, la posibilidad de que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede¹⁰³. Es especialmente interesante el hecho de que la CSJN haya expresado que el Poder Judicial es el único habilitado para *juzgar* la validez de las normas, en lugar de *declarar*. Esta distinción censura el argumento de que el Poder Ejecutivo hace un “juicio de valor” en lugar de declarar la inconstitucionalidad.

En ocasiones parece olvidarse por qué existe la posibilidad de solicitar “inconstitucionalidad” de las leyes. Precisamente, el sentido es brindar una herramienta a los ciudadanos para que puedan solicitarle al gobierno que proteja sus derechos y libertades¹⁰⁴. En otras palabras, una ley es inconstitucional cuando afecta derechos de los individuos; no puede serlo con el fin opuesto, es decir, para transgredirlos. En idéntico sentido, esto se da también el principio de separación de poderes. Debe recordarse que el fin último de éste es la protección de los derechos humanos¹⁰⁵. No puede invocarse este principio republicano con el objetivo de vulnerarlos.

B. Pero entonces..., ¿qué puede hacer el Poder Ejecutivo frente a una ley inconstitucional?

Posiblemente haya quien esgrima que no podemos dejar a la Administración atada de manos. Frente a este temor a un Poder Legislativo aparentemente desbocado que necesita ser empapado de racionalidad y parsimonia por la administración, resulta útil volver a recurrir a la propia Carta Magna, que contiene un capítulo (el Quinto) en la Segunda Parte, denominado “De la formación y sanción de las leyes”.

Allí se prevé, por un lado, el mecanismo del veto presidencial (artículo 83). Esto significa que el Presidente puede, justamente, desechar una Ley que fue previamente aprobada por el legislador. Si el Poder Ejecutivo no desecha una Ley, la está aprobando tácitamente (artículo 80) y por lo tanto convalidando su contenido. Adicionalmente, el Poder Ejecutivo tiene la facultad de presentar proyectos de Ley (artículo 77), lo que significa que perfectamente puede promover la derogación de una norma en caso de que ya no se encuentre en el plazo para vetarla. Linares agrega que, además, es posible impulsar la declaración de inconstitucionalidad de la Ley mediante los procedimientos judiciales correspondientes¹⁰⁶. De hecho, todas estas opciones eran las que la PTN, hasta el año 1963, consideraba como las plausibles frente a una ley reputada inconstitucional¹⁰⁷.

(103) Falos 269:243, Consid. 6°.

(104) MANION, Clarence E. “Reviewing Judicial Review”, *Indiana Law Journal*, vol. 12, no. 3, febrero 1937, pp. 167-182.

(105) CASSAGNE, Juan C. *Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, Capítulo III.3.

(106) LINARES, Juan F. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 142.

(107) DURAND, Julio C. “La administración frente a la ley inconstitucional”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 86, Buenos Aires, 2013, p. 1.

Sagüés explica que darle facultades al Poder Ejecutivo para que deseche una Ley *después* de que esta haya sido promulgada resulta sobreabundante teniendo en cuenta lo explicado en el párrafo anterior. Agrega que si, eventualmente, el Congreso sancionara una ley *groseramente* inconstitucional (usa como ejemplo una norma según la cual el Poder Ejecutivo debe expulsar del país a todas las personas de origen asiático) el Presidente podría abstenerse de aplicarla, lo cual daría lugar a un proceso judicial en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tendría la última palabra¹⁰⁸. Creo que esta posición merece algunas aclaraciones adicionales, ya que el Poder Ejecutivo no debería poder “abstenerse” de aplicar la norma y esperar que se inicie un proceso judicial. Más bien la respuesta frente a este caso extremo (de una ley aberrante que no debiera ser cumplida) es la misma que merece, por ejemplo, cualquier administrado¹⁰⁹. Esto es, frente a una ley teóricamente inconstitucional, el administrado no tiene derecho a incumplirla, sino que debe presentarse en la justicia y emplear los medios idóneos previstos en nuestro ordenamiento para proteger sus derechos de una inminente violación a aquellos, solicitando la inconstitucionalidad de la ley. Lo mismo debería aplicarse a la administración.

Finalmente, Comadira -que considera que hay algunos casos en los que el Poder Ejecutivo sí puede abstenerse de aplicar una ley- agrega que esto sólo puede hacerse por parte del propio Presidente de la Nación o con su expresa autorización para el caso y, además, debe ir acompañado del correspondiente proyecto derogatorio de la ley hacia el Congreso Nacional¹¹⁰.

C. El “oasis” del año 2016 y la doctrina actual

La doctrina de la PTN sobre este tema, como ya se dijo, comenzó una larga etapa en 1963 con la pluma del Prof. Marienhoff. Esto continuó por muchos años, pero parece advertirse un novedoso cambio de criterio en el año 2016, con el Dr. Carlos F. Balbín como máxima autoridad del organismo. En Dictámenes 298:207 puede leerse: “(...) este Organismo ha distinguido entre la declaración de inconstitucionalidad y la abstención de aplicar una ley inconstitucional (Dictámenes 84:102 y 242:626). En verdad, el límite entre esos cursos de acción puede resultar difuso, en la medida en que el Ejecutivo sólo podría dejar de aplicar una ley cuando ésta resultare opuesta a la Constitución Nacional y a las convenciones a ella incorpo-

(108) SAGÜES, Nestor P. *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, T 1, 2da Ed., 1997, p. 237.

(109) DURAND, Julio C. “La administración frente a la ley inconstitucional”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 86, Buenos Aires, 2013, p. 3. El autor, además, propone una interesante herramienta para salvar la cuestión de la ejecutoriedad de los actos administrativos que aplican una ley presuntamente inconstitucional: se trata del artículo 12 de la Ley N° 19549, que habilita a la administración a suspender la ejecución del acto (en este caso, mientras tramite la declaración judicial de inconstitucionalidad o la derogación de la norma).

(110) COMADIRA, Julio R. “La posición de la Administración Pública frente a la ley inconstitucional”, *Revista de Derecho Administrativo*, N1 1, Buenos Aires, 1989.

radas. En otras palabras, prescindir de la ley necesariamente presupone que ésta se ha reputado inconstitucional. Naturalmente, es crucial discernir a qué poder le compete abrir juicio sobre la validez constitucional de las decisiones del Congreso. Como ya se ha señalado, eso no es resorte del Ejecutivo, sino de los tribunales¹¹¹. Esta doctrina, que viene a contradecir todo lo sostenido por la PTN hacía más de cinco décadas, fue reiterada en el año 2017 (Dictámenes 300:158).

Lamentablemente, el párrafo anterior representa sólo un pequeño oasis en la Doctrina de la PTN, dado que dicha postura fue rápidamente revertida: en el año 2018, ya con otro Procurador, el Dr. Bernardo Saravia Frías, se emitió un Dictamen (305:12) en el que se vio un primer acercamiento a la vieja doctrina de Marienhoff, toda vez que el Procurador concluyó que “(...) la previsión contenida en el párrafo 2° del artículo 7° del Estatuto para el Personal del Banco Central de la República Argentina es inconstitucional (...)”¹¹², declarando en sede administrativa la inconstitucionalidad de una norma¹¹³. Luego afianzó su postura en Dictámenes 309:253, donde se permitió cuestionar directamente la naturaleza del principio de división de poderes, en un fragmento que vale la pena transcribir: “La noción clásica del principio de separación de poderes y división de funciones se formuló de un modo pétreo y estático, que ya no resulta acorde a las necesidades de una sociedad que se ha tornado más compleja (...). Por otra parte, entre los distintos órganos (poderes) se generan no sólo relaciones de control, como en el modelo tradicional, sino también de colaboración y coordinación, lo que comporta un modo distinto de entender el equilibrio de poderes. Se trata de una distribución del poder más que de una división, un reparto de su ejercicio que lleva a la fragmentación de las funciones estatales, según el tipo de actividad. El principio de división de poderes debe adaptarse a la evolución sistémica del derecho público: cada poder posee un núcleo competencial constitucionalmente asignado y un círculo de competencias *periféricas*, Estas últimas pueden ser asumidas por cualquiera de los otros dos órganos, en forma complementaria o extraordinaria, mientras que las primeras sólo pueden ejercerse con carácter excepcional y temporal”¹¹⁴. Puede apreciarse como en el año 2019 el Procurador del Tesoro opta por relativizar el principio de división de poderes, diciendo que es, en realidad, una distribución. Desde mi punto de vista, se trata de un desarrollo argumental tendiente a ampliar facultades del poder administrador, ya que difícilmente la Procuración se refiera, por ejemplo, a que el Poder Judicial administre el presupuesto o defina el sentido de las políticas públicas¹¹⁵.

(111) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 298:207 del 30/08/2016, p. 10.

(112) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 305:12 del 06/04/2018, p. 18.

(113) Aunque en ese caso no se trate específicamente de una Ley sino de normativa del Banco Central de la República Argentina.

(114) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 309:253, del 28 de junio de 2019.

(115) Esto no quita que los planteos relacionados con la naturaleza de la división de poderes y su relación con los cambios que se van suscitando a nivel mundial merezcan ser analizados en profundidad. En ese sentido ver AA.VV. *Derecho Administrativo, Estado y República*, T. 1., Buenos

Nótese la grave incompatibilidad de este argumento con el utilizado para sostener la inconstitucionalidad del artículo 38 de la LMREP, que es que se trata de un avasallamiento de las facultades del Poder Ejecutivo. Pareciera que cuando la administración necesita atribuirse facultades de las que carece (declarar la inconstitucionalidad de una ley) se matiza la división de poderes al punto tal de hablar de una “distribución más que una división”¹¹⁶; pero cuando se trata de defender sus propias facultades frente a los límites que pone el Congreso Nacional, la división de poderes parece ser el más rígido e incuestionable de los principios.

V. Reflexiones finales

Tal como se adelantó en la introducción, este trabajo no constituye una defensa a ultranza de la redacción de la LMREP (de hecho, muchas cuestiones deberían ser revisadas, al igual que muchas otras leyes en nuestro país). Pero sí constituye una defensa a ultranza del Estado de Derecho y, en consecuencia, del principio republicano de división de poderes. Esto no significa mantener una rígida postura tradicionalista o anticuada, sino enaltecer el fin último de la limitación al poder del Estado: el efectivo goce de los derechos fundamentales de las personas. La relación administración-empleado público es evidentemente una relación de poder en la que el agente es la parte más débil -que, además, tiene puesta en juego su subsistencia-. En el aspecto disciplinario, en particular, el Poder Ejecutivo corre un riesgo permanente de extralimitarse en sus funciones, y es por eso que resulta ineludible velar por el cumplimiento de los derechos y garantías plasmados en nuestro bloque constitucional.

A lo largo del desarrollo de este artículo se fueron trabajando varias cuestiones. Se comenzó con una introducción de la normativa fundamental en materia de regulación de los sumarios administrativos, teniendo especialmente en cuenta lo relativo a los plazos que debe respetar la administración. Se mencionó la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional Nº 25164, el Decreto Reglamentario de esa norma, Nº 1421/2002 y el Reglamento de Investigaciones Administrativas, Decreto Nº 467/1999.

Luego se llevó adelante una aproximación a algunos elementos básicos necesarios para entender el funcionamiento de la PTN, con el objetivo de introducir lo que luego constituiría el núcleo de este trabajo, que es la doctrina contenida en los Dictámenes de dicho organismo. En ese sentido, se comenzó analizando, desde un

Aires, Astrea, 2019, pp. 71 y ss. A modo de opinión, aun cuando se admitiera que la “complejidad” de nuestras sociedades conduciría a una mayor “fluidez” en la asignación de competencias estatales, vale recordar que han sido precisamente los países que más se han apegado a la división de poderes los más dinámicos e innovadores de los últimos dos siglos, y no a la inversa. Si algo enseña el caso de las dos Alemanias de posguerra, es que hace falta más división de poderes en lugar de menos.

(116) Supra nota 116.

punto de vista crítico, el Dictamen 242:626 y su ampliatorio 243:349, ambos del año 2002 y en el marco del mismo expediente administrativo.

En este análisis se advirtieron diversos problemas que ponen en jaque la validez de tales instrumentos. Por un lado, se mencionó el hecho de que carecen de rigurosidad científico-jurídica debido a que están sustentados casi en su totalidad en obras sin relevancia académica validada, además de contener referencias que son imposibles de corroborar o que, directamente, son incorrectas. Por otra parte, los argumentos presentados con relación al encuadre jurídico de la norma (la cuestión de la “caducidad”) tampoco es adecuado y se vale de antecedentes que no tienen relación alguna con la temática bajo estudio y cuya aplicación analógica es, cuanto menos, inoportuna.

Además, se mencionaron argumentos que, si bien sirven como excusa para el incumplimiento de las normas, no se corresponden con la realidad: la supuesta “responsabilidad del instructor” que serviría como respuesta frente a las demoras injustificadas, además de no constituir una protección al sumariado, fue gravemente puesta en duda mediante la información brindada de forma oficial por varias jurisdicciones de la Administración, incluyendo la propia PTN.

Estos dictámenes también adolecen de vicios en cuanto a su razonabilidad, en la medida en que, con el objetivo de declarar la inconstitucionalidad de una norma en sede administrativa, se valen de supuestos preceptos constitucionales que, en realidad, no se encuentran en el texto de la Carta Magna. Se advierte, en ese mismo sentido, una grave inconsistencia en cuanto a la interpretación constitucional, toda vez que se pretende relativizar la división de poderes al momento de justificar el control de constitucionalidad por parte de la administración, pero se endurece esa separación cuando se trata de evitar que el Poder Legislativo regule (en este caso, ponga un plazo) las tareas del Poder Ejecutivo.

En adición, se omiten gravemente varios principios constitucionales tales como la tutela administrativa efectiva haciendo especial énfasis en el plazo razonable, el principio *pro homine*, el principio *in dubio pro justicia socialis*, entre otros.

Se puso de manifiesto, además, la sorprendente conclusión que arroja el análisis contextual de la Doctrina de la PTN: la ley que se está tildando de inconstitucional había sido reglamentada un mes antes por el propio Poder Ejecutivo mediante el Decreto N° 1421/2002. Esta reglamentación no sólo afirma, sino que profundiza la restricción de seis meses para sustanciar un sumario.

Luego fueron brevemente explicados dos Dictámenes posteriores a fin de ilustrar sucintamente de qué manera la PTN toma una doctrina y comienza a reiterarla hacia el futuro de forma prácticamente mecánica, a pesar de que cambien las autoridades. Esto no sorprende teniendo en consideración que el “estado de *inconstitucionalidad*” del artículo 38 de la LMREPN es de gran utilidad para la Administración, más allá del partido político que gobierne o lo que piensen las autoridades que es correcto.

El punto III tuvo por fin profundizar una discusión que se había mencionado brevemente con anterioridad pero que, por cuestiones de sistematicidad y estructura, merecía ser tratada en un acápite aparte. Se trata del debate acerca de la declaración de inconstitucionalidad en sede administrativa. A través de un repaso de algunas nociones básicas de Derecho Constitucional, sumado a los aportes de algunos/as expertos/as en el tema y a la reflexión con ejemplos -reales y virtuales- se llegó a la conclusión de que el Poder Ejecutivo Nacional no tiene facultades para no aplicar una norma por considerarla inconstitucional (por lo tanto, menos aún puede hacerlo la PTN).

En este orden de ideas, y a modo de síntesis, puede afirmarse que la doctrina de la PTN con relación a la inaplicabilidad *por inconstitucionalidad* del artículo 38 de la LMREPN no se ajusta a derecho, por las siguientes razones: i) el Poder Ejecutivo Nacional no puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes (más allá de cómo denomine a esa declaración); ii) aún si pudiera hacerlo, los fundamentos para afirmar que un plazo de seis meses es una violación manifiesta a las facultades constitucionales del Presidente no son suficientemente robustos; iii) el Dictamen que dio origen a esta doctrina tiene graves -e insanables- deficiencias tanto desde el punto de vista jurídico (lo que incluye también la consideración de los principios, derechos y garantías consagradas en nuestra Constitución) como desde la razonabilidad.

Así las cosas, es impostergable que, al igual que fue revertida -por un corto período de tiempo- en el año 2016 la doctrina de la inconstitucionalidad de las leyes en sede administrativa, la PTN modifique su postura acerca de la aplicación del artículo 38 de la LMREPN. Eso no significa que automáticamente los sumarios deben ser sustanciados en el plazo de seis meses, sino que la PTN (y por lo tanto el Poder Ejecutivo Nacional) debe ajustarse a derecho promoviendo un Proyecto de Ley modificatorio de la LMREPN o bien impulsando el proceso correspondiente para que se declare -en sede judicial- la inconstitucionalidad de la norma.

VI. Bibliografía

AA.VV. *Derecho Administrativo, Estado y República*, T. 1., Buenos Aires, Astrea, 2019.

AMAYA, Jorge. *Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad*, T. 1., Buenos Aires, Astrea, 2018.

ANDRÉS, Diego S. "La defensa de la Constitución en la Ley Orgánica española.", *Revista de estudios políticos*, 152, 1967.

AVERSA, Santiago L. "Plazo razonable y prescripción para el ejercicio de la pretensión punitiva estatal en sede administrativa. Una perspectiva constitucional", *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2, 2013, IJ-LXVII-549.

BADENI, Gregorio. *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

BALBÍN, Carlos F. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2015.

BIELSA, Rafael. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 7ma ed., 2017.

BUTELER, Alfonso. “La interpretación de la Constitución en sede administrativa”, *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 169-182, 2015.

CANDA, Fabián. “El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)”, *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, Tomo 2003, 565, diciembre 2003.

CARRANZA TORRES, Luis R. “La caducidad de instancia en el proceso falencial”, *El Derecho*, Tomo 230, ED-DCCLXX-514.

CASSAGNE, Juan C. *Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Lexis Nexis, 7ma ed. 2002.

CASSAGNE, Juan C. *Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015.

COMADIRA, Julio R. “La posición de la Administración Pública frente a la ley inconstitucional”, *Revista de Derecho Administrativo*, N1 1, Buenos Aires, 1989.

DE CUCCO ALCONADA, María C. “¿Cómo escribimos los abogados? La enseñanza del lenguaje jurídico”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 14, N° 28, pp. 127-144.

DROMI, Roberto J. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1983.

DUPERUT MORELLATO, Fabiana. “Control de constitucionalidad e inaplicación de normas inconstitucionales por la administración pública”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 87, Buenos Aires, 2013.

DURAND, Julio C. “La administración frente a la ley inconstitucional”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 86, Buenos Aires, 2013.

ESPINOZA MOLLA, Martín R. “Perfiles actuales de la garantía del plazo razonable en el procedimiento administrativo”, *Sup. Adm.* 2019 (agosto), 3, *La Ley*, 2019-D.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1° ed., 2006 (versión original de 1977).

GARGARELLA, Roberto & SUNSTEIN, Cass. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, 1° reimp., Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GELLI, María A. *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, T. 2 -Arts. 44 a 129-, 4ta Ed., Buenos Aires, La Ley, 2011.

HUTCHINSON, Tomás. *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 6° Ed., 2002.

LINARES, Juan F. *Caso administrativo no previsto*, Buenos Aires, Astrea, 1° Ed., 1976.

LINARES, Juan F. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 2007.

MANION, Clarence E. “Reviewing Judicial Review.” *Indiana Law Journal*, vol. 12, no. 3, February 1937.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. 1, 2011.

NINO, Carlos S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 4ta Ed., 2013, versión original de 1992.

PERRINO, Pablo E. “El derecho a tutela administrativa efectiva”, en AA. VV., *El derecho administrativo, hoy, 16 años después*, RAP, Buenos Aires, 2013, p. 75.

PINTO, Mónica. “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín (coord.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

RAFECAS, Daniel. “La ciencia del Derecho y el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 8, Nº 15, 2010.

RENNELLA, María P. “Facultades del Poder Ejecutivo ante una Ley inconstitucional: vigencia de la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación”, en COMADIRA, Julio R. *Elementos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

REPETTO, Alfredo. *Procedimiento Administrativo Disciplinario*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 3ra Ed., 2019.

RESTREPO MEDINA, Manuel A. *Derecho administrativo: reflexiones contemporáneas*, Editorial Universidad del Rosario, 2017, eLibro, <https://elibro.net/es/ereader/campusunq/70706?page=269>.

RODRÍGUEZ, María J. “El control de legalidad en sede administrativa. La gravitación de las características del órgano sobre el alcance y modalidades del control de legalidad” en AA.VV., *Control público y acceso a la justicia*, Buenos Aires, Astrea, 2016.

ROMBOLÁ, Néstor D. *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Editorial Ruy Díaz, 6ta Ed., p. 103, ISBN 978-987-516-036-1.

ROSALES CUELLO, Ramiro. “Vigencia y actualidad de la doctrina de la arbitrariedad”, SJA 13/02/2019, 75 - JA 2019-I, 75.

SABSAY, Daniel. *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

SAGÜÉS, Néstor P. *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, T 1, 2da Ed., 1997.

SCHMITT, Carl & KELSEN, Hans. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: “El defensor de la constitución” versus “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”*, Madrid, Tecnos, 2009.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.

WALDRON, Jeremy. *Contra el gobierno de los jueces*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018.

EL CONTRATO DE USO DE PLATAFORMA DIGITAL: LA ESTRUCTURA JURÍDICA DE LOS MODELOS DE NEGOCIO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA*

*THE DIGITAL PLATFORM USAGE AGREEMENT:
THE LEGAL STRUCTURE OF THE BUSINESS
MODELS OF COLLABORATIVE ECONOMY*

*Leonardo David Balduzzi***

Resumen: Mediante el contrato de uso de plataforma digital una parte habilita a otra a utilizar un producto digital en internet destinado a compartir información o entablar comunicaciones a cambio o no de un precio en dinero. Se trata de una figura amplísima que comprende una gran cantidad de plataformas de comunicación, juegos, música, contenidos audiovisuales, redes sociales, gestión de trámites, intercambio de bienes o servicios, entre muchas otras. Sin perjuicio de que cada producto tiene sus propias particularidades, la estructura de la relación entre las partes es la misma. En todos los casos tenemos un sujeto que proporciona un espacio en la red en donde los usuarios pueden acceder para consumir, compartir o intercambiar información o entablar comunicaciones. En el presente trabajo proponemos un análisis del vínculo contractual que conecta al operador de la plataforma con sus usuarios. Nuestro foco está puesto, especialmente, en los modelos de negocios de la economía colaborativa.

Palabras-clave: Economía de plataformas - Era Digital - Tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs) - *Startups* - Términos y condiciones.

Abstract: By means of the digital platform usage agreement, one party enables another to use a digital product on the internet, aimed at sharing information or establishing communication in exchange or

* Trabajo recibido el 9 de junio de 2020 y aprobado para su publicación el 21 de julio del mismo año.

** Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Maestrando en Derecho Privado por la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesor de Derecho Privado III de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (FD, UNC) (contacto: leonardobalduzzi@hotmail.com.ar).

not for an agreed sum of money. It is about a wide form of contract comprising a lot of communication platforms, games, music, audio-visual content, social media, management procedures, exchange of goods or services; among many others. Without prejudice to the fact that each product has its own specific characteristics, the structure of the relationship between the parties is the same. In all cases, we have a subject who provides a web space where users can access to consume, share and exchange information or establish communications. In this paper, we propose an analysis of the contractual relationship that connects the platform operator with their users. Our focus is mainly on the business models of the collaborative economy.

Keywords: Platform Economy - Digital Age - Information and Communication Technologies - Startups - Terms and Conditions.

Sumario: I. Introducción. II. Nuevos modelos de negocios centrados en la economía colaborativa. III. Características comunes en las plataformas digitales colaborativas. IV. Concepto. V. Caracteres. VI. Régimen aplicable. VII. Sujetos. VIII. Capacidad. IX. Formación del consentimiento. X. Términos y condiciones. XI. Objeto. XII. Causa. XIII. Prueba. XIV. Obligaciones de las partes. XV. Extinción. XVI. Contratos con elementos de extranjería. XVII. Conclusión.

I. Introducción

Sin dudas los desarrollos tecnológicos conectados a internet están promoviendo importantes cambios en las relaciones humanas, es decir, la manera en que nos vinculamos con el otro. Hasta hace algún tiempo, la búsqueda laboral consistía en revisar los avisos clasificados del periódico y presentar el *curriculum vitae* impreso en la sede del empleador; hoy en día, ello se realiza mediante la carga de datos en plataformas digitales en donde se publican ofertas de trabajo. Y así con tantísimas otras situaciones.

El derecho, por su parte, se encuentra absolutamente implicado en este proceso de transformación en la medida que regula relaciones humanas. Centrándonos nada más que en las relaciones jurídicas privadas patrimoniales, podemos mencionar como ejemplo las criptomonedas, los títulos cambiarios electrónicos, los contratos inteligentes o *smart contracts*, etc. De modo que los desafíos del derecho de cara a las nuevas tecnologías son muchísimos y en todas sus disciplinas¹.

(1) MÁRQUEZ, J. F. y MOISSET DE ESPANÉS, L. "La formación del consentimiento en la contratación electrónica", *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, p. 1 [Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artformacionconsentimientocontratacionelectro>]

En este trabajo nos interesamos en un fenómeno económico-tecnológico particular que se está desarrollando con auspiciosos resultados desde el comienzo del nuevo milenio: las plataformas digitales colaborativas². Son aquellas que proporcionan un espacio para compartir o intercambiar información en internet facilitando el acceso a determinados bienes o servicios. Si bien muchas de ellas son ampliamente conocidas -Mercado Libre³, Computrabajo⁴ Airbnb⁵ o Booking⁶, por citar las más populares-, la doctrina nacional todavía no se ha ocupado con detenimiento de la relación contractual existente entre los usuarios y el operador de la plataforma.

Nuestro objeto de análisis será el contrato de uso de plataforma digital con especial atención en los modelos de negocios de la economía colaborativa⁷. Se trata de un contrato atípico, aunque con suficiente tipicidad social dada la creciente utilización de estos productos digitales. Según anticipamos, nuestra doctrina ha abordado algunos temas específicos⁸, pero no precisamente la estructura contractual

Fecha de consulta: 22/5/2020]. “No existe espacio jurídico que no haya debido avocarse a problemas o interrogantes originados por la sociedad de la información: teletrabajo, posibilidades inconmensurables de acumulación de datos sensibles -con su consiguiente manipulación y venta-, nuevas fronteras de los derechos de propiedad intelectual, problemas de conflictos de leyes (legislación aplicable, tributación de operaciones comerciales originadas en lugares desconocidos), nuevos delitos penales (‘hacking’, ‘snifers’, ‘estafas virtuales’), gobierno electrónico (‘e-goverment’), son temas que cruzan las construcciones legales formuladas para una realidad ‘analógica’ y de contactos en persona”.

(2) RODRÍGUEZ, R., SVENSSON, G. y PÉREZ, M. “Modelos de negocio en la economía colaborativa: síntesis y sugerencias”, *Esic Market Economics and Business Journal*, vol. 48, núm. 2, 2017, p. 258 [Disponible en: https://www.esic.edu/editorial/editorial_revista_esic_contenidos.php?id=508&lm=e Fecha de consulta: 22/5/2020]. “Podemos resumir la economía del siglo xx como una economía que estuvo centrada en el hiperconsumo basada en el crédito, la publicidad y la propiedad individual. La economía del siglo xxi está centrada en el consumo colaborativo utilizando la reputación, la comunidad y el acceso compartido, como principales herramientas”.

(3) <https://www.mercadolibre.com.ar/> Fecha de consulta: 3/6/2020.

(4) <https://www.computrabajo.com.ar/> Fecha de consulta: 3/6/2020.

(5) <https://www.booking.com/index.es-ar.html> Fecha de consulta: 3/6/2020.

(6) <https://www.airbnb.com.ar/> Fecha de consulta: 3/6/2020.

(7) La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Una Agenda Europea para la economía colaborativa” del 2 de junio de 2016 define a la economía colaborativa en los siguientes términos: “A los efectos de la presente Comunicación, el término ‘economía colaborativa’ se refiere a modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias -pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional (‘pares’) o prestadores de servicios que actúan a título profesional (‘prestadores de servicios profesionales’); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que -a través de una plataforma en línea- conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos (‘plataformas colaborativas’). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro”.

(8) CHRISTOPHERSEN, R. “De ‘Claps’ a ‘Kosten’: una correcta evolución sobre la responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico”, *Revista Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 2, 2020,

del vínculo entre los usuarios y el operador de la plataforma⁹. Nos proponemos, entonces, individualizar sus principales notas con el objetivo de trazar un perfil jurídico aproximado.

El estudio se iniciará con una breve descripción acerca de la economía de plataformas, luego apuntaremos las principales características jurídicas de las plataformas digitales colaborativas, y después abordaremos el análisis tradicional de un contrato atípico desde el concepto hasta las causales de extinción.

II. Nuevos modelos de negocios centrados en la economía colaborativa

Es incuestionable que, como sociedad global, estamos siendo partícipes de profundos cambios como consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías, en particular, de las denominadas Tecnologías de la información y de las comunicaciones -en adelante TICs-¹⁰. El impacto puede percibirse con más o menos intensidad en la economía, el derecho, la política, la educación, el arte o el deporte. Las TICs están

pp. 57-65. [Disponible en: https://www.udesa.edu.ar/sites/default/files/revista_rdynt_nro._2._web.pdf Fecha de consulta: 21/5/2020]. TAMBUSSI, C. E. "La relación entre los usuarios de plataformas de venta por Internet y el proveedor del servicio: El caso 'Kosten'", *Revista Derecho Comercial y de las Obligaciones*, núm. 290, 2018, pp. 510-523. MENDIBERRI, L. S. "Derecho de supresión y libertad de expresión en el marco de redes sociales", *Revista Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 2, 2020, pp. 193-214 [Disponible en: https://www.udesa.edu.ar/sites/default/files/revista_rdynt_nro._2._web.pdf Fecha de consulta: 21/5/2020]. KULIK, A. E. "Regulación de la industria Fintech. Marco aplicable en la República Argentina» en AA.VV. #LegalTech. *El Derecho ante la Tecnología*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, pp. 139-151. CHOMCZYK, A. "Reflexiones sobre el incipiente marco legal de la industria fintech en Argentina", *Revista Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 1, 2017, pp. 51-74 [Disponible en: <https://udesa.edu.ar/sites/default/files/revistardyntnro1.pdf> Fecha de consulta: 21/5/2020]. Levi, D. "Marco legal de las actividades 'fintech' en la Argentina", *Revista Derecho Comercial y de las Obligaciones*, núm. 290, 2018, pp. 593-606. FERNÁNDEZ, D. Y O'FARRELL, I. "Privacidad en el contexto digital: la geolocalización de dispositivos móviles» en AA.VV. #LegalTech. *El Derecho ante la Tecnología*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, pp. 87-94. LIEFELDT, L. M. "Estructuración legal de proyectos de 'billetera digital' y préstamos online", en AA.VV. #LegalTech. *El Derecho ante la Tecnología*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, pp. 153-162. Farías, R. A. "El largo viaje de Uber hacia la legalidad", en AA.VV. #LegalTech. *El Derecho ante la Tecnología*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, pp. 71-85.

(9) Solamente se ha analizado la situación de algunas plataformas desde la perspectiva del derecho del trabajo: GNECCO, M. P. "Plataformas digitales y trabajo", *Revista Derecho del Trabajo*, La Ley, núm. 12, 2019, pp. 17-31; RODRÍGUEZ, A. R. "Trabajo decente: futuro del trabajo en la era de automatización y desarrollo sostenible", *Revista Derecho del Trabajo*, La Ley, núm. 11, pp. 52-60; GAMEN, S. A. "Glovo y Rappi, ¿al margen de la ley?", *Revista Derecho del Trabajo*, La Ley, núm. 7, 2019, pp. 1729-1733; GONZÁLEZ, M. D. "Normas internacionales y nacionales frente al efecto disruptivo de las plataformas virtuales", *Revista Derecho Laboral y Seguridad Social*, Abeledo-Perrot, núm. 19 (octubre), 2018, pp. 1845-1849; GAUTHIER, G. "Nuevos desafíos para el Derecho del Trabajo: el caso Uber", *Revista Derecho del Trabajo*, La Ley, núm. 8, 2017, pp. 1531-1549.

(10) En la ley n° 27078 se las define como "el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios que permitan la compilación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de información, como por ejemplo voz, datos, texto, video e imágenes, entre otros" (artículo 6, inciso g).

cambiando, básicamente, la manera de relacionarse entre las personas. De allí que se hable de una Era Digital que nos evoluciona a una sociedad de la información. Internet nos permite buscar empleo, trabajar, encontrar pareja, publicar contenidos, aprender un idioma, informarnos sobre hechos ocurridos en cualquier sitio del planeta, comunicarnos en tiempo real, como así también celebrar prácticamente toda clase de contratos.

La economía de plataformas o economía colaborativa aprovecha las ventajas de las TICs con el propósito de facilitar el acceso a diferentes bienes o servicios a través de la interacción entre los usuarios. Estos modelos de negocios conocidos como P2P -*peer-to-peer*, es decir, entre pares- buscan una asignación más eficiente de los recursos a partir del consumo colaborativo, esto es, un consumo enfocado en el acceso compartido. Las personas están cada día más dispuestas a compartir activos infrautilizados -como podría ser una habitación no ocupada de la vivienda o el automóvil en los períodos que no se lo utiliza- a cambio o no de dinero u otras prestaciones¹¹. Lo esencial no es la adquisición de los bienes sino su uso¹².

Por otra parte, el modelo de negocio de las plataformas colaborativas comparte una cualidad que es elemental en un contexto de economía de redes: la escalabilidad. La capacidad de trepar rápidamente en el mercado global despierta el interés de los capitales inversores y así los emprendedores pueden obtener financiamiento para sus *startups*. Y más allá de la resistencia que plantean ciertas corporaciones de sectores tradicionales -con fundamento, casi siempre, en marcos regulatorios protectores de su actividad-, lo concreto es que la economía de plataformas se presenta en este Siglo XXI como una oportunidad de empleo y de desarrollo¹³.

(11) En este sentido, el Dictamen de iniciativa del Comité Económico y Social Europeo sobre "Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI" del 21 y 22 de enero de 2014 (2014/C 177/01) señala que: "El consumo colaborativo o participativo se extiende cada vez a más comunidades y ciudades de todo el mundo, que usan las redes tecnológicas para hacer más con menos mediante actividades como el alquiler, el préstamo, el intercambio, el trueque, el regalo o compartiendo productos a una escala antes inimaginable".

(12) CONF. DÍAZ-FONCEA, M. - MARCUELLO SERVÓS, C. - MONREAL GARRIDO, M. "Economía social y economía colaborativa: Encaje y potencialidades", *Economía Industrial*, núm. 402, 2016, p. 33 [Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5924492> Fecha de consulta: 22/5/2020].

(13) FERRER, M. - MAURES, A. "Un futuro para la economía colaborativa y los nuevos modelos de negocio en las plataformas digitales", *Cuadernos Económicos de ICE*, núm. 97, 2019, p. 156 [Disponible en: <http://www.revistasice.com/index.php/CICE/article/view/6801> Fecha de consulta: 21/5/2020]. "El tsunami tecnológico en el que nos encontramos alcanza a las infraestructuras digitales y analógicas, a los productos y servicios que recibimos, a los conceptos de consumidor y empresa y, por supuesto, a los modelos de negocio. Este es el caso de la economía de plataformas o la economía colaborativa. Estos nuevos modelos de negocio se han convertido en sinónimo de innovación y disrupción. Si bien, en ocasiones, se encuentran rodeados de polémica, trasladan la sensación de inevitabilidad y una nueva y provechosa fuente de oportunidades para mejorar el bienestar social. Hay consenso en que van a ser esenciales para la economía del futuro".

III. Características comunes en las plataformas digitales colaborativas

Como para ir entrando en sintonía, nos proponemos sintetizar un conjunto de notas jurídicas que comparten las plataformas digitales objeto de nuestro análisis en cuanto a su composición contractual.

En primer lugar, el operador de la plataforma -esto es: la persona humana o jurídica que por sí misma o por intermedio de terceros administra el sitio web- califica como proveedor en los términos del estatuto del consumidor (artículo 2, LDC¹⁴; artículo 1093, CCCN¹⁵). Estamos ante sujetos que con profesionalidad y habitualidad se dedican a ofrecer servicios de la sociedad de la información a los consumidores¹⁶. Detrás de una plataforma existen importantes inversiones de capital destinadas a fondear su desarrollo dada la complejidad que entrañan los proyectos de esta naturaleza; con ello queremos significar que las plataformas están operadas por empresas de tecnología especializadas en desarrollos web. En este sentido, nadie desarrolla una plataforma para una determinada ocasión o para funcionar ocasionalmente, sino que son modelos de negocios que procuran insertarse en el mercado de manera permanente. El servicio de intermediación que brinda el operador permite que los consumidores accedan a diferentes bienes o servicios a través de las ofertas que publican otros usuarios de la plataforma.

En segundo lugar, el usuario de la plataforma que adquiere o utiliza los bienes o servicios en ella ofrecidos califica como consumidor en los términos del estatuto consumeril (artículo 1, LDC; artículo 1093, CCCN). La persona que contrata un viaje a través de Cabify¹⁷, por ejemplo, resulta ser el destinatario final del servicio de transporte que puede solicitarse mediante la aplicación móvil. Por el contrario, quienes ofrecen los bienes o servicios -el anfitrión de Airbnb, la empresa que publica una oferta laboral en Computrabajo, etc.- no son consumidores porque emplean la plataforma como instrumento o canal para llegar a su público, sin perjuicio de que se los llame usuarios; según el caso, ellos pueden ser proveedores -la agencia que alquila autos por Booking-, simples particulares -el profe de tenis que vende su raqueta usada por Mercadolibre- o incluso licenciatarios de servicios públicos -el taxista rosarino que utiliza Movi Taxi¹⁸-.

En tercer lugar, la relación jurídica que entablan los usuarios de la plataforma con el operador tiene naturaleza contractual. Claro que el nacimiento del contrato

(14) Ley de Defensa del Consumidor.

(15) Código Civil y Comercial de la Nación.

(16) La Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de julio de 1998 que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas define al servicio de la sociedad de la información como "todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios" (artículo 1, 1^{er} apartado, inciso a).

(17) <https://cabify.com/es> Fecha de consulta: 3/6/2020.

(18) <http://www.movitaxi.com.ar/> Fecha de consulta: 3/6/2020.

no se produce por el mero hecho de la navegación en la red -ello podría asimilarse a la lectura de un diario o una revista-, sino que es menester la existencia un acto que posea la entidad suficiente como para ser considerado manifestación de la voluntad (artículos 262, 971, 978 y 979, CCCN)¹⁹.

En cuarto lugar, si bien nos encontramos en un entorno de contratación electrónica, es perfectamente posible la comunión entre contratos celebrados por medios electrónicos y contratos celebrados por medios tradicionales. Mientras que el contrato entre los usuarios y el operador de la plataforma es electrónico por su propia naturaleza, el contrato que celebran los usuarios entre sí puede concretarse electrónicamente a través de la misma plataforma -así ocurre con Airbnb o Mercado Libre- o bien por mecanismos tradicionales -sería el caso de quien utiliza Cuida-MiMascota²⁰ para encontrar un cuidador para su perro o Home Solution²¹ para encontrar un plomero-.

En último lugar, cabe señalar que este tipo de plataformas procuran satisfacer casi siempre necesidades del mundo *offline*²², como podría ser el transporte o el alojamiento de personas. No obstante, las TICs permiten que ciertas obligaciones se cumplan de manera electrónica, facilitando así la dinámica del contrato. Diferente ocurre con las plataformas financieras o de inversión, en donde la totalidad de las prestaciones se desarrollan cien por cien *online*.

IV. Concepto

Comencemos por esbozar un concepto: en este contrato una parte habilita a otra a utilizar un producto digital en internet destinado a compartir información o entablar comunicaciones a cambio o no de un precio en dinero.

Se trata de una figura amplísima que comprende una enorme multiplicidad de plataformas de comunicación, juegos, música, contenidos audiovisuales, redes

(19) DE LA MAZA GAZMURI, I. y MOMBERG URIBE, R. "Términos y condiciones: Acerca del supuesto carácter contractual de las autorizaciones para el tratamiento de datos personales en sitios web", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 6, núm. 2, 2017, p. 44 [Disponible en: <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/46226> Fecha de consulta: 21/5/2020]. "En todo caso, lo esencial del contrato clic es que requiere una acción positiva por parte del usuario, la cual es condición para que se complete la transacción. Esta es la diferencia fundamental con los contratos *browse*, los cuales no requieren manifestación alguna por parte del usuario respecto a los términos que propone el proveedor, que simplemente se encuentran disponibles vía uno o más enlaces, pero sin que el usuario requiera acceder a ellos o realizar alguna acción positiva para completar la transacción y utilizar los servicios".

(20) <https://www.cuidamimascota.com.ar/> Fecha de consulta: 3/6/2020.

(21) <https://homesolution.net/ar/> Fecha de consulta: 3/6/2020.

(22) Según el Dictamen de iniciativa del Comité Económico y Social Europeo sobre "Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI" del 21 y 22 de enero de 2014 (2014/C 177/01): "El consumo colaborativo o participativo representa una tercera ola de Internet, donde la gente se encuentra en Internet para compartir fuera de Internet".

sociales, gestión de trámites, intercambio de bienes o servicios, entre muchas otras. Sin perjuicio de que cada producto tiene sus propias particularidades, la estructura de la relación entre las partes es la misma. En todos los casos tenemos un sujeto que proporciona un espacio en la red en donde los usuarios pueden acceder para consumir, compartir o intercambiar información o entablar comunicaciones.

Desde nuestra mirada, el uso de la plataforma constituye la base de la relación contractual entre el operador y los usuarios. Luego, según la finalidad de cada una, se añaden cláusulas particulares que le imprimen su propia impronta al contrato.

V. Caracteres

El contrato de uso de plataforma digital presenta los siguientes caracteres: **a)** bilateral; **b)** oneroso o gratuito -en este aspecto hay de todo: plataformas gratuitas, plataformas de pago, plataformas con tramos *free* y tramos *premium*, etc.-; **c)** conmutativo; **d)** no formal; **e)** atípico, aunque con suficiente tipicidad social; **f)** de tracto continuado; **g)** de plazo indeterminado; **h)** de adhesión a cláusulas predispuestas; **i)** de consumo con relación a los usuarios consumidores; **j)** personal o *intuitu personae* -la cuenta no puede transferirse a otra persona bajo ningún título-.

VI. Régimen aplicable

En cuanto al régimen jurídico, se aplican: **1º)** las normas de la LDC y las normas indisponibles del CCCN; **2º)** los términos y condiciones de uso; **3º)** los usos y prácticas del lugar de celebración; **4º)** las normas de los contratos típicos afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad -al respecto, pensamos que algunas disposiciones del contrato de suministro o de servicios se podrían aplicar como último recurso-. Todo ello de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 963, 964 y 970 del CCCN.

VII. Sujetos

El operador puede ser una persona humana o jurídica con la titularidad sobre el nombre de dominio del sitio web o la licencia necesaria para administrarlo en nombre del titular. Nos parece un recaudo razonable, de acuerdo con el deber de obrar de buena fe (artículos 9, 729 y 961, CCCN), que en los términos y condiciones se indiquen aquellos datos que permitan a los usuarios identificar al operador: nombre, denominación o razón social, domicilio y CUIT/CUIL²³.

(23) En este sentido, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) dispone que los Estados miembros garantizarán que el prestador de servicios permita a los destinatarios y a las autoridades competentes acceder con facilidad y de forma directa y permanente como

El usuario también puede ser una persona humana o jurídica, quien al momento de la registración deberá proporcionar con exactitud ciertos datos personales para su identificación, como asimismo completar el procedimiento de comprobación de identidad.

VIII. Capacidad

Un tema delicado es el de la capacidad de ejercicio de los usuarios, no tanto por su impacto con relación a este contrato -pues no estamos ante un acto de administración ni disposición del patrimonio-, sino por los riesgos que supone para el resto de los usuarios la posibilidad de celebrar un negocio con una persona sin capacidad suficiente. Por lo pronto, el operador debería solicitar datos adicionales para descartar la falta de capacidad por minoría de edad; bastaría con pedir una foto del DNI. Más complicado es el caso de personas con penas privativas de la libertad (artículo 12, CP), restricciones a la capacidad o incapacidad por razones de salud (artículo 32, CCCN) e inhabilitadas por prodigalidad (artículo 48, CCCN) en tanto que esa información no se encuentra totalmente disponible ni digitalizada. Por fin, el operador no podría nunca negar la registración a una persona sin sentencia de incapacidad o restricción en la capacidad desde que se las considera plenamente capaces (artículos 31, inciso a); 23; 24, inciso c), CCCN); entraríamos allí en un terreno pantanoso, como es el de los actos discriminatorios o vejatorios de la dignidad humana (artículo 42, CN; artículos 2; 3, incisos b) y f); 9, 1^{er} apartado y concordantes, CDPD24; artículos 51, 52, 1097, 1098, CCCN; artículo 8 bis, LDC; artículo 1, ley n° 23592).

Por suerte, no existen incapacidades de derecho de los usuarios con relación a este contrato y tampoco se nos ocurrieron ejemplos del todo creíbles sobre contratos celebrados entre usuarios de una plataforma que pudieran resultar nulos por incapacidad de derecho de alguno de los contratantes. Habríamos de pensar, por ejemplo, en el juez de la sucesión que mediante Airbnb reserva un inmueble que compone el acervo sucesorio de una causa en la que interviene. Aun así, serían hipótesis que quedan libradas a la exclusiva responsabilidad de las partes.

mínimo a los siguientes datos: **a)** nombre del prestador de servicios; **b)** dirección geográfica donde está establecido el prestador de servicios; **c)** señas que permitan ponerse en contacto rápidamente con el prestador de servicios y establecer una comunicación directa y efectiva con él, incluyendo su dirección de correo electrónico; **d)** si el prestador de servicios está inscrito en un registro mercantil u otro registro público similar, nombre de dicho registro y número de inscripción asignado en él al prestador de servicios, u otros medios equivalentes de identificación en el registro; **e)** si una determinada actividad está sujeta a un régimen de autorización, los datos de la autoridad de supervisión correspondiente; **f)** en lo que se refiere a las profesiones reguladas, los datos del colegio o institución de pertenencia, título profesional y Estado miembro en que se expidió, referencia a las normas profesionales aplicables en el Estado miembro de establecimiento y los medios de acceder a las mismas; **g)** el número de identificación del impuesto al valor añadido (artículo 5, 1^{er} apartado).

(24) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Las cuestiones particulares de la capacidad de los usuarios en redes sociales son sumamente interesantes, pero lo dejamos para otra oportunidad porque se alejan de los límites de este trabajo.

IX. Formación del consentimiento

Con la registración como usuario se produce la aceptación de la oferta emitida por el operador (artículos 973, 978 y 979, CCCN) y la consiguiente formación del consentimiento contractual (artículo 971, CCCN). En ese procedimiento el usuario adhiere de manera expresa a los términos y condiciones predispuestos por el operador. El perfeccionamiento del contrato ocurre, entonces, cuando la solicitud de registración ingresa al sistema de información de la plataforma (artículos 980, inciso b) y 983, CCCN). El propio sistema suele confirmar la registración del usuario enviándole un correo electrónico, pero ello se torna obligatorio con relación a los consumidores (artículo 1108, segunda parte, CCCN); la ausencia de notificación confirmando la recepción de la aceptación impide, en nuestra opinión, el perfeccionamiento del contrato.

Un supuesto de ausencia de consentimiento es el del *phishing*, esto es, cuando se emplean maliciosamente las TICs con el objeto de sustituir o apoderarse de la identidad digital de una persona sin su debido consentimiento. El contrato que se celebra bajo tal circunstancia es doblemente nulo, a saber: por no existir manifestación de la voluntad del usuario (artículos 262, 263, 264, 957, 971, 978 y 979, CCCN) y por incurrir el operador en una manifestación de la voluntad viciada de dolo como consecuencia del accionar de un tercero (artículos 271, 272 y 274, CCCN).

En los casos de sustitución de identidad, tanto el operador como el usuario tienen acción de responsabilidad contra el autor del dolo (artículo 275, primera parte, CCCN). Con todo, también el operador puede ser responsable por el daño ocasionado al usuario si no adoptó medidas de seguridad informática aconsejables o no consideró oportunamente la denuncia de suplantación de identidad formulada por el usuario (artículo 1724, segunda y tercera parte, CCCN); ni qué hablar si actuó en connivencia con el *phisher* o deliberadamente hizo caso cuando tomó conocimiento del hecho ilícito (artículos 275, segunda parte; 1724, última parte, CCCN). Obviamente que la consideración de la responsabilidad del operador requiere de un análisis de todas sus variables: podría ocurrir que el daño padecido por el usuario sea una consecuencia totalmente alejada del hecho dañoso, que el daño reclamado no sea resarcible, que el usuario hubiera incidido en la producción del daño, entre otras.

X. Términos y condiciones

Un componente importantísimo de la formación del consentimiento es que el contrato de uso de plataforma digital se celebra por adhesión a cláusulas predispuestas. Es más, pensamos que no podría ser de otra manera teniendo en cuenta la

dinámica de las operaciones en internet, así como el alcance masivo de esta clase de productos digitales. El operador administra un espacio de interacción entre los usuarios debiendo fijar las pautas para que ello suceda de manera segura, ordenada, eficiente, expedita, etc. Por lo tanto, los términos y condiciones de uso de la plataforma deberán respetar una serie de recaudos previstos tanto por el CCCN como la LDC si pretenden surtir plenos efectos jurídicos.

Por un lado, tenemos ciertas exigencias de carácter general en torno al contrato de adhesión pre-redactado por el operador:

- a) en el sitio web siempre debe estar disponible una versión actualizada con indicación de la fecha de su última modificación²⁵;
- b) las cláusulas deben ser comprensibles -pues no lo son aquellas que emplean lenguaje técnico o excesivamente rebuscado- (artículo 985, 1º párrafo, CCCN)²⁶;
- c) las cláusulas deben ser autosuficientes -esto es: el usuario debe poder captar el alcance de la disposición sin necesidad de linkear en otros enlaces- (artículo 985, 1º párrafo, CCCN);
- d) la redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible -ello comprende una apropiada organización de la información, lenguaje liso y llano, sencillez conceptual, omitir estipulaciones irrelevantes, no presuponer nunca el conocimiento del usuario, emplear tamaños de fuente razonables en colores más bien oscuros sobre fondos claros, etc.- (artículo 985, 2º párrafo, CCCN);
- e) son nulas las cláusulas que contienen *links* no disponibles al momento de la registración o inmediatamente antes (artículo 985, 3º párrafo, CCCN);
- f) las cláusulas que den lugar a más de una interpretación deben entenderse en sentido contrario al operador (artículo 987, CCCN);
- g) son nulas las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del operador -como ser, por ejemplo, el operador que no garantiza el buen funcionamiento de la plataforma- (artículo 988, inciso a), CCCN);
- h) son nulas las cláusulas sorpresivas, es decir, aquellas que por su contenido, redacción o presentación no son razonablemente previsibles para el usuario -un ejemplo puede ser la estipulación que impide cancelar la registración a la plataforma por un cierto tiempo- (artículo 988, inciso c), CCCN).

(25) DE LA MAZA GAZMURI, I. - MOMBERG URIBE, R. "Términos y condiciones...", ob. cit., p. 46. "El primero de los requisitos es que la persona a quien se le atribuye la aceptación haya tenido la posibilidad de acceder al contenido del documento que se quiere hacer valer como contrato".

(26) IBIDEM, pp. 49 y 50. "(...) (E)l deber de transparencia implica más que la mera disponibilidad de la información, pues es esencial que el destinatario conozca dicha información y pueda entenderla, de manera de prever los efectos del contrato y por tanto decidir si acepta o no los términos que se le proponen".

Por otro lado, tenemos normas que establecen un plus de protección para los usuarios que adquieren o utilizan los bienes o servicios ofrecidos en la plataforma:

- a) son nulas las cláusulas que tienen por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor -así ocurre cuando el operador sólo asume obligaciones de medios, mientras que los usuarios se encuentran obligados a cumplir incontables objetivos- (artículo 1119, CCCN);
- b) son nulas las cláusulas que limitan la responsabilidad por daños del operador -es común que el operador pretenda eximirse de toda responsabilidad por los daños que sufran los usuarios en sus dispositivos a causa de vulnerabilidades en la seguridad de la plataforma- (artículo 37, inciso a), LDC);
- c) son nulas las cláusulas que establecen una inversión de la carga probatoria en perjuicio del consumidor (artículo 37, inciso c), LDC).

Como se trata de un contrato totalmente atípico, no puede haber cláusulas nulas por importar una renuncia o restricción a los derechos del usuario o ampliación de los derechos del operador resultante de normas supletorias (artículo 988, inciso b), CCCN; artículo 37, inciso b), LDC). No está de más recordar que la batería de normas protectorias del consumidor escapa a toda estipulación en contrario que se pudiera incorporar en los términos y condiciones (artículo 65, LDC; artículos 12 y 962, CCCN).

En cuanto a la modificación de los términos y condiciones, el operador comúnmente se autodetermina la facultad de introducir cambios, sin necesidad de obtener el previo consentimiento de los usuarios. Estamos ante una cláusula cien por cien abusiva en razón que los derechos y las obligaciones de las partes quedan a merced de la voluntad del predisponente; la estipulación comentada exorbita ni más ni menos que los límites de la autonomía de la voluntad (artículo 959, CCCN)²⁷. Tampoco es serio considerar que la mera utilización de la plataforma implica una aceptación tácita de los cambios introducidos, puesto que el usuario quizás ni siquiera los conozca. En efecto: es esencial que el operador informe con precisión cuáles han sido las modificaciones incorporadas y, mejor aún, si solicita la expresa aceptación del usuario.

Una particularidad a tener en cuenta es que el operador también predispone las cláusulas aplicables al contrato entre los usuarios. Ello es así por cuanto el éxito de la plataforma estriba en que todas las operaciones se celebren bajo el mismo formato. Claro que no todas las plataformas restringen con la misma intensidad la libertad contractual de los usuarios; así, por ejemplo, mientras que el anfitrión de

(27) Véase DE LA MAZA, I. - CRUZ, S. "Contratos por adhesión en plataformas electrónicas", *Revista de Derecho Informático*, núm. 59, 2003, pp. 41-44 [Disponible en: <http://bit.ly/2zGUIJ3> Fecha de consulta: 25/5/2020].

Airbnb puede establecer sin cortapisas el precio del alojamiento, el conductor de Cabify sólo tiene la posibilidad de aceptar el viaje en el precio previamente calculado por el *software* del operador. En suma, los términos y condiciones no solamente contienen las cláusulas atinentes al contrato de uso de la plataforma, sino también las estipulaciones inherentes al contrato de transporte, hospedaje o compraventa en los cuales no resulta parte el operador.

De la situación que comentamos se deriva una consecuencia no menor: entre los usuarios no existe contrato de adhesión a cláusulas predispuestas en la medida que ambas partes adhieren a las estipulaciones redactadas por un tercero (artículo 984, CCCN). Si bien el operador debería mantener un adecuado equilibrio contractual entre ambas partes -pues el éxito del modelo de negocio depende, en buena proporción, de que tal interacción ocurra en términos ecuanimes-, nada impide que ciertas cláusulas puedan considerarse abusivas. En este caso operan las nulidades propias del régimen de defensa del consumidor (artículo 37, LDC).

XI. Objeto

Es nulo el contrato si la plataforma tiene como objeto información o comunicaciones contrarias a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, que lesionan derechos ajenos o especialmente prohibidos (artículo 1004, CCCN). Sin ir más lejos, Cabify tiene objeto ilícito en muchísimas ciudades por contradecir las normas de derecho administrativo relativas los servicios públicos de transporte de pasajeros. Ejemplo clásico de nulidad por inmoralidad en el objeto ha sido la prostitución, más en la actualidad nos parece cuanto menos discutible que una plataforma orientada a los servicios sexuales reciba esa calificación; a la postre, las trabajadoras y los trabajadores sexuales continúan luchando por el reconocimiento de su actividad e impedirles contactar clientes por este medio implicaría hundirlos aún más en la marginalidad.

Más difícil es pensar en plataformas con objeto prohibido por ser de imposible cumplimiento (artículo 1004, CCCN). Cualquier modelo de negocio necesita para tener éxito ofrecer un producto o servicio concreto que resulte particularmente útil a los clientes. Pero, si a alguien se le ocurre crear un *Marketplace* de hechos imposibles, tiene que saber que el contrato con los usuarios será nulo por ser de objeto prohibido.

Existen plataformas que facilitan otro tipo de vinculaciones, es decir, no relacionadas con el intercambio de bienes o servicios. Nos referimos, por ejemplo, a los sitios webs que permite encontrarse a personas que se están buscando por razones de parentesco o algún otro interés extrapatrimonial. En estos supuestos se mantiene la patrimonialidad en el objeto porque la plataforma no deja de ser un producto digital susceptible de valoración económica (artículo 1003, CCCN).

XII. Causa

Es nulo el contrato si la plataforma tiene un fin inmediato contrario a la moral, el orden público o las buenas costumbres (artículo 281, primera parte y 1014, inciso a), CCCN). Cabe recordar, en este sentido, que las primeras plataformas P2P nacieron con el propósito de intercambiar obras intelectuales sin el debido consentimiento de sus titulares. En la misma situación se encuentran los sitios web que utilizan una causa lícita -como ser el intercambio de repuestos automotores, para disimular una actividad con fines contrarios a derecho, la compraventa de repuestos y autopartes robados (artículo 282, segunda parte y 1014, inciso b), CCCN). Y también es nulo el contrato si el operador obra con un motivo ilícito o inmoral, como es la recopilación de datos sensibles o imágenes privadas de los usuarios sin su expreso consentimiento (artículo 1014, inciso b), segunda parte, CCCN).

XIII. Prueba

Estamos en presencia de un contrato no formal (artículos 969 y 1015, CCCN), pero que se instrumenta en un documento particular con firma electrónica (artículos 286-288, CCCN; artículo 5, ley n° 25506), razón por la cual no puede probarse exclusivamente por testigos (artículo 1019, 2° párrafo, CCCN). De todas maneras, durante el transcurso del contrato se produce la suficiente prueba documental-instrumental como para acreditar su existencia; así, por ejemplo, los correos electrónicos remitidos por el operador confirmando la creación de la cuenta, o indicando los pasos a seguir para reestablecer la contraseña, o confirmando la concreción de una operación, etc.

Como la autenticación que realiza el usuario al registrarse en la plataforma es una firma electrónica²⁸, el operador tendrá que acreditar su validez si el usuario no la reconoce (artículo 5, segunda parte, ley n° 25506). Y siendo los términos y condiciones un instrumento particular no firmado -recordemos que la firma electrónica no es suficiente para atribuir al documento el carácter de instrumento privado (artículo 288, 2° párrafo, CCCN)²⁹-, el juez deberá apreciar su valor probatorio considerando

(28) GUINI, L. "Nuevas formas de identificación y autenticación en la nueva economía creada por Internet", *Revista Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 2, 2020, pp. 99 y 100 [Disponible en: https://www.udesa.edu.ar/sites/default/files/revista_rdynt_nro._2._web.pdf Fecha de consulta: 21/5/2020]. "La ley argentina reconoce la validez jurídica tanto de la firma electrónica como de la firma digital. Entendiéndose que la firma electrónica es todo aquel mecanismo de autenticación que no cumple con el 100% de los requerimientos de la ley para la firma digital. En este sentido pueden ser consideradas firmas electrónicas tanto las claves compartidas (criptografía simétrica), tecnología de clave pública cuyos certificados no fueron emitidos por un certificador licenciado, o bien cualquier mecanismo de autenticación que no cumpla con los requisitos de la ley de firma digital, por ejemplo el PIN personal, el nombre escrito al final de un correo electrónico, una palabra clave utilizada para acceder a la banca electrónica, una pregunta y respuesta para autenticarse, pulsar el botón «aceptar» en una aplicación web".

(29) Conf. ABDELNABE VILA, M. "Naturaleza jurídica de la firma digitalizada", en AAVV, *#LegalTech. El Derecho ante la Tecnología*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 5.

especialmente “la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen” (artículo 319, CCCN).

XIV. Obligaciones de las partes

Son obligaciones del operador:

a) *Permitir el acceso a la plataforma.* Finalizado el proceso de registración, el operador debe permitir al usuario el ingreso a la plataforma con su nombre de usuario y contraseña durante las 24 hs. Ello comprende la posibilidad de reestablecer la contraseña cuando el usuario no la recuerda o el sistema bloquea el acceso por razones de seguridad. Lógicamente que el operador puede suspender temporalmente el acceso a la plataforma para realizar tareas de mantenimiento. Por otra parte, el usuario es quien tiene que proveerse de la conexión a internet necesaria para utilizar la plataforma *online*.

b) *Permitir el uso de las diferentes funcionalidades de la plataforma.* No basta con ingresar a la plataforma sino poder hacer uso de ella: publicar ofertas, entablar comunicaciones, subir imágenes, solicitar una cotización, anunciar, comentar, calificar un bien o servicio, etc. Ahora bien, no todos los usuarios tienen habilitación para usar las mismas funcionalidades; ello dependerá de la clase de usuario, el tipo de suscripción o ciertas condiciones particulares. Las diferentes funciones de la plataforma pueden, asimismo, estar sujetas a suspensiones temporarias por cuestiones técnicas.

c) *Mantener ordenado el intercambio de información o comunicaciones entre los usuarios.* Dijimos que el operador administra un espacio cibernético de interacción entre los usuarios, establece unilateralmente las reglas de participación y también cumple un rol de moderador. En este sentido, el operador se reserva la facultad de aplicar sanciones a los usuarios que infrinjan aquellas pautas con la finalidad de mantener el orden en la comunicación y, al mismo tiempo, asegurar una leal competencia entre los oferentes que concurren en la plataforma.

d) *Mantener en reserva ciertos datos suministrados por los usuarios.* El operador les pide a los usuarios ciertos datos personales para poder identificarlos, constatar su identidad, establecer canales de comunicación, ubicarlos geográficamente o conocer su perfil profesional. Gran parte de esa información tiene por destino, más tarde o más temprano, hacerse pública en la plataforma para que el resto de los usuarios acceda a ella. Al contrario, el operador asume un deber de confidencialidad con relación a otros datos suministrados por los usuarios al momento de la registración o durante su actividad como usuario; ejemplo de ello son el número y código de seguridad de la tarjeta de crédito o débito, el número de cuentas bancarias, etc.

No hace falta el consentimiento del usuario para la publicación de su nombre, domicilio, DNI, CUIT/CUIL, fecha de nacimiento o domicilio en la plataforma

(artículo 5, 2^{do} apartado, inciso c), ley n° 25326), pero sí para el resto de la información. Dicho consentimiento debe ser previo, expreso, por escrito -en este caso será en soporte electrónico- e informado (artículo 5, 1er apartado, ley n° 25326). En los términos y condiciones o en las políticas de privacidad debe indicarse la finalidad de la información solicitada, su carácter obligatorio u opcional y las consecuencias de consignar datos inexactos o negarse a proporcionarlos (artículo 6, ley n° 25326).

Si el operador lleva adelante un verdadero tratamiento de datos personales (artículo 2, ley n° 25326), en ese supuesto deberá ajustarse por completo al régimen legal sobre protección de datos personales³⁰.

e) No difundir los datos suministrados por los usuarios más allá de los límites de la plataforma. Toda la información que el usuario suba o comparta en la plataforma no puede ser empleada con una finalidad extraña a su propio funcionamiento. Si bien los usuarios están dispuestos a brindar muchísima información a la hora de utilizar una plataforma colaborativa, siempre ha de interpretarse que lo hacen en ese contexto y para tal fin. De ahí que resultan absolutamente cuestionables las cláusulas en donde el usuario manifiesta su consentimiento para que el operador haga lo que él mismo dice que puede hacer con los datos personales.

f) Informar todo evento o circunstancia relacionada al funcionamiento de la plataforma. El operador tiene la obligación de dar aviso a los usuarios sobre cualquier situación que importe un cambio o novedad en la plataforma -por ejemplo, la introducción de modificaciones en los términos y condiciones-, como asimismo ciertos acontecimientos ocurridos dentro de ese espacio que son de interés para el usuario. Tal información podrá comunicarse por diferentes medios -anuncios en el sitio web, notificaciones privadas dentro de la misma plataforma o por correo electrónico- dependiendo la importancia del evento.

Son obligaciones de los usuarios:

a) Usar la plataforma conforme a su destino. Por lo pronto, no es tan sencillo utilizar una plataforma con una finalidad diferente a la concebida por el operador puesto que las funciones se encuentran limitadas. Lo más común es que algunos usuarios intenten captar clientela por este medio para luego concretar el negocio por fuera de la plataforma, eludiendo así el pago de comisiones. De todos modos, los operadores poseen numerosas herramientas para evitar o detectar dicha clase de conductas: el sistema de calificación, los comentarios de clientes, el registro de actividad del usuario, entre otras. No incluimos el uso de la plataforma como instrumento para cometer actos ilícitos dado que ello se concreta normalmente desde cuentas falsas.

b) Mantener en reserva la clave de acceso. El usuario tiene que mantener en secreto su contraseña porque todos los actos que se ejecuten desde su cuenta resultan, como

(30) Conf. MENDIBERRI, L. S. "Derecho de supresión...", ob. cit., p. 198.

regla, imputables al titular. Se deben adoptar todos los recaudos tendientes a evitar que la clave de acceso entre en la esfera de conocimiento de terceros.

c) *Mantener actualizados los datos personales.* El usuario no sólo debe consignar con precisión los datos personales al momento de la registración, sino también debe rectificarlos cuando se produzcan modificaciones. Es importante que tanto el operador como el resto de los usuarios puedan tener acceso a los datos personales actualizados.

d) *Intercambiar o compartir información de acuerdo a las pautas estipuladas por el operador.* Podríamos resumir el contenido de la presente obligación con estos términos: todo lo que usuario haga dentro de la plataforma debe ajustarse a las estipulaciones predeterminadas por el operador. En los términos y condiciones se establecen pautas precisas para publicar ofertas, subir imágenes de productos, indicar el precio, comentar publicaciones, hacer preguntas, cancelar una compra, devolver un producto, etc. Obviamente que el usuario nunca estará obligado a cumplir con requerimientos ilícitos, inmorales, contrarios al orden público, irrazonables, abusivos o arbitrarios (artículos 9-12, 275, 725, 729, 958, 961, 988, 1003 y 1004, CCCN; artículo 37, LDC).

e) *Dar aviso de ciertos eventos o circunstancias.* El usuario debe comunicarle inmediatamente al operador, por los canales indicados, la producción de algunos hechos como el ingreso o actividad no autorizada en su cuenta de usuario. De esa forma se pueden tomar las medidas de seguridad pertinentes para evitar que se ocasionen perjuicios a otros usuarios. Sin perjuicio de ello, la generalidad de las plataformas contiene la posibilidad de formular denuncias de publicaciones, perfiles, páginas, etc.

f) *Abonar al operador la retribución convenida.* Cuando la plataforma es de pago o tiene versiones con funcionalidades *premium*, el usuario deberá abonar el precio estipulado por medios electrónicos -lo más común es mediante tarjeta de crédito-. Diferente es el abono de comisiones, anuncios publicitarios u otras retribuciones que no se originan por el mero uso de la plataforma digital; según el modelo de negocio, puede haber pactos o contratos conexos que determinan el nacimiento de retribuciones en beneficio del operador³¹.

XV. Extinción

Como en todo lo demás, también en la extinción del contrato se presentan particularidades que nos alejan de la dinámica habitual. Mientras que la conclusión de un contrato de duración es seguramente el momento más importante luego del perfeccionamiento, aquí puede terminarse una relación de ocho o diez años con un par de *clicks* o toques de pantalla sin consecuencias económicas para las partes.

(31) Conf. FERNÁNDEZ PÉREZ, N. "Problemática jurídica derivada de la economía compartida", *Economía Industrial*, núm. 402, 2016, p. 38 [Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5924493> Fecha de consulta: 22/5/2020].

Otra nota característica radica en que el uso de una plataforma digital puede ser tan perdurable como efímero; hay usuarios que desarrollan una carrera profesional, comercial o artística dentro de ellas, al mismo tiempo que otros permanecen apenas un par de horas. En suma: quizá por la masividad de los mercados o por el propio entorno web en donde tiene sede, podemos constatar una suerte de flexibilización del vínculo contractual.

El usuario puede cancelar su registración en cualquier momento, completando el procedimiento que establece la misma plataforma a tales fines. Se trata, técnicamente, de una rescisión unilateral sin causa o *ad nutum* en un contrato de plazo indeterminado. La comunicación de la voluntad extintiva, en tanto requisito esencial para ejercer este derecho (artículo 1078, inciso a), CCCN), se produce de modo automático cuando se completan todos los pasos para cancelar la cuenta de usuario.

No es necesario que el usuario preavise la decisión de rescindir unilateralmente, a pesar de ser un requerimiento para otros contratos sin plazo (artículos 1183; 1279; 1331; 1432, inciso b); 1492; 1508, inciso a); 1522, inciso d), CCCN). Las plataformas digitales apuntan a un mercado de masas, de modo que la cancelación de una cuenta en nada modifica la ecuación económica del operador. Por esa razón el operador no lo requiere ni contempla mecanismos para comunicar anticipadamente la voluntad de cancelar la cuenta.

Pero las cosas cambian cuando es el operador quien pretende cancelar la registración sin causa. Para el usuario, imposibilidad de operar a través de una plataforma puede significar la pérdida de una fuente de trabajo o de un canal de comercialización de bienes o servicios. De allí que resulta imprescindible comunicar con razonable anticipación la decisión de rescindir unilateralmente el contrato; aquí no existe, como en el caso anterior, una razón que justifique apartarse del deber de preavisar la voluntad rescisoria en los contratos a plazo indeterminado. Durante el lapso de preaviso, el usuario tiene la posibilidad de reacomodar sus canales de ventas o buscar otras opciones para ofrecer sus servicios. En consecuencia, entendemos que es nula la cláusula por la cual el operador se autodetermina el derecho de cancelar una cuenta sin siquiera la necesidad de comunicarlo (artículo 988, CCCN).

Lo normal es que el operador cancele una cuenta de usuario al detectar incumplimientos graves o reiterados de los términos y condiciones. La eliminación de los usuarios infractores es fundamental para garantizar la confiabilidad, seguridad y eficiencia de la plataforma. En tales supuestos, la extinción del contrato debe articularse como resolución por incumplimiento estipulada en pacto comisorio expreso (artículo 1086, CCCN). Un asunto a considerar es que la comunicación de la voluntad de resolver se produce por correo electrónico o a través de la misma plataforma, que no son formas fehacientes de acuerdo a la interpretación corriente. Por lo tanto, a los efectos de tener por satisfecho el recaudo de comunicación fehaciente para la resolución por incumplimiento, nos parece que debería amoldarse la interpretación de dicha exigencia al entorno digital en donde se desarrolla el contrato que nos ocupa.

En fin, la extinción por vía natural de cumplimiento, vencimiento del plazo o agotamiento del objeto sólo es posible en las plataformas creadas para un evento o propósito específico. La gran mayoría de las plataformas proponen un modelo de negocio estable y duradero en el tiempo.

XVI. Contratos con elementos de extranjería

Como sabemos, el ciberespacio es un ámbito especialmente propicio para las relaciones jurídicas con elementos de extranjería. Los límites territoriales pierden entidad, así como la soberanía de los estados en cuanto a la aplicación de sus leyes. Ello trae múltiples desafíos desde la perspectiva del derecho internacional privado en nuestro caso particular, teniendo en cuenta que las plataformas digitales tienen sede en internet.

No es posible abordar aquí todas las situaciones que se presentan en las plataformas digitales porque excederíamos los límites de nuestro análisis, más sí podemos apuntar algunas pautas orientativas de carácter general:

Primero, no surten efectos con relación a los usuarios consumidores las cláusulas de elección de derecho aplicable insertas en los términos y condiciones (artículo 2652, último párrafo, CCCN). Se aplica el derecho argentino cuando el usuario consumidor tiene domicilio o residencia habitual en la república, el operador publicitó la plataforma en territorio nacional -por ejemplo, mediante promociones en redes sociales direccionadas a personas ubicadas en Argentina- y la registración sucede desde un dispositivo localizado en el mismo lugar (artículo 2655, inciso a), CCCN). Independientemente de lo anterior, lo mismo se aplicaría el derecho argentino si el usuario consumidor con domicilio o residencia habitual en la república puede acceder a la plataforma desde el territorio nacional (artículo 2655, último párrafo, primera parte, CCCN).

Segundo, si bien en principio serían eficaces las cláusulas de derecho aplicable insertas en los términos y condiciones con relación a los usuarios oferentes de bienes o servicios (artículo 2651, CCCN), ello se torna discutible cuando el operador predispone un derecho totalmente ajeno a la relación jurídica o que deja sin protección al usuario ante cláusulas o prácticas abusivas (artículos 2598 y 2599, CCCN). No debe perderse de vista que el ejercicio de la autonomía de la voluntad se encuentra totalmente disminuido en los contratos celebrados mediante adhesión a cláusulas predispuestas, tal como ocurre con el uso de plataformas digitales.

Tercero, son ineficaces las cláusulas de elección de foro insertas en los términos y condiciones con relación a los usuarios consumidores (artículo 2654, último párrafo, CCCN). Ellos cuentan con un amplio abanico jurisdiccional a su elección (artículo 2654, 1º y 2º párrafo, CCCN) y, además, solamente pueden ser demandados ante los jueces de su domicilio (artículo 2654, 3º párrafo, CCCN).

Cuarto, si bien en principio serían eficaces las cláusulas de elección de foro insertas en los términos y condiciones con relación a los usuarios oferentes de bienes o servicios (artículos 2601; 2605; 2607; 2650, primera parte, CCCN), ello se torna discutible cuando el operador predispone un foro totalmente ajeno a la relación jurídica o que deja al usuario sin posibilidades de acceso a la jurisdicción. Cabe reiterar que el ejercicio de la autonomía de la voluntad se encuentra francamente disminuido en los contratos celebrados mediante adhesión a cláusulas predispuestas, tal como ocurre con el uso de plataformas digitales. Los usuarios oferentes de bienes o servicios podrían demandar a un operador extranjero ante los jueces argentinos si el acceso a la plataforma era posible desde territorio nacional (artículos 2602 y 2650, inciso b), CCCN).

XVII. Conclusión

En el recorrido de estas páginas hemos procurado estructurar la disciplina jurídica de un contrato atípico con innumerables aplicaciones en la actualidad. A continuación, resumimos las principales conclusiones a las que hemos llegado:

1. El operador de la plataforma califica como proveedor en los términos del estatuto del consumidor. El usuario que adquiere o utiliza los bienes o servicios ofrecidos encuadra como consumidor. El usuario que ofrece bienes o servicios a través de la plataforma puede o no ser proveedor.
2. En el contrato de uso de plataforma digital una parte habilita a otra a utilizar un producto digital en internet destinado a compartir información o entablar comunicaciones a cambio o no de un precio en dinero. Este contrato rige la relación entre los usuarios y el operador de la plataforma.
3. La formación del consentimiento se produce cuando la solicitud de registración ingresa en el sistema operativo de la plataforma. La oferta se encuentra publicada en el sitio web de manera permanente y el usuario la acepta en el momento que se registra. La ausencia de notificación confirmando la recepción de la aceptación obsta el perfeccionamiento del contrato con respecto a los usuarios consumidores.
4. Es un contrato de adhesión a cláusulas predispuestas por el operador, por lo tanto, se aplican las disposiciones protectorias de la parte adherente del CCCN (artículos 984-989), más las especiales referidas a los usuarios consumidores (artículos 1117-1122, CCCN; artículo 37 y 38, LDC).
5. El operador debe informar adecuadamente los cambios introducidos en los términos y condiciones a fin de que los usuarios disconformes puedan cancelar su registración. Es abusiva la cláusula por la cual el operador se autodetermina la facultad de modificar los términos del contrato sin siquiera la necesidad de comunicarlo a los usuarios.

6. El usuario puede cancelar su registraci3n en cualquier momento sin necesidad de preavisar su decisi3n.
7. El operador no puede cancelar unilateralmente una cuenta de usuario sin comunicarlo con razonable anticipaci3n. Es nula la cl1usula por la cual el operador se autodetermina el derecho de cancelar una cuenta sin previo aviso.
8. Las cancelaciones por infracciones a los t3rminos y condiciones deben articularse por v1a de resoluci3n por incumplimiento.

Seguramente queden en el tintero aspectos a desarrollar con m1s profundidad o detalles por pulir, pero creemos que este an1lisis puede constituir un buen aporte como punto de partida sobre el tema.

XVIII. Bibliograf1a

ABDELNABE VILA, M. "Naturaleza jur1dica de la firma digitalizada", en AA.VV. #*LegalTech. El Derecho ante la Tecnolog1a*, La Ley, Ciudad Aut3noma de Buenos Aires, 2018.

CHOMCZYK, A. "Reflexiones sobre el incipiente marco legal de la industria fintech en Argentina", *Revista Derecho y Nuevas Tecnolog1as*, n1m. 1, 2017, pp. 51-74 [Disponible en: <https://udesa.edu.ar/sites/default/files/revistardyntnro1.pdf> Fecha de consulta: 21/5/2020].

CHRISTOPHERSEN, R. "De 'Claps' a 'Kosten': una correcta evoluci3n sobre la responsabilidad de las plataformas de comercio electr3nico", *Revista Derecho y Nuevas Tecnolog1as*, n1m. 2, 2020, pp. 57-65 [Disponible en: https://www.udesa.edu.ar/sites/default/files/revista_rdynt_nro._2._web.pdf Fecha de consulta: 21/5/2020].

D1AZ-FONCEA, M. - MARCUELLO SERV3S, C. - Monreal Garrido, M. "Econom1a social y econom1a colaborativa: Encaje y potencialidades", *Econom1a Industrial*, n1m. 402, 2016, pp. 27-35 [Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5924492> Fecha de consulta: 22/5/2020].

DE LA MAZA, I. - CRUZ, S. "Contratos por adhesi3n en plataformas electr3nicas", *Revista de Derecho Inform1tico*, n1m. 59, 2003, pp. 1-50 [Disponible en: <http://bit.ly/2zGUIJ3> Fecha de consulta: 25/5/2020].

DE LA MAZA GAZMURI, I. - MOMBERG URIBE, R. "T3rminos y condiciones: Acerca del supuesto car1cter contractual de las autorizaciones para el tratamiento de datos personales en sitios web", *Revista Chilena de Derecho y Tecnolog1a*, vol. 6, n1m. 2, 2017, pp. 25-55 [Disponible en: <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/46226> Fecha de consulta: 21/5/2020].

FAR1AS, R. A. "El largo viaje de Uber hacia la legalidad", en AA.VV. #*LegalTech. El Derecho ante la Tecnolog1a*, La Ley, Ciudad Aut3noma de Buenos Aires, 2018, pp. 71-85.

FERN1NDEZ, D. - O'FARRELL, I. "Privacidad en el contexto digital: la geolocalizaci3n de dispositivos m3viles", en AA.VV. #*LegalTech. El Derecho ante la Tecnolog1a*, La Ley, Ciudad Aut3noma de Buenos Aires, 2018, pp. 87-94.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N. "Problemática jurídica derivada de la economía compartida", *Economía Industrial*, núm. 402, 2016, pp. 37-46 [Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5924493> Fecha de consulta: 22/5/2020].

FERRER, M. - MAURES, A. "Un futuro para la economía colaborativa y los nuevos modelos de negocio en las plataformas digitales", *Cuadernos Económicos de ICE*, núm. 97, 2019, pp. 155-185 [Disponible en: <http://www.revistasice.com/index.php/CICE/article/view/6801> Fecha de consulta: 21/5/2020].

GAMEN, S. A. "GLOVO Y RAPPI, ¿al margen de la ley?", *Revista Derecho del Trabajo*, La Ley, núm. 7, 2019, pp. 1729-1733.

GAUTHIER, G. "Nuevos desafíos para el Derecho del Trabajo: el caso Uber", *Revista Derecho del Trabajo*, La Ley, núm. 8, 2017, pp. 1531-1549.

GNECCO, M. P. "Plataformas digitales y trabajo", *Revista Derecho del Trabajo*, La Ley, núm. 12, 2019, pp. 17-31.

GONZÁLEZ, M. D. "Normas internacionales y nacionales frente al efecto disruptivo de las plataformas virtuales", *Revista Derecho Laboral y Seguridad Social*, Abeledo-Perrot, núm. 19 (octubre), 2018, pp. 1845-1849.

GUINI, L. "Nuevas formas de identificación y autenticación en la nueva economía creada por Internet", *Revista Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 2, 2020, pp. 95-115 [Disponible en: https://www.udesa.edu.ar/sites/default/files/revista_rdynt_nro._2._web.pdf Fecha de consulta: 21/5/2020].

KULIK, A. E. "Regulación de la industria Fintech. Marco aplicable en la República Argentina", en AA.VV. #LegalTech. *El Derecho ante la Tecnología*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, pp. 139-151.

LEVI, D. "Marco legal de las actividades 'fintech' en la Argentina", *Revista Derecho Comercial y de las Obligaciones*, núm. 290, 2018, pp. 593-606.

LIEFELDT, L. M. "Estructuración legal de proyectos de 'billetera digital' y préstamos online", en AA.VV. #LegalTech. *El Derecho ante la Tecnología*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, pp. 153-162.

MÁRQUEZ, J. F. - MOISSET DE ESPANÉS, L. "La formación del consentimiento en la contratación electrónica", *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, [Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artformacionconsentimiento-contratacionelectro> Fecha de consulta: 22/5/2020].

MENDIBERRI, L. S. "Derecho de supresión y libertad de expresión en el marco de redes sociales", *Revista Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 2, 2020, pp. 193-214 [Disponible en: https://www.udesa.edu.ar/sites/default/files/revista_rdynt_nro._2._web.pdf Fecha de consulta: 21/5/2020].

RODRÍGUEZ, A. R. "Trabajo decente: futuro del trabajo en la era de automatización y desarrollo sostenible", *Revista Derecho del Trabajo*, La Ley, núm. 11, pp. 52-60.

RODRÍGUEZ, R. - SVENSSON, G. - PÉREZ, M. "Modelos de negocio en la economía colaborativa: síntesis y sugerencias", *Esic Market Economics and Business Journal*, vol. 48, núm. 2, 2017, pp. 255-274 [Disponible en: https://www.esic.edu/editorial/editorial_revista_esic_contenidos.php?id=508&lm=e Fecha de consulta: 22/5/2020].

TAMBUSSI, C. E. "La relación entre los usuarios de plataformas de venta por Internet y el proveedor del servicio: El caso 'Kosten'", *Revista Derecho Comercial y de las Obligaciones*, núm. 290, 2018, pp. 510-523.

LA MEJORA ESTRICTA: MEDIO PARA UNA MAYOR LIBERTAD DE TESTAR*

*STRICT IMPROVEMENT: MEDIUM FOR
GREATER TESTAMENTARY FREEDOM*

*Juan Bautista Fos Medina***

Resumen: La mejora es un instituto sucesorio típico del derecho hispánico, que combina la libertad de testar con la sucesión forzosa. En general, se la ha conocido como el “tercio de mejora”, porque se trata de una porción que constituye normalmente el tercio de la herencia y que está destinada a acrecentar la porción hereditaria de cualquiera de los descendientes (conocida como legítima estricta y que normalmente es una legítima corta) y cuyo reparto, por tanto, es desigual. La ventaja es que la mayor libertad de disposición que ofrece la mejora, respecto de los sistemas donde predomina la sucesión legal con legítimas largas, es que se limita a la familia legitimaria. Y, además, un heredero podría acumular además de la porción legítima correspondiente, la porción de mejora y la porción de libre disposición. Puede utilizarse para mejorar a los descendientes que necesiten especialmente de un capital para atender sus enfermedades, para premiar los servicios prestados al causante o para continuar los bienes familiares. Se analizará, entonces, esta institución del derecho de sucesiones desde su vigencia en el Derecho visigodo, su presencia en el derecho indiano, la suerte que tuvo en el Código Civil, los proyectos de restauración del instituto en la Argentina y su pervivencia en algunos países hispanoamericanos.

Palabras-clave: Derecho de sucesiones - Facultad de mejorar - Legítima - Libertad testamentaria - Artículo 2448 CCC - Patrimonio familiar.

* Trabajo recibido el 15 de septiembre de 2020 y aprobado para su publicación el 12 de octubre del mismo año.

** Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Católica Argentina/UCA), Profesor de Historia del Derecho (UCA), Docente con dedicación especial (UCA) (contacto: juanfos@uca.edu.ar)

Abstract: The improvement is a typical succession institute of Hispanic law, which combines the freedom to testify with forced succession. In general, it has been known as the “third improvement”, because it is a portion that generally constitutes the third of the inheritance and is intended to increase the hereditary portion of any of the descendants (in addition to the quota of strict legitimate, which is usually a legitimate short) and whose distribution, therefore, is unequal. The advantage is that the greater freedom of disposition offered by the improvement with respect to the systems where legal succession with long legitimate ones predominates, is that it is limited to the legitimate family. And, in addition, an heir could accumulate in addition to the corresponding legitimate portion, the improvement portion and the freely available portion. It can be used to improve offspring who especially need capital to take care of their illnesses, to reward the services provided to the deceased or to continue family assets. Then, this institution of inheritance law will be analyzed since its validity in Visigoth law, its presence in Indian law, the fate it had in the Civil Code, the restoration projects of the institute in Argentina and its survival in some Hispanic Americans countries.

Keywords: Inheritance law - Improvement faculty - Forced share - Testamentary freedom -Article 2448 CCC - Familiar patrimony.

Sumario: I. Cuestiones previas de orden económico: La pulverización del patrimonio familiar por la división forzosa e igualitaria de la herencia. II. La discusión siempre vigente: libertad de testar o sistema de reservas. III. Concepto. IV. La mejora como institución de nuestra tradición jurídica. V. Legislación comparada. VI. La mejora en el derecho positivo argentino vigente. El caso de la mejora al heredero con discapacidad. VII. El Anteproyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de 2018. VIII. La doctrina española y la doctrina argentina. IX. Propuesta de reforma. X. Conclusión.

I. Cuestiones previas de orden económico: La pulverización del patrimonio familiar por la división forzosa e igualitaria de la herencia

El 29 de septiembre de 2019 se cumplieron ciento cincuenta años de la promulgación del Código Civil de la Nación, mediante la ley 340 de 1869. A partir de allí quedó suprimida la mejora del tercio.

Parece, pues, un momento oportuno para proponer un balance de aquel Código redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, y plantear cuestiones que tiendan a mejorar nuestra realidad jurídico-legal.

En este sentido, teniendo en cuenta el prolongado tiempo de vigencia, existen sobrados elementos para abrir un juicio de valor acerca de sus normas en comparación con su reemplazo, el Código Civil y Comercial de la Nación.

En concreto, me ceñiré, en materia de sucesiones al instituto de la mejora, dentro de la gran materia de las sucesiones, como medio de distribución de los bienes hereditarios dentro de la familia.

No abordaré la mejora en tanto utilización de la porción disponible, tal como la prevé Vélez Sarsfield en el artículo 3605 del Código Civil (CC), y como se encuentra regulada actualmente en el artículo 2414 del Código Civil y Comercial (CCC).

Sino que haré referencia a la mejora introducida en el artículo 2448 del Código Civil y Comercial que, si bien se encuentra acotada al heredero con discapacidad (descendientes o ascendientes), es una mejora estricta y constituye una excepción al principio de intangibilidad de las legítimas.

En este sentido, la “mejora” sobre la porción disponible del causante ha sido considerada por parte de la doctrina como “mejora impropia” (artículo 3605 del Código Civil y artículo 2414 del Código Civil y Comercial), *“mientras que una mejora propiamente dicha sería aquella que destine una parte de la legítima a uno de los beneficiarios, haciendo una diferencia directa con el resto de ellos”*¹.

La mejora será entendida, entonces, como un instrumento para desigualar a los herederos legitimarios (aunque la desigualación formal puede implicar la igualación material), y para que el disponente y, en concreto los padres (en este estudio pondré el énfasis en los padres como responsables de la transmisión patrimonial familiar) puedan, a través de los bienes hereditarios, atender con mayor elasticidad las necesidades de sus hijos, bien sea su enfermedad, su situación económica, o bien sea para premiarlos o para darles una ventaja a fin de continuar con la explotación familiar.

Con la incorporación de la mejora propiamente dicha en nuestra legislación, la herencia se divide en tres partes: la legítima estricta, la porción disponible y la mejora estricta.

Por otro lado, analizaré la mejora, especialmente en el sentido tradicional que tuvo durante varios siglos en España y durante más de 350 años en América, y que fue conocida como el tercio de mejora, con vigencia en nuestra patria hasta la aplicación del Código Civil. Con la característica de ser un instituto que ha contemplado en nuestro pasado y que contempla aún en varios países, la satisfacción de la obligación alimentaria mediante la legítima estricta que, consideramos es, precisamente, su razón de ser.

(1) MEDINA, Graciela - ROLLERI, Gabriel. “Derecho de las Sucesiones”, en RIVERA, J. C. - MEDINA, G. (directores), *Derecho Civil y Comercial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 592. Agregan los autores que *“en el derecho español, y con fuente en la ley visigótica de Chindasvinto, la mejora se computa sobre la porción legítima”*.

La herencia en la Argentina, desde el 1 de enero de 1871, fecha en que entró en vigor el Código Civil, se ha dividido implacablemente de manera forzosa e igualitaria, sin ningún otro mecanismo que permitiera morigerar esta liquidación del patrimonio familiar de acuerdo con el ritmo del crecimiento geométrico de la población.

A través de propósitos altruistas, como la igualación sucesoria de los hijos, se ha provocado la *pulverización de la propiedad familiar*. El Código colonizador, como se lo apodó en la época, fue también un Código que, en materia sucesoria, operó una reforma agraria silenciosa de proporciones nacionales, producto de la cual la Argentina se enfrenta hoy con una atomización de la propiedad rural familiar alarmante, que ha contribuido -junto con otros factores económicos, políticos y sociales- a ir reduciendo el número de explotaciones rurales medianas e ir polarizándolas en pequeñas o grandes. Lo que vaticinaban los especialistas en Derecho Agrario se ha cumplido: es decir, el incremento del latifundio y del minifundio.

Lo cierto es que cien años después de la sanción del Código de Vélez, las cifras oficiales indicaban que en la Provincia de Buenos Aires el promedio anual de ventas era de alrededor del 3% de su superficie, lo que implicaba que cada 33 años técnicamente toda la superficie de la provincia cambiara de dueño y que prácticamente en cada generación se vendiera toda la tierra rural de la provincia².

En tanto, en el período comprendido entre los años 2002 y 2008 desaparecieron casi sesenta mil explotaciones agropecuarias en todo el país (exactamente 59.943), habiendo desaparecido en el período anterior (1998-2002), la cantidad de 87.688 explotaciones agropecuarias, es decir, en diez años casi ciento cincuenta mil (exactamente 147.631)³.

Aquellos números arrojan estos otros: 14.631 explotaciones agropecuarias menos por año y 40,45.- menos por día. Cuarenta empresas rurales menos, tal vez cuarenta familias rurales obligadas a migrar, condenadas a desaparecer o empujadas a la ruina.

(2) FOS MEDINA, Juan Bautista. "La legítima sucesoria y la atomización de la propiedad rural", revista *Prudentia Iuris* nro. 70, mayo de 2011, pp. 85-98. Evidentemente un alto porcentaje de esas ventas ha respondido a parcelas de tierra obtenidas por herencia. Del estudio realizado por Saturnino M. Zemborain para la Sociedad Rural Argentina "se deduce la ausencia de continuidad familiar en las explotaciones, es decir, no hay estabilidad o rigidez en el grupo social agrario", en ZEMBORAIN, Saturnino M. *La verdad sobre la propiedad de la tierra en la Argentina. Los orígenes de la propiedad, la movilidad social y el proceso de subdivisión de la tierra*, Instituto de Estudios Económicos de la Sociedad Rural Argentina, 1973, p. 51.

(3) Ver también el diario *La Nación*, Buenos Aires, martes 8 de septiembre de 2009, Sección 2, Economía & Negocios, "La crisis del campo. Primeros datos oficiales. Cerraron 60.000 explotaciones agropecuarias desde 2002. El dato, que surge del censo 2008 del sector, señala una mayor concentración del negocio rural", por José Crettaz. Y. "El análisis. El fracaso más inesperado", por Félix Sammartino.

Asimismo, de acuerdo con el informe “Una tierra para todos” de la Conferencia Episcopal Argentina (basado en el Censo agropecuario de 2002), el 10% de las explotaciones agropecuarias más grandes del país concentraba en dicho año el 78% del total de las hectáreas registradas de país.

Como se advierte, el proceso de pulverización predial familiar, trae consigo un efecto injusto y demoledor, porque las grandes empresas agropecuarias (u otros grandes capitales provenientes de otras actividades) son las que tienen más posibilidades de perdurar y sobrevivir económicamente frente a las crisis económicas, a la presión impositiva y a la falta de incentivos y las que, por consiguiente, van acaparando las pequeñas parcelas de las que se desprenden ineludiblemente los pequeños propietarios.

Ya advertimos de esta situación en algunos estudios específicos, unos años antes de la sanción del Código Unificado vigente, a los que me remito⁴.

Las circunstancias descriptas afectan a la propiedad rural, aunque también a la urbana, así como a la llamada empresa familiar.

Numerosos factores han contribuido a la masificación humana en la sociedad contemporánea, dominada por las grandes urbes macro-cefálicas que han surgido de la Revolución Industrial y de la desamortización de fines del siglo XVIII y principios del XIX, que han minado la necesaria estabilidad que requiere el ser humano para no llevar una vida nómada.

Esta situación demanda, pues, la búsqueda de soluciones específicas y eficaces, que requieren revisar ciertas ideas cargadas de prejuicios ideológicos y de las consecuentes limitaciones y temores que engendran, producto de ideas igualitarias que, en abstracto son muy loables, pero que en concreto han demostrado su fracaso, en relación con el progreso económico y al arraigo familiar.

La cuestión de la *continuidad de la propiedad familiar*, en especial la agraria, se enfrenta con una realidad humana tan indefectible como la muerte. Ésta pone término a la vida humana y a un cierto estado de cosas y, generalmente, acaba con la unidad del patrimonio de una persona y de una familia.

(4) FOS MEDINA, Juan Bautista. “Justicia, propiedad e igualitarismo: el caso de la legítima ‘grande’”, *El Derecho*, Suplemento de Filosofía del Derecho N° 16, N° 12.139, Año XLVI, 2008, p. 10 y ED 230-1049. Allí decíamos: “Luego de casi ciento cincuenta años de aplicación del régimen sucesorio argentino y dada la desintegración descripta, pareciera que nos encontramos en un momento propicio para que la idea de la conservación de la propiedad familiar encuentre un ambiente cada vez más favorable que genere, al menos, una reforma positiva desde el punto de vista de la flexibilización del régimen jurídico en materia sucesoria, de modo que permita una mayor libertad a los padres para disponer la suerte de sus bienes, los cuales están ligados estrechamente, muchas veces, a la suerte de los miembros de la familia”.

En este sentido, como bien ha señalado Elías Guastavino, la división de la herencia suele ser para las familias el momento en que sus fuerzas pueden fenecer para siempre o, por el contrario, sobrevivir permitiendo enlazar las generaciones⁵.

Es así como, en la medida en que la persona se vincula con las cosas, éstas adquieren un sentido hereditario, porque las cosas están al servicio del hombre en el transcurso del tiempo y, por lo tanto, a través de las generaciones.

Además, existe como un carácter cuasi sagrado que adquiere un patrimonio transmitido por generaciones que resulta por ello, entre otras razones, valioso resguardar. Este sentimiento casi se ha perdido en la Argentina, a diferencia de Europa (por ejemplo, en España, sobre todo en el Norte, donde se conservan leyes forales favorables a la continuidad de la propiedad familiar), por obra de la implacable división forzosa e igualitaria de la herencia puesta en vigor en nuestro país.

La propiedad familiar -especialmente la agraria- desde un punto de vista económico, y más allá de otras formas de propiedad, es fundamental para el sustento familiar, así como para fomentar la autonomía familiar respecto del Estado y respecto de las grandes empresas, que suelen asalariar a los descendientes de aquellos campesinos.

Asimismo, la conservación de la propiedad familiar es primordial a fin de proteger la identidad de la persona y de la familia, la que se desarrolla en ese espacio de sana autonomía, en ese ámbito de libertad, en ese reducto familiar en contacto con la tierra, con las creaturas y con los tiempos de la naturaleza.

En eso, la cultura indígena, tan protegida actualmente por la legislación nacional e internacional en competencia con la cultura occidental clásica, da claras muestras de la importancia que tiene la cultura ancestral para la conservación del arraigo terrestre y cultural⁶.

Existe, pues, una relación sempiterna entre la familia y la propiedad por medio de la cual el hombre domestica la cosa normalmente en sociedad, en tanto ser gregario, estableciéndose en familia en un lugar, en una tierra, en una casa.

Por ello, como ha señalado Rafael Gamba, *“el hombre construye su albergue en el espacio, y ese albergue posee límites, estancias, estructura. Y cada estancia, un sentido y también un misterio intransferible, como cada flor es, en sí misma, la negación de las demás. Es la mansión histórica, hecha sustancia de la vida, lo que el hombre ama (...)”*⁷.

(5) GUASTAVINO, Elías P. *Derecho de familia patrimonial. Bien de familia*, Tomo I, 3ª. edición ampliada y actualizada, *La Ley*, Buenos Aires, 2010, p. 146.

(6) FOS MEDINA, Juan Bautista. “La propiedad comunitaria indígena. Algunos aspectos histórico-jurídicos”, *Revista Cruz del Sur* 2012, año II, número 3, pp. 261-283, ISSN 2250-4478. http://www.revistacruzdelosur.com.ar/Numeros_001-010/RHCZDS-00309-Fos_Medina-Propiedad_comunitaria_indigena.pdf. Fecha de consulta: 14 de octubre de 2020.

(7) GAMBRA, Rafael. *El silencio de Dios*, editorial Criterio Libros, Madrid 1998, p. 67.

Por otra parte, como han afirmado Mazeaud, la familia está hecha de estabilidad. Toda cohesión reside en la perpetuidad. Un grupo no vive más que si se cree inmortal⁸.

Por ello, sostiene Lafaille que puede hablarse de un derecho hereditario con jerarquía constitucional, como consecuencia necesaria de la garantía de la propiedad privada, prevista en el artículo 17 de la Constitución Nacional⁹, así como también por el artículo 14 que declara que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de usar y disponer de su propiedad, y por el artículo 20 del mismo ordenamiento constitucional que expresa que los extranjeros tienen derecho a testar, lo que es aplicable también a todos los ciudadanos de la Nación, porque no sería razonable que los extranjeros tuvieran más derechos que los habitantes nativos.

Tal rango constitucional se encuentra, pues, en la cumbre del ordenamiento jurídico del país y denota la importancia de la materia hereditaria, tal como lo advirtió en su época Alexis de Tocqueville, cuando señalaba que las *leyes de la herencia* deberían *encabezar las normas del Derecho Público* por la influencia social y política que ejercen.

El artículo 14 bis de la Constitución prevé la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por ley 23054 y parte integrante de la Constitución Nacional) en su artículo 17, titulado “protección a la familia”, establece: “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*”.

En esta línea, los hermanos Mazeaud (Henri, Léon y Jean) han sostenido que “*cuando se reconoce la utilidad de la familia como célula de la nación, se está obligado a admitir la transmisión del patrimonio familiar; porque la defensa de la familia implica la necesidad de mantenerle sus bienes, de asegurarle la perpetuidad del patrimonio, del cual se beneficiarán las generaciones que se suceden, unidas a la realización de los mismos objetivos. Algunos grandes juristas han basado así, con mucha exactitud, sobre la protección de la familia la transmisión sucesoria. Domat escribía: ‘El orden de las sucesiones se funda sobre la necesidad de continuar y de transmitir el estado de la sociedad, de la generación que pasa a la que sigue’ (Traité des lois, cap. VII, I) ... Gény revela que la herencia es el ‘cimiento económico de la familia’; es también su cimiento jurídico ... Así, la herencia cumple una función familiar y social. El hombre conquista por su trabajo la situación de individuo libre; es decir, liberado de esa servidumbre que es la ausencia total de bienes (cfr. Parte segunda,*

(8) MAZEAUD, H., L., J. *Lecciones de Derecho Civil*, T. IV, Buenos Aires, 1959, p. 395, citado por GUASTAVINO, Elías P, *Derecho de Familia patrimonial. Bien de familia*, 3ª Edición actualizada y ampliada, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2010.

(9) SANTISO, Javier. “La mejora estricta de la legítima de herederos con discapacidad”, *DFyP*, mayo, 2017, p.164.

n. 1304); pero no la adquiere egoístamente para él solo; la adquiere también para las generaciones a las cuales les da la vida”¹⁰.

Contrariamente a lo que comúnmente se piensa, independientemente de la inspiración y de la tendencia del Código Civil francés de 1804, Napoleón pretendió que se protegiera la propiedad familiar¹¹.

II. La discusión siempre vigente: libertad de testar o sistema de reservas

La disyuntiva entre libertad de testar o sistema de legítimas (o incluso el sistema mixto) remite a la vieja discusión que se ha desarrollado a lo largo de la vigencia de todo el Derecho Occidental: cuestión que variará en un sentido o en otro según las costumbres y las circunstancias socioeconómicas, jurídico-políticas, etc.

No entraré ahora en esa problemática, pero vale recordar que el sistema de legítimas se implementó en el Derecho Romano, cuando la propiedad era individual y luego de que se verificara en muchos casos el abuso por parte del *pater familias* de una absoluta libertad de disposición de los bienes hereditarios que perjudicara, así, a los parientes próximos.

Por medio de la vía pretoriana surgió, así, la legítima como remedio frente al ejercicio impudoso del derecho de disposición testamentaria y, también, como una obligación legal para proteger a los familiares preteridos por el *pater* en el testamento.

El sentido que ha tenido la legítima en sus orígenes coincide con su naturaleza jurídica que, según ha señalado el Abad Panormitano, es de carácter alimentario; el tiempo le ha dado en algunos ordenamientos jurídicos un alcance mucho más amplio, entendido como un derecho a una porción de la herencia, siendo éste el sentido que ha tenido en nuestro país desde la sanción del Código de Vélez Sarsfield.

La polémica entre libertad de testar y legítima siempre estará vigente, porque el Derecho, en última instancia, se ocupa de regular el grado de libertad humana en la vida política, es decir, qué permite y qué prohíbe, qué sanciona y qué premia, qué privilegia y qué desalienta.

(10) MAZEAUD, H., L., J. *Lecciones de Derecho Civil*, parte cuarta, Volumen II, La transmisión del patrimonio familiar, ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, pp. 9-10.

(11) Según Vicent Cronin “*la Revolución había sido a veces un nivelador imperativo. Por ejemplo, en beneficio del igualitarismo, un decreto de 1794 estableció que un jefe de familia con tres hijos no podía legar a uno de los hijos más del 25 por ciento por encima de lo que había legado a cualquiera de los dos restantes. Napoleón pensaba que debía permitirse que un testador legase hasta la mitad de sus bienes a un hijo, con lo cual por lo menos garantizaría que la casa de la familia pasara de una generación a otra. La única excepción estaría representada por las propiedades cuyo valor superase los 100.000 francos. Tronchet se opuso: ‘¿Cómo podemos saber si la propiedad tiene o no un valor superior a los 100.000 francos? Sería necesario usar los servicios de expertos, lo cual sería costoso, lento y materia de disputas legales’.* También aquí se rechazó la propuesta más liberal de Napoleón”. CRONIN, Vincent. *Napoleón*, Javier Vergara editor, (edición original Penguin Books Ltd.), Buenos Aires, 1988, p. 211.

Nosotros nos inclinamos principalmente por favorecer las condiciones necesarias para que la persona pueda desarrollar sus libertades concretas, mediante las cuales se desarrolle la costumbre como fuente de Derecho, siempre que no vaya contra las leyes fundamentales de la Nación.

Por ello nos manifestamos partidarios de no restringir dichas libertades, necesarias para la sana vida social, es decir, sin intromisiones asfixiantes del Estado, que conduzcan, producto de una voluntad del legislador teñida de ideologismos y a contrapelo de la realidad, a una ingeniería social que desvirtúe a la familia.

En concreto, se adujo que el riesgo de una libertad de testar absoluta era que los bienes hereditarios fueran dispuestos a favor de extraños a la familia y que los parientes próximos del causante quedaran privados de ellos y, por tanto, privados también de alimentos.

Por esa razón, los Estados adscriptos al régimen de la libertad de testar, tienen como contracara la obligación alimentaria, que los herederos preteridos pueden hacer valer judicialmente (v.gr. Inglaterra, ciertos estados de los EE. UU, Ontario, Manitoba y Quebec en Canadá, México, la Comunidad Foral de Navarra, el Fuero de Ayala en la Comunidad Vasca, etc.). Asimismo, en algunos países hispanoamericanos es condición para disponer libremente de los bienes, que el testador deje asegurados los alimentos a los hijos que tengan derecho a ellos (artículo 595 del Código Civil de Costa Rica, artículo 778 del Código Civil de Panamá, artículo 936 del Código Civil de Guatemala).

Pero aquella objeción contra la libertad de testar, porque desprotege a la familia, no prospera si coexisten la legítima con la mejora del tercio que aumenta el margen de libertad del testador.

Con la legítima los bienes permanecen en la familia, aunque, con la mejora estricta, pueden distribuirse desigualmente y ello no es necesariamente negativo, al contrario, en general es positivo. Porque, además, entre otros argumentos que se han dado a favor del instituto de la mejora y, en general, en pro de la libertad de testar es que refuerza la autoridad de los padres. Este argumento puede resultar contrario al otro que persistentemente se le insiste a la sociedad, en el sentido de la defensa a ultranza del paradigma igualitario. Pero tiene la ventaja que es natural, porque toda comunidad requiere de una autoridad que ejerza la potestad, y en la familia los padres son naturalmente quienes la detentan.

Cada autoridad en la sociedad debe cumplir su función en su ámbito de competencia y, en ese sentido, el Estado no debe arrogarse facultades que invadan el legítimo ámbito familiar, donde es deseable que se resuelvan estos asuntos privados. Ello no es óbice para que el Estado, en su misión arquitectónica, sancione las leyes de la Nación que fijen el marco de convivencia y que promuevan la concordia política así como que respeten las esferas propias y naturales de participación de la familia y de los cuerpos intermedios en la vida social y política, sin perjuicio de los

límites, restricciones y sanciones que válidamente pueda imponer y los reclamos por violaciones y abusos del derecho que deba atender en aras de proteger al más desvalido y de restaurar el orden¹².

En esta pirámide social (Estado, cuerpos intermedios, familia, persona) se encuentra en su base la persona humana, como componente del tejido social, con su legítima autonomía. Hoy se utiliza el término “autonomía de la voluntad” que resulta un principio válido si se ejerce con equilibrio, pero cuya absolutización puede ser también un factor de disgregación y de atomización social.

En tanto, los defensores de la libertad de testar, como Pedro Somellera en nuestro país, así como otros después de él (José Manuel de Estrada, Alberto Molinario, para nombrar algunos), y en España la Escuela jurídica catalana (Joaquín Costa, Luis Roca-Sastre, Durán y Bas y Juan B. Vallet de Goytisolo, por nombrar otros), han puesto el énfasis en un régimen donde prime la condición del buen padre, a diferencia del régimen de legítimas que centra su atención en los abusos, es decir, en el aspecto negativo de la cuestión.

Por otra parte, los que abogan por la libertad de testar han sostenido que la ley, al ser general y establecer una igualdad aritmética, suele errar porque no puede atender las circunstancias concretas de la familia (que exigen el conocimiento adecuado de la realidad familiar), que efectivamente pueden realizar los padres de familia al conocer el ámbito particular.

El principio de igualdad, tanto en lo relativo a la aplicación de una ley sucesoria única como a la misma porción hereditaria para todos los hijos, es sumamente atractiva, pero, conviene reconocer, que puede ser en la práctica un elemento disolvente.

Se dirá que la distribución desigual de la herencia entre los descendientes es injusta o discriminatoria, pero también es injusto y discriminatorio cuando reciben lo mismo unos descendientes que no tienen la misma situación personal, económica, social, etc. Tratar por igual realidades distintas también es injusto. A veces el bien común exige también soluciones desiguales, pero no por ello menos justas.

¿Desconocemos o le restamos importancia, por ello, a los abusos que ciertos padres puedan realizar con sus hijos? No, y cabe aclarar que la mejora no los desampara porque prevé reservas obligatorias para los legitimarios. Lo que ocurre es que no debe perjudicarse a toda la familia con una “solución” simplista e inflexible (como la división forzosa e igualitaria de la herencia), que en cada partición heredi-

(12) En este sentido, ni siquiera la libertad política es suficiente sin libertad civil, así como sin libertad real. En este sentido, Gilbert K. Chesterton señalaba que, quienes detentan el poder, no confían en que el hombre corriente pueda gobernar su casa... *“En realidad, no quieren concederle ningún poder político. Están dispuestos a otorgarle el voto porque hace tiempo que descubrieron que ese voto no le otorga ningún poder. No están dispuestos a darle una casa, ni una mujer, ni un hijo, ni un perro, ni una vaca, ni un pedazo de tierra, porque esas cosas sí le otorgan poder”*. CHESTERTON, Gilbert Keith. *Los límites de la cordura: el distributismo y la cuestión social*, El Buey Mudo, Madrid, 2011, pp. 214-5.

taria liquidada el patrimonio familiar y, a largo plazo, demuele las bases económicas de las familias y, con ello, alienta la inestabilidad social.

Por otra parte, tanto en el sistema de legítimas como en el de libertad de testar está en juego el principio de solidaridad familiar, por más que éste sea invocado frecuentemente por los defensores del sistema legitimario. Esa colaboración natural que prestan los integrantes de una sociedad, como es la familia, sostienen los enrolados con la legítima, es justo que sea recompensada a la hora de dividir los bienes hereditarios. Eso supone una presunción general de que todos los herederos ayudan a los intereses familiares. Pero esta posición no deja de partir de una generalización. En concreto, quien sabe quién ha sido solidario con la familia es el padre o la madre. Por eso, los sistemas mixtos o donde predomina la libertad de testar, la solidaridad familiar es premiada por el causante, y no por una ley general que no puede acertar, precisamente, por su carácter general.

Otra dificultad se presenta con la colisión de intereses y de valores: entre el principio de igualdad de los herederos y el resguardo del patrimonio familiar. El sistema de legítimas abraza el primero y el sistema de libertad de testar el segundo.

De suerte que, en atención a la relevancia y a la actualidad de la cuestión y, en vista a las breves consideraciones expuestas, he colocado el énfasis, por tanto, en el aspecto socioeconómico-político que resulta acuciante.

Con relación al estudio de la mejora, algunos autores han analizado la mejora desde un punto de vista histórico, señalando la tradición jurídica de la que forma parte. De esta manera lo han hecho, en España, estudiosos como Alfonso Otero Varela y, entre nosotros, entre otros, Víctor Tau Anzoátegui y María Isabel Seoane.

En el caso del tercio de mejora, re-consagrado en la legislación española en las Leyes de Toro de 1505 (aplicables en Indias) y luego de la omisión que se hiciera de ella en las Partidas, la institución ha tenido vigencia en nuestra nación durante el largo período hispánico y durante toda la época de la pre-codificación (1810-1871).

Por otro lado, la discusión en torno a incorporar la mejora estricta en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta los antecedentes del Derecho indiano y del actual artículo 2448 Código Civil y Comercial, conduce inexorablemente al cuestionamiento de la rigidez del régimen sucesorio argentino que, a nuestro modo de ver, exige una mayor flexibilidad sucesoria.

Quizás el debate previo deba centrarse en otorgar una mayor libertad de disposición al causante (dentro de la familia legitimaria); pero este es un tema que excede el alcance de este estudio.

No obstante, consideramos que una libertad indiscriminada de testar aún sujeta a la obligación alimentaria, no sólo no es conveniente, sino que tampoco es acorde con nuestra costumbre, ni siquiera durante la etapa hispánica.

Sin embargo, tampoco propiciamos un sistema como el del Código Civil y Comercial vigente que, aunque ha reducido plausiblemente las legítimas largas del Código Civil originario que, por otra parte, venían siendo cuestionadas por buena parte de la doctrina nacional, aún mantiene excesivamente acotado el margen de disposición.

De manera que, para no excedernos, no abordaremos el análisis de la libertad absoluta de testar, ni tampoco de los sistemas que conjugan la libertad de testar y las reservas, como ocurre con los grandes sistemas denominados de legítimas cortas y de legítimas colectivas¹³.

Nos centraremos, en cambio, en el análisis de la mejora que, como ha señalado el eminente jurista español José Castán Tobeñas, es “una ingeniosa combinación de la libertad de testar y de la sucesión forzosa que aúna sus respectivas ventajas”¹⁴.

III. Concepto

El término mejora viene de la palabra latina *melioratio, onis*, que significa mejora, mejoría, medra, adelantamiento, y aumento de alguna cosa¹⁵.

Según el Diccionario de la Real Academia Española tiene varios significados, entendiéndose por su significado específico, la porción que de sus bienes deja el testador a alguno o algunos de sus hijos o nietos además de la legítima estricta. Suele llamarse también vulgarmente a la parte que el ascendiente deja a un descendiente, tomándola del tercio de libre disposición¹⁶.

En sentido semejante al primer significado jurídico, Juan B. Vallet de Goytisolo entiende por mejora, a aquella porción de herencia que recibe un descendiente, además de la legítima y como ventaja respecto de los otros herederos forzosos¹⁷.

(13) FOS MEDINA, Juan Bautista. “El patrimonio familiar en el derecho foral de España”, *El Derecho*, Diario de Doctrina y Jurisprudencia nro. 14.644, Año LVII, ED 283, pp. 1-5.

(14) CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral*, T. VI, vol. II, 7ª. Edición, Madrid 1973, p. 474, citado por BELLUSCIO, Augusto César. “La posible introducción de la mejora en el derecho argentino (La resurrección de Chindasvinto)”, *El Derecho*, ED 156, p. 860.

(15) VALBUENA REFORMADO. *Diccionario Latino-Español*, MARTÍNEZ LÓPEZ, M. D. P. (Dirección), Duodécima edición, Librería de A. Bouret e Hijo, París, 1873, p. 531.

(16) Además, el Diccionario de la Lengua Española brinda los siguientes significados: 1. Medra, adelantamiento y aumento de una cosa. 2. Puja. 3. (El significado que acabamos de referir en el cuerpo del artículo). 4. Escrito que en el antiguo procedimiento formulaba el apelante, ante el tribunal superior, razonando el recurso que había interpuesto. 5. Gastos útiles y reproductivos que con determinados efectos legales hace en propiedad ajena quien tiene respecto de ella algún derecho similar o limitativo del dominio; como la posesión, el usufructo o el arrendamiento. En *Diccionario de la Lengua Española*, Décima Sexta Edición, Año de la Victoria, pp. 833-4.

(17) VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudios de Derecho Sucesorio*, volumen II, editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1981, p. 113.

En este estudio nos referiremos a la mejora entendida como la parte de la herencia que, no siendo ni la reserva o legítima estricta, ni la porción disponible, es la que el causante puede distribuir libremente (por actos inter vivos o mortis causa) y de modo desigual entre sus hijos y descendientes¹⁸.

IV. La mejora como institución de nuestra tradición jurídica

La mejora en la España romana, visigoda y medieval

Pensamos con Cicerón, jurista arquetípico, que la Historia es “*testigo de los tiempos, luz de la verdad, vida de la memoria, maestra de vida y embajadora de la antigüedad*” y con Polibio que “*no hay estudio más apto para el gobierno del hombre que el de la historia*”.

Por ello, le daremos a esta disciplina el lugar que merece en este estudio, para iluminar la cuestión que abordaremos y para encontrar el sentido más profundo de esta institución a través de su génesis y evolución, teniendo en cuenta que vivió y aún pervive en el Derecho de raigambre hispánica desde hace por lo menos más de mil quinientos años.

Como ha sostenido Alfonso Otero Varela¹⁹, la mejora es un instituto típico del Derecho hispánico y exclusivo del Derecho castellanoleonés y sus derivados, sin comparación en pueblo alguno, que fue enunciado con este nombre por vez primera en tres leyes del rey visigodo Chindasvinto y que fueron recopiladas en el *Liber Iudiciorum*: Liber 4,5,1, y 4,2,18, principalmente, y Liber 4,5,4²⁰.

El mismo autor ha señalado en un estudio histórico-jurídico, llamativamente técnico, minucioso y erudito, titulado *La mejora*, que la ley *Dum inlicita* (Liber 4,5,1) de Chindasvinto ha sido constantemente señalada como origen del instituto de la mejora, pero que en realidad sólo tendría la originalidad de darle nombre al instituto, el cual ya estaba esbozado anteriormente en la legislación romana vulgar. Demos un vistazo a estos últimos antecedentes.

La libertad práctica de disposición testamentaria ha enseñado Otero Varela, no existía en el Derecho romano vulgar visigodo. Recordemos que, como consecuencia de la omnímoda voluntad del *paterfamilias*, el individualismo del *pater* devino en una absoluta libertad de testar que debió ser morigerada, como es sabido, con medidas pretorianas, luego consagradas legalmente, como por ejemplo en las *querela inofficiosi testamenti*.

(18) Consideramos que la mejora estricta conviene obtenerla del líquido de todo el acervo hereditario y no de las reservas, para que su porcentaje no se vea a tal punto reducido.

(19) Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Santiago de Compostela y, posteriormente Decano de la misma Universidad.

(20) OTERO VARELA, Alfonso. “La mejora”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, nro. 33, 1963, p. 7 y ss.

La *patria potestas* de poder ilimitado, templada por la *humanitas* y, luego por la *pietas* (acorde a la sentencia del jurista Marciano en su Digesto *patria potestas in pietate debet non atrocitate consistere*) derivó en un *officium* en interés de los hijos, de manera que de la libertad ilimitada se pasó paulatinamente a la reserva de bienes para los hijos en diferentes preceptos legales y épocas.

Es así como, a partir del siglo II a. C., con la introducción de la cuota legítima, el principio de la libertad testamentaria fue sufriendo graves limitaciones, por lo que ha afirmado Alfonso Otero Varela, que se mantenía solamente debido a la facultad de desheredación, que estaba basada en la máxima libertad, que posibilitaba indirectamente la libertad de disposición testamentaria²¹.

La ley Falcidia del 40 a.C. estableció a favor del heredero una cuota mínima libre de legados, que consistía en la cuarta parte de la herencia²².

En esta evolución histórica de la mejora, la Constitución *Feminae* de Graciano del año 382, impuso a la mujer que contrajera nuevas nupcias, teniendo hijos del primer matrimonio, la obligación de reservar a los hijos de aquél matrimonio los bienes recibidos del marido, basándose en la doctrina de Constantino (Constitución de Constantino de 319).

La Constitución *Feminae* fue trascendente porque estableció que la cónyuge supérstite podía preferir entre sus hijos al que quisiera, para transmitirle aquellos bienes a ellos reservados (limitándose a los bienes procedentes del marido).

Este es el más remoto origen de la mejora, según ha sentenciado el prestigioso catedrático de Santiago de Compostela.

Después, el Emperador Teodosio II (de origen hispano), en la Novela 14 (donde regula el destino de todas las aportaciones de los cónyuges como constitutivas de dos masas integrantes del patrimonio familiar) extiende al marido el régimen de reserva de bienes que la Constitución *Feminae* había impuesto a la mujer en caso de segundas nupcias²³.

Refiere Otero Varela que, según la opinión dominante, el rey Flavio Chindasvinto (642-653) habría realizado una suerte de síntesis entre el sistema romano de

(21) En este sentido, “este principio de libertad de desheredar, que llevaba a la libertad de testar, sería el que pretendió abrogar Chindasvinto y, por esto, la ley que lo contiene, la del Breviario, sería la que deroga el Liber 4,5,1”. Ibid., pp. 12-3.

(22) De suerte que, “mediante la querela *inofficiosi testamenti* y la Falcidia se garantizó el derecho de los herederos y se estableció jurídicamente la cuantía de la legítima que se debía reservar a los hijos en una cuarta parte del patrimonio”, Ibid., p. 23.

(23) Ibid., p. 34.

libertad de testar y el sistema germánico de reservas, de la cual habría nacido la mejora²⁴.

Conviene recordar que el *Liber Iudiciorum*, promulgado por el rey visigodo Recesvinto (653-672) en 654, tuvo vigencia hasta la promulgación del Fuero Juzgo por el rey Fernando III el Santo en 1241, que fue su traducción del latín a la lengua romance, de manera que tuvo una presencia en Castilla de varios siglos siendo, junto con las Siete Partidas, unos de los más grandes monumentos jurídicos castellanos y, quizás, de todos los tiempos.

El Liber (4,5,1) recopila, entonces, la ley *Dum inlicita* (del rey visigodo inmediato anterior, Chindasvinto) donde se establece la mejora, teniendo también como antecedente inmediato el Código de Eurico, que marca un hito en la historia de la mejora, en virtud del derecho del padre sobre los “bona materna”, consecuencia de la patria potestad.

El Liber, también conocido como Libro de los Juicios, comienza el apartado 4,5,1 de la siguiente manera:

“Dum inlicita queque perpetrari cognoscimus, legem ponere secuturis oportune conpellimur ...”, es decir, cuando tenemos conocimiento de que se cometen cosas ilícitas, nos vemos obligados a dictar leyes con vistas al futuro. Y continúa más adelante, en concreto a lo que refiere al objeto de nuestro estudio: *“Por eso, el padre o la madre, el abuelo o la abuela que quieran favorecer alguno de sus hijos o de sus nietos, tendrán que observar estrictamente esta norma, según la cual no podrán invertir más de la tercera parte de todos sus bienes para favorecer a los hijos o a las hijas, a los nietos o a las nietas, ni podrán transferir la totalidad de sus bienes a personas extrañas, salvo que no tengan hijos legítimos o nietos que los sobrevivan. ... Ahora bien si los que tienen hijos o nietos quieren otorgar algo de sus bienes a iglesias, o a los libertos, o a aquellos que ellos elijan, además de aquella tercera parte que antes se ha mencionado, podrán separar también una quinta parte. Sobre esta quinta parte tendrán potestad indiscutible para disponerla como quieran”*²⁵.

(24) Pero, en definitiva, según el mismo jurista, *“la derogación del principio de libertad de desheredar y el establecimiento de unas causas concretas de desheredación son la única novedad de la ley Dum inlicita de Chindasvinto (...). La innovación de Chindasvinto, sin embargo, tiene una importancia y una trascendencia enormes: la aproximación de sucesión testada y sucesión legítima. Se establece el principio de que no se puede desheredar sino por unas causas concretas, que habían de ser manifiestamente probadas. Desheredar ... equivalía ahora a excluir la aplicación del sistema de reservas; y al limitar la desheredación se impone la sucesión legítima en detrimento de la testada”*. *Ibid.*, p. 14.

(25) *LIBER IUDICIORUM, El libro de los juicios, Leyes históricas de España*, Estudio Preliminar Rafael Ramis Barceló, traducción y notas Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015. La cuantía de la mejora fue establecida en un décimo por Chindasvinto (la mitad de la cuota de libre disposición) y después aumentada a un tercio por el rey visigodo Ervigio (680-687), restableciéndola a su cuota tradicional. En tanto la quinta era la célebre cuota de libre disposición, introducida en la época del rey visigodo Leovigildo (572-586). Según José Luis Pérez Lasala, en el Codex de Leovigildo se fijó la reserva a favor de los hijos en 4/5 de la herencia.

Con la crisis del régimen político visigodo el instituto de la mejora entró en decadencia mientras ascendía la comunidad patrimonial familiar. Como consecuencia de ello y del principio de igualdad de los hijos en la sucesión, el Fuero de Fuentes rezaba: “*Que non dé a un fijo más que a otro*”²⁶.

De suerte que desaparece la mejora por la desaparición del derecho del padre a adquirir lo ganado por los hijos, al corresponder ahora este derecho a la comunidad familiar. Y, en cambio, reaparecerá en muchos Fueros castellanos por la reaparición de los peculios y de la disposición de los bona materna, salvo en los territorios llamados del Derecho Foral, fundamentalmente en el Norte peninsular (Navarra y Aragón), aunque sí en ciertos lugares de Cataluña, donde tuvo mayor intensidad de aplicación el *Liber Iudiciorum*²⁷.

De manera que la mejora se extenderá en Castilla. Así, por ejemplo, el Fuero de Soria establecía una mejora del cuarto a uno de los hijos, mientras que la porción disponible era el sistema visigodo del quinto, deducidas las deudas.

El Fuero Real (1255) retomó la porción del tercio de mejora de los bienes del Liber y del Fuero Juzgo al establecer en 3,5,10 lo siguiente:

“Como ninguno puede mandar a estraños más que de la quinta parte de su hacienda. Ningún home que hubiere fijos, o nietos, o dende ayuso, que hayan de heredera, no pueda mandar, ni dar a su muerte más de la quinta parte de sus bienes; pero si quisiere mejorar a alguno de los fijos, o de los nietos, puédalos mejorar en la tercia parte de sus bienes, sin la quinta sobredicha, que puedan dar por su alma, o en otra parte do quisiere, e non a ellos”.

El tercio de mejora y el quinto disponible no eran acumulables; lo serán con las Leyes de Toro.

Será, entonces, mediante la aplicación tanto del Fuero Real como del Fuero Juzgo en distintas ciudades castellanas, por medio de cartas forales, que la mejora volverá a tomar vigor y a difundirse.

Posteriormente, con la Ley de Estilo 214 se fijará en forma definitiva la mejora para el derecho castellano, denominándola la tercia parte de los bienes²⁸.

Cfr. “La mejora del tercio, como medio para posibilitar una distribución más equitativa de la herencia entre los hijos”, *La Ley*, LL. 1991-B, p. 822.

(26) Se habían inclinado por la igualdad hereditaria de los descendientes legítimos, por ejemplo, los fueros de Alcalá de Henares, de Cuenca, de Zamora, de Plasencia, de Sepúlveda, de Cáceres, de Fuentes y el Fuero Viejo de Castilla. Cfr. SEOANE, María Isabel. “Instrumentos testamentarios para desigualar patrimonialmente a la descendencia legítima. Apuntes para el estudio de la mejora en la praxis testamentaria bonaerense del siglo XIX”, *revista del Instituto de Historia del Derecho*, Nro. 28, p. 590.

(27) OTERO VARELA, Alfonso. Ob. cit., p. 74.

(28) A diferencia del *Liber Iudiciorum*, según Alfonso Otero Varela, el quinto en el Fuero Viejo y en las Leyes de Estilo era destinado para el alma y no como porción de libre disposición. Entre nosotros, durante el período de vigencia de la legislación indiana el quinto se usó como cuota del alma,

En cambio, las Siete Partidas, no la contemplaron, al tiempo que fijaron una legítima de un tercio si eran menos de cuatro hijos y de la mitad del haber hereditario si el número de hijos era mayor²⁹.

La mejora en el período indiano y en el período independiente (pre-codificación)

Las Leyes de Toro de principios del siglo XVI van a redactarse en el inicio del siglo de Oro de España, a pocos años del Descubrimiento del Nuevo Mundo. Fueron de gran relevancia, porque ejercieron una fuerte influencia en el Código Civil de España de 1889.

La Ley de Toro 17 establecía que *“quando el padre, o la madre mejorar a alguno de sus hijos o descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento, o en otra postrimera voluntad, o por otro algún contrato entre vivos ... fasta la hora de su muerte la pueda revocar quando quisiere”*.

Las Leyes de Toro, entonces, establecieron el tercio de mejora, así como también el quinto de libre disposición, aunque sus redactores se referirán a ellos, como *“el tercio y quinto de mejoría”*, estableciendo que ambas porciones fuesen acumulables³⁰. Con aquella fórmula se buscaba dar más a un hijo que a los otros, conforme a la tendencia de la época. Además, las Leyes de Toro consagraban el mayorazgo³¹.

Por otra parte, el proyecto de García Goyena pretendió derogar el principio de la Ley de Toro 18, que prescribía la mejora a los hijos y, aún a los nietos viviendo el padre. Pero su iniciativa no mereció la aprobación, dado que se conservó la facultad de mejorar a los nietos o descendientes viviendo sus padres por unas razones

así como para disponer a favor de hijos ilegítimos, para favorecer a esclavos, para saldar deudas y en general para el descargo de la conciencia. Vid. FOS MEDINA, Juan Bautista. *“El testamento en la historia: sus aspectos morales y religiosos”*, *El Derecho*, Suplemento de Filosofía del Derecho, Nro. 30, ED 265, Año LIII, pp. 15-18.

(29) TAU ANZOATEGUI, Víctor. *Esquema histórico del Derecho Sucesorio. Del Medievo castellano al siglo XIX, La Ley*, Buenos Aires, 1971, p. 51.

(30) Ley de Toro 19: *“El padre y la madre y abuelos en vida o al tiempo de su muerte puedan señalar en cierta cosa, o parte de su hacienda el tercio y quinto de mejoría en que lo aya el hijo, o hijos, o nietos que ellos mejoraren: con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare, o valiere la tercera parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esta facultad de poder señalar el dicho tercio y quinto como dicho es, que no lo pueda el testar cometer a otra persona alguna”*. En Alfonso OTERO VARELA, Alfonso. Ob. cit., p. 107.

(31) OTERO VARELA, Alfonso. Ob. cit., p. 98. La ley de Toro 26, señala Otero Varela, *“separa legítima, por un lado, y tercio y quinto, por el otro, de lo cual hay que deducir que el criterio de L. Toro será que la mejora no es legítima y que ésta se reduce a ocho quinceavos. El argumento de que el tercio es legítima porque sólo se puede dejar a los descendientes legítimos no vale, porque, según la L. Toro, se puede dejar a los que no son legitimarios, cual es el caso del nieto viviendo su padre”*.

llamadas de equidad; para que un abuelo pudiera proveer a la suerte de sus nietos, hijos de un padre disipador³².

En tanto, Lacoste señaló que las Leyes de Toro atentaron contra los derechos absolutos de los reservatorios y que el derecho de los nietos acarrea una real disminución de la reserva colectiva, siendo en estos casos la elección del testador arbitraria y caprichosa.

Por otro lado, las Leyes de Toro, ha señalado María Isabel Seoane, *“fueron incorporadas a la Nueva y a la Novísima Recopilación y estuvieron vigentes entre nosotros durante el período hispano-indiano y argentino hasta la codificación”*³³.

Como se ha señalado, el sistema de legítima grande (cuatro quintos) y la mejora del tercio, no bastó en el antiguo Río de la Plata para que evitar la excesiva subdivisión predial, dado que *“las explotaciones con todo lo que incluyeran se dividían entonces ineludiblemente y, como es previsible, al cabo de algunas generaciones el tamaño solía volverlas inviables ... El ritmo de la circulación de tierras en el mercado también se ve directamente afectado por el sistema de transmisión, y es evidentemente más ágil y dinámico en las zonas de transmisión igualitaria que en las de heredero único”*³⁴.

En el virreinato rioplatense predominó un cierto ambiente igualitario razón por la cual, por ejemplo, la constitución de mayorazgos no fue frecuente.

Con todo, la mejora fue utilizada con una constante y moderada frecuencia, v. gr. en la práctica testamentaria bonaerense de los siglos XVIII y XIX, muchas veces con el objeto de premiar, ayudar y/o corregir a la descendencia legítima y, no tanto desigualarla patrimonialmente en beneficio del mejorado.

En este sentido, se intentó con ello premiar el afecto de un hijo, su buena conducta y su obediencia, el cuidado prodigado al causante en su última enfermedad, o también cubrir necesidades de hijos menores o menos industriosos. En definitiva, con la “cuota igualadora” se trataba de igualar situaciones desiguales, a menudo derivadas de la edad, del sexo, de la viudez, de la situación económica, del crecido número de hijos, de la enfermedad, etc.³⁵.

(32) Ibid., p. 106. La ley de Toro 18 preveía lo siguiente: *“El padre o la madre o cualquier dellos pueden, si quisieren, hazer el tercio de mejoría que podían hazer a sus fijo o nietos, conforme a la ley del fuero, a cualquier de sus nietos o descendientes legítimos, puesto que sus fijos, padres de los dichos nietos o descendientes, sean vivos, sin que en ello les sea puesto impedimento alguno”*. Disponible en: http://faculty.georgetown.edu/sallesrv/courses/SPAN-459/span459/pdfs/leyes_toro/leyes_96.pdf. Fecha de consulta 14 de septiembre de 2019.

(33) SEOANE, María Isabel. Ob. cit., p. 593.

(34) CONTENTE, Claudia. *Familias en la tormenta. Tierra, familia y transmisión de patrimonio en el Río de la Plata, siglos XVIII y XIX*, Prometeo libros, Buenos Aires, 2015, pp. 95, 105, 110 y 114.

(35) SEOANE, María Isabel. Ob. cit., pp. 585-617. Claudia Contente ha apuntado que *“en el Río de la Plata, al igual que en otras regiones de transmisión igualitaria, se observa que en la mayoría de los casos las mejoras han sido un recurso para romper desequilibrios, intentando compensar en el seno de la familia las diferencias que se hubieran podido generar entre los hijos. Las justificaciones podían ser de todo tipo, algunas eran*

Las mejoras podían recaer en el tercio estricto, o en el quinto remanente de los bienes (dado que primero debían descontarse de esa parte los gastos médicos, de enterramiento, de luto, misas, tasadores, escribanos, etc.) o en el tercio y el quinto.

Fue utilizada con más asiduidad por mujeres que por varones; las mujeres la dispusieron a favor, principalmente, de hijas o nietas legítimas a quienes premiaban por servicios prestados o cuidados prodigados, aunque el sentido remuneratorio no fue exclusivo ni excluyente³⁶.

En relación al estudio realizado por María Isabel Seoane acerca de los testamentos en la etapa indiana y en la etapa de la pre-codificación en la provincia de Buenos Aires se puede determinar, a partir de la muestra confeccionada, que en casi un 28% de los testamentos del período indiano se hicieron mejoras, en sus tres tipos, mientras que en el período subsiguiente, ya inmediato al inicio de la codificación en el país, el porcentaje del muestreo fue de casi el 20%, muchos de los cuales corresponden al año 1870, es decir a escasos días de la puesta en vigencia del Código Civil, donde la mejora desapareció³⁷.

Por lo cual, si de cada diez testamentos en dos o en tres se utilizaba la mejora, quiere decir que el Código de Vélez suprimió una costumbre practicada entre nosotros (con cierta frecuencia) y, de esa manera, rompió con una tradición jurídica (al menos en Buenos Aires), pese a que esto último haya sido negado por algún jurista³⁸.

de índole puramente económica, al resarcir por ejemplo una ayuda particular que brindó o brinda el ‘mejorado’ al testador o una ayuda precisa que se dio a otros herederos en algún otro momento. Podían existir, igualmente, motivos de carácter espiritual o afectivo. En todo caso, se trataba de un mecanismo de control familiar que se basaba en acuerdos, en arreglos entre las partes implicadas y que podía igualmente ocultar objetivos finales difíciles de determinar, como evitar la fragmentación del patrimonio, permitir la instalación del mayor número posible de hijos o incluso procurar aliviar a alguno de los herederos en momentos difíciles que pudieran estar pasando”. CONTENTE, Claudia. Ob. cit., pp. 113-4.

(36) SEOANE, María Isabel. Ob. cit., pp. 585-617.

(37) Del período indiano se relevaron 251 testamentos de los cuales en 59 se hicieron mejoras: de tercio (27), de tercio y quinto (26) y de quinto (16). Del período argentino precodificado de un total de 286 testamentos con pluralidad de descendientes legítimos, 57 testadores mejoraron a algún de sus descendientes con los tres tipos de porciones antedichas. Cfr. SEOANE, María Isabel. Ob. cit., pp. 585-617.

(38) Según Zannoni en las XIV Jornadas de Derecho Civil realizadas en Tucumán en 1993 hubo “consenso en el sentido que resulta necesario disminuir la legítima de 4/5 asignada a los descendientes. En lo que no hay consenso es en adoptar el sistema de la mejora al estilo del derecho español, considerándose que es ajena a nuestra tradición jurídica y además posibilita en buena medida discriminaciones odiosas en perjuicio de algunos descendientes a favor excesivo a otros”. En BERENGUER, Marcela Claudia. *La flexibilización sucesoria*, [en línea], (2012), Tesis de Doctorado, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/flexibilizacion-legitima-hereditaria-berenguer.pdf>. Fecha de consulta: 11 de noviembre de 2019. Por nuestra parte, hemos intentado ofrecer suficientes antecedentes que, más allá del modo de instrumentación y sus porciones, la mejora ha estado presente durante más de mil años en España y durante más de tres siglos en la tierra de nuestros mayores, de manera que ha pervivido hasta la entrada en vigencia del Código Civil y, si Vélez Sarsfield y el Presidente Sarmiento decidieron discontinuar el instituto hispánico de la mejora,

Pese a las nuevas ideas igualitarias propiciadas por las clases dirigentes del siglo XIX, la institución de la mejora se regulaba todavía en los Códigos y en la legislación vigente en el antiguo Virreinato del Río de la Plata.

De esa manera, tanto el Código Civil de Santa Cruz de 1831 (arts. 570 a 585), como el proyecto de Eduardo Acevedo de 1852 (arts. 1034 a 1047) muestran en esta materia un notable apego a la tradición³⁹.

El Proyecto de Código Civil para España de García Goyena, la preveía de forma acotada. Pero con la sanción del Código Civil español desapareció la vieja cuota libre del quinto (que estuvo vigente entre nosotros durante toda la vigencia del Código Civil), y se convirtió en un tercio de libre disposición, probablemente acercándose al Derecho foral.

De forma tal que la mejora en el Código Civil de España es, desde entonces, una de las dos terceras partes destinadas a legítima que el padre puede disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes.

El Código de Bello la preveía como una cuarta de mejora, debiéndose dividir la masa de los bienes en cuatro partes: dos de ellas para la legítima (es decir, la mitad), una para la mejora estricta y la otra cuarta parte como porción disponible.

Recientemente, Colombia ha simplificado el régimen heredado de Andrés Bello y ha suprimido la cuarta de mejora, al prescribir sólo como legítima la mitad del patrimonio, quedando la mitad restante como porción disponible (Ley 1934 del 2/8/2018). Chile intenta seguir sus pasos, ya que viene debatiendo parlamentariamente la misma solución adoptada por Colombia.

Pedro Somellera, enrolándose en la corriente que daba preeminencia a la sucesión legal por sobre la testamentaria, con todo, enseñaba que *“sería temeridad decidirse contra la facultad de testar”*. En este sentido, esgrimió en sus clases los típicos argumentos utilizados por los juristas que defienden la libertad testamentaria⁴⁰.

su consagración restringida en el artículo 2448 del Código Civil y Comercial (con la mejora al heredero con discapacidad), pone en evidencia que, de algún modo, la institución pervive pese a haber sido retomada recientemente de la formulación vigente en el Derecho Español (de donde ha sido tomado el artículo 2448), y entrar, de esa manera, nuevamente en el ordenamiento jurídico vernáculo, ahora en el Código Civil y Comercial. Por otro lado, España no se encuentra lejos de nuestra cultura y de nuestras costumbres y, sin embargo, no parece que haya mayores problemas en su aplicación. Aunque no sea un medio eficaz por sí solo para contener el proceso de pulverización predial.

(39) SEOANE, María Isabel. Ob. cit., p. 594.

(40) Decía, Somellera, que la facultad de testar *“trae palpables bienes, porque tocando a cada propietario el conocer las particulares circunstancias, en que se hallarán después de su muerte las personas que de él dependen, a él toca proveer, corrigiendo las imperfecciones de la ley”*. La consideraba, ha señalado Seoane, como un instrumento de autoridad que el propietario podía valerse para fomentar las virtudes y reprimir los vicios de los que formaban su círculo. Aquél, *“auxiliado de la facultad de mejorar en ciertas porciones -concluía- aumenta la indemnización de los gastos, y cuidados, y se asegura contra la ingratitud: bueno es que el interés sirva de consejero a los deberes, aunque sean necesarios; y bueno es también, que se dejen al hombre medios*

La mejora en el período patrio independiente (pos-codificación)

Como adelantamos, Vélez Sarsfield suprimió la mejora del Código Civil y omitió todo comentario sobre su vigencia multisecular previa. Simplemente la proscribió mediante el artículo 3605 que establecía:

“De la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos. Ninguna otra porción de la herencia puede ser detraída para mejorar a los herederos legítimos”.⁴¹

De manera que la legítima larga de cuatro quintos del Derecho Castellano (Leyes de Toro) se mantuvo con el Código Civil, pero sin la morigeración de la mejora del tercio con la que jugaba armónicamente junto con los mayorazgos, vínculos y capellanías que Vélez prohibió categóricamente, dando así inicio a una era igualitaria y que traería como consecuencia la pulverización rural y el subsiguiente desarraigo y debilitamiento social y político de las familias.

Como señalan los Mazeaud, la preocupación dominante de los revolucionarios franceses “consistió en hacer que reinara la igualdad absoluta entre los herederos. La ley del 17 de nivoso del año II suprimió el régimen especial para las sucesiones nobles. Mantuvo la parte de libre disposición; pero, por temor a que el de cujus mejorara a uno de sus hijos y con ello restableciera, siquiera en parte, la sucesión noble, prohibió asignar la parte de libre disposición a favor de uno de los hijos: el testador no podía favorecer con ella sino a un extraño ... Los redactores del Código civil (francés) ... como el derecho romano y el derecho revolucionario, mantuvieron la unidad de sucesión, por rechazar, en materia sucesoria, la distinción entre los bienes propios y los gananciales, que conservaron en la organización de

de endulzar las amarguras, que son consiguientes a la vejez”. SOMELLERA, Pedro. Principios de Derecho Civil (Curso dictado en el Universidad de Buenos Aires en el año 1824), Reedición facsimilar, Instituto de Historia del Derecho, Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1939, pp. 162-163, citado por SEOANE, María Isabel, ob. cit., p. 596. Entre los teólogos, Juan de Zumárraga estaba por la igualdad de los herederos.

(41) CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, con las notas de Vélez Sarsfield y Leyes y Decretos complementarios, Víctor P. de Zavalía, Editor, Buenos Aires, 1972, p. 783. En la partición por testamento la cláusula de mejora en el Código Civil debía ser expresa, en tanto, en la partición por donación no estaba permitida. En el comentario al artículo 3605 del Código Civil Llerena señalaba: “No hay entre nosotros lo que propiamente se llama mejora, pues como dice Goyena en el comentario al artículo 652, cuando al testador sólo se le permite disponer de lo que no es legítima rigurosa no hay una mejora en el sentido jurídico de la palabra. Por el Código de Goyena, y demás citados por el mismo, se permite disponer al testador, a título de mejora, de una parte de la legítima de los herederos forzosos, aparte de la porción disponible. Esto es lo que constituye una verdadera mejora ... Por las Leyes Españolas anteriores a la vigencia del actual Código, si bien la legítima de los descendientes eran cuatro quintos de la sucesión, el ascendiente podía disponer a título de mejora a favor de uno o de varios de sus ascendientes de un tercio de esa legítima. De modo, que la mejora era sólo de ese tercio y no lo que le dejaba del quinto. (Ley 9, Título 5, Libro 3, F.R.-Ley 28 de Toro). El heredero tenía, pues, dos legítimas: la lata y la diminuta. En nuestro Código, como se ve por este artículo y sus concordantes, la mejora está reducida a la porción disponible”. LLERENA, Baldomero. *Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino*, Segunda edición notablemente aumentada, Tomo noveno, Imprenta, litografía y encuadernación de Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1902, pp. 557-8.

los regímenes matrimoniales. Mantuvieron el principio revolucionario de la igualdad; pero admitieron que el de cuyos podía asignar la parte de libre disposición a favor de uno de los hijos, al igual que a favor de un extraño"⁴².

Han señalado también que *"la política antifamiliar seguida hasta 1938 tuvo sus repercusiones en la esfera del derecho sucesorio (...). A partir de 1938, anheloso de proteger a la familia, el legislador fue llevado a modificar ciertas reglas sucesorias, desastrosas para el patrimonio familiar. Guiados por una concepción muy estrechamente igualitaria, los redactores del Código Civil habían organizado la partición de tal modo, que solía llevar a la fragmentación de las propiedades o a la venta de los bienes. El patrimonio familiar quedaba así destrozado; los miembros de la familia se dispersaban; y ahí es donde hay que buscar una de las principales causas de la despoblación del campo. Por otra parte, el fraccionamiento excesivo de la tierra se opone al desarrollo de los procedimientos racionales y mecánicos del cultivo. De ahí las importantes reformas de la partición sucesoria realizadas en 1938 y 1961"*⁴³.

El artículo 3605 del derogado Código Civil interactuaba con el artículo 3514, que preveía la partición anticipada de los padres y ascendientes entre sus hijos y descendientes, por donación entre vivos, por testamento y por actos especiales. En la nota a ese artículo donde se inclina terminantemente por el régimen de sucesión legal, se vislumbra la posición del Codificador cordobés:

*"(...) La ley les confiere este poder a los ascendientes como medio de prevenir las diferencias a que podría dar lugar la partición, después de la muerte de ellos: Ut fraterno certamine eos preservent, dice la Ley Romana (...). Los padres substituyen su voluntad ilustrada a la decisión de la suerte, puede decirse, para atribuir a cada uno de sus hijos el bien que conviene a su carácter, a su profesión, o a su posición pecuniaria. Este poder exclusivamente limitado a los padres y demás ascendientes, no debe confundirse con la facultad de disponer, a título gratuito, que la ley acuerda bajo ciertos límites a todas las personas capaces. No se trata de crear por la voluntad del hombre un derecho de sucesión, sino de reglar el ejercicio del derecho de sucesión conferido por la ley. Esta prerrogativa de los padres es ciertamente independiente de la facultad de disponer, pues que ella se aplica aun a la porción de bienes no disponibles. Sería inútil consagrar de nuevo el derecho que pertenece a todo propietario, de disponer de sus bienes y repartirlos entre sus legatarios; pero en el caso del artículo, los padres reglan la suerte de las legítimas de sus hijos que la ley subtrae a su acción. Cuando el que no tiene hijos reparte por testamento sus bienes, hace solamente legados, sin que a estos legados sean inherentes las consecuencias de una partición, si él expresamente no la ha impuesto. Esas consecuencias son: las garantías de los lotes, o las causas especiales de nulidad o de rescisión fundadas, ya en la omisión de algunos de los herederos, ya en la desigualdad de las partes atribuidas a cada heredero legítimo, si no hay mejora ..."*⁴⁴.

(42) MAZEAUD, H., L., J. Ob. cit., p. 14.

(43) Ibid., p. 16.

(44) CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, ob. cit., pp. 761-2.

En el artículo 3524 del Código Civil, Vélez reafirmaba la prohibición terminante del artículo 3605 de la mejora estricta, al prescribir lo siguiente:

“Sea la partición por donación entre vivos, o por testamento, el ascendiente puede dar a uno a algunos de sus hijos, la parte de los bienes de que la ley le permite disponer; pero no se entenderá que les da por mejora la parte de que la ley le permite disponer con ese objeto, si en el testamento no hubiere cláusula expresa de mejora. El exceso sobre la parte disponible será de ningún valor. En la partición por donación, no puede haber cláusula de mejora”⁴⁵.

El artículo 3524 del Código Civil tiene su par en el artículo 2414 del Código Unificado (que tiene como antecedente el artículo 2365 del Proyecto de Código Civil de 1998), que establece con mayor claridad lo siguiente: “Mejora. En la partición, el ascendiente puede mejorar a alguno de sus descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible, pero debe manifestarlo expresamente”.

En tanto, el artículo 3715 del texto originario del Código, reforzaba nuevamente la prohibición de la mejora estricta, al establecer que:

“La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en la línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, o que nazcan, muerto el testador, anula la institución del heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas”⁴⁶.

Era la mejora estricta un instrumento práctico y eficaz frente a la desheredación (Escriche) y con una finalidad y regulación propias (Levene).

Con la eliminación de la desheredación del Código Civil y Comercial (2015) la situación familiar y la autoridad de los padres continúa debilitándose, en concreto; en este sentido, ahora existen unas causales de indignidad determinadas solamente por la ley.

La cuestión de la libertad testamentaria del causante o, referida a la familia, la libertad testamentaria de los padres es un tema que no ha sido abandonado por la doctrina ni por los legisladores en sus proyectos de ley. Dentro de esta cuestión se sitúa la mejora estricta, porque implica la idea de la distribución de los bienes hereditarios con algún grado de libertad dentro de la familia legitimaria.

En este sentido, existieron algunos antecedentes de reforma del Código Civil argentino que previeron suprimir o reducir las porciones legítimas.

Entre ellos puede mencionarse el proyecto del diputado Carlos Carlés de 1912 que proponía una libertad absoluta de testar y no contemplaba la legítima para he-

(45) CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. Ob. cit., p. 763. El comentario de Baldomero Llerena al artículo 3524 repite parte del precepto legal: *“La parte de que la ley le permite disponer con ese objeto: ¿Con qué objeto? ¿Con el de hacer mejoras? En ninguna parte la ley determina una parte de la herencia con el objeto especial de que el testador haga mejoras”*. LLERENA, Baldomero. Ob. cit., p. 430.

(46) CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. Ob. cit., p. 809.

rederos forzosos, iniciativa semejante a la que presentó el diputado Ezequiel Olazo en 1922 y en 1929 los diputados Bergalli, Bard, Rodríguez, González Zimmermann, Mihura, Antille, Ingaramo, Vázquez, Zavala y Perotti.

Por otra parte, cabe destacar el proyecto de ley presentado en 1915 por el diputado Avelino Rolón, que preveía reducir la legítima de los herederos forzosos a una tercera parte.

En tanto, el proyecto de 1922 del diputado Herminio Juan Quirós, luego Gobernador de la provincia de Entre Ríos, proponía la reducción de la legítima de los hijos a la mitad de la masa de los bienes y la de los ascendientes a un tercio, de manera que con el resto el testador podía mejorar, consecuentemente, a cualquiera de los hijos o hacer legados a terceros⁴⁷.

Asimismo, a partir del Anteproyecto de Bibiloni, la legítima de los descendientes -menor que la prevista en el Código Civil-, fue de dos tercios de los descendientes legítimos (artículo 3163)⁴⁸ así como similar disposición contenía el Proyecto de 1936 (artículo 2010), mientras que el Anteproyecto de 1954 propiciaba la mitad de legítima en caso de haber un solo descendiente, las dos terceras partes si eran dos o tres y las tres cuartas partes si concurrían más de tres (artículo 692, inc. 1°)⁴⁹. La porción legítima de los descendientes fijada en el Proyecto Bibiloni se mantendrá en los proyectos sucesivos.

Así, siguió el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1993, que contó con media sanción de la Cámara de Diputados y que asignaba las porciones legítimas de los descendientes en dos tercios y la de los ascendientes y cónyuge en un medio de los bienes existentes a la muerte del causante y de los que se integraran a la masa por colación o reducción de donaciones (arts. 3593/4/5).

Iniciativa semejante tuvo el Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina, que contemplaba en el artículo 2395 la porción legítima de los descendientes en dos tercios, la de los ascendientes y cónyuge en un medio, calculadas sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante,

(47) En el artículo 39 del proyecto se establecía: *“La porción legítima de los hijos será la mitad de la masa de los bienes, concurriendo a la división por cabeza y observándose el derecho de representación. Con la otra mitad podrá (el testador) mejorar a cualquiera de ellos o hacer legados a terceros”*. En el artículo 9° disponía: *“La porción legítima de los ascendientes es de un tercio de los bienes”*. OVSEJEVICH, Luis. *“Legítima”*, en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XVIII, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, pp. 42-132.

(48) El artículo 3163 del Anteproyecto de Bibiloni preveía: *“La legítima de los descendientes legítimos, es de dos tercios de los bienes. La de los ascendientes legítimos, la mitad. La de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes legítimos, es la mitad, aunque los bienes sean gananciales”*. OVSEJEVICH, Luis. Ob. cit. pp. 42-132.

(49) GILETTA, Javier H. *“Legítima versus porción disponible. Acerca del desconocimiento de un legado histórico. Reactualización del debate a la luz de los recientes proyectos de reforma”*, *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba*, no. 75, 1998, pp. 196-7.

más el de los bienes donados computables para cada legitimario, al tiempo en que fueron hechas las donaciones, apreciado en valores constantes.

Con relación a la mejora, el Proyecto de 1998 *“estudió la posibilidad de dar al causante ‘dos porciones disponibles’, una de las cuales (que se identifica con la mejora) para favorecer al ‘especialmente necesitado’ de los descendientes del testador, como existe en algunos derechos extranjeros, pero la mayoría se pronunció a favor de no introducir la institución ‘por considerarla de difícil justificación en cada caso concreto’*⁵⁰.

Al menos, el Código Civil y Comercial abrazó finalmente las propuestas presentadas en los últimos proyectos de codificación, que reducían las porciones legítimas para descendientes en dos tercios y un medio para ascendientes y cónyuge. Nosotros también cuestionábamos la legítima larga en el año 2008 donde destacábamos los casos de herederos vulnerables que quedaban desprotegidos como consecuencia de las restricciones a la libertad de testar⁵¹.

Sin embargo, los proyectos de ley mencionados no fueron los únicos intentos por flexibilizar el régimen sucesorio argentino y otorgar una mayor libertad al causante y, por ende, a los padres de familia, para distribuir los bienes hereditarios, sin por ello desproteger a los integrantes del grupo familiar.

Es así como, en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1983, realizadas en la Universidad Nacional de Mar del Plata, entre las conclusiones arribadas, la Comisión nro. 6 (avocada al tema “Porción legítima indisponible; extensión, fraude, protección”), en el punto II dictaminaba: *“Recomendar que el causante sea facultado para aplicar un porcentaje de la porción legítima fijada a favor de los descendientes para mejorar a alguno, o algunos de ellos”*⁵².

El criterio de receptar el instituto de la mejora en la legislación civil argentina (por otra parte, vigente desde el siglo XVI hasta 1871), sostenido en aquellas Jornadas realizadas en Mar del Plata, se vio reforzado diez años después en las XIV Jornadas

(50) MEDINA, Graciela - ROLLERI, Gabriel. Ob. cit., p. 592.

(51) En este sentido señalábamos que *“el sistema de la legítima además de generar la pulverización de la propiedad, aparejaba otros inconvenientes ... no brindando una solución justa, desde el punto de vista de la justicia distributiva, a situaciones como las siguientes: a) la continuación o sucesión de la explotación agrícola, ganadera, industrial y/o comercial, que tal vez se había transmitido de generación en generación (quizás centenaria) o que había sido creada y formada por el esfuerzo ciclópeo de su propietario y fundador y que requiriera la dirección del hijo más capaz para seguir la obra bienhechora de su dueño fallecido; b) la necesidad de una mayor porción hereditaria para un hijo minusválido más allá de la reducida porción disponible; c) la necesidad de una mayor porción hereditaria para un hijo menor o para aquel que no ha logrado independizarse económicamente o para aquel que atraviesa una mala situación económica con su familia, sin negligencia de su parte. Cabe aclarar que el monto de la legítima en la Argentina (cuatro quintos para descendientes y dos tercios para ascendientes) es el más alto del mundo”*. FOS MEDINA, Juan Bautista, *“Justicia, propiedad e igualitarismo ...”*, ob. cit., p. 8.

(52) IX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL. Disponible en: <https://jndc-ba-hiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-13-IX-Jornadas-1983.pdf>. Fecha de consulta 19 de septiembre de 2019.

Nacionales de Derecho Civil, que tuvieron lugar en la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino de la provincia de Tucumán.

En esta última reunión de juristas, la mayoría se expidió por la conveniencia de incorporar la mejora en el Derecho argentino, aunque la Comisión nro. 6 no quiso determinar la cuantía de la porción de mejora, pese a que se juzgó que debía oscilar entre un mínimo de un quinto y un máximo de un tercio.⁵³

Por su parte, el Código Civil y Comercial al consagrar la mejora (del tercio) al heredero con discapacidad (artículo 2448 del C.C.C.), además de tener como fuente los arts. 808, 822 y 782 Código Civil Español, luego de la reforma de 2003), coincide -en líneas generales- con el dictamen de minoría de Comisión de estas últimas Jornadas (es decir, con la mejora a favor de menores, dementes -interdictos o no-, discapacitados, o aquellos que padezcan una enfermedad grave o irreversible).

En cambio, el dictamen de mayoría de aquellas jornadas permanece aún en carácter de propuesta, pendiente de concreción. Aquel dictamen mayoritario preveía la mejora para descendientes (que tuvieran vocación en la sucesión del ascendiente, por derecho propio o por representación, lo que excluía a los nietos viviendo el padre), y la exclusión del derecho a la mejora del cónyuge heredero sobreviviente, si concurría con descendientes⁵⁴.

(53) En este sentido han dicho Medina y Rolleri que “la incorporación de esta mejora responde al modelo clásico español y ha merecido consenso en doctrina, y su incorporación fue sugerida de lege ferenda en diversas Jornadas de Derecho Civil, con algunas variantes sobre quienes podrían beneficiarse y la fracción de la misma”. MEDINA, Graciela - ROLLERI, Gabriel. Ob. cit., p. 592.

(54) Las conclusiones de la Comisión número 6: “Derecho Sucesorio: Posibilidad de incorporar la mejora al derecho argentino”, fueron las siguientes: “1) Es conveniente regular la institución de la mejora en el Derecho argentino. La Comisión ha juzgado prudente no expedirse sobre la cuantía de la porción de mejora, que deberá decidir el legislador entre un mínimo de un quinto y un máximo de un tercio, dentro de la porción legítima (mayoría). 2) No debe regularse la mejora en nuestro Derecho, debiendo en cambio ampliarse la porción disponible (minoría). 3) Debe legislarse sobre la mejora, aunque en la Comisión estuvo dividida la opinión sobre mantener o aumentar la porción disponible vigente, sin poder computarse mayoría o minoría en uno u otro sentido. 4) a) En caso de incorporarse al Código Civil la mejora, debe serlo sólo en favor de los descendientes que tengan vocación actual en la sucesión del ascendiente, por derecho propio o por representación (mayoría). 4 b) Debe aceptarse la posibilidad de que el ascendiente mejore a sus descendientes aún sin vocación actual, y que, por ende, no sean herederos forzosos en su sucesión (minoría). 5) a) La mejora puede comprender a cualquiera de los descendientes, dejando la más amplia libertad al testador para disponerla (mayoría). 5 b) La mejora sólo puede favorecer a descendientes menores, dementes (interdictos o no), discapacitados, o aquellos que padezcan una enfermedad grave o irreversible (minoría). 6) Concurriendo el cónyuge superviviente como heredero, con descendientes, aquél no tiene derecho a la mejora. 7) Cuando al testador le sucedieran ascendientes y cónyuge, puede disponer en concepto de mejora en favor de este último de la mitad de los bienes gananciales que la ley les reserva a aquéllos en concepto de legítima. 8) a) La mejora puede ser dispuesta por testamento. También puede ser hecha en el acto de la donación cuando en él se exprese que se la realiza a título de mejora (mayoría). b) La mejora sólo puede ser dispuesta en el testamento (minoría)”. En Jornadas Nacionales de Derecho Civil, disponible en: <http://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/86-1993-xiv-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-del-norte-santo-tomas-de-aquino-tucuman>. Fecha de consulta 15 de septiembre de 2019.

En este sentido y con relación a este último punto, en muchas legislaciones del mundo el cónyuge no es legitimario, por ejemplo, en Colombia y en Derecho Foral de España, donde suele gozar de un usufructo viudal vitalicio⁵⁵.

Recientemente se ha propuesto en nuestro país la consagración legal de la mejora, y en esta línea el Senador por Córdoba Ramón Javier Mestre presentó, ante el Senado de la Nación, la propuesta de modificar los arts. 3565, 3594 y 3605 del Código Civil entonces vigente, mediante la fijación de la legítima de los descendientes en dos tercios, de los cuales un tercio estaba previsto para mejorar a los descendientes y el otro tercio correspondiente a la legítima estricta⁵⁶.

V. Legislación comparada

Hemos dicho que la mejora es un instituto de corte netamente hispánico; seguramente por tal motivo los países que la receptan son también de raíz hispánica. La razón se encuentre, quizás, en que la mejora formó parte del derecho positivo americano durante más de tres siglos.

España

En la materia que abordamos, la legislación española, por motivos históricos y por estrechos vínculos culturales y afectivos, ha sido la más influyente en nuestro Derecho, siendo su Código Civil, como apuntáramos más arriba, la fuente directa del artículo 2448 del C.C.C.

La mejora es regulada en el Código Civil Español en el Libro tercero, Título III, Capítulo III, Sección 6^a, en los artículos 823 a 833⁵⁷. Nos referiremos solamente a los artículos que, consideramos, tienen mayor interés.

(55) El artículo 1240 del Código Civil de Colombia prescribe lo siguiente: "Legitimarios. Son legitimarios: 1. Los descendientes personalmente o representados. 2. Los ascendientes", en https://leyes.co/codigo_civil.htm. Vid. FOS MEDINA, Juan Bautista, "El patrimonio familiar en el Derecho Foral de España", ob. cit.

(56) ORLANDI, Olga. *La legítima y sus modos de protección. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial en la Dinámica del Proceso Sucesorio*, Segunda edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 98. "Expte. 718/10 (8/4/2010), origen, Senado de la Nación. Proyecto de ley modificando el Código Civil respecto de los límites de la porción legítima de los herederos forzosos. Autor/es: Mestre, Ramón Javier. Propone la modificación de los arts. 3565, 3593, 3594 y 3605, C. Civ. Fija la legítima de los descendientes en 2/3, de los cuales 1/3 puede utilizarse en la mejora de los descendientes. La legítima de los descendientes es reducida a 1/3. Expte. 4724-D-2009. Cámara de Diputados. Trámite parlamentario: 128 (30/9/2009). Modificación de los arts. 3593 y 3594, sobre disminución de la porción legítima de los herederos forzosos (ascendientes o descendientes)".

(57) El Código Civil español regula las mejoras en el siguiente articulado: Artículo 823. El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima. Artículo 824. No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios o sus descendientes. Artículo 825. Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes, que sean herederos

El artículo 823 establece: *“El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima”*.

forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar. Artículo 826. La promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida. La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto. Artículo 827. La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero. Artículo 828. La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre. Artículo 829. La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados. Artículo 830. La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro. Artículo 831. 1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar. Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes. Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa. 2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior. 3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos. De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado. Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas, aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades. 4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones. Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge superviviente hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido. 5. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa. 6. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí. Artículo 832. Cuando la mejora no hubiere sido señalada en cosa determinada, será pagada con los mismos bienes hereditarios, observándose, en cuanto puedan tener lugar, las reglas establecidas en los artículos 1.061 y 1.062 para procurar la igualdad de los herederos en la partición de bienes. Artículo 833. El hijo o descendiente mejorado podrá renunciar a la herencia y aceptar la mejora.

En tanto el artículo 829 reza lo siguiente: *“La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados”*.

Reproducimos también el artículo 808, que establece lo siguiente:⁵⁸ *“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. La tercera parte restante será de libre disposición”*⁵⁹.

Este artículo ha inspirado nuestro ordenamiento normativo; pero el original español es más claro y preciso. Con relación a la mejora al heredero discapacitado se limita al heredero declarado incapacitado judicialmente. Es mejor así, ya que el precepto legal argentino tiene una redacción legal abierta que puede conducir a situaciones equívocas y a eventuales situaciones litigiosas.

No se trata de copiar a la letra las leyes de otros países que no tienen arraigo en nuestro Derecho, sino de restaurar la mejora que, como se ha visto, ha tenido vigencia en nuestra patria.

Recurriendo a los conceptos generales expuestos por García Gallo en relación al origen de las innovaciones en el Derecho, se trataría de una adaptación de las antiguas leyes, más que de una recepción por imitación de leyes ajenas a la tradición jurídica de nuestro pueblo⁶⁰.

(58) Se reordena el párrafo tercero como cuarto y se añade un nuevo párrafo tercero por el artículo 10.3 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Ref. BOE-A-2003-21053.

(59) La mejora representa la mitad de la legítima de los descendientes (dos tercios) y un tercio del haber hereditario, del que los padres pueden disponer libremente siempre que sea en beneficio de sus hijos o descendientes por actos entre vivos o por testamento. Hay, pues, dos límites a la libertad de testar: un tercio intangible de legítima estricta y un tercio de mejora disponible con libertad restringida, puesto que sólo puede beneficiar a hijos o descendientes. Ambos tercios constituyen la legítima; el último tercio del haber hereditario es de aplicación completamente libre de los padres (tercio de libre disposición). El tercio de mejora o, como también se denomina, la mejora, representa un mecanismo que permite al testador favorecer de manera desigual a sus hijos o descendientes, satisfaciendo así sus preferencias y aumentando su libertad de disposición. En todo caso, el testador no puede disponer del tercio de mejora a favor de extraños. El artículo 782 del Código Civil Español establece: *“Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes”*. CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA (BOE), artículos 823 a 833 y *Enciclopedia Jurídica*, disponible en <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/tercio-de-mejora/tercio-de-mejora.htm>. Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2009.

(60) GARCÍA - GALLO, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho Español I, El origen y evolución del Derecho*, Quinta edición revisada, Madrid, 1973, pp. 5/6.

Chile

También ha elegido el sistema de mejoras la legislación de Chile, en particular el Código Civil redactado por Andrés Bello (arts. 1167 y 1184), donde se prevé que habiendo descendientes, cónyuge y ascendientes la masa de bienes se debe dividir (previa deducciones y agregaciones) en cuatro: un medio de legítimas, un cuarto de mejora estricta y otro cuarto de porción disponible.

El artículo 1167, del Título V, reza lo siguiente:

“Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Asignaciones forzosas son:

1. Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas;
2. Las legítimas;
3. La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge”⁶¹.

Y el artículo 1184 establece: *“La mitad de los bienes, previas las deducciones indicadas en el artículo 959, y las agregaciones que en seguida se expresan, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigorosa. No habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente, ni ascendientes, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio. Habiendo tales descendientes, cónyuge o ascendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigorosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a su cónyuge o a uno o más de sus descendientes o ascendientes, sean o no legitimarios, y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio”⁶².*

Este régimen de la mejora ha sido criticado recientemente por juristas, quienes cuestionan que la cuarta salga de la legítima. Se ha propuesto hace unos meses una reforma simple, es decir, establecer solamente una legítima (corta) de un medio, siendo la otra mitad, porción disponible, como se ha instrumentado recientemente en Colombia⁶³.

(61) BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>, fecha de consulta 15/9/2019.

(62) Artículo 1185. *“Para computar las cuartas de que habla el artículo precedente, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas o de mejoras, según el estado en que se hayan encontrado las cosas donadas al tiempo de la entrega, pero cuidando de actualizar prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión. Las cuartas antedichas se refieren a este acervo imaginario”.*

(63) RODRÍGUEZ, María Sara. “Derogar la cuarta de mejoras”, en *El Mercurio*, Legal, Chile, 29 de mayo de 2019.

Colombia

Asimismo, el Código Civil de Colombia (arts. 1226 y 1242), adaptado del Código Civil de Chile de Andrés Bello, recepta el tradicional instituto de la mejora.

Según la reforma del Código Civil Colombiano ordenada por la ley 1934, de fecha 2 de agosto de 2018, se reduce la porción legítima a la mitad de los bienes sin distinción de legitimarios (que son los descendientes y los ascendientes, pero no el cónyuge, artículo 1240), por lo que la porción disponible es la mitad restante.

El nuevo artículo 1242 del Código Civil colombiano establece:

“Cuarta de mejoras y de libre disposición. “Habiendo legitimarios, la mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1016 y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 a 1245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno de esta división es su legítima rigurosa. La mitad de la masa de bienes restantes constituyen la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio. (...)”⁶⁴.

Por otra parte, es interesante el artículo 21 de la citada ley, que tiene por objeto evitar la excesiva fragmentación de las tierras en minifundios. Así prevé que *“cuando vaya a disponerse testamentariamente de predios rurales de extensión inferior a cuatro (4) unidades agrícolas familiares, UAF, no será aplicable el régimen de legítimas”*.

La redacción del artículo 1242 del Código Civil de Colombia, en su anterior versión, era semejante al citado artículo 1184 del Código Civil de Chile y al artículo 1207 del Código Civil de Ecuador.

Ecuador

El Código Civil de Ecuador también se ha inspirado en el Código Civil de Andrés Bello, el cual asimismo ha ejercido influencia en los Códigos de Colombia, El Salvador, Nicaragua, Honduras y Panamá.

El artículo 1194 establece que son asignaciones forzosas la porción conyugal, las legítimas y la cuarta de mejoras en las sucesiones de los descendientes⁶⁵.

En tanto, el artículo 1207 prevé que: *“La mitad de los bienes previas las deducciones y agregaciones indicadas en el art. 1001 y las que enseguida se expresan, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada. Lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigurosa. No habiendo descendientes con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes que el difunto ha podido disponer a su arbitrio. Habiendo tales descendientes la masa de bienes, previas las*

(64) CODIGO CIVIL DE COLOMBIA, disponible en https://leyes.co/codigo_civil.htm. Fecha de consulta 15/9/2020.

(65) El artículo 1214 del Código Civil de Ecuador establece que el acrecimiento de las legítimas rigurosas no aprovecha al cónyuge sobreviviente.

referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigorosas, una cuarta para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes, sean o no legitimarios, y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio”.

Puerto Rico

El Código Civil de Puerto Rico contempla asimismo la mejora y se inspira en el artículo 808 del Código Civil de España. Su artículo 737 es idéntico al modelo español, salvo en el distingo entre hijos legítimos y naturales y en lo relativo a la sustitución fideicomisaria a favor del descendiente declarado incapacitado judicialmente, que no es legislada en el Código Civil del país hispanoamericano.

El artículo 737 expresa: *“Legítima de hijos y descendientes. Constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos o naturales legalmente reconocidos. La tercera parte restante será de libre disposición”*⁶⁶.

Por otro lado, Bolivia y Perú también contemplaron la mejora en sus respectivos códigos civiles (aunque fue suprimida en el código de 1975 y en el código de 1985 respectivamente) al igual que Guatemala que la sustituyó por la absoluta libertad de testar, establecida en el Código de 1963.

VI. La mejora en el derecho positivo argentino vigente. El caso de la mejora al heredero con discapacidad

Para continuar con el largo recorrido que hemos hecho desde los orígenes de la mejora, me detendré ahora en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que entró en vigor en 2015.

En primer lugar, es preciso recordar que el Código Unificado redujo las porciones legítimas que regían en el Código anterior, luego de los antecedentes doctrinarios y legislativos a los que nos hemos referido precedentemente.

Las legítimas se fijaron de la siguiente forma: la de los descendientes (el Código derogado se refería a hijos) pasó de cuatro quintos a dos tercios, la de los ascendientes de dos tercios a un medio y la del cónyuge permaneció en un medio (artículo 2445 del CCC).

Ahora bien, el artículo 2448 del Código Civil y Comercial prescribe una norma interesante, que resultaría novedosa si desconociéramos los antecedentes históricos,

(66) De acuerdo con la Enmienda de la Ley 171 de 4 de mayo de 1949, disponible en www.edicion.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/C%C3%B3digos/48-1930.pdf. Fecha de consulta 16/9/2019.

(vernáculos y extranjeros), y las propuestas que ha habido en la materia. Nosotros resaltábamos en 2011 la importancia de proteger al heredero con discapacidad, entre otros casos que merecen protección⁶⁷.

Tal artículo establece que el causante cuenta, además de la porción de libre disposición (del tercio o de la mitad de sus bienes, según sus legitimarios sean descendientes, en el primer caso, o ascendientes y cónyuge en el segundo), con un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A ese efecto, podrá disponer también de un fideicomiso testamentario sobre toda la herencia, sobre una parte indivisa o sobre bienes determinados, de conformidad con las prescripciones del artículo 2493.

El mencionado artículo 2448 se introdujo merced a un proyecto de ley presentado por los Dres. Úrsula Basset y Marcos M. Córdoba al Senado de la Nación, teniendo por antecedente el Código Civil español en los artículos 822, 831 y 782.

El artículo 2448 C.C.C. establece textualmente lo siguiente: *“El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”*.

De manera que, en nuestra legislación civil, no rige ya el principio de la absoluta intangibilidad de la porción legítima que había previsto Vélez en el Código Civil, dado que la mejora del tercio al heredero con discapacidad permite una excepción al principio de la igualdad de las hijuelas, posibilitando a que el heredero discapacitado cuente con un mayor porcentaje de los bienes hereditarios que los restantes herederos.

De todas formas, además de la fuente española se encuentra la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que fue aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y que fuera ratificada por la Argentina a través de la ley 26378/2008.

(67) En esa línea, sosteníamos que *“sería una buena iniciativa la permisión de la sustitución fideicomisaria amplia; no pensamos que la inmovilización de la tierra tenga un efecto negativo, ya que el arraigo familiar y la explotación de la propiedad agraria familiar deben anteponerse a ese ‘movimiento que da la vida a los intereses económicos’*. De cualquier manera si no se tratara de una sustitución fideicomisaria amplia, aún una concebida para la protección de incapaces, sería necesaria y por más que constituyera una limitación temporaria más a la vigencia de la legítima, sumadas a las ya existentes de la ley 14.394, podría ser el camino –probablemente lento pero seguro– a la reducción de la legítima grande por otra corta con la consiguiente ampliación de la libertad de testar, sistema más acorde con una sociedad política como la actual, *pletórica de derechos y libertades”*. FOS MEDINA, Juan Bautista. *“La legítima sucesoria ...”*, ob. cit., p. 94.

Es plausible haber receptado el instituto de la mejora (aunque sea una mejora de alcance reducido) y haber tomado como fuente el Derecho Comparado y el Derecho Internacional Público. No obstante, a esta altura de la exposición resulta superfluo aclarar que hubiera bastado retomar y desempolvar el instituto de la mejora de nuestro patrimonio jurídico, así como acoger las numerosas propuestas de legisladores y juristas que propiciaban, junto con la mejora, una mayor libertad de disposición testamentaria.

Pocos han esgrimido una supuesta complejidad en la partición a través del nuevo artículo 2448. Tal complejidad ha sido achacada también por algunos juristas con relación a la mejora del tercio a los descendientes. Aunque habrá que verificar en la práctica si ello resulta así. Sin embargo, aun cuando así fuere, convendrá evaluar si basta por ello para descalificar o descartar el instituto, teniendo en cuenta su función en el interés superior de la familia y de las personas más vulnerables y desvalidas porque, como han señalado bien los juristas franceses Mazeaud, *“la herencia se basa sobre los imperativos de la familia”*⁶⁸.

La amplitud de medios que puede arbitrar el causante para disponer de la mejora estricta al heredero con discapacidad puede instrumentarse, según Ferrer, por medio de una donación, de un fideicomiso, de una indivisión forzosa, de un legado de cosa cierta y determinada, de alimentos, de pagos periódicos, de sumas de dinero; por el otorgamiento de un usufructo, uso o habitación o, en definitiva, del medio que estime más conveniente. Y si la mejora se realiza por un fideicomiso, el plazo de éste puede extenderse más allá del plazo máximo de treinta años, es decir, hasta que el beneficiario recupere la capacidad o cese la restricción de esta, o se produzca su muerte⁶⁹.

El descendiente discapacitado mejorado podrá contar con el tercio disponible (33%), más el tercio de mejora estricta sacada de la legítima (y no del total del acervo hereditario), más la porción que le corresponda de la porción legítima estricta en concurrencia con los demás herederos.

Por otra parte, tiene la mejora del artículo 2448 un carácter asistencial, basado en la solidaridad familiar y en la facultad del testador, quien goza de amplio margen -como señala Ferrer- para disponer dentro del tope; el beneficiario puede ser descendiente o ascendiente, excluyendo preferencialmente el primero al segundo.

Además, se trata de un beneficio personalísimo e inherente a la persona, que no se transmite a sus herederos, v.gr. en caso de que el mejorado fallezca antes de haber ejercido el derecho de opción (arts. 2287 y 2288 del CCC)⁷⁰.

(68) MAZEAUD, H., L., J. Ob. cit., p. 9.

(69) FERRER, Francisco A. M. *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (autor de las glosas a los artículos 2277 a 2531), 2ª. edición, ALTERINI, J. H. (Dir. Gral.), ALTERINI, I. E. (Coord.), Tomo XI, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 605.

(70) Ibid., p. 608.

El beneficiado por la mejora estricta deberá probar que se cumple con los requisitos exigidos por la ley y, si el heredero beneficiado ha recuperado la capacidad al momento de la apertura de la sucesión, y la circunstancia queda demostrada, la disposición testamentaria será sin efecto.

El proyecto de reforma al Código Civil y Comercial de 2018, junto a una prestigiosa doctrina, sostienen que debe incluirse entre los beneficiarios al cónyuge superviviente, por más que se le acuerden en el Código vigente una serie de medidas como el derecho real de habitación viudal, la facultad de imponer indivisiones forzosas vitalicias y las atribuciones preferenciales⁷¹.

Por otra parte, es claramente distinta la mejora del artículo 2448, de la mejora del artículo 2414 del Código Unificado que dispone que, en la partición el ascendiente puede mejorar a alguno de sus descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible.

Si bien debe realizarse dentro de la porción de libre disposición, que puede destinarse a cualquier persona, al ser aplicada a los herederos forzosos, es una suerte de mejora que rompe la igualdad aritmética de las porciones legitimarias⁷².

VII. El Anteproyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de 2018

Finalmente, entre los antecedentes legislativos, llegamos al Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de 2018, elaborado a sólo tres años de la sanción del nuevo Código Unificado.

La modificación sugerida al artículo 2448 se acerca aún más a la mejora del tercio que proponemos, porque amplía las facultades de disposición a otros legitimarios.

La propuesta del Anteproyecto referido consiste, entonces, en agregar a dos legitimarios: “el cónyuge con discapacidad” y “el legitimario que hubiera cuidado al causante renunciando a sus capacidades productivas o profesionales”. Así como

(71) *Ibid.*, pp. 608-609.

(72) CAPPARELLI, Julio César. “Partición por los ascendientes”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, RIVERA, J. C. - MEDINA, G. (Dir.), 1ª. edición, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 313. Sostiene Julio César Capparelli que la cuestión tiene un gran interés práctico. Puesto que “*puede ocurrir que el ascendiente no sea suficientemente claro en sus disposiciones y asigne bienes de distinto valor, beneficiando particularmente a uno de los herederos cuando su intención fue que el reparto fuera igualitario. Esto es muy factible cuando se trata de un campo. Quizás el mismo no está dividido y el ascendiente establece una determinada cantidad de hectáreas a cada descendiente, no teniendo todas las parcelas la misma superficie. Las diferencias pueden surgir del diferente valor según que se encuentren más próximas al camino, o que permitan por su calidad cierto cultivo o que limiten con un curso de agua. Puede surgir la duda si la asignación de una mayor cantidad de hectáreas se debe al diferente valor de las mismas o a la voluntad de mejorar al heredero. Puede darse el caso contrario, que el ascendiente asigne a uno de los herederos una parcela tan importante que surja a todas luces que con relación a las otras parcelas asignadas no puede tratarse sino de una mejora*”. Sin ser necesario el empleo del término mejora, debe expresarse claramente que se quiere favorecer al heredero en los términos que autoriza la ley, tanto en la partición por donación como en la partición por testamento.

establecer que “el causante puede testar y dejar la porción disponible a un tercero, y beneficiar en la mejora estricta a un legitimario, sin que ello haga caer la disposición testamentaria”.

El Anteproyecto de 2018 plantea sustituir el referido artículo 2448 por el siguiente: *“Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a favor del heredero forzoso que haya renunciado a sus capacidades productivas o profesionales para dedicarse a la asistencia del causante y/o a los descendientes, ascendientes o cónyuge con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación con su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. El causante puede testar la porción disponible a un tercero y beneficiar en la mejora estricta al legitimario discapacitado o cuidador, sin que ello haga caer la disposición testamentaria”*⁷³.

El artículo 2448 CCC, en su primera parte, refiere como beneficiarios de la mejora únicamente a los “descendientes o ascendientes”, excluyendo, al cónyuge supérstite. Tal exclusión se justifica porque el cónyuge sobreviviente se encuentra protegido por las disposiciones relativas al hogar conyugal, al derecho real de habitación (artículo 2383), a su oposición a la división del establecimiento (artículo 2332) y a las atribuciones preferenciales del establecimiento y de otros bienes (arts. 2380/2).

Por otra parte, el cónyuge no es excluido de los bienes que le corresponden por derecho propio del régimen del matrimonio ni de la porción legítima del cónyuge. Remarcamos que la legítima se justifica por su carácter alimentario. Lo que puede suceder es que se vean reducidas las porciones legítimas, en caso de que el causante opte por disponer de la mejora.

Pero quizás la razón fundamental de la exclusión del cónyuge de aquel derecho es que la fortuna de la familia del esposo fallecido no pase a la familia del cónyuge (sobre todo si se tiene en cuenta la fragilidad actual del matrimonio) e, incluso, a terceros.

En este sentido, el Derecho Comparado ofrece varios ejemplos, en los que la legislación pone el acento fundamentalmente en el futuro y en la protección de los descendientes y de la casa (por que la esposa goza de un usufructo viudal), así como en los bienes hereditarios transmitidos durante varias generaciones en la misma familia.

(73) El Anteproyecto de 2018 prevé también sustituir el artículo 2391 del CCC por el siguiente: *“Beneficios hechos al heredero. Los descendientes, ascendientes y el cónyuge supérstite obligados a colacionar también deben colacionar los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles una ventaja particular, excepto dispensa y lo dispuesto para el heredero con discapacidad en el artículo 2448”*.

Es así que en el Código Civil de España existe la reserva troncal⁷⁴ y en el actual Derecho foral de España, por ejemplo, en Aragón, el derecho de abalorio o de la saca, en virtud del cual se reconoce un derecho de adquisición preferente o retracto sobre aquellos bienes de naturaleza rústica y sobre los edificios o parte de ellos, siempre que estén situados en Aragón y hayan permanecido en la familia como tales durante las dos generaciones anteriores a la del enajenante, cualesquiera que sean su procedencia y modo de adquisición inmediatos.⁷⁵ Asimismo, la troncalidad vasca⁷⁶.

En el antiguo derecho francés, se quería impedir que el cónyuge supérstite *“recogiera, en la sucesión del cónyuge premuerto, bienes provenientes de la familia de éste; porque de esa familia no formaba parte el otro consorte. Por lo tanto, sus derechos sucesorios eran muy reducidos (...). Los redactores del Código Civil no le concedieron al cónyuge supérstite más que derechos sucesorios muy débiles. Con el antiguo derecho francés, consideraban que el cónyuge no formaba verdaderamente parte de la familia”*.⁷⁷

Por otro lado, la mejora al heredero que ha cuidado al causante existió, entre nosotros, mientras tuvo vigencia la mejora del tercio, durante el régimen indiano. Es, por otra parte, el argumento utilizado por los sostenedores de la libertad testamentaria, no sólo para premiar a aquél que ha demostrado la mayor solidaridad y asistencia familiar con los demás integrantes de la familia, sino también para aquél que ha contribuido a mantener el solar y la explotación familiar.

(74) El artículo 811 del Código Civil de España prevé la reserva troncal al establecer que, *“la ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden”*. Por otra parte, el mismo cuerpo normativo prevé en los artículos 1521/5 el retracto legal para el copropietario de cosa común (semejante al retracto sucesorio del Código Civil francés previsto en el artículo 815-14), y para el propietario de tierras colindantes, en determinadas circunstancias.

(75) Artículo 589. Bienes de abalorio: 1. A los efectos de este Título, son bienes de abalorio los inmuebles de naturaleza rústica y los edificios o parte de ellos, siempre que estén situados en Aragón y hayan permanecido como tales en la familia durante las dos generaciones anteriores a la del enajenante, cualesquiera que sean su procedencia y modo de adquisición inmediatos. 2. Se entiende que el bien ha permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos del enajenante o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualquiera que haya sido el número de transmisiones intermedias. Cfr. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, Gobierno de Aragón, España. Vid. www.iberley.es/legislacion/dleg-1-2011-22-mar-c-aragon-codigo-derecho-foral-aragon-8682879?ancla=169478#ancla_169478. Fecha de consulta: 16/9/2019.

(76) Por otra parte, según la Exposición de Motivos de la ley 5/2015 del Derecho Civil Vasco, *“la troncalidad protege el carácter familiar del patrimonio”* y la propiedad de los bienes raíces de Vizcaya y de Aramaio y Llodio (Álava), es troncal. El propietario de los bienes troncales solamente puede disponer de ellos respetando los derechos de los parientes tronqueros (artículo 62). Además, la Exposición de motivos indica que *“una de las instituciones más características del Derecho privado de Bizkaia, que también dejó su huella en Navarra e incluso en las costumbres de Labourd es la troncalidad, que no aparece definida para Gipuzkoa y Álava, porque estos territorios nunca redactaron sus propias leyes. Pero en Bizkaia es recogida en el Fuero y se desarrolla ampliamente en la ley vasca de 1992”*.

(77) MAZEAUD, H., L., J. Ob. cit., pp. 14-15.

El texto refiere que tendrá derecho a la mejora aquél que haya renunciado a sus capacidades productivas y profesionales para dedicarse a la asistencia del causante. Según dicha redacción parece estar protegido sólo quien hubiese renunciado a sus capacidades productivas o profesionales. Resulta injusto que sólo a este último se le otorgue tal derecho (como una suerte de retribución económica) y no así a otro cuidador que haya sido tan diligente como aquél, pero que no haya renunciado a sus capacidades productivas y profesionales, entre otras cosas, porque con dicha fuente de ingresos podía utilizarlos para mantener al causante. Asimismo, la redacción propuesta podría favorecer la captación de herencia.

La última parte del artículo proyectado es de superflua aclaración si se tiene en cuenta el sentido, tanto de la porción de libre disposición como de la mejora estricta. Así, es razonable que puedan acumularse o que puedan dissociarse ambas porciones.

Con las salvedades antedichas, consideramos que la iniciativa del Anteproyecto de 2018 es meritoria. Con todo, insistimos en que una eventual reforma de la mejora del artículo 2448, en línea con la creciente libertad testamentaria a nivel internacional, debe ampliar derechos y beneficiar a todos los legitimarios, así como también que el tercio de mejora debe computarse sobre el haber hereditario y no solamente sobre las porciones legítimas.

Un mayor alcance del artículo 2448, como el que propiciamos, en relación al número de beneficiados y sobre una mayor porción de la herencia, contribuirá a una mayor flexibilidad en la disposición hereditaria, permitiendo ayudar a los hijos que necesiten un auxilio suplementario de sus padres (además de la porción disponible), así como podrá aliviar la excesiva fragmentación de la propiedad familiar.

VIII. La doctrina española y la doctrina argentina

Florencio García Goyena, redactor del Proyecto de Código Civil Español de 1851, conocido como "Proyecto García Goyena", a diferencia de Vélez Sarsfield, y pese a sus ideas liberales y favorables a la influencia del Código Civil Francés, mantuvo el instituto de la mejora en su obra, que ha sido base del Código Civil de España de 1889. Éste ha sido uno de los últimos códigos de Europa, por la enorme influencia que ha tenido el derecho histórico en tierra ibérica.

Al respecto, García Goyena señalaba lo siguiente: *"No puede negarse que el pensamiento fue ingenioso y que es todo español, pues no ha tenido original ni copia en los Códigos antiguos ni modernos; pero hizo surgir muchas dudas y complicó las particiones"*. Concluía con un criterio moderno, que coincidía con Vélez en simplificar las sucesiones y en no estancar los bienes, así como en afirmar que encontraba *"sus principales bases tan*

*distantes de los principios de jurisprudencia universal, como lo estuvieron sus resultados de la claridad y sencillez apetecidas*⁷⁸.

Con todo, en lugar de liquidar el instituto que tenía vigencia en España, así como también en los entonces recientes Estados hispanoamericanos independientes, García Goyena fue respetuoso de la tradición jurídica del país y lo mantuvo. De la misma manera, se advierte todavía hoy el mismo criterio en los reordenamientos normativos de la legislación foral del Norte de España, que aún conserva instituciones y costumbres con siglos de existencia⁷⁹.

Entre los doctrinarios del Derecho en la Argentina, pocos se han ocupado específicamente de la mejora. Encontramos entre ellos, principalmente a Augusto César Belluscio, que se ha expedido en contra y a José Luis Pérez Lasala, que ha defendido el instituto.

Belluscio se ha pronunciado en contra de la recepción de la mejora, luego de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Tucumán de 1993, en donde se propició -como referimos más arriba- su recepción.

El mencionado magistrado ha hecho oportunamente suyas las críticas que realizara a la mejora del tercio el jurista español Federico Puig Peña, quien ha sido en España un crítico acérrimo, a pesar de los elogios que -como ha reconocido-, ha recibido por parte de la doctrina española.

Ha sostenido también que no ha tenido un resultado de gran eficacia en el ámbito real del derecho sucesorio español y que han sido pocos los países que han recogido el instituto⁸⁰.

Asimismo, Puig Peña ha señalado que la mejora adolece de defectos gravísimos porque: a) provoca un estado de irritación entre los hijos no mejorados; b) introduce el desamor y el odio entre los familiares sin una verdadera y justificada causa; c)

(78) GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, T. II, Madrid, 1852, pp. 340-1, citado por BELLUSCIO, Augusto César. Ob. cit., p. 860. El artículo 654 del Proyecto mencionado preveía lo siguiente: “Pueden además los padres y ascendientes disponer en favor de cualquiera de sus hijos y descendientes, hasta el duplo o de una doble porción de la legítima correspondiente a cada uno de los primeros. Esta doble porción se llama mejora”, conf. <https://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf>. Fecha de consulta 16/9/2019.

(79) Vid. FOS MEDINA, Juan Bautista. “El patrimonio familiar en el Derecho foral de España ...”, ob. cit. Es interesante la amplitud de la normativa española con relación a la mejora porque prevé, incluso, la delegación de mejorar del testador en el cónyuge supérstite (artículo 831 del Código Civil de España).

(80) PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de derecho civil español*, T. V, Vol. II, Madrid, 1963, p. 451, citado por BELLUSCIO, Augusto César. Ob. cit., p. 859. En general los países hispanoamericanos no se han visto inmunes al influjo ejercido por el Código Napoleón que, como código de inspiración racionalista, fascinó a los gobernantes del siglo XIX propensos a las ideas extranjerizantes. Como se ha señalado más arriba, con todo, la mejora estricta se mantiene en España, Colombia, Ecuador y Puerto Rico; fue suprimida hace pocas décadas de Perú y recientemente de Chile, para dar lugar a una mayor libertad de testar.

implica serias y graves complicaciones en la mecánica de la partición y d) pone en manos de los padres un instrumento de desigualación filial que no siempre puede obedecer a razones equitativas, sino a veces a la pasión, al cariño extremado o al mismo desafecto⁸¹.

A la primera objeción reseñada en a), ha afirmado que provoca un estado de irritación entre los hijos no mejorados por haber sido privilegiado uno de ellos en particular con una parte de los bienes de la herencia que “estaba reservada a la legítima de todos los hermanos”.

No puede negarse que pueden ocurrir situaciones como las descritas por el autor español, porque también ocurre que los hijos muchas veces entienden equivocadamente las desigualdades que hacen los padres en la distribución de la herencia, como desigualdades en el afecto (Julio César Capparelli).

Pero también es innegable que la división forzosa e igualitaria de la herencia genera, muchas veces, como una suerte de fracaso y de ruina para la familia, que habitualmente sufre la liquidación del patrimonio familiar que frecuentemente ha sido aumentado con el largo esfuerzo de sus padres y que, aún quizás, ha sido transmitido por varias generaciones.

Asimismo, a menudo provoca la indignación del hijo que permaneció junto a sus padres colaborando en la explotación agraria, industrial o comercial, mientras los otros se han desinteresado de la explotación o se han ido del hogar a hacer su vida independiente, solventados con los ingresos de la casa o de la empresa familiar, para ver luego cómo todos sus hermanos piden su parte de la herencia, y venden la explotación familiar. Lo que conlleva, normalmente, a que el hijo que trabajó en el establecimiento (generalmente rural), deba rehacer su vida. Algo semejante ocurre con aquel hijo que se encargó de cuidar a sus padres, cuando los otros se desentendieron de su suerte, circunstancia contemplada en el reciente Anteproyecto de reforma al Código Civil y Comercial (mejora al hijo cuidador, artículo 144).

Con relación a la segunda crítica indicada en b), en el sentido que la mejora introduciría el desamor y el odio entre los familiares, por haber resultado uno de ellos enriquecido sin una verdadera y justa causa, puede señalarse que es una realidad que en la vida no existen, en general, soluciones ideales. Es verdad que puede darse el caso que existan mejoras sin justa causa. Pero los padres conocen mejor que la ley a sus hijos y, es dable pensar que generalmente acierten en sus decisiones. Por otro lado, la decisión de los padres en esta cuestión afianza su autoridad y puede aproximar los hijos a sus padres (no necesariamente por interés).

De todas formas, encontrándose instalada socialmente a tal punto la mentalidad igualitaria, no parece que haya que temer un mal uso extendido de la facultad de mejorar; al permitirla, los padres con realidades bien distintas y con necesidades

(81) PUIG PEÑA, Federico. Ob. cit., pp. 447-8.

que satisfacer o deberes que cumplir, podrán hacer uso de ella y procurar así la justicia en el caso concreto⁸².

En cuanto al argumento de que la mejora trae aparejado serias y graves complicaciones en la mecánica de la partición dada la naturaleza especialísima y compleja del instituto (punto c, ut supra), aun cuando diéramos por cierta tal aseveración, el sistema de legítimas también sufre de por sí de complicaciones propias, dado el carácter de orden público de su intangibilidad. El Derecho Sucesorio es complejo, en general, de manera que las posibles complejidades se resolverán con la experiencia. Pero en el eventual caso que las mentadas complicaciones pudieran existir, seguramente de forma paralela también podrán encontrarse soluciones serias para resolverlas o simplificarlas, teniendo en cuenta que el fin último del instituto es el bien común social y político, para promover el arraigo y evitar la descapitalización familiar⁸³.

Respecto del comentario indicado en el punto d), donde el jurista peninsular sostiene que la mejora pone en mano de los padres un instrumento de desigualación filial, que puede no moverse siempre por equitativas razones, es cierto que puede suceder que existan casos de desigualación caprichosa, por ejemplo, en virtud del cariño de una madre a su hija (como ocurría en muchos casos durante la época indiana). Pero esa preferencia no quita a los demás su parte de la legítima estricta (aunque en el caso se vea reducida), que ha tenido desde antiguo un eminente carácter alimentario (hoy devenido en la Argentina en un derecho a una parte de la herencia).

(82) Según el análisis de Claudia Contente, la experiencia de las mejoras en Buenos Aires durante los siglos XVIII y XIX, *“aunque las leyes permitieran favorecer fuertemente a algunos herederos a expensas de otros, este recurso legal no se empleó para concentrar los bienes en un heredero evitando la fragmentación de los bienes tal como se acostumbraba en las regiones de España donde prevalecían sistemas de sucesor único (País vasco, Cataluña o Galicia). En el Río de la Plata los repartos igualitarios fueron la norma y del mismo modo que en la mayoría de las regiones de trasmisión igualitaria de la Península (como Castilla o Andalucía), la posibilidad que ofrecían las leyes de favorecer a algún heredero en perjuicio de los otros gracias a las mejoras, se utilizó solo para compensar eventuales diferencias en el seno de la familia; si en algunos casos el reparto en sí no fue igualitario, sí lo fueron las intenciones de quienes utilizaron ese tipo de mecanismos: en todos los ejemplos estudiados, prevaleció un espíritu fuertemente igualitario a la hora de repartir los bienes entre todos los herederos”*. CONTENTE, Claudia. Ob. cit., pp. 115-6.

(83) RÉBORA, Juan Carlos. *Instituciones de la Familia*, Tomo I, Reseña histórica - Crisis - Reconstrucción, editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires. 1945, pp. 504-5. Rébora resume las cualidades de las inveteradas instituciones sucesorias al afirmar que *“todas esas formas de transmisión hereditarias parecen destinadas a llenar, dentro de la familia, una función mucho más humana que la ecualitaria legislación racionalista de las ‘reservas’ o de la porción legítima: ... la de adecuarse, en lo posible, a conocidas aptitudes de unos u otros herederos; en otros, todavía, las de oponerse a la mutilación de unidades económicas que no pudieran ser divididas sin menoscabo de su equilibrada condición; las de evitar que un eficiente medio de producción esterilice en manos torpes su promesa de bienestar; las de mantener indemne un elemento material sobre el cual puede esperarse que sigan flotando, en humana condensación de tradiciones y de apego, los valores morales creados a través, probablemente, de muchas generaciones, por la existencia de una familia cuyos componentes individuales pasaron y pasarán por los respectivos cuadros”*.

Se ha dicho, que la idea igualitaria de las legítimas, basada en una igualdad mecánica, algebraica, abstracta, enteramente ilusoria, al equiparar situaciones distintas viola, bajo seductoras formas, la verdadera justicia distributiva (Moret y Prendesgast, Luis Silvela, Joaquín Costa).

El propio Belluscio se indigna por la posibilidad “aberrante” que ofrece la mejora para una distribución desigual, aunque seguidamente reconoce como cierta la existencia de diferencias naturales que justifiquen cierta desigualdad económica. Pero inmediatamente cuestiona que deban ser los padres quienes atiendan necesariamente a esas desigualdades y no caigan, en cambio, en intereses mezquinos o den lugar a rencillas familiares. Pregunta “¿Es que el hecho de procrear unido al de amasar una fortuna comunica un soplo divino que convierte al hombre en justo y le permite decidir sobre la suerte económica de la progenie?”⁸⁴.

Todas las cuestiones atinentes a la familia son, en general, de difícil solución. En especial, cuando se trata de conservar un bien inmueble de varios herederos (v.gr. urbano o una finca de proporciones mínimas). ¿Por qué tiene que tocarle a un solo heredero y a los demás herederos no? En esto entran en juego varias razones, pero la última razón que interviene guarda relación con el bien común y la tensión que se produce con el bien individual (aunque la doctrina clásica considere que el bien común perfecciona siempre el bien individual). En regímenes donde predomina la sucesión testamentaria, el bien podrá adjudicarse a un heredero y, a los restantes corresponderle una cuota alimentaria o pagársele su legítima en dinero.

Pero con la mejora del tercio se conjuga la libertad de disposición y el sistema de reservas, de manera que los herederos forzosos gozan de una protección a través de la legítima.

El margen de disposición se circunscribe a la familia legitimaria, aunque, es preciso reconocer, que un heredero puede recibir como mínimo dos tercios de la herencia, si suma la mejora estricta y la porción disponible, además de lo que le corresponda como cuota legitimaria.

(84) Hilaire Belloc advertía la importancia política de la propiedad privada y la vinculación que existe entre propiedad y libertad: “la abolición de la propiedad privada comporta la abolición de la libertad. La falta de libertad de la sociedad de hoy obedece precisamente a la inestabilidad de la propiedad y al hecho de no ser poseída por la masa ... La estrecha y directa interdependencia de la libertad o de la dignidad humana y de la institución de la propiedad privada, es por demás mentada como si la propiedad fuese la salvaguardia del capricho. Pero la libertad que informa la totalidad de la sociedad significa algo infinitamente más grande. Significa el poder de la familia capaz de resistirse al Estado, del honor capaz de sostenerse a sí mismo, del mutuo juego del pensamiento y de la voluntad que es la vida del Estado en ejercicio, de la fantasía y de la posibilidad de diferenciarse, del arte; significa, en suma, la vida del espíritu. Incluso la voluntad general no podría expresarse cabalmente con unidades que no fueran libres”. BELLOC, Hilaire. *La restauración de la propiedad*, ediciones Dictio, Buenos Aires, 1979, pp. 46-7.

La legítima de los descendientes en las regiones de España que se rigen por el Código Civil también es larga (dos tercios de la herencia) y, en el caso de optarse por la mejora del tercio, la porción de los legitimarios no beneficiados pasa a ser una legítima estricta y corta (de hasta un tercio para descendientes).

De manera que, en dichas regiones españolas (centro y sur), la porción disponible no es la porción disponible amplia que existe en los regímenes jurídicos con legítima corta, como ocurre en Galicia (con una legítima de un cuarto con eventuales complementos), en Cataluña (legítima de un cuarto) o en las Islas Baleares (Mallorca y Menorca, con una legítima de la tercera parte del haber hereditario si fueran cuatro o menos de cuatro hijos y la mitad si se excediera de ese número) o la mitad de la herencia, como se encuentra legislado actualmente en Colombia.

Tampoco se trata de la legítima colectiva (todavía más flexible) que debe distribuirse también entre los legitimarios, pero que puede distribuirse igual o desigualmente (aún a un solo descendiente) y con un tope de un tercio en el llamado País Vasco y un medio en Aragón.

Como puede advertirse, estos mecanismos no resguardan a todos los legitimarios, como sucede con el sistema de mejora, en la cual a los descendientes les corresponderá forzosamente al menos un tercio de la herencia. En dichos regímenes se intenta priorizar al heredero único, en tanto en la mejora todos los legitimarios tienen derecho a su porción legítima (salvo los casos excepcionales previstos por la ley), sólo que la distribución no es la misma para todos.

Por otra parte, el engendrar exige una responsabilidad que demanda normalmente una continuidad de los padres en la manutención de los hijos, en su cuidado, en ayudarlos en su vida, la que generalmente se desarrollará más allá que sus padres. La fortuna de los padres puede ser que haya sido amasada exclusivamente por ellos o que haya sido recibida en herencia, es decir, que sean bienes de abuelengo transmitidos de generación en generación. Para ello, el sistema de la legítima grande no ofrece ningún amparo ni solución: la liquidación de los bienes hereditarios debe hacerse en partes iguales, aun cuando deban venderse todos los bienes familiares y salgan de la esfera familiar. Actualmente el Código Civil y Comercial ofrece algunas alternativas al respecto como, por ejemplo, la atribución preferencial del establecimiento, la licitación, sostenidas por principios como la división en especie, la continuidad de la empresa, etc. Aunque continúan siendo insuficientes para resolver la problemática planteada.

Defender a ultranza la igualdad sucesoria de los hijos equivale a desconocer la decisiva incidencia que ejerce dicho principio respecto de la viabilidad de la continuidad del patrimonio familiar. Salvo que exista un cuantioso patrimonio de familia, que permita continuarlo en distintas estirpes, el patrimonio familiar traducido en una casa o un establecimiento agropecuario indivisible saldrá de la familia al venderse, con el sólo consuelo que su producido será repartido entre los herederos

por igual (todos los herederos recibirán por igual su parte pero, en general, ninguno quedará con el bien).

El siguiente ejemplo de la doctrina, quizás es más elocuente para poner en evidencia que el sistema de la división forzosa e igualitaria no es la panacea, ni beneficioso a mediano y largo plazo.

Imaginemos dos hermanos que se apronten a recibir una herencia legítima. Uno de ellos de 60 años y con un gran respaldo económico, sin hijos y viviendo en el extranjero desde hace veinte años. El otro, un operario con un exiguo ingreso mensual y con cinco hijos a su cargo, dos de ellos con serias discapacidades físicas, y que ha vivido los últimos veinte años cuidando a su madre de la enfermedad terminal de la que acaba de morir⁸⁵.

Tampoco es un argumento válido, como ha sostenido Belluscio, que el número de voces en pro o en contra otorgue o no validez al instituto, ya que el criterio de mayorías no es un argumento válido per se, aunque hemos demostrado que no han sido pocos sus defensores⁸⁶.

Asimismo, parece menos aún un argumento de peso la escasa utilización del testamento en la Argentina. De hecho, la práctica testamentaria durante la etapa indiana tuvo buena vigencia, pero ha ido cayendo en desuso precisamente por no existir desde la sanción del Código Civil libertad suficiente para testar, con las porciones legítimas -en su tiempo- más altas del mundo. Pese a que, contradictoriamente, Vélez Sarsfield atribuyó el carácter absoluto al domino para atribuir al *dominus* la mayor libertad sobre la cosa.

Ya decía en el siglo XIX el sociólogo francés Le Play, que la familia necesita libertad. No por ello, la postura que señala como individualista al Código de Vélez

(85) En relación a ello si unos hijos abandonan la casa y trabajan para sí, y, en especial, si se les dio carrera, oficio o colocación con los ahorros y sacrificio económico de la casa; y si otro hijo quedó en ella, incorporando a ésta todo su trabajo y aunando su esfuerzo a los de su padre para educar y colocar a sus demás hermanos: no parece equitativo que a la hora de heredar tengan éste y aquéllos que partir por igual la casa y tierras, que éste trabajó y de las que marcharon los demás. Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., "La agricultura y la explotación familiar", *Revista Jurídica de Cataluña, Ilustre Colegio de Abogados*, Num. 1, Año LXIII, enero-marzo, Barcelona, 1964, pp. 112-3.

(86) Juan Carlos Rébora había destacado la importancia la mejora en el Código Civil español de 1889, como medio indirecto de consolidación de la familia, el cual establece como legítima de los descendientes "la de dos tercios y no la de cuatro quintos de los bienes de la sucesión, y que después de haber establecido, así, la base, autoriza a los padres para dividir esos dos tercios en dos mitades y para agregar una de esas mitades a la porción que uno o más de los hijos tengan sobre el tercio restante, y como después de esto queda, todavía, el tercio apartado como porción disponible, resulta creada la posibilidad de que uno o más hijos del causante reciban, sumados al de su respectiva cuota, valores que pueden ser hasta los del tercio de mejora y además hasta los del tercio disponible. En una sucesión deferida a dos hijos, pues, podría ocurrir que uno de ellos recibiera el 16,66% y el otro un 83,33". RÉBORA, Juan Carlos. *Instituciones de la Familia*, Tomo I ..., ob. cit., p. 507.

y que aboga al mismo tiempo por mayores libertades concretas se enrolla, por ende, en una corriente neoliberal, como ha insinuado Belluscio⁸⁷.

Belluscio se equivoca al adjudicar un tinte ideológico, en general, a las críticas al Código de Vélez. Más allá del valor de la obra de Vélez, han surgido numerosas reacciones frente a la realidad transformada por dicho Código, muchas de las cuales siguen ganando terreno. Entre ellas, una de las más importantes ha sido la reforma de la ley 17.711 de 1968, que operó la gran transformación del Código hasta la sanción del vigente. Pensamos que, en el Derecho Civil codificado, se vienen manifestando varias propuestas doctrinarias correctivas, en vista a una sobrada experiencia de siglo y medio.

Por otra parte, se ha atribuido un propósito político-económico a la limitación de la libertad de testar mediante la imposición de legítimas ya que, desde la Revolución Francesa, habría tenido como objetivo *“evitar la concentración de la riqueza en unas pocas manos tendiendo a la distribución equitativa, y uno de los medios para lograrla es la igualdad hereditaria entre los hijos”*⁸⁸.

Este argumento no puede predicarse más, teniendo en cuenta la actual realidad predial argentina, a la que -en base a estadísticas-, nos hemos referido al comienzo. En la actualidad, producto de la pulverización de la propiedad mediana, se ha producido una polarización del tamaño de las explotaciones agropecuarias, circunstancia oportunamente denunciado por civilistas y agraristas, como un fenómeno para desalentar⁸⁹.

La concentración parcelaria en manos de grandes capitales anónimos y extranjeros se ha acentuado en las últimas décadas en el marco del proceso que se encuentra

(87) Federico Le Play, en su libro *La reforma de la sociedad*, decía lo siguiente: *“Los pueblos que admiten la caducidad del derecho de propiedad con la vida, difícilmente resisten a la tentación de restringir este derecho antes de la muerte”*.

(88) BELLUSCIO, Augusto César. Ob. cit., p. 861. Elías Pedro Guastavino ha sostenido que *“el derecho actual no puede dirigirse al restablecimiento de la llamada familia troncal, apoyada en concepciones sociales y económicas inadecuadas para la sociedad moderna; no debe tampoco el derecho actual pretender una vinculación de los bienes similar a la que se conoció antes de la revolución francesa de 1789; pero tampoco debe admitir con indiferencia la inmediata y forzosa disolución del patrimonio familiar, pues ello conduciría a frustrar el cumplimiento de las funciones de la familia”*. Asimismo, ha aseverado que *“el derecho positivo de gran parte de las naciones ha comprendido la necesidad de absorber estas enseñanzas (la necesidad de transmitir indivisamente el patrimonio familiar como reacción contra el excesivo individualismo): cuando la aplicación ininterrumpida a través de varias generaciones del sistema particionario forzoso reveló sus resultados nocivos en el orden familiar y en el orden económico, se hizo necesario que la ley misma previera las soluciones”*. GUASTAVINO, Elías P. Ob. cit., pp. 141-2.

(89) Bregaba Bernardino Horne en 1945 por un Derecho Agrario en el que se consagrara, entre otras cosas, un *“sistema especial en las sucesiones para evitar la subdivisión excesiva de la tierra, la protección del fundo y del agrario, el crédito especializado, etc.”*. HORNE, Bernardino C. *Política agraria y regulación económica*, Segunda edición, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1945, p. 20. Y expresaba también: *“No es posible que sigamos copiando de Europa leyes -deben, no obstante, tenerse presentes- que se sancionen para otros medios, con distintas características a las nuestras”*. Ibid., p. 24.

en curso. La realidad, pues, desautoriza aquella utópica igualdad revolucionaria, que aún sigue sosteniéndose pese a su fracaso⁹⁰.

José Luis Pérez Lasala, es otro de los escasos doctrinarios que se han ocupado particularmente de la mejora, en su caso, defendiendo su consagración legal.

A tal efecto, había propuesto en 1991 la reforma del artículo 3605 del Código Civil derogado, por el siguiente:

“El padre o la madre podrán disponer en favor de alguno o algunos de sus hijos o, en su caso, de sus descendientes, de un tercio de la parte legítima, siempre que se declare de una manera expresa la voluntad de mejorar. La mejora puede recaer sobre cosa cierta, en la medida en que no exceda la cuota legal. En lo demás, la parte de mejora se regirá por las normas aplicables a la legítima”⁹¹.

Compartimos, con el destacado civilista, el interés en que la Argentina consagre legalmente la mejora estricta y pensamos que es muy valioso su aporte.

IX. Propuesta de reforma

Nosotros proponemos reformar el artículo 2448 por el siguiente:

“El causante puede disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora estricta a sus hijos y, en su defecto, a sus descendientes. La mejora estricta y la porción disponible podrán ser acumulables”.

La propuesta tiene como fuente el artículo 2448 del Código Civil y Comercial, el texto propuesto por Pérez Lasala y el artículo 808 del Código Civil de España.

Ahora bien, acerca del texto que hemos propuesto, haremos un brevísimo análisis para explicar los fundamentos, casi a modo de recapitulación.

En un primer momento, pensamos agregar mayores precisiones a la norma propuesta, pero las omitimos para no trabar el funcionamiento del instituto; teniendo en cuenta que en nuestro país se ha venido legislando con excesivas limitaciones

(90) Así, sostienen los mencionados autores que, *“ya sea por actos entre vivos o por disposiciones de última voluntad, y por aplicación de las normas que reglan la sucesión ab intestato, los predios rústicos eran pasibles de fraccionamiento en porciones que tornaban inconveniente y antieconómica su utilización. La gravedad de esta disposición había sido destacada por la doctrina agraria, nacional y extranjera, que afirmaba que la aplicación mecánica del Código Civil produciría inevitablemente, como había ocurrido en Europa, la pulverización de la propiedad rústica y en consecuencia su inutilización, desde el punto de vista de la explotación agropecuaria (...). La aplicación en Europa por más de un siglo y medio de las normas de la división hereditaria ha traído como consecuencia natural e inevitable la división excesiva de la tierra ... Teniendo en cuenta los desastrosos resultados observados aparece oportuna la reforma al Código Civil, pues si bien ello no trae solución para aquellos casos en que la división excesiva de la propiedad rural ha provocado ya el minifundio, al menos evitará que en lo sucesivo el proceso continúe agravándose”.* BREBBIA, Fernando - MALANOS, Nancy L. *Derecho Agrario*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, pp. 216-7.

(91) PEREZ LASALA, José Luis. Ob. cit., p. 824.

en materia sucesoria y a través de disposiciones legales que, muchas veces han sido tortuosas o insuficientes.

No pretendemos condensar en un artículo, tampoco, lo que otros Códigos tratan en varios artículos.

En primer lugar, respecto de los beneficiarios, proponemos ampliar la mejora -hoy limitada al heredero con discapacidad- a todos los hijos, no haciéndose extensiva a los nietos viviendo el padre (como se encuentra, en cambio, vigente en el actual Código Civil español). Empleando una terminología actual, la propuesta pretende ser más inclusiva.

La propuesta tiene mayor alcance que la redacción vigente porque comprende a todos los descendientes legitimarios, de manera que de esta forma la mejora al heredero con discapacidad no tiene razón de ser, porque “quien puede lo más, puede lo menos”.

Hemos suprimido, por tanto, la mención de la figura específica del heredero con discapacidad, así como también que dicha mejora se instrumente también por fideicomiso. Pensamos que el causante puede instrumentarla por el instrumento que considere conveniente, como señalamos más arriba.

Por otra parte, consideramos que el fideicomiso puede funcionar más fácilmente en los países donde está consagrada la sustitución fideicomisaria, por ejemplo, como en España, consagrado hasta el segundo grado (artículo 781 del Código Civil español) o como en Perú, sin límite, siempre que la sustitución tenga lugar en favor de personas que existan cuando quede expedito el derecho del primer designado (artículo 740 del Código Civil peruano, artículo 249 de la Ley N°. 26.702, Texto concordado de la ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la superintendencia de banca y seguros).

En caso de existir un discapacitado declarado judicialmente (supuesto que pensamos debió exigirse en el artículo 2248 del CCC), el causante podrá implementar -entre otros mecanismos jurídicos- un fideicomiso, designando a los coherederos como fideicomisarios o bien, que se le designe un curador y que, a su muerte, -como marca el orden sucesorio legal- sean herederos sus legitimarios.

Por otra parte, de conformidad con el sentido de este inmemorial instituto sucesorio, hemos suprimido a los ascendientes como beneficiarios de la mejora estricta (el artículo 2448 CCC contempla como beneficiarios a los descendientes y ascendientes con discapacidad). El causante puede ampararlos con la porción disponible.

Complicaría aún más las cosas, si se sumara como beneficiario de la mejora del tercio al cónyuge discapacitado, en el supuesto que se agregara como beneficiario. Además, el cónyuge discapacitado le correspondería -como apuntamos precedentemente- su legítima y otros mecanismos de protección de la vivienda conyugal.

Tampoco somos favorables de receptor en la mejora a los nietos viviendo los padres, porque pensamos que sería una libertad quizás excesiva para un país como el nuestro, al que le ha restringido durante tantos años su libertad de disposición testamentaria.

En segundo lugar, respecto de la porción, sugerimos ampliar la porción de la mejora estricta, es decir que sea computable sobre el tercio de la herencia y no sobre la porción legítima. De manera tal que le podría corresponder al hijo mejorado, en concepto de mejora, la mitad de los dos tercios de la legítima (es decir un 33%), además de la porción disponible (33%) y de la porción que le corresponda de la legítima estricta. Si se calculara, en cambio, el tercio de mejora sobre la porción legítima de los descendientes ($2/3$), entonces le correspondería un porcentaje menor (22%) en concepto de mejora estricta.

En tercer lugar, con relación a las cosas, la mejora puede recaer sobre cosa cierta, un bien inmueble o mueble, siempre que no vulnere las porciones legítimas de los restantes herederos legitimarios. En su momento consideramos agregar expresamente la referencia que, al respecto, realizó Pérez Lasala en su norma proyectada, pero finalmente no la agregamos. El artículo 829 del Código Civil español, prevé en este caso que, si el valor de la cosa excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados.

Por otra parte, tanto el Derecho Comparado como la propuesta de Pérez Lasala, prevén que la mejora debe ser expresa (v.gr. arts. 825, 828 del Código Civil español). Aunque, autores como Vallet de Goytisolo consideran que puede haber mejora tácita.

Por último, en la legislación comparada en general, la facultad de mejorar es indelegable aunque el Código Civil español reconoce una excepción, y permite encomendarle facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras, incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar (artículo 831). Nos inclinamos por no admitirla, dado que este tipo de mandas han dejado de ser una práctica habitual y supone una libertad a la que la población argentina ya no está acostumbrada (aun cuando, por ejemplo, existió en nuestra patria el testamento conjunto, incluso unos meses antes de la entrada en vigor del Código Civil de Vélez. En todo caso, podrá implementarse gradualmente.

X. Conclusión

En 2011 propiciábamos algunas propuestas relativas a la flexibilización sucesoria, algunas de las cuales felizmente se han cumplido⁹². En este sentido, “una mayor

(92) FOS MEDINA, Juan Bautista. “La legítima sucesoria ...”, ob. cit., p. 98.

libertad de testar” se ha concretado con las reducciones de las porciones legítimas del artículo 2445 CCC, tal como sugeríamos para los descendientes.

En cuanto al “pago de las hijuelas con el producido de la explotación agraria o de la propiedad industrial”, de algún modo se ha incorporado a través de la atribución preferencial del establecimiento de los artículos 2380/2 del CCC (aunque tiene aún dos desventajas que son rémoras de un prurito demasiado vinculado al principio de la intangibilidad de las legítimas, como reducir la atribución del establecimiento a un inmueble que constituya una unidad económica, es decir a la extensión económica mínima) y el pago de las legítimas al contado (sin mayores plazos, que pueden tornar impracticable el instituto).

Por último, la consagración legal de ciertos supuestos que “*atiendan cuestiones vinculadas a la protección de incapaces*”, ha sido receptada en el artículo 2448 del Código Unificado.

El principio igualitario ha aprisionado el régimen sucesorio argentino en un sistema de legítimas rigurosas, que ha sido hermético hasta la sanción del Código Civil y Comercial. Éste último ha iniciado el camino hacia una mayor libertad de testar, que viene manifestándose como una tendencia a nivel mundial.

Además, la mejora del artículo 2448 del CCC, como hemos visto, tiene la ventaja de tener una notable semejanza con la mejora del tercio, con hondo arraigo en la tradición jurídica de nuestro país, así como también con vigencia en países que comparten nuestra cultura y que, en función de lo expuesto, proponemos rescatar para ampliar derechos, teniendo presente el esclarecido pensamiento de Manuel Durán y Bas: “*La libertad civil es la verdadera condición de los pueblos libres*”, de la cual “*los derechos políticos no son sino su garantía*”, “*aquella es la libertad esencial. Con relación a los bienes, el mejor testimonio de que la disfruta un pueblo está en la libertad de la propiedad y en la libertad de la contratación (...). Cuánto más libre es un pueblo más libre es su propiedad*”⁹³.

(93) DURAN Y BAS, Manuel. “Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña”, Cap. IV, Barcelona, 1883, p. 218, citado por VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “La libertad civil”, revista *Verbo*, Nro. 63, Fundación Speiro, España, 1968, p. 189.

LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA LEGÍTIMA
DEFENSA SEGÚN LA PERSPECTIVA DEL
FUNCIONALISMO RADICAL:
ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS OBJECIONES
FORMULADAS POR OMAR PALERMO AL
ENFOQUE DE GÜNTHER JAKOBS*

*THE SYSTEMATIC LOCATION OF SELF-DEFENSE
ACCORDING TO THE PERSPECTIVE OF RADICAL FUNCTIONALISM:
CRITICAL ANALYSIS OF THE OBJECTIONS FORMULATED BY OMAR
PALERMO TO THE APPROACH OF GÜNTHER JAKOBS*

*María Florencia Caminos Garay***

Resumen: En el funcionalismo radical, Günther Jakobs presenta a la legítima defensa como una causa de justificación, considerando que la acción defensiva es típica pero no antijurídica. Omar Palermo, tomando sus razonamientos, lo critica y afirma que debió concluir que es una causa de atipicidad. Este trabajo expone las dos posiciones y los motivos que avalan sostener que la acción defensiva crea un riesgo típico y que su lesión no debe ser imputable objetivamente al ámbito de organización del agresor-víctima. La agresión ilegítima y la acción defensiva, deben ser valoradas jurídicamente en sus respectivas esferas de competencia. En tal sentido, aunque es cierta la omisión del deber de salvamento por parte del agresor, éste deja de ser garante ante la reacción defensiva y se abre paso al deber de tolerancia.

Palabras-clave: Funcionalismo radical - Agresión ilegítima - Legítima defensa - Imputación objetiva.

Abstract: In radical functionalism, Günther Jakobs presents self-defense as a cause of justification, considering that defensive action is

* Trabajo recibido el 8 de mayo de 2020 y aprobado para su publicación el 1 de junio del mismo año.

** Abogada (UNC), Especialista en Derecho Penal (UNC), Adscripta en Derecho Penal II y Derecho Procesal Penal (UNC), Auxiliar del Poder Judicial de Córdoba (Cámara de Acusación) (contacto: mfcaminosgaray@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7226-9768).

typical but not unlawful. Omar Palermo, taking his reasoning, criticizes him and affirms that he must have concluded that it is a cause of atypicality. This work exposes the two positions and the motives that guarantee that the defensive action creates a typical risk and that your injury should not be objectively attributable to the scope of the aggressor-victim. Illegitimate aggression and defensive action must be legally assessed in their respective fields of competence. In this sense, although the omission of the duty of rescue by the aggressor is true, it ceases to be guarantor in the face of the defensive reaction and opens the way to the duty of tolerance.

Keywords: Radical functionalism - Illegitimate aggression - Legitimate defense - Objective imputation.

Sumario: I. Introducción. II. Cuestiones preliminares: A. Concepción del funcionalismo radical. B. Posición de garante por conducta precedente o injerencia. C. Autolesión y heterolesión. D. Causa de atipicidad y causa de justificación. E. Dominio de decisión. III. Estado de la discusión: A. Posición de Jakobs. 1. A favor. a) Permite instaurar límites (bienes del agresor y medio menos lesivo). 2. En contra. a) Críticas sobre la naturaleza de la intervención del agredido. b) Implica entrar en el primer escalón de la teoría del delito (diferentes entidades de valor). B. Posición de Palermo. 1. A favor. a) En determinados supuestos deviene inaplicable el instituto (y su previsión legal aparece como innecesaria). b) La atipicidad es una calificación de la defensa más favorable para el agredido (y se exponen contradicciones valorativas). 2. En contra. a) La legítima defensa no podría estar sujeta a límites normativos. b) Análisis diferenciado sobre la conducta del agredido. c) Si al agresor se lo reconoce como un ciudadano libre: ¿hasta qué punto se respeta esa libertad? IV. Toma de posición. A. La lesión de la acción defensiva no es imputable al agresor. B. La acción defensiva no constituye la respuesta normativa de la agresión. C. Tanto la atipicidad como la causa de justificación suponen una situación que debe ser justificada. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

I. Introducción

El reconocido autor del funcionalismo radical, Günther Jakobs, define a la legítima defensa como “necesaria para apartar de uno mismo o de otro una agresión actual y antijurídica”¹, considerando que dicha acción es típica pero no antijurídica.

(1) JAKOBS, G. *Derecho Penal - Parte General - Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 2.ª edición corregida, 1997, p. 457.

Por su parte, Omar Palermo realizó una interesante crítica a su labor, encaminada a evidenciar ciertas inconsistencias en la postura de aquel autor, al sostener que debió arribar a la conclusión de que la conducta del agredido -quien emprende la acción defensiva- no es siquiera objetivamente típica.

Es sabido que, en su mayoría, la doctrina reconoce en este instituto una causa de justificación y de allí se fundamenta la no punibilidad. Sin embargo, situados en la dogmática jurídico-penal de la que parte el autor cuestionado, es tarea del intérprete realizar una evaluación de acuerdo al texto legal y los juicios normativos, para así adoptar una toma de posición. Dentro de este ámbito de imputación objetiva, aparecen estas dos posturas. Una propugnando la causa de justificación y otra que, por un mismo camino, defiende una causa de atipicidad. Si bien en términos prácticos el agredido no será penado por su reacción defensiva, optar por uno de estos criterios altera la inteligencia de su estudio y los efectos en la teoría del delito.

En el presente trabajo realizaré un análisis, con el fin de identificar los puntos débiles y fuertes de ambas alternativas, para luego elaborar una reflexión acerca de cómo debería zanjarse el asunto². En esa dirección, pretendo superar el debate a través de un examen integral que trae a colación criterios y razonamientos con ayuda de otros autores de la doctrina.

En un primer momento, me avocaré a precisar cuestiones que son necesarias para entrar en tema y estar ubicado en el marco teórico apropiado. Luego, abriré paso al estado de la discusión, exponiendo cada enfoque con sus aspectos a favor y en contra. Finalmente, daré a conocer los motivos que me llevan a afirmar que debe prevalecer la postura de Jakobs pese a las observaciones de Palermo. En definitiva, concluiré que en esta tendencia es correcto entender a la legítima defensa como una causa de justificación.

II. Cuestiones preliminares

Sin perjuicio de que las posturas de Jakobs y Palermo difieren acerca de qué efectos jurídicos recaen sobre quien lleva a cabo una legítima defensa y cómo ello se refleja en el modelo del delito, se puede decir que parten de igual base. Palermo sólo toma distancia de la solución de Jakobs, al afirmar que, con sus propios argumentos, debió llegar a otra conclusión. Por tal motivo, es necesario explicar previamente conceptos y consideraciones que provienen de esta orientación funcionalista.

(2) En esta oportunidad, toda vez que no resulta necesario para los fines propuestos, el trabajo dejará al margen los casos de legítima defensa de terceros.

A. *Concepción del funcionalismo radical*

En la dogmática penal, la tendencia funcionalista buscó abrir un nuevo camino, alejado del modelo de base ontológica (finalismo) y naturalista (causalismo)³. Jakobs, como uno de sus principales precursores, razona que no se puede desgajar al derecho penal de la sociedad y que se debe restablecer la vigencia perturbada de la norma, en el plano de la comunicación⁴.

Bajo este entendimiento, la *conducta humana* es la toma de posición de un sujeto respecto a la vigencia de la norma; el *delito*, una comunicación defectuosa que realiza aquél como agente social, en tanto se haya tratado de un comportamiento individualmente evitable; y la *pena*, la consecuencia de esto último, que ejerce a los ciudadanos en la confianza y fidelidad frente al derecho (prevención general positiva)⁵.

En el plano del tipo objetivo, se presenta como una fundamentación monista que refiere que la conducta típica tiene su razón de ser en el quebrantamiento de un rol, habiéndose creado y realizado un riesgo jurídicamente desaprobado⁶. La causalidad es incapaz de explicar *per se* un significado social⁷.

Hay cuatro instituciones dogmáticas que considerar: riesgo permitido (“no forma parte del rol de cualquier ciudadano que elimine cualquier riesgo de lesión de otro”)⁸, principio de confianza (“cuando el comportamiento de los seres humanos queda entrelazado, no forma parte del rol del ciudadano controlar permanentemente a todos los demás; de otro modo, no podría haber reparto del trabajo”)⁹, prohibición de regreso (“quien asume un vínculo estereotipado-inocuo con otro ser humano, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incluya el vínculo en una organización no permitida”)¹⁰ y acciones a propio riesgo (“puede que la configuración de un contacto social competa no sólo al autor, sino también a la víctima, y ello incluso en un doble sentido: puede que su comportamiento fundamente que se le impute la consecuencia lesiva a ella misma, y puede que se encuentre en la desgraciada situación de estar en la posición de víctima por obra del destino, por infortunio”)¹¹.

(3) LASCANO, C. “Tendencias actuales de la dogmática jurídico-penal”, AROCENA – BALCARCE – CESANO (Dir.) *Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Hammurabi, 2013, p. 69.

(4) LASCANO, C. “Tendencias actuales...”, cit., p. 73.

(5) Ibidem, p. 74.

(6) LÓPEZ DÍAZ, C. *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 96.

(7) LASCANO, C. “Tendencias actuales...”, cit., p. 75.

(8) JAKOBS, G. *La imputación objetiva en derecho penal*, Argentina, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 32.

(9) JAKOBS, G. Ibidem, p. 34.

(10) JAKOBS, G. Ibidem, cit., p. 36.

(11) JAKOBS, G. Ibidem, cit., p. 38.

Para que se configure el tipo subjetivo, debe haber imputabilidad, conocimiento (dolo) o al menos cognoscibilidad (imprudencia) de la realización del comportamiento y exigibilidad de la observancia de la norma. Todos estos como elementos que en conjunto constituyen el indicio necesario de un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico¹².

La evitabilidad está vinculada al dolo o la imprudencia de la propia conducta. No solo contiene el conocimiento o la cognoscibilidad de las condiciones de la obtención de un resultado, sino además la propia posibilidad de influir en el suceso¹³. No obstante, teniendo en cuenta que la tentativa es punible, lo que requiere el injusto es al menos el desvalor de evitabilidad (producción evitable) y la objetivación (al menos un movimiento corporal), por lo que queda claro que el resultado no es un elemento imprescindible en este razonamiento¹⁴.

B. Posición de garante por conducta precedente o injerencia

Jakobs manifiesta que “los límites de los roles funcionan a la vez como límites de la responsabilidad” y que “no todos responden de cualquier consecuencia dañina que estén en condiciones de evitar, sino que sólo se halla obligado a ello quien es titular de una posición de garante”¹⁵. Es por eso que es momento de señalar que los deberes de responder pueden surgir por responsabilidad institucional o a raíz de una responsabilidad por organización.

Existe una responsabilidad institucional cuando una persona participa de instituciones preestablecidas que constituyen a la sociedad y se encuentra con que le es impuesto un mundo ya configurado. Alguien puede ser titular de una posición de garante, aunque no haya sido el encargado de organizar el peligro del bien jurídico objeto de su deber de protección. El padre y la madre aparecen como garantes de los hijos o el Estado como garante de la seguridad interior y exterior, entre otros ejemplos que el precursor brinda¹⁶.

La responsabilidad es por organización cuando la persona tiene una libertad de actuación tolerada por la sociedad democrática, por lo que puede organizar libremente el mundo y configurarlo. Sólo responde -a diferencia del caso anterior- si supera el límite de esa libertad, que es no invadir las esferas de los demás creando

(12) JAKOBS, G. “El lado subjetivo del hecho”, *Derecho Penal en la Red*, p. 1. Disponible en: http://www.derechopenalenlared.com/libros/jakobs_el_lado_subjetivo_del_hecho.pdf [Enlace verificado el día 21/06/2019].

(13) “Tanto el dolo como la imprudencia son formas de la evitabilidad; ambos están determinados por la cognoscibilidad de la realización del tipo; en el dolo, la cognoscibilidad evoluciona a conocimiento, en la imprudencia no.”, JAKOBS, G. “*Derecho Penal...*”, cit., pp. 175 y 382.

(14) *Ibidem*, pp. 204-205.

(15) JAKOBS, G. “*La imputación...*”, cit., pp. 30-31.

(16) *Ibidem*.

el peligro para los bienes jurídicos¹⁷. Un ejemplo sería que una persona chocare conduciendo su automóvil a un transeúnte, por haber excedido los límites del riesgo permitido (velocidad autorizada). Entonces, como se externalizó el peligro (invadiendo la esfera ajena), el conductor tendría el deber de salvamento con respecto al bien jurídico amenazado (vida del transeúnte).

Esta última clase es también llamada “competencia en virtud de organización”¹⁸. En ella aparece la determinación de la posición de garante por injerencia que hará que el sujeto portador responda por las consecuencias derivadas de una fuente de peligro que haya creado, tras haber introducido un curso causal dañoso en una organización ajena, quebrantando una expectativa normativa¹⁹. En otras palabras, la injerencia fundamenta un deber en una relación negativa basada en la organización previa²⁰, lo que significa que la responsabilidad de una persona emerge de un acto anterior concluido (se trate de una acción o de una omisión), a través del cual dejó de respetar el mantener las esferas separadas²¹.

No es un *status* especial del agresor lo que obliga a tolerar la acción defensiva, sino su comportamiento previo (el estado de su organización), en base a un *status* general²², por el cual se lo puede considerar responsable de las consecuencias: quien se arroga una libertad ajena debe revocar esa arrogación (deber de salvamento) y, de no hacerlo, tiene que soportar los costes (deber de tolerancia)²³. A su vez, rige el principio del *neminem laede*²⁴, el cual tiene una doble perspectiva, esto es, el deber negativo de no lesionar a otro en su autonomía personal (se presenta en forma de prohibición) y el aspecto positivo de reconocer a otro como sujeto de derecho (un mandato de acción que deriva de aquella prohibición)²⁵.

(17) LÓPEZ DÍAZ, C. “Introducción...”, cit., pp. 87-88.

(18) Ibidem, p. 89.

(19) Ibidem, pp. 88 y 90.

(20) “Se habla de una relación negativa de las personas; no existe la expectativa de que todos prestarán ayuda a todos, sino solo la expectativa de que no se perturbarán”, JAKOBS, G. “Teoría y praxis de la injerencia”, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Comp.) *Conferencias sobre temas penales*, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 49.

(21) JAKOBS, G. “Derecho Penal...”, cit., p. 973.

(22) No quiere decir que no haya vínculo con la institución, pero se trata de la institución más general posible: el rol común de cualquier ciudadano es comportarse como una persona dentro del derecho y respetar la esfera ajena.

(23) PALERMO, O. *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, pp. 256-257.

(24) “No causar daño a nadie”, Real Academia Española, *Diccionario del Español Jurídico*. Disponible en: <https://dej.rae.es/lema/neminem-laedere> [Enlace verificado el día 22/06/2019].

(25) PALERMO, O. “La legítima defensa...”, cit., pp. 242-243.

C. Autolesión y heterolesión²⁶

A primera vista, un lego reconocería de los prefijos *hetero* (“otro”, “desigual”, “diferente”²⁷) y *auto* (“de o por sí mismo”)²⁸, la misma solución que confiere una concepción naturalística. Se examina un suceso según la secuencia físico-temporal, identificando a quién efectúa el daño material, lo cual coincide con la persona que actúa en último lugar. Una víctima sufrirá una heterolesión cuando esa persona es un tercero, y una autolesión, cuando es ella quien se lesiona de propia mano. A modo de ejemplo, si A pide a B que le dispare, B es autor de una heterolesión sufrida por A. Ahora, si A pide a B que se dispare, B llevaría a cabo su autolesión.

En cambio, la concepción que este funcionalismo adopta está determinada con arreglo a criterios de imputación objetiva, en consideración de la posición de garante en cuanto a la evitación de la lesión. Se hace hincapié en quién se ha arrogado el ámbito de organización y cuál ha sido la importancia de la aportación.

Hay heterolesión si la víctima no es responsable de su daño, en tanto no ha tenido la incumbencia de tener que evitarlo. O sea, rige la consigna de que es otro (*hetero*) el que produce la lesión, pero no por el sentido material o por el haber actuado en último lugar, sino porque es un tercero el que adquirió competencia de impedirlo. En la autolesión, también persiste la idea de que es uno mismo (*auto*) el que provoca su daño, aunque por el hecho de haber actuado a propio riesgo. Por eso, no se individualiza una perspectiva fáctica ni temporal, más bien se contempla que la víctima tiene la idoneidad de imposibilitarlo, por su incumbencia frente a la evitación.

Una comparación con la concepción fenomenológica desarrollada al comienzo, sirve para advertir la distinción mediante ejemplos similares. Si A obliga a B que le dispare, A es autor y víctima de una autolesión (no una heterolesión). Si A obliga a B que se dispare, A efectúa una heterolesión que sufrirá B como víctima (no habrá una autolesión).

Por consiguiente, el injusto es propio “no sólo cuando concurre una realización de propia mano -esto sería un error naturalista-, sino cuando exista una razón para imputar lo sucedido como propio”²⁹.

(26) *Ibidem*, pp. 360-369.

(27) Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=KGbVXDq> [Enlace verificado el día 10/03/2019].

(28) Real Academia Española, *Diccionario panhispánico de dudas*. Disponible en: <http://lema.rae.es/dpd/?key=auto> [Enlace verificado el día 10/03/2019].

(29) JAKOBS, G. “La imputación...”, cit., p. 80.

D. Causa de atipicidad y causa de justificación

La realidad demuestra que los bienes jurídicos se encuentran expuestos a riesgos en todo momento y la imputación objetiva del comportamiento es imputación vinculada a una sociedad concreta³⁰. Que una acción sea o no jurídicamente relevante proviene de lo que el derecho defina de acuerdo a las categorías sociales, debiéndose establecer si el ciudadano se comportó dentro del ámbito de competencia que le proporciona su *status*³¹. Los riesgos permitidos no suponen defraudación de expectativas porque su aceptación es necesaria, o al menos usual, para mantener la posibilidad de contacto social. Por lo tanto, la concreción de cuáles son éstos debe entablarse *ex ante*, dado que su aceptación no depende de la ausencia de resultado, sino de la forma de obrar³² y, además, por respeto al principio de legalidad³³ y por seguridad jurídica³⁴.

Luego, la prohibición de un comportamiento sirve a la evitación de lesiones o puestas en peligro. Es así como se descartan conductas del círculo de lo que posiblemente se tolera, a pesar de que el riesgo de consecuencia lesiva sea socialmente normal³⁵. Aun en supuestos de riesgo insignificante, si aquéllas están descartadas por la ley, no están permitidas.

Una acción u omisión conforme al rol será considerada socialmente soportable y constituirá un riesgo permitido, lo cual implica que no realiza tipo alguno. Por ser aceptado de modo general, su obrar no tiene por qué estar inscrito en determinado contexto para ser tolerado. Distinto es lo que acontece si se crea un riesgo no permitido al ejecutar una conducta en sí prohibida, pues aquélla no estará admitida como soportable desde la perspectiva social. No obstante, este comportamiento en sí perturbador, podrá ser aceptado en función del entorno en que se encuentra especialmente³⁶.

Por lo expuesto, resulta posible diferenciar una causa de atipicidad y una causa de justificación. Se deben tener en cuenta las valoraciones de la sociedad que hacen que el derecho prohíba un comportamiento por su peligrosidad concreta o abstracta, e incluso que lo permita en particulares circunstancias. Cuando es atípico, es socialmente entendido como adecuado, como ocurre, por ejemplo, si alguien

(30) JAKOBS, G. "La imputación...", cit., p. 22.

(31) LÓPEZ DÍAZ, C. "Introducción...", cit., pp. 86- 92.

(32) JAKOBS, G. "Derecho Penal...", cit., p. 250.

(33) "El uso de la libertad de acción sin peligro de resultar castigado sólo es posible si se da la determinación previa de lo punible", JAKOBS, G. "Derecho Penal...", cit., p. 79.

(34) Es beneficioso para las personas con capacidad de culpabilidad conocer de antemano qué riesgos están permitidos y cuáles no, para así conocer cuándo han de ser responsables.

(35) JAKOBS, G. "Derecho Penal...", cit., p. 248.

(36) JAKOBS, G. "La imputación...", cit., pp. 51-52; JAKOBS, G. "DERECHO PENAL...", CIT., PP. 419-420.

conduce su vehículo a velocidad permitida y lesiona al peatón que trastabilla en la vereda, cayendo de repente sobre su curso. Ahora, cuando la conducta es típica pero justificada, por lo general, es considerada socialmente inadecuada, pese a que el ordenamiento jurídico la tolere en el caso concreto, ante las específicas características que emanan de la situación de contexto³⁷.

Jakobs razona que la legítima defensa, analizada en forma aislada, es socialmente inadecuada, sin perjuicio de que en un determinado marco estará justificada, de acuerdo a las exigencias que el ordenamiento legal le establece. Más adelante veremos que para Palermo la acción defensiva no supera el “filtro” de imputación objetiva, por lo que, a su modo de ver, la legítima defensa debería ser considerada una causa de atipicidad de la conducta, puesto que “el comportamiento del agresor excluye la realización del tipo objetivo por parte del agredido”³⁸.

E. Dominio de decisión

El siguiente concepto normativo, más allá de que no es usado por las partes en la discusión que aquí se analiza, es traído al sólo efecto de rescatar y proponer una manera de establecer hasta dónde llega la responsabilidad de quien adquiere una posición de garante, según tenga o no la calidad jurídica que permite evitar un suceso.

Por un lado, el criterio de dominio ha sido empleado por Jakobs a efectos de resolver problemas de la teoría de la participación en los llamados “delitos de dominio”, que son aquéllos donde la responsabilidad nace de un acto organizativo en detrimento del ámbito de organización ajeno³⁹. Al respecto, señala que lo importante no es que un autor domine el hecho fácticamente, pero sí que éste tenga la competencia organizativa que hace a la atribución de un comportamiento en su ámbito de responsabilidad. Esto es, “no siendo relevante el hecho del dominio *per se*, sino en tanto que fundamenta una plena responsabilidad por el hecho”⁴⁰, entrando en consideración el sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias. Tiene dominio para decidir acerca de la producción o no del tipo, quien siendo competente ha organizado una libertad general de comportamiento, debiendo responder de sus consecuencias⁴¹.

Dentro de las distintas teorías trabajadas en la dogmática, esta posición se sitúa en la “teoría del dominio del hecho”, la cual, para este funcionalista, permite su-

(37) PALERMO, O. “Problemas de imputación objetiva en el ámbito de la justificación penal”, *Reflexiones sobre la Cuestión Criminal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos J. Lascano*, Córdoba, Lerner, 2011, p. 344.

(38) PALERMO, O. “La legítima defensa...”, cit., p. 358.

(39) JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, cit., p. 730.

(40) JAKOBS, G. *Ibidem*, p. 742.

(41) JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho”, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Comp.), *Conferencias sobre temas penales*, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 90-92.

perar las dificultades propias de las demás. En ese orden, reconoce el dominio de ejecución del hecho, el dominio de decisión y el dominio de configuración: “Junto al dominio del hecho mediante la realización de la acción ejecutiva (*dominio del hecho formal*, es decir, vinculado al tipo), están presentes el dominio del hecho a través de la decisión sobre si se realiza el hecho (*dominio del hecho material como dominio de la decisión*) y el dominio del hecho a través de la configuración del hecho (*dominio del hecho material como dominio de la configuración*)”⁴². Diferentes en sus contenidos, conservan homogeneidad en que son “los actos de organización que fundamentan plena responsabilidad”⁴³.

Al explicar la coautoría, pone énfasis en la decisión común del hecho para que pueda haber responsabilidad de un sujeto partícipe, en concepto de autor, por todo lo ocurrido⁴⁴. Y sobre la autoría mediata, expone que lo característico es la “responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de la decisión”⁴⁵, mostrando una superioridad determinada normativamente por el rango de la intervención, con la consecuencia de que a la persona tomada como instrumento se le dificulta evitar la realización del tipo, quedando el hecho como propio del autor mediato⁴⁶.

De otro costado, al trabajar sobre la pena y lo que ésta quiere decir, en cuanto a que el autor organizó su libertad incorrectamente y que lo determinante sigue siendo la vigencia de la norma, explica que un comportamiento comunica su posición “en la medida en que la persona domina o puede dominar su comportamiento”. Entonces, a quien actúa de determinado modo y conoce, o al menos puede conocer, los elementos de su comportamiento, se le imputa que con su conducta comunicó que, teniendo la posibilidad, “en ese momento no le importó la evitación predominantemente”. A esto lo llama responsabilidad por la propia motivación⁴⁷.

Así es como surge el concepto normativo de dominio de decisión que hace al control material del hecho en lo que atañe a la evitabilidad, sin que se trate de un asunto de naturaleza fáctica. Si bien no hay una definición expresa, ésta se deja

(42) JAKOBS, G. “Derecho Penal...”, cit., p. 741.

(43) Ibidem, p. 742.

(44) Considera que es más correcto, en lugar de una “decisión común del hecho”, en el sentido de un acuerdo siempre recíproco, conformarse con una “decisión de ajustarse”; Eventualmente, si se ve reducido el dominio de decisión, compensa la fundamentación “a través de la configuración o al menos configuración conjunta”; JAKOBS, G. Ibidem, pp. 745-751.

(45) JAKOBS, G. Ibidem, p. 763.

(46) “Al igual que el autor se puede servir de instrumentos mecánicos, también puede emplear otras personas como instrumentos suyos. No se trata de la utilización de éstas como objetos inertes (el autor empuja violentamente a un transeúnte sobre la luna de un escaparate, que queda destruida; supuesto de comisión por uno mismo), sino del empleo de acciones de otras personas”, Este conserva la condición de autor “por lo general mediante dominio de la acción, y casi siempre también mediante dominio de la configuración”, JAKOBS, G. Ibidem, p. 764.

(47) JAKOBS, G. Ibidem, p. 13.

entrevé de los razonamientos con los que Jakobs ha desarrollado la coautoría y la autoría mediata, como casos en los que existe más de un interviniente en el suceso, o porque un comportamiento humano no significa únicamente un suceso que surte efecto en el mundo exterior, sino el poder de dominio por parte del sujeto.

En síntesis, dominio de la decisión puede definirse como la capacidad normativa que el sujeto imputable dispone (al menos en forma predominante) para evitar materialmente el peligro del tipo previsto en una norma (porque depende de su posición de garante), mientras se mantiene en su propio ámbito de organización (pues si ya estuviera fuera, no tendría el deber). Quiere decir que la capacidad es considerada bajo un aspecto normativo, en función de la competencia concerniente, mientras que la evitación, controlada por este dominio, se evidencia en lo externo. El rol hace al control material, no por una cuestión naturalística propia, sino porque el rol domina la posibilidad de su realización fáctica.

III. Estado de la discusión

El dilema sobre quién debe cargar con las consecuencias lesivas de la acción defensiva permite analizar qué clase de acción constituye: si es atípica o típica pero justificada. Cada autor asigna una posición distinta al agresor y al agredido, según cómo interpretan la organización y arrogación de los ámbitos de responsabilidad, junto con el deber de incumbencia, respecto a sus conductas.

A. Posición de Jakobs

El destacado doctrinario considera al sujeto agredido como aquél a quien le incumbe el resultado lesivo de su acción defensiva, la cual es entendida como una conducta típica pero justificada.

Una agresión antijurídica actual y culpable habilita una legítima defensa⁴⁸. El ataque debe tratarse de un comportamiento que sea individualmente evitable, porque ésta es la única manera de reconocer un delito como comunicación defectuosa. En virtud del principio de responsabilidad, el agresor queda definido jurídicamente como responsable de un “comportamiento evitablemente (dolosa o imprudentemente) arriesgado de modo no permitido” y con la “imputabilidad como culpable”⁴⁹. Por su parte, la repulsión a la agresión es comprendida con el fin de proteger los bienes⁵⁰, como una acción que emerge de la esfera de organización del agredido y que debe llevarse a cabo utilizando el medio necesario disponible menos lesivo, es decir, respetando el límite dado por lo que se llama solidaridad mínima⁵¹.

(48) Se trata de presupuestos o requisitos objetivos y estructurales en el instituto.

(49) JAKOBS, G. “Derecho Penal...”, cit., p. 466.

(50) JAKOBS, G. *Ibidem*, p. 467.

(51) JAKOBS, G. *Ibidem*, pp. 472-476.

La agresión y la acción defensiva se ubican en los ámbitos de responsabilidad del agresor y el agredido, respectivamente. Si bien el agresor debe soportar la acción defensiva como un “coste” de la organización culpable de su ataque⁵², el daño causado ha sido organizado por el agredido y se evidencia que la lesión sufrida por el primero es producto de una heterolesión. Entonces, las conductas son estudiadas como independientes y atribuibles a personas físicas distintas, cada una actuando desde su propia esfera. Por un lado, el agresor es sujeto activo de la conducta dirigida al agredido y sujeto pasivo de la respuesta de aquél, por otro, el agredido es sujeto pasivo del ataque direccionado en su contra por el agresor y sujeto activo de la legítima defensa.

1, A favor

a) Permite instaurar límites (bienes del agresor y medio menos lesivo)

Que la acción entablada por el agredido deba considerarse típica pero justificada, es reconocer que aquél mismo ha organizado una conducta socialmente insoportable (típica) aunque tolerable en virtud de la consideración del contexto social en el que se halla (no antijurídica). De esta manera, se pueden instaurar los límites que tienen que ver con el bien que ha de ser dañado con la repulsión del ataque (que debe pertenecer al agresor) y con el medio a utilizar a dicho efecto (aquél disponible que genere la menor pérdida),

Jakobs sólo justifica el rechazo a la agresión “mediante la intervención en bienes del atacante, pero no de terceros no partícipes”, siendo que tampoco se puede perturbar la seguridad pública o el orden público⁵³. El agredido no podría defenderse de un disparo en su contra utilizando a un tercero como escudo, ni podría, como ejemplifica el autor, repeler un ataque cometiendo una infracción a la ley de armas. Al mismo tiempo, el defensor debe elegir entre los medios apropiados para la defensa “el que comporta la pérdida mínima para el agresor”⁵⁴. Así, a pesar de que no se exija la proporcionalidad en la afectación a los bienes, la defensa permitida “depende de la fortaleza de autor y víctima, de las perspectivas de resultado y de los medios defensivos disponibles, en cuyo empleo la defensa necesaria puede ser distinta a igualdad de agresión por lo demás”⁵⁵. Vale la referencia a una situación por él planteada: “Contra un ataque con los puños, el defensor que dispone de un cuchillo sólo está autorizado a emplear el arma para amenazar (en caso de que haya expectativa de éxito y no sean de temer la lucha cuerpo a cuerpo y la pérdida de la

(52) PALERMO, O. “Problemas de imputación objetiva...”, cit., p. 329.

(53) JAKOBS, G. “Derecho Penal...”, cit., p. 471.

(54) JAKOBS, G. Ibidem, p. 472.

(55) Ibidem.

posibilidad de defensa), pero contra un ataque con un arma de fuego quedará sólo la posibilidad de acuchillar inmediatamente”⁵⁶.

Adelantándome a lo que ulteriormente expondré, Palermo sostiene que la acción defensiva del agredido constituye el cumplimiento (llámese “en representación” o “por cuenta ajena”) del deber de evitación que le corresponde al agresor por su posición de garante y, en ese sentido, sólo reconoce tipicidad en casos de extralimitación de aquella tarea. Sin embargo, si la defensa fuera atípica como él entiende, no por inexistencia de riesgo o lesión, sino porque en su naturaleza u origen fuera imputable al agresor, la aptitud del agredido carecería de antemano de relevancia jurídica en su ámbito de responsabilidad, por lo que no debería estar limitado en los modos en que puede efectuar la repulsión del ataque. Ello habilita poder cargar contra cualquier bien (valorado socialmente y protegido por el ordenamiento) o el uso de medios lesivos en desmedro de otros disponibles de menor entidad.

La previsión de límites acota el uso de la defensa a los casos excepcionales, permitiendo una reacción de forma no proporcional y sin intervención de las autoridades oficiales. Si no se respetan, la conducta no se justifica.

2. *En contra*

a) Críticas sobre la naturaleza de la intervención del agredido

Dejando a salvo que la agresión antijurídica es una creación de peligro externalizada que ha superado los límites del riesgo permitido socialmente y que el agresor tiene un deber de salvamento con respecto al bien jurídico amenazado por su posición de garante, lo cierto es que este instituto tiene sentido en tanto el ataque es resistido por el agredido. Por ejemplo, si A agrede con una navaja a B para provocar su muerte, hay dos modos con los cuales ello se puede evitar: que lo haga A suspendiendo los cortes, o que lo haga B resistiendo a golpes con una silla, provocando finalmente la muerte del atacante, como recurso necesario para que deje de lastimarlo. A es quien debe impedir, una vez iniciada la agresión de la cual es competente, que se produzca el resultado aludido, sin embargo, es B el sujeto que lo realiza.

De conformidad con ello, la situación de necesidad creada es evitada materialmente por el agredido a pesar de que, por una cuestión de responsabilidad formal, el agresor haya tenido esta obligación. Así es como se generan críticas acerca de cuál sería la naturaleza de la intervención del agredido, según los modos de interpretar los razonamientos que pregona Jakobs sobre los deberes de injerencia.

En una posición minoritaria, Palermo sostiene a la evitación del agredido como una “tarea” en representación de la posición del agresor, por lo que el accionar

(56) JAKOBS, G. *Ibidem*, p. 473.

defensivo equivaldría, desde lo formal, al impedimento que debió hacer aquél como obligado. Al comportamiento del agredido lo considera desarrollado dentro del ámbito de responsabilidad del agresor y éste sería víctima de autolesión. Por otro costado, también desde este enfoque funcionalista, la mayoría reconoce que la evitación es concebida como un accionar normativamente independiente, cuya naturaleza no es el cumplimiento del deber correspondiente al agresor, aunque sí la permisión concedida por el ordenamiento jurídico al agredido. Con esta mirada que encabeza Jakobs, el comportamiento del agredido pertenece a su propio ámbito de responsabilidad y el agresor es víctima de heterolesión.

b) Implica entrar en el primer escalón de la teoría del delito (diferentes entidades de valor)

Siguiendo la conformación escalonada de la estructura del delito, la calificación de “no imputable”, a raíz de una conducta atípica, aparece como un privilegio en comparación con la calificación “justificado” de un comportamiento típico que esté permitido. La tipicidad es el primer eslabón para valorar jurídicamente una acción u omisión, por ello, la atipicidad significa una menor entidad de acuerdo a los parámetros que el derecho ha delimitado en función de su sociedad. Resulta claro, en cuanto a efectos, que es preferible y está mejor posicionada la conducta que de por sí no requiere ser analizada, que aquella que merece ser evaluada jurídicamente, al menos, a partir de la inicial categoría del modelo del delito⁵⁷.

B. Posición de Palermo

Este doctrinario define a la acción defensiva como una conducta atípica y atribuye las consecuencias al sujeto que llevó a cabo el comportamiento previo, es decir, la agresión ilegítima. Excluye a la tipicidad de la defensa por cómo razona la posición de garante del agresor e interpreta al accionar del agredido como adecuado socialmente, pese a la existencia de un riesgo o lesión.

Desde comienzo entiende que el ataque agresor se corresponde con una responsabilidad de igual arsenal teórico que la originada por injerencia: el agresor es tratado como un ciudadano libre facultado para configurar a elección su comportamiento, pero a la vez, es considerado responsable de sus consecuencias⁵⁸. El quebrantamiento de la norma que obliga a toda persona a no dañar a otra, genera en el agresor el deber de interrumpir la agresión o, si esto no es suficiente, el de ayudar al agredido para que deje de sufrir los efectos lesivos de la agresión⁵⁹.

(57) La perspectiva de lo que puede resultar más beneficioso, puede ser entendida en forma relativa. La “atipicidad” que propugna Palermo sobre la acción defensiva implica trasladar su relevancia jurídica en cabeza del agresor.

(58) PALERMO, O. “*La legítima defensa...*”, cit., p. 358.

(59) PALERMO, O. *Ibidem*, p. 256.

Por lo dicho, el ataque antijurídico conforma una “actuación a propio riesgo” que merece reconocer una “autolesión bajo el régimen de división de tareas” en la que un sujeto se lesiona a sí mismo a través de la “tarea” emprendida por un tercero. Este último no se arroga el ámbito de organización del agresor y así es como se descarta la heterolesión. Aunque el agredido conserva plenamente su capacidad de culpabilidad, “trabaja por cuenta del agresor”, de modo que las consecuencias jurídicas de su comportamiento se producen por una co-organización en la esfera del atacante⁶⁰.

Para este criterio, la acción defensiva es en verdad una participación impune por dos razones. Primero, en tanto el agredido se adapta, en un aspecto normativo, a la organización impuesta por el agresor, lo que equivale a una contribución que no tiene sentido delictivo, sino que constituye una aportación al cumplimiento de una obligación ajena. Segundo, porque si la autolesión resulta impune para el agresor, también debe serlo para el agredido⁶¹. A la sazón, por más que el agredido sea quien “cause” -en un sentido fáctico- el daño, se da un supuesto de “imputación a la víctima” (v.g. el agresor) que obsta que recaiga sobre aquél la imputación objetiva⁶².

La legítima defensa adopta un significado normativo vinculado al deber que tiene el agresor de retrotraer su comportamiento previo que amenaza con lesionar intereses jurídicos del agredido. La actualidad de la agresión pone en evidencia que la expectativa normativa que tiene toda persona de no ser dañada no se respetará. Por ello, lo específico de esta situación es que el agredido gestiona y cumple materialmente con esa obligación que pesa sobre el agresor, pero este último sigue siendo el garante de revocar su comportamiento lesivo⁶³.

(60) Por la posición de garante adquirida por el agresor, entiende que la evitación siempre implicará una autolesión: “o bien el agresor decide cumplir él mismo con su deber de retirar la agresión y, en consecuencia, la lesión que se causa a sí mismo en cumplimiento de esa obligación debe ser considerada como una autolesión de propia mano; o bien el agresor co-organiza el cumplimiento de su deber con el agredido y la lesión que este último le causa al agresor mediante la acción defensiva debe ser tratada normativamente como cooperación en una autolesión organizada en forma de división de tareas”, PALERMO, O. *Ibidem*, p. 367.

(61) PALERMO, O. *Ibidem*, p. 368.

(62) “El agresor, como la víctima de autolesión, es enteramente responsable de la situación de necesidad y sólo a él deben imputársele las lesiones que el agredido le ocasionó en legítima defensa. El agredido, como el tercero que materialmente causa la autolesión, no realiza tipo penal alguno, pues el comportamiento de la víctima (el agresor) excluye la imputación objetiva de su comportamiento”. PALERMO, O. “Problemas de imputación objetiva...” cit., p. 346.

(63) PALERMO, O. “*La legítima defensa...*”, cit., p. 359.

1. A favor

a) En determinados supuestos deviene inaplicable el instituto (y su previsión legal aparece como innecesaria)

A veces la agresión logra lesionar al agredido sin el alcance pretendido y/o a terceros⁶⁴, pero en determinados supuestos, tanto el sujeto que agrede como el agredido, quedarán exentos de ser responsables penalmente de sus comportamientos. Quien agrede, porque su conducta constituye una autolesión y puede que no afecte a terceros. Quien es agredido, porque su acción es normativamente neutra y está sustraída de la imputación objetiva, al estar comprendida en la esfera de organización del aquél otro. Entonces, aunque el agresor cargue con las consecuencias de su obrar previo y padezca la lesión como víctima, él mismo sería autor de su lesión y no el tercero agredido que se defendió.

Estos casos exponen como innecesaria la previsión legal de la legítima defensa. La acción defensiva es considerada, desde lo normativo, una conducta neutra comprendida en una cadena de efectos producidos por la agresión ilegítima, sin perjuicio de que -como se verá y en contra de lo que comparto- Palermo exige de esa calidad neutra al margen por el cual el agredido se haya extralimitado en el uso del medio racional empleado para emprender, en lugar del agresor, la evitación a la que aquél estaba obligado.

b) La atipicidad es una calificación de la defensa más favorable para el agredido (y se exponen contradicciones valorativas)

Teniendo presente que la atipicidad es una calificación más favorable que la justificación, Palermo apunta a “contradicciones valorativas” que reforzarían la imputación objetiva de la acción en legítima defensa al agresor. Un supuesto es cuando el conflicto se atribuye normativamente a la víctima, por ser ésta quien ha infringido sus deberes de autoprotección (por ejemplo, cuando un peatón cruza descuidadamente la calzada y es arrollado por un automovilista que circula dentro del ámbito del riesgo permitido) y otro es cuando aquélla está obligada a soportarlo, por ser el resultado de un infortunio (para quien ha perdido su cosecha de granos por una tormenta)⁶⁵.

Aunque ello no logra variar la ubicación sistemática del comportamiento del agredido, la posición de este autor demuestra que es fructífero cuestionar a Jakobs

(64) Por ejemplo, si un agresor hubiera querido dar muerte al agredido incendiando la casa donde éste se encuentra con su familia, pero sólo consigue lesionarlo levemente con quemaduras, ya que el agredido impidió el otro resultado dañándolo a golpes mientras aquél trababa el portón de salida.

(65) Por este motivo, sostiene que la diferencia entre los distintos supuestos señalados está en que el instituto versa en una “imputación objetiva en situaciones de contexto” y que sólo está justificado un tratamiento por separado a los fines didácticos o expositivos de la teoría; PALERMO, O. “La legítima defensa...”, cit., pp. 384-386.

el porqué de esta no imputación objetiva al agresor, como así también profundizar sobre los problemas sistemáticos⁶⁶. Consigue enriquecer el estudio de la legítima defensa y la responsabilidad del garante por un deber de injerencia, en conjunción con las acciones a propio riesgo.

2) *En contra*

a) *La legítima defensa no podría estar sujeta a límites normativos*

La legítima defensa no podría estar sujeta a límites normativos, ya que el argumento de esta postura significa imputar la lesión proveniente de la acción defensiva al agresor por su posición de garante. Si bien en este instituto no importa la proporcionalidad en la afectación (porque cuando la agresión no se puede repeler de otro modo, puede amparar hasta la muerte del agresor⁶⁷), cualquier bien que se afecte (sin importar su titularidad) o cualquier modalidad empleada para evitar el ataque, sería una cuestión penalmente irrelevante en tanto la acción defensiva sea catalogada como atípica. Aquí me remito a lo alegado en favor de la postura de Jakobs: una conducta atípica no será abordada por la teoría del delito, ya que queda fuera del campo del derecho penal ahondar y juzgar sobre ella. Puesto que la defensa queda englobada en el ámbito de competencia del atacante que ha dado inicio al curso lesivo, podría tratarse de una acción que lesione bienes del agresor o de otra persona, sin que se requiera medir la racionalidad de la extensión o intensidad del daño.

Es cierto que Palermo aborda esto último como el caso de exceso en la legítima defensa, en la que tipificaría la extralimitación del agredido de conformidad con los criterios normativos de atribución que ofrece la teoría de la imputación objetiva. De todos modos, no resulta razonable su propuesta. Ésta consiste en un reparto de cargas de responsabilidad de una misma conducta, entre el agresor y agredido. Implicaría poder dividir, como por tramos temporales, la autoría y efectos de la acción, según la intensidad o extensión en la utilización de un medio, en vez de que ello recaiga en igual sujeto: dentro de los límites, como una justificación, y fuera de aquéllos, como una atenuación. Al mismo tiempo, no tendría sentido que se imponga un límite si el supuesto accionar del agredido es neutro y consecuentemente atípico (irrelevante jurídicamente). Recordemos que la extralimitación deriva de una conducta impuesta al agredido y que es atribuida al agresor. Siendo así, ¿cómo puede el agredido excederse sobre la base de un comportamiento que no domina porque

(66) La idea de Palermo es que, por coherencia con los demás supuestos en donde las consecuencias se atribuyen normativamente a la víctima, las consecuencias de la legítima defensa no deberían ser atribuibles al agredido, porque es el agresor quien inicia el curso riesgoso que lo perjudica.

(67) JAKOBS, G. "*Derecho Penal...*", cit., p. 472.

le fue impuesto? En todo caso, el agresor tendría competencia de evitar aquel plus, dado que el margen excedido formaría parte de su autolesión⁶⁸.

Entiendo contradictorio que este autor exprese que “no es legítima una defensa crasamente desproporcionada frente a una agresión irrelevante” y que “el derecho a un mínimo de solidaridad integra la personalidad del agresor”⁶⁹. Sostiene a la acción defensiva como un “aporte normativamente neutro a la autolesión del propio agresor”⁷⁰ (sin relevancia jurídica por estar sustraída de la imputación objetiva, siendo así atípica) aunque reconoce cuándo ha de ser una conducta “legítima” o “excedida”, asignándole un valor o graduación. El agredido debe cumplir los límites de la regulación o el mínimo de solidaridad cuando interviene organizando su libertad de manera impuesta por el agresor. Además, sugiere que quedaría excluida la imputación objetiva del ataque que fuera insignificante, pero que, si dicha exclusión no ocurriera, “el agredido está obligado a un mínimo de consideración con el agresor”⁷¹.

Aquel mínimo de consideración que alude Palermo, brinda la pauta de que, por más que se lo tenga al agresor como responsable de la acción defensiva, es al agredido a quien se lo sujeta en su comportamiento con un baremo de medición desde el inicio. Su actuar no es puramente causal y está lejos de ser neutral normativamente o de ubicarse en el ámbito de organización del agresor por una organización impuesta. Más bien, el derecho le demanda al agredido un mayor o menor reparo, según la entidad del ataque. La defensa no es neutra ni impuesta, en todo caso, es provocada.

b) Análisis diferenciado sobre la conducta del agredido

El expositor hace un análisis diferenciado del aspecto “representación” y de “arrogación”, toda vez que insiste en que la representación del agredido no va de la mano con arrogarse la esfera de organización ajena⁷². Explica que el agredido se adapta a la organización que le ha impuesto el agresor y que la acción de salvamento de sus bienes no debe ser analizada en forma aislada, sino en conexión con el deber del agresor⁷³. Con todo, este razonamiento denota una vez más la compleja interpretación que realiza sobre la defensa.

(68) El margen de “exceso” se vincula a los límites que estén previstos en un ordenamiento jurídico.

(69) PALERMO, O. “*La legítima defensa...*”, cit., pp. 440-441.

(70) PALERMO, O. “*Problemas de imputación objetiva...*” cit., p. 344.

(71) PALERMO, O. “*La legítima defensa...*”, cit., pp. 440-441; PALERMO, O. “*Problemas de imputación objetiva...*” cit., p. 344.

(72) PALERMO, O. *Ibidem*, p. 361.

(73) PALERMO, O. *Ibidem*, p. 368.

Por un lado, limita la intervención del agredido a una referencia física dentro de la secuencia temporal del suceso, al tomarlo como “causante” del cumplimiento material de la obligación del agresor (trabajo por cuenta ajena) y que por eso no se arroga el círculo de organización de éste⁷⁴. Es decir, lo sindicó como un medio organizativo⁷⁵ y con ello podría afirmarse que sólo realiza aportaciones instrumentales. Por otro, reconoce en quien se defiende una persona enteramente responsable, porque sólo así podría cobrar significado normativo la legítima defensa como derecho que le ha sido reconocido⁷⁶.

Palermo anticipa que se lo puede criticar por diluir la personalidad del agredido, al mismo tiempo que su capacidad de culpabilidad dejaría de ser un presupuesto para la relevancia jurídica de su acción defensiva. Sin embargo, rechaza la idea de que el resultado lesivo causado por dicha acción sea considerado como un supuesto de autolesión en autoría mediata, toda vez que, para él, el agredido debe “conservar” formal y materialmente su personalidad durante la reacción. En ese orden, señala que definir al agredido como un medio organizativo del agresor no quiere decir que este último utilice al primero como un instrumento para dañarse a sí mismo⁷⁷.

Por otra parte, aunque se muestra de acuerdo con que el agredido mantiene su libertad de organización y su capacidad plena de culpabilidad en su intervención en el suceso, su fundamento de una “co-organización” se desdibuja cuando sostiene que al agredido se le ha impuesto la organización por parte del agresor y que con esa libertad debió actuar por cuenta ajena. Se expone la contradicción con la referencia de un “medio organizativo”. La “co-organización” alude a una organización a la par y “medio organizativo” a la tarea de una sola conducta proveniente del agresor (como si se tratara de una sola organización). Asimismo, no se define bien el carácter de la imposición al agredido, en tanto éste teóricamente mantiene su libertad de organización (si le imponen una acción ¿está organizando su libertad?).

También lleva a cuestionar el desdoblamiento que encierra el accionar de este sujeto que se defiende, puesto que la concepción indica que “cumple con el deber del agresor al mismo tiempo que ejerce su derecho subjetivo”⁷⁸. Entonces, está el cumplimiento de un deber que le es ajeno y el ejercicio de una facultad que le es propia. Con tal reconocimiento, un mismo sujeto actuaría, simultáneamente, con dos calidades o como dos personas distintas.

(74) PALERMO, O. *Ibidem*, p. 361.

(75) PALERMO, O. *Ibidem*, p. 363.

(76) “Así, pues, sólo un sujeto de Derecho puede reconocer en el otro esa condición y, para ello, es necesario que no sólo el agresor, sino también el agredido, tenga plena capacidad de culpabilidad.”, PALERMO, O. *Ibidem*, p. 361.

(77) PALERMO, O. *Ibidem*, pp. 365-366.

(78) PALERMO, O. *Ibidem*, p. 360.

c) *Si al agresor se lo reconoce como un ciudadano libre: ¿hasta qué punto se respeta esa libertad?*

En consonancia con lo precedente, teniendo en cuenta que al agresor se lo reconoce como un ciudadano libre que puede configurar su comportamiento, se da el siguiente interrogante: ¿hasta qué punto se respeta esa libertad? La crítica va dirigida al hecho de que Palermo dice reconocer esa libertad y más tarde entiende que el agredido actúa en su lugar, sin que dicho proceder haya sido elegido o decidido por el agresor.

El autor adelanta que esto puede cuestionarse, dado que el agresor no tendría voluntad de ser “representado” por el agredido o, dicho en otros términos, el agresor no quiere al agredido como “trabajador por cuenta suya”⁷⁹. No obstante, compara esta situación con otros supuestos de representación en que es indiferente la voluntad del representado o del trabajador por cuenta ajena⁸⁰. Recurre llamativamente a una explicación que parte de una perspectiva fenomenológica: expresa que el agresor actúa, desde un punto de vista material, con una voluntad irracional de individuo, y de inmediato profundiza que debe tomarse la voluntad de aquél de ser representado como persona socialmente construida (en el sentido de ser un ciudadano fiel a las normas), siendo ello una construcción normativa⁸¹.

Entonces, así como al agredido se le impone la organización de su libertad, vemos que al agresor se le impone ser representado por el agredido. Luego, entender que el agredido representa al agresor para cumplir su obligación de evitar, implica una organización que fácticamente perjudica a este último (pues sale lesionado), pero que formalmente lo beneficia (cumple su deber de salvamento).

IV. Toma de posición

Evidentemente, Palermo ha elaborado buenos argumentos en aras de reformular las interpretaciones de los postulados principales de Jakobs. Empero, ha dejado en el camino otros razonamientos que merecen ser tenidos en cuenta, en función de un análisis integral de este funcionalismo radical. En tal sentido, si bien advierte debilidades o asuntos que requieren mejor respaldo en la posición que critica, su tesis no resulta suficiente para determinar que no estén dados los fundamentos para que la legítima defensa sea una causa de justificación.

(79) “Ciertamente, si se tiene en cuenta su voluntad real, el agresor, lejos de querer lesionarse a sí mismo, lo que quiere con su comportamiento es lesionar la esfera de libertad del agredido”, PALERMO, O. *Ibidem*, p. 364.

(80) “Los hijos menores de edad, por ejemplo, pueden no querer ser representados por sus padres, pero, aun así, cuando los padres disponen del patrimonio del menor, lo hacen expresando su voluntad, aunque esto no se compeadzca con la realidad fáctica de la situación”, *Ibidem*.

(81) Explica que hay que sacar al agresor de su irracionalidad y volverlo a situar en la sociedad real. *Ibidem*.

Además de las deficiencias expuestas sobre su postura⁸², la discusión necesita recurrir a otros criterios y a la ayuda de trabajos de autores enmarcados en este paradigma.

A. La lesión de la acción defensiva no es imputable al agresor

El dominio de decisión aparece como factor normativo que serviría para explicar a qué ámbito de organización pertenece una conducta. Como se explicó al principio, quien tiene la posición de garante, tiene la capacidad normativa para controlar el suceso y, en consecuencia, evitarlo materialmente. Lo imputable es haber tenido esa posibilidad de evitar, pues se trata de haber conocido (dolo) o al menos haber conocido (imprudencia), los elementos de su comportamiento.

Así, pues, según *Claudia López Díaz*, para que cierto comportamiento sea imputable a la víctima y no al tercero, deberían reunirse como requisitos: a) que la víctima tenga bajo su control la decisión sobre el sí y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa; b) que la víctima sea un sujeto responsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo, y que, además, el peligro sea conocido o cognoscible; y c) que el tercero no tenga una especial situación de protección frente al bien jurídico (esto es, que no tenga una posición de garante con respecto a la persona que se pone a sí misma en peligro)⁸³. Desde el plano de la víctima, aquí interesan los dos primeros.

La autora señala “aunque fácticamente el tercero actúe con posterioridad a la víctima, ésta tiene el dominio de la decisión, cuando después de la intervención del tercero está dentro de la órbita de su incumbencia (de la víctima) evitar el resultado y tiene la capacidad de hacerlo”⁸⁴. Aquél “sí” y “cómo” del control sobre un daño no queda sujeto a quién haya actuado en último lugar, sino en esta otra clase de control que repercute en la sucesión natural del hecho. Para una mejor comprensión propone el siguiente ejemplo: si dos personas, A y B, se ponen de acuerdo para ocasionarse la muerte quedándose encerradas en un vehículo con escape de gas y los vidrios cerrados, por más que A hubiera dado entrada al letal tóxico, B mantuvo un dominio de decisión al permanecer dentro. Dicho dominio continúa vigente hasta el final, pues puede evitar autolesionarse descendiendo del automóvil sin que la intervención de A lo limite⁸⁵.

Traspolado a la legítima defensa, se advierte que el agresor víctima no tiene bajo su control la decisión sobre el sí y el cómo del desarrollo de la creación del riesgo del cual resulta su lesión. Aquella capacidad de evitar el resultado lesivo dirigido

(82) Ver apartado “2) *En contra*” del desarrollo de la posición de Palermo.

(83) LÓPEZ DÍAZ, C. *Introducción...*, cit., p. 151.

(84) LÓPEZ DÍAZ, C. *Ibidem*, p. 155.

(85) LÓPEZ DÍAZ, C. *Ibidem*, p. 156.

en su contra, no tiene que ver con una posibilidad fáctica (porque es innegable que quien ejecuta algo fenomenológicamente puede omitirlo), sino con la incumbencia que puede revelarse con el concepto normativo de dominio de decisión. Éste hace al control que le falta al agresor, situado en su ámbito de competencia, una vez que irrumpen el agredido para defenderse. En lo que a ello atañe, hay que diferenciar las clases de riesgo que entran en juego.

Por un lado, está la agresión antijurídica que hace nacer la posición de garante del agresor y que le exige a éste evitar el resultado lesivo al que apunta (A tenía la obligación de evitar el resultado muerte en B, por el ataque que dirigió en su contra). El dominio de decisión que tiene versa en controlar su ataque, en su esfera de organización, pudiendo interrumpir o modificar su ejecución antes de que afecte el bien jurídico protegido (como ser, desviando la puñalada), o bien, revirtiendo la situación de necesidad que ya se encuentre creada (llevando al agredido al hospital para que sea curado). Por otro, si el agredido obra en su defensa, crea un nuevo riesgo que sólo él puede controlar y culmina formalmente la inicial situación de peligro junto al control correspondiente del agresor.

El agredido no está alcanzado por la obligación que en lo formal le compete al agresor, en tanto está inmerso en otra situación de riesgo, y tampoco actúa realizando un “trabajo por cuenta de” o una “tarea en representación”. El resultado dañoso final depende sólo de una acción defensiva que no es normativamente neutra. Por ello, tampoco puede hablarse de una co-organización controlada e impuesta por el agresor. Así y todo, es inevitable que, en la apariencia externa del comportamiento defensivo, controlado por el agredido, se dé igual efecto que si dicho agresor hubiera cumplido la obligación que el derecho le exigía por su posición de garante (evitación del daño a B). De allí las comprensibles confusiones acerca de su naturaleza dogmática y comunicativa.

Por otra parte, en lo que refiere al segundo requisito planteado, entiendo que este agresor-víctima es un sujeto responsable a quien el desencadenamiento de una acción defensiva le puede resultar conocido o cognoscible, en base a criterios de la experiencia común de la sociedad que, incluso, son los que motivan la regulación jurídica de la legítima defensa⁸⁶. Jakobs considera a la agresión que habilita la legítima defensa como antijurídica⁸⁷ y a la imputabilidad del agresor como culpable, por lo que aquél evidencia falta de motivación jurídica por un comportamiento que tiene que ser evitable⁸⁸. Siguiendo estas características, en forma consciente, genera una primera situación de peligro que incide como marco para que se origine la defensa.

(86) Si bien la norma le puede ser exigida, se está frente a la situación de un instituto tenido en cuenta por el derecho porque puede suceder en casos excepcionales. Por ello se verá que no es posible calcular la dimensión del riesgo y que no puede la acción defensiva serle atribuida como su conducta.

(87) JAKOBS, G. “*Derecho Penal...*”, cit., p. 457.

(88) JAKOBS, G. *Ibidem*, p. 465.

Pues bien, lo que no puede el agresor es calcular o dimensionar el riesgo proveniente de la acción defensiva. Al configurar su libertad organizando el ataque, no puede prever racionalmente la legítima defensa bajo un pronóstico objetivo, ya que versa en un instituto que de por sí es previsto legalmente frente a situaciones que son excepcionales. Es una cuestión vinculada al anterior postulado. Esta incapacidad en la víctima acompaña el no poder controlar el resultado lesivo que sufre, conduciéndonos nuevamente a la idea normativa de un dominio de decisión que escapa a su posición de garante y, en ese sentido, a su ámbito de organización. El peligro de agresión antijurídica abre paso a una reacción, pero cuando se da la defensa culmina la situación de necesidad de la cual el agresor era garante y encontramos la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado perteneciente al ámbito de competencia del agredido.

Manuel Cancio Meliá también ofrece pautas que permiten determinar que la lesión resultante del comportamiento del tercero que se defiende (agredido) no es imputable a la víctima (quien agredió antijurídicamente) y que la acción defensiva es un comportamiento típico. Cuando aborda la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima, aclara que ello no estriba en la configuración fenomenológica de las aportaciones de ejecución material y que “opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico (‘víctima’) emprende conjuntamente con otro (‘autor’) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico”⁸⁹.

Resulta fundamental analizar qué debe entenderse como la realización de una actividad conjunta, ya que una vez que se identifica, “el suceso debe ser imputado, en principio, al ámbito de responsabilidad de la víctima”⁹⁰. Para el autor, esto se debe a la libertad de organización que tiene cada sujeto: si es utilizada de modo arriesgado para sus propios bienes, como titular asume preferentemente los daños que puedan derivar. Lo contrario implicaría privarle dicha libertad e imponer a los demás –quienes no son titulares– un deber de tutela⁹¹.

El punto de partida es constatar una interacción entre autor y víctima. La organización conjunta “no puede ser fragmentada en aportaciones de mayor o menor rango en atención a su relevancia en la ejecución”, pues ello no modifica la calidad de todo el suceso⁹². Entonces, al soslayarse el concreto reparto material de las tareas, el expositor se posiciona en una perspectiva normativa en la que el factor dominante es la conducta realizada por un sujeto que es responsable⁹³. Una actuación es conjunta en tanto suceda dentro de un mismo ámbito de responsabilidad.

(89) CANCIO MELLÁ, M. “Conducta de la víctima e imputación objetiva”, *DONNA* (Dir.), *Revista de Derecho Penal, Eximentes de la responsabilidad penal I*, 2006/2, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, p. 61.

(90) CANCIO MELLÁ, M. *Ibidem*, p. 62.

(91) CANCIO MELLÁ, M. *Ibidem*, pp. 58-59.

(92) CANCIO MELLÁ, M. *Ibidem*, pp. 62-63.

(93) *Ibidem*.

Palermo cita a este autor para sostener, respecto al agresor y agredido, que “ambos emprenden conjuntamente una actividad peligrosa que culmina con una lesión de los bienes jurídicos de la víctima imputable a esta última”⁹⁴. A pesar de ello, la lectura que debe hacerse aquí es que existe, en vez de una actuación conjunta, la concurrencia de conductas que han creado riesgos distintos. Se han organizado comportamientos de modo independiente e importa tomar en cuenta, de nuevo, el dominio de decisión, ya que interesa el control normativo que se le reconoce a quien es competente, con relación a la generación de un daño y a la hora de configurar el mundo con libertad.

En resumen, advierto que la lesión resultante de la legítima defensa no deriva de una conducta que se emprenda *conjuntamente* por el agresor –víctima- y el agredido –autor. Sólo el agredido, al configurar su libertad, emprende en su círculo de responsabilidad la conducta que genera un riesgo no permitido que daña al agresor, por lo cual, es también el que posee el dominio de decisión en esa instancia⁹⁵.

De otro costado, existe un breve aporte doctrinario de *Fernando Córdoba* cuando se expide sobre el contenido comunicativo de los comportamientos típicos⁹⁶. Partiendo de la concepción de Jakobs, toma a la conducta individualmente evitable como aquélla que puede comunicar una postura con relación a la norma⁹⁷, realizando un abordaje vinculado al plano subjetivo en el cual es fundamental entender que “evitabilidad requiere previsibilidad”⁹⁸. Explica que conocimiento (forma calificada asociada al dolo) y previsibilidad (piso mínimo para la imputación jurídico-penal, con relación a la imprudencia) son las formas de evitabilidad. Que el sujeto, con sólo quererlo, ya está en condiciones de impedir un riesgo⁹⁹.

De este modo, si el dominio de decisión hace a la capacidad normativa de evitar que he venido desarrollando y que es propia del sujeto competente, resulta razonable

(94) “En la legítima defensa entre el agresor y el agredido existe esa organización conjunta que es un presupuesto para la imputación objetiva del suceso al agresor. En efecto, al arrogarse su ámbito de organización, el agresor ‘involucra’ normativamente al agredido en una organización conjunta arriesgada en la que el agresor está obligado a retirar el curso lesivo que ha iniciado.”, PALERMO, O. “*La legítima defensa...*”, cit., p. 380.

(95) Además, cuando Jakobs habla de organización conjunta, entra en el campo de la participación, donde intervinientes se dividen el trabajo para realizar una obra y refiere a una concertación previa que en este supuesto no aparecería. Cuando Palermo señala que hay una co-organización y una autolesión bajo el régimen de división de tareas, no se advierte una concertación previa entre el agresor y agredido. Pero a más de ello, ¿cuándo comenzaría la actividad conjunta de la que habla Palermo? ¿desde la agresión o desde la defensa?

(96) CÓRDOBA, F. “Dolo y evitabilidad individual”, *Pensar en derecho*, p. 216. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/dolo-y-evitabilidad-individual.pdf> [Enlace verificado el día 06/06/2019].

(97) *Ibidem*.

(98) CÓRDOBA, *Ibidem*, p. 220.

(99) *Ibidem*.

destacar a la previsibilidad como un elemento a valorar, conforme los conocimientos y capacidades intelectuales¹⁰⁰ del agente al momento de actuar. Esto nos conduce a reafirmar que el daño provocado por la acción defensiva sólo puede ser evitado por el agredido, toda vez que el agresor no tiene previsibilidad respecto a un riesgo jurídicamente desaprobado cuyo control le es ajeno, por pertenecer al agredido.

B. La acción defensiva no constituye la respuesta normativa de la agresión

Aprovecho aquí las propias palabras de Palermo: “en una situación de legítima defensa, sólo mediante la referencia a una norma es posible definir al atacante y al atacado en sus respectivas ‘posiciones jurídicas’ de agresor y agredido”¹⁰¹. Así, todavía se observa una respuesta favorable a categorizar la acción de defensa como típica pero justificada al entender cómo operan las relaciones de riesgo en virtud de las normas. Éstas desaprueban determinados riesgos según se ponga en peligro los bienes valorados por la sociedad y de allí que se generen expectativas de comportamiento, confiando en que los sujetos con capacidad de culpabilidad acataran tales regulaciones. La imputación de un resultado lesivo se corresponde con la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, pues, si es producto de un riesgo distinto, no puede serle atribuido al autor.

De acuerdo con ello, sirve reconocer concretamente que la lesión que provoca la acción defensiva no se condice con la expectativa quebrantada por el agresor, por lo que no le debe ser imputable a aquél. En palabras simples, por un lado está el deber que incumple el agresor al atacar la esfera ajena, basado en una relación negativa que sólo garantiza la expectativa de no dañar al agredido como un tercero, más no un daño propio¹⁰². Por otra parte, está la defensa del agredido cimentada en un permiso que excepcionalmente habilita, frente a determinadas circunstancias del contexto, que se invada esta esfera ajena (aquella del agresor) y se reaccione de “mano propia” (sustituyendo el accionar de las autoridades oficiales), mediante un “comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable sólo en consideración a su contexto”¹⁰³ (comportamiento que es en sí prohibido).

Lo antes dicho guarda total coherencia con lo expuesto por Jakobs al señalar que el agresor debe soportar los costes de haber defraudado una expectativa de comportamiento jurídicamente garantizada y que con la acción defensiva se protege al bien jurídico protegido y “nada más”. Es Palermo quien apunta a una supuesta

(100) Menciona la inteligencia, memoria, capacidad de combinación, velocidad de pensamiento, entre otras circunstancias internas y externas que pueden incidir sobre esas capacidades, tales como la falta de tiempo, estados de cansancio o excitación, etcétera; CÓRDOBA, F. “Dolo y evitabilidad...”, cit., p. 222.

(101) PALERMO, O. “*La legítima defensa...*”, cit., p. 435.

(102) Las relaciones negativas pueden configurarse como prohibiciones o como mandatos; JAKOBS, “*Teoría y praxis...*”, cit., p. 50.

(103) JAKOBS, G. “*Derecho Penal...*”, cit., p. 419.

contradicción sistemática al respecto, remarcando que de esta forma se trata a la defraudación de la expectativa normativa como si fuese cognitiva, lo cual implicaría tratar al agresor como un peligro y no como un sujeto responsable¹⁰⁴. Sin embargo, individualizando la obligación que pesa sobre el agresor y la autorización que recae en el agredido, lo cierto es que esta defraudación no es tratada cognitivamente como el crítico señala, sino en forma normativa a través de la sanción penal prevista por el quebranto del deber de no dañar al otro (como ocurriría, por ejemplo, con la pena que merecería el agresor, en caso de continuar vivo, por una lesión consumada o tentada). Igualmente, el reconocimiento del agresor como persona puede vislumbrarse en el principio de solidaridad, en tanto más allá de los límites la legítima defensa es inadmisibles.

No hay que tener a la conducta defensiva como la respuesta normativa que merece la defraudación de una expectativa también normativa, pues para eso, está la pena del deber infringido. Ello resulta conteste, incluso, con lo sostenido por Palermo en cuanto a que “el aspecto simbólico-comunicador no es el mismo en la pena que en la legítima defensa”¹⁰⁵. Como dice Jakobs: “La autorización para defenderse con arreglo a la medida de lo necesario para la protección del bien –y no en proporción a la gravedad delictiva del ataque- excluye la posibilidad de considerar a la legítima defensa como un castigo”¹⁰⁶. Si una agresión antijurídica da pie a una legítima defensa, el agresor la soporta tan sólo como un coste (deber de tolerancia), toda vez que corre por vía separada la sanción que, de poder ser aplicada, sí se ocupa de reafirmar la validez del ordenamiento jurídico. Es decir, la lesión que deriva de la acción defensiva no se encuentra atrapada en la responsabilidad del agresor por su posición de garante tras quebrantar éste una expectativa normativa.

Conforme lo explicado, está la norma que prevé una sanción para el agresor, cuyo fundamento está en haber violado un deber de organización. El resultado dañoso de la legítima defensa, en cambio, debe imputarse al agredido, puesto que aquél organiza el riesgo jurídicamente desaprobado en sí, sin perjuicio de la autorización que le confiere una norma permisiva, a raíz del peligro que corren sus bienes y de modo excepcional. Si se tuviera en cuenta la expectativa defraudada como fin, aparecería la pena como respuesta, y allí sí podría plantearse otra clase de inconsistencia, puesto que la pena debe ser proporcional y la legítima defensa no requiere serlo. Pensado de otra manera, si la legítima defensa fuese una pena, debiera ser proporcional o –como menciona el precursor funcionalista- no se entendería la exclusión de agresiones delictivas que el agredido advierte inidóneas¹⁰⁷.

(104) PALERMO, O. “*La legítima defensa...*”, cit., pp. 431-432.

(105) PALERMO, O. *Ibidem*, p. 357.

(106) JAKOBS, G. “*Derecho Penal...*”, cit., p. 467.

(107) En ese orden, tras indicar que en la legítima defensa se defiende el bien atacado “y nada más”, las palabras de Jakobs son de suma claridad: “Bien es verdad que si se tuviese en cuenta el ataque a la validez de la norma la legítima defensa ganaría en proporcionalidad, pero ello no es ne-

C. Tanto la atipicidad como la causa de justificación suponen una situación que debe ser justificada

José Milton Peralta ha hecho conocer su mirada respecto al “crecimiento de la capacidad del tipo de dar soluciones con la paralela reducción del ámbito de las causas de justificación”¹⁰⁸, revelando que la categoría de las causas de justificación, dentro de la teoría del delito, “se ha ido vaciando debido a que ciertos institutos, intuitivamente justificantes, ahora son comprendidos como excluyentes del tipo penal”¹⁰⁹. Considera que la razón de esta problemática está en cuestiones normativas y no en la estructura de las cosas¹¹⁰.

Asimismo, tuvo en cuenta que la tesis de Palermo¹¹¹ es una determinada manera de comprender a la legítima defensa como causal que excluye la tipicidad, ante una visión destinada a favorecer el libre desarrollo del individuo. Sin perjuicio de ello, y en consonancia con lo que expone sobre el consentimiento, razona que siempre estará presente una justificación, aunque sea en un sentido más débil. Entender que estos supuestos no constituyen una excepción a una situación normalmente injustificada, pero sí una razón para no considerar siquiera prohibida en general esa conducta, no impide que igualmente supongan “algo externo llamativo que permite preguntar *por qué* se realiza”¹¹².

Si bien el citado autor asume que se trata de una similitud estructural que no obstaculiza la diferencia normativa¹¹³, su perspectiva refuerza, a mi modo de ver, la importancia de mantener a la acción defensiva como un comportamiento típico. Las razones normativas del funcionalismo radical tendrían mayor aceptación con un mejor correlato en su apariencia externa. Esto interesa a los fines de cómo deberían ser percibidas las expectativas garantizadas por la sociedad, en función de los roles. Además, como infiere Peralta en una nota al pie, si la idea del riesgo permitido

cesario, dado que el Derecho no tiene por qué ceder ante el injusto imputable aun a costa de bienes importantes. Por lo demás, si se parte de la vigencia del ordenamiento jurídico, así como del carácter punitivo de la legítima defensa, no se puede entender la exclusión de la legítima defensa en agresiones constitutivas de grave delito, pero advertidas por el agredido como agresiones inidóneas”. JAKOBS, G. *Ibidem*, pp. 464, 467 y 474.

(108) PERALTA, J.M. *Motivos reprochables - Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Argentina, Marcial Pons, 2012, p. 206.

(109) PERALTA, J.M. *Ibidem*, p. 205.

(110) PERALTA, J.M. *Ibidem*, p. 206.

(111) Lo invoca en su nota al pie número 30. Allí explica que hay razones para suponer que algunas causas de justificación, como la legítima defensa, están íntimamente emparentadas con el consentimiento. Toma a Palermo como ejemplo de autor que ha dicho que “la lesión en legítima defensa no es un hecho típico pero justificado, sino ya un hecho completamente irrelevante desde el punto de vista penal”. *Ibidem*.

(112) *Ibidem*.

(113) *Ibidem*.

absorbe como hechos atípicos cuestiones que antes eran justificantes, se vuelve a generar la necesidad de distinguir los motivos que fundamentan la tipicidad de aquellas que la excluyen, sólo que ahora dentro del tipo penal¹¹⁴.

V. Conclusión

En el funcionalismo radical, Günther Jakobs presenta a la legítima defensa como una causa de justificación, considerando que la acción defensiva es típica pero no antijurídica. Omar Palermo, tomando sus razonamientos, lo critica y afirma que debió concluir que es una causa de atipicidad.

En este trabajo se distingue lo que es la “causalidad”, como criterio naturalístico, de la “incumbencia” del autor por la organización, como criterio normativo que hace a la obligación de responder. El distanciamiento que un agente puede tener con respecto a la realización del tipo, está sujeto a que su obrar no haya estado abarcado por la posición de garante. En ese caso, la imputación podrá estar ubicada en el ámbito de incumbencia de otra persona que creó una nueva relación de riesgo.

Frente a las dos posiciones expuestas, he desarrollado cuáles son los motivos que avalan sostener que la acción defensiva crea un riesgo típico y que su lesión no debe ser imputable objetivamente al ámbito de organización del agresor-víctima. En tal sentido, hay aspectos que merecen especial atención para sostener que los argumentos de Palermo son insuficientes para alterar la ubicación sistemática que Jakobs otorga a la legítima defensa. Entre ellos: el dominio de decisión, el deslinde de dos riesgos en un solo contexto, la previsibilidad (como piso mínimo que hace a la evitabilidad), que el daño generado por la defensa no se corresponde con el quebrantamiento efectuado por el agresor de una expectativa jurídicamente garantizada y la necesidad de recurrir a una justificación frente a todo hecho externo que sea llamativo.

Entonces, aunque es cierta la omisión del *deber de salvamento* del agresor pese a su incumbencia, el agredido crea otro riesgo por el cual se le atribuye el resultado dañoso. El agresor dejó de ser garante ante la reacción defensiva y toma lugar el *deber de tolerancia*. Corresponde imputar objetivamente al agredido la lesión que provoque la legítima defensa, excluyendo su punibilidad a partir de una justificación (sujeta a condiciones), mientras que en el agresor (si de la defensa no resultara su muerte) podría subsistir una responsabilidad penal por consumación de alguna otra lesión o a título de tentativa. Esto último por cuanto, en algunos supuestos, el agresor ya habría dado inicio a la ejecución de actos tendientes a producir un delito, cuya posibilidad de desistir y, consecuentemente, evitar, pierde por causas ajenas a su voluntad (la defensa del agredido).

(114) Lo señala en su nota al pie número 29. *Ibídem*.

La agresión ilegítima y la acción defensiva, deben ser valoradas jurídicamente en sus respectivas esferas de competencia. Lo único que hace el agresor con su ataque es generar el marco del cual procede la realización de una defensa como conducta típica.

VI. Bibliografía

CANCIO MELLÁ, Manuel. "Conducta de la víctima e imputación objetiva", en DONNA, Edgardo Alberto (Dir.) *Revista de Derecho Penal. Eximentes de la responsabilidad penal I*, 2006/2, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.

CÓRDOBA, Fernando. "Dolo y evitabilidad individual", *Pensar en derecho*, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/dolo-y-evitabilidad-individual.pdf>. [Enlace verificado el día 06/06/2019].

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a edición corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997.

- "El lado subjetivo del hecho", *Derecho Penal en la Red*, disponible en http://www.derechopenalenlared.com/libros/jakobs_el_lado_subjetivo_del_hecho.pdf. [Enlace verificado el día 21/06/2019].

- "El ocaso del dominio del hecho", Universidad Nacional del Litoral - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Comp.), *Conferencias sobre temas penales*, Rubinzal-Culzoni, 2000.

- *La imputación objetiva en derecho penal*, Argentina, Universidad Externado de Colombia, 1998.

- "Teoría y praxis de la injerencia", Universidad Nacional del Litoral - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Comp.), *Conferencias sobre temas penales*, Rubinzal-Culzoni, 2000.

LASCANO, Carlos Julio. "Tendencias actuales de la dogmática jurídico-penal", AROCE-NA Gustavo A. - BALCARCE, Fabián I. - CESANO, José D. (Dir.) *Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Hammurabi, 2013.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

PALERMO, Omar. *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

- "Problemas de imputación objetiva en el ámbito de la justificación penal", *Reflexiones sobre la Cuestión Criminal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos J. Lascano*, Córdoba, Lerner, 2011.

PERALTA, José Milton. *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Argentina, Marcial Pons, 2012.

LA ACTIVIDAD MINERA Y LOS PASIVOS AMBIENTALES*

MINING ACTIVITY AND ENVIRONMENTAL LIABILITIES

*Georgina Daroni***

SUMARIO: I. El basurero minero chileno en San Juan (Antecedentes del caso). II. Pasivos ambientales mineros: un problema de larga data. III. Pasivos ambientales (mineros): precisiones conceptuales. IV. Obligaciones ambientales del operador minero. IV.a. Residuos provenientes de la actividad minera: las medidas del fallo en torno a la escombrera. V. Atribución de responsabilidad: el operador como generador de residuos y como generador de PAM. VI. Reflexiones finales.

I. El basurero minero chileno en San Juan (Antecedentes del caso)

Un caso paradigmático de pasivo ambiental minero (PAM)^{***} es el basurero creado por una minera chilena instalada a pocos kilómetros de la frontera con Argentina, que creó una escombrera de material potencialmente contaminante en territorio sanjuanino, en el que arrojó unos 55 millones de toneladas de residuos peligrosos entre 2007 y 2012. Son casi más de 52 hectáreas. Las actuaciones se inician con la acción ordinaria entablada por la actora (Xstrata Pachón S.A) contra Minera Los Pelambres (MLP) ante el Juzgado Federal N° 1, Sala 1 Juan, Secretaría N° 1, por la que se ordena a ésta efectivizar el traslado al territorio chileno del material estéril o desecho de roca y otros desechos provenientes de la actividad de la demandada; restaurar ambientalmente el espacio que ha ocupado la escombrera en su territorio;

* Nota a fallo recibida el 15 de septiembre de 2020 y aprobada para su publicación el 12 de octubre del mismo año.

** Abogada. Notaria (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba). Magíster en Derecho y Medio Ambiente (Universidad Internacional de Andalucía). Maestrando en Derecho y Argumentación (Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Córdoba). Doctorando en Derecho (Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Córdoba). Profesor Auxiliar (cátedra "A" de Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental) Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Córdoba).

*** En adelante se emplearán las siglas PAM.

abonar un valor locativo por el tiempo que ocupó el mismo; y abonar todos los daños y perjuicios, en especial, por la apropiación indebida del agua pluvial de la heredad de la actora.

En dicho marco, el juez de primera instancia con fecha 13/03/2015 ordena una medida cautelar genérica de cierre o aislamiento provisional de la escombrera. Posteriormente en sede penal (exte. 6003/2015) el *a quo*, el 1/12/2017, aprueba el plan de retiro de la escombrera, ordenando una serie de medidas que la demandada debe cumplir, en un plazo de 5 años (en caso de ser necesario se dispondrá un plazo de un año de prórroga). En dicha resolución el judicante dispone como medidas, entre otras: un plan de monitoreo de aguas superficiales y subterráneas; la instalación de un canal de drenaje abierto; la instalación de un canal de óxido calizo; la elaboración de un plan de recomposición de las lagunas y, un plan de reimplantación selectiva de vegas que recomponga el ecosistema afectado, entre otras.

Las medidas indicadas inicialmente consignan el plan de trabajo y el cronograma de tareas inicial para proceder al cierre y aislamiento ambiental integral de la escombrera, asumiendo dichos costos MLP. Seguidamente, en 12/2017, se celebra un acuerdo, entre la Argentina y Chile por el que se comprometen ambos países a realizar y autorizar todos los actos necesarios para lograr el retiro de la escombrera.

Dicho acuerdo motivó el pedido, por parte de la demandada, del levantamiento de la medida cautelar de cierre o aislamiento de la escombrera bajo el argumento que el acuerdo celebrado entre Argentina y Chile para el retiro de la escombrera configura una solución definitiva y ambientalmente adecuada para la causa. Dicha solicitud es denegada por el *a quo* (el 9/08/2018), ordenando en consecuencia readecuar las medidas a las tareas ambientales que se están desarrollando en sede penal. El rechazo es lo que motivó la presente sentencia de la Cámara Federal de Mendoza (que en estas líneas se anota). La Cámara, acertadamente, mantiene la denegatoria del levantamiento de la medida cautelar atento que las medidas cautelares dispuestas en sede civil y penal, tienen distintas finalidades, de manera que ambas se complementan, a fin de hacer efectivo el derecho humano a un ambiente sano.

Si bien la sentencia en cuestión refiere a una serie de cuestiones jurídicas de relevancia para el derecho ambiental, entre ellas: las facultades ordenatorias del juez en el proceso ambiental; los principios de orden público ambiental; derecho humano al ambiente sano la importancia de la tutela cautelar y protectoria del ambiente; el ambiente como derecho humano básico. En este breve comentario nos referiremos, en particular, a la dimensión del problema que subyace a las medidas indicadas y adoptadas en el proceso: los pasivos ambientales mineros.

II. Pasivos ambientales mineros: un problema de larga data

El crecimiento y desarrollo de actividades extractiva -específicamente la actividad minera- ha generado y aún genera problemas socio-ambientales, uno de ellos y palpable por todos es la generación y disposición de residuos. “En el transcurso de

la larga trayectoria de la minería industrializada en América Latina se fueron acumulando pasivos mineros de dimensiones y volúmenes considerables. La mayoría de estos pasivos fueron abandonados por los propietarios u operadores mineros sin la adopción de medidas de seguridad minera o de protección ambiental ni control por parte de las autoridades competentes y pueden presentar o generar por lo tanto efectos adversos a la vida o salud de la población o al medio ambiente¹. Las principales ciudades mineras de Argentina -tal como ocurre en otros países- han visto la proliferación de PAM con alto riesgo para el ambiente y la salud pública.

La implementación efectiva de la tutela ambiental en la actividad minera, bajo el mandato preventivo, precautorio y conservatorio del ambiente y de los recursos naturales plantea la necesidad de identificar y gestionar instrumentos que permitan la remediación y rehabilitación de aquellos sitios que presentan una contaminación producto de la presencia de residuos derivados de la actividad minera. La proliferación de residuos provenientes de la actividad minera genera un potencial PAM si los mismos no están debidamente tratados y gestionados en la planificación de la actividad minera. Correlativamente, se sostiene que resulta de escasa efectividad limitarse a la remediación de los PAM, sin que se instituyan en forma complementaria, mecanismos preventivos en la generación de nuevos PAM.

Lo anterior requiere, por una parte, de marcos normativos específicos relativos a la gestión de los PAMs -para mitigar o remediar daños ambientales- y, por otro, de una regulación de cierre seguro de la actividad minera -para prevenir, mitigar y reparar los efectos nocivos al medio ambiente durante el desarrollo del ciclo minero- que indefectiblemente abarque la correcta disposición final de los residuos generados por la actividad, actuando, así como mecanismo preventivo en la generación de nuevos PAMs -específicamente acumulación de residuos-.

En ese contexto, los objetivos de este aporte serán, luego de la reconstrucción conceptual de PA, relevar y abordar desde un plano descriptivo el marco normativo de atribución de responsabilidad por PAM, justificando cómo la existencia de depósitos de residuos proveniente de la actividad minera sin las medidas de disposición y remediación son susceptibles de configurar un pasivo ambiental.

III. Pasivos ambientales (mineros): precisiones conceptuales

A los fines de determinar la relación entre los PA y la actividad minera debemos comenzar necesariamente con el abordaje de la definición del concepto de pasivo ambiental. La reconstrucción del concepto “pasivo ambiental” no es tarea sencilla, atento la confusión y falta de determinación del término. Es asociado a la idea de

(1) OBLASSER, Ángela - CHAPARRO, A. Eduardo. *Estudio comparativo de la gestión de los pasivos ambientales mineros en Bolivia, Chile, Perú y Estados Unidos*, CEPAL, División de Recursos Naturales e Infraestructura Santiago de Chile, mayo de 2008, p. 9.

externalidad², impacto ambiental³, daño ambiental, sitio contaminado⁴, deuda social-ambiental⁵, legado de contaminación histórica⁶.

A los fines del análisis delimitaremos un concepto operacional. Un PA refiere a la existencia de una obligación legal de asumir la remediación de impactos ambientales negativos no mitigados o por el riesgo de que un daño ambiental se configure; es producto de actividades desarrolladas en el pasado y/o en el presente -puede ser consecuencia de una contaminación histórica, pretérita o responder a una situación actual⁷-, que generan un efecto acumulativo y progresivo (con el transcurso del tiempo) y que representan un potencial riesgo para el medio ambiente, para la salud, vida de las personas, ante la existencia de un daño ambiental de incidencia colectivo o el riesgo que el mismo se materialice. De la existencia de un PA se deriva la necesidad de remediación, saneamiento, mitigación o compensación por encontrarnos ante áreas o sitios contaminados, en los que se superan los umbrales tolerables de contaminación (sea del agua superficial, subterránea, suelo, subsuelo, atmósfera, eliminación de residuos). Sitios en los que no se encuentran debidamente gestionados los posibles impactos negativos, por lo que se configura un potencial riesgo de daños para la salud, calidad de vida, propiedad (daños patrimoniales y extra patrimoniales producto de la situación de contaminación) y para los bienes y servicios ambientales.

Podemos asimilar un PA a un sitio contaminado como consecuencia de una actividad o conducta, realizada en el presente (actual) o que fue realizada en el pasado (pretérita), pero que -en uno u otro caso- puede afectar el ambiente de

(2) Los economistas hablan de los daños ambientales como externalidades, es decir, como lesiones al medioambiente producidas por un fracaso del mercado, que hace que no sea el responsable del daño el que pague la reparación o compensación, sino la sociedad en su conjunto, cfr. RUSSI, D. - MARTÍNEZ ALIER, J. "Los pasivos ambientales", en *Íconos*, pp. 123-131.

(3) Un **impacto ambiental** puede definirse como la alteración positiva o negativa de la calidad de una variable ambiental, es decir, realizada una acción o proyecto puede derivarse un cambio cualitativo, el cual puede ser positivo o negativo. En ese último caso, el impacto coincidiría con el concepto de daño ambiental.

(4) En México los pasivos ambientales se definen como: "aquellos sitios contaminados por la liberación de materiales o residuos peligrosos que no fueron remediados oportunamente para impedir la dispersión de contaminantes, pero que implican una obligación de remediación. En esta definición se incluye la contaminación generada por una emergencia" (Definición Mostrada Por el Gobierno Mexicano en la "Reunión Conjunta de las Comisiones de Energía y Minas y Medio Ambiente y Turismo del Parlamento Latinoamericano" -Brasilia 2008-.

(5) Son éxitos de traslación de los costos a la sociedad que permiten a las empresas ser competitivas, cfr. MARTÍNEZ ALIER - O'CONNOR, "Ecological and economic distribution conflicts", 1996.

(6) Un pasivo ambiental responde a un legado de contaminación histórica. Cfr. MORALES LAMBERTI, Alicia. *Gestión y remediación de Pasivos Ambientales*, Alveroni, Córdoba, p. 10

(7) "Se reclama por la reparación de los daños y perjuicios, pasados, presentes y futuros, que la contaminación del predio causa a COFRUVA S.A." Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial Neuquén, Sala II, COFRUVA S. A. C/ Y.P.F. S. A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO", sentencia de fecha 1 de febrero de 2007.

manera adversa, lo que conlleva la obligación de incurrir en costos tendientes a la remediación de ese sitio.

De lo expuesto y a los fines de caracterizar un PA, enunciaremos los siguientes elementos: a) supone una obligación legal de pagar una suma de dinero o incurrir en un gasto (costo) derivado de asumir la remediación de impactos ambientales no mitigados⁸; b) es un sitio que no se encuentra remediado; c) implica un conjunto de impactos negativos perjudiciales para el medio ambiente, la salud, calidad o vida digna, ocasionados por determinadas obras, actividades o conductas, existentes en un determinado período de tiempo⁹ (lo que refuerza la idea de la temporalidad, ya sea presente o pasada¹⁰; d) configura un riesgo potencial y permanente susceptible de configurar un daño ambiental colectivo, afectando bienes y servicios ambientales y derechos individuales (patrimoniales o extrapatrimoniales) como daño rebote, indirecto; e) su existencia implica una “interferencia en el disfrute de un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, que puede tener repercusiones negativas, tanto directas como indirectas, en el disfrute efectivo de todos otros derechos humanos”¹¹; f) esta situación fáctica actual idónea para producir un daño futuro o un riesgo potencial implica un deterioro progresivo en el tiempo: el efecto proyectivo, acumulativo y sinérgico¹² es ínsito a la generación, acumulación y/o abandono sin las correctas medidas de cierre y mitigación de un PA. g) La situación fáctica de la existencia de un PA conlleva una exposición permanente a una situación de riesgo, que continúa en el tiempo hasta tanto el sitio no sea saneado y remediado: la exis-

(8) Se lo define como el conjunto de daños realizados o gastos compensatorios que la empresa transfiere a lo largo de su historia. Cfr. MORALES LAMBERTTI, Alicia. *Gestación y remediación de Pasivos Ambientales*, Alveroni, Córdoba, p. 6.

(9) Conforme artículo 46 del Reglamento General de Gestión Ambiental de Bolivia -Reglamentación de la Ley N° 1333 del Medio Ambiente-: Para efecto del presente Reglamento se entiende por pasivo ambiental: a) el conjunto de impactos negativos perjudiciales para la salud y/o el medio ambiente, ocasionados por determinadas obras y actividades existentes en un determinado período de tiempo; b) los problemas ambientales en general no solucionados por determinadas obras o actividades.

(10) “Daño ambiental derivado de la contaminación pasada y/o presente del complejo industrial YPF sito en Ensenada y Berisso”. Cfr. Sala Tercera de esta Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, 12 días del mes de julio del año dos mil doce, expediente 18.159 caratulado: “M., A. S. y otro c/ Y.P.F. S.A. s/cese de daño ambiental-daños y perjuicios”.

(11) Naciones Unidas, Asamblea General: Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 24 de marzo de 2017, 34/20. Los derechos humanos y el medio ambiente A/HRC/RES/34/20.

(12) Comisión IDH: Informe n° 69/04, petición 504/03. Admisibilidad comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros (Perú), 15 de octubre de 2004: La grave contaminación ambiental ocasionada por la cancha de relaves mineros había generado una crisis de salud pública en la Comunidad de San Mateo de Huanchor y que cada día aumentaba el riesgo asociado a la exposición a los metales contenidos en los relaves (...) los efectos de la exposición de los relaves en el transcurso del tiempo se han prolongado y se agudizan al no recibir el tratamiento adecuado (...). El resaltado me pertenece, para hacer énfasis en el elemento temporal.

tencia del PA conlleva actualidad por sus propios efectos. h) Exigen la necesidad de remediación.

En lo que respecta a la definición de PAM adoptaremos la siguiente: “pasivo ambiental minero hace referencia a los impactos ambientales generados por las operaciones mineras abandonadas con o sin dueño u operador identificables y en donde no se hayan realizado un cierre de minas reglamentado y certificado por la autoridad correspondiente»¹³.

En ese sentido cabe clarificar que un PAM es un sitio contaminado que no se encuentra remediado y que el mismo puede responder a una causa pretérita o presente, al que se le tornan aplicables todos los elementos identificados para un PA in supra; asimismo, cabe precisar que el término “abandono” no implica necesariamente inactividad y/o desconocimiento del sujeto generador responsables -titular del derecho minero-, puede ser un explotación activa y que de igual manera configure un PAM, dado que el elemento clave es la existencia o probabilidad de riesgo. Incluso el término abandono refiere a la no adopción de las medidas de prevención, corrección y remediación necesarias para el sitio¹⁴ conforme los elementos y residuos allí existentes, como por ejemplo depósito de relave tal como un tranque abandonado sin un cierre apropiado, y que presenta una alta inestabilidad física de su pared de contención¹⁵. La aclaración se justifica dado que encontramos definiciones normativas que aluden a la necesidad del abandono -como por ejemplo el régimen peruano-¹⁶, requiriendo concesiones no vigentes o inactivas.

(13) YUPARI, Anida. “Informe preliminar Pasivos Ambientales Mineros en Sudamérica”, elaborado para la CEPAL y el Instituto Federal de Geociencias y Recursos Naturales BGR.

(14) En idéntico sentido “Existen importantes daños ambientales sin el debido saneamiento, originados en el pasado, pero que se encuentran dentro de concesiones activas, con la empresa titular u operadora responsable, presente en el lugar”. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Diana, - BURUCUA, Andrea. Pasivos ambientales e hidrocarburos en Argentina. Análisis de casos y marcos jurídicos para un debate urgente. Buenos Aires, El Jinete Insomne, 2015, p. 58.

(15) Para este ejemplo, el tranque sería clasificado como PAM, por presentar un riesgo significativo al causar daños al medio ambiente y consecuencias fatales o catastróficas en el caso de existir personas que habiten los alrededores. Cfr. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. “Pasivos mineros en Chile”, p. 3. URL: <https://www.bcn.cl/siit/actualidad-territorial-19-5-2015/pasivos-ambientales-minero-en-chile>.

(16) Ley N° 28271, modificada por la Ley N° 28526 y por el Decreto Legislativo N° 1042 (2008). Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera (Decreto Supremo N° 059-2005-EM) modificado por Decreto Supremo N° 003-2009-EM. En dichas disposiciones legislativas se determina que son considerados *pasivos ambientales mineros* aquellas instalaciones, efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos producidos por operaciones mineras, actualmente abandonadas o inactivas y que constituyen un riesgo permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad. Los *Pasivos ambientales mineros abandonados* son aquellos pasivos que se encontraban localizados fuera de una concesión vigente a la fecha de entrada en vigencia de la Ley. Y *Pasivos ambientales mineros inactivos* son aquellos que, a la fecha de vigencia de la Ley, se encontraban localizados en concesión vigente, en áreas, labores o instalaciones que estaban sin operar durante dos años o más.

En el caso comentado claramente el depósito de residuos se encontraba sin las medidas de gestión y disposición y acumulativamente se evidencia la intención de MLP de desprenderse de los residuos generados.

Se pueden distinguir los siguientes tipos de PAM: depósito de relaves, botadero de desmontes, depósito de escorias, pilas de lixiviación, labores subterráneas y tajos abiertos, a los que se asocian los siguientes riesgos: drenaje de aguas ácidas contaminadas, falla catastrófica, erosión, contaminación con sedimentos.

“Los sitios contaminados corresponden a sitios o áreas, de tamaño variable, en los cuales, por causa antrópica, conocida o no, se han vertido desechos sin adecuado resguardo. Algunos de estos sitios revisten riesgos potenciales o actuales para la salud humana o para los componentes ambientales que eventualmente entren en contacto con ellos. La inadecuada disposición de relaves, desmontes, manejo inapropiado para la disposición de efluentes peligrosos y materiales contaminantes de las operaciones mineras y la inestabilidad física de los depósitos de residuos generan riesgos para la salud y para subsistencia humana y son algunos de los factores que se analizan cuando se está caracterizando un PAM. En todo el mundo existen abundantes minas abandonadas que aún no ha sido caracterizadas, ni remediadas”¹⁷.

La minería abandonada tiene un amplio rango de impactos ambientales y socioeconómicos. Entre los impactos ambientales más frecuentes de las minas abandonadas están: paisajes físicamente alterados, pilas de desechos, subsidencia, combustión espontánea de desechos de carbón, contaminación del agua, edificios y plantas abandonados, pérdida de vegetación, pozos abiertos (*open shafts*), huecos.

A partir de las precisiones indicadas podemos subsumir y configurar la escombrera como un PAM, dado que claramente se evidencia la presencia de un sitio contaminado en ausencia de las medidas de gestión y mitigación que conlleva un riesgo potencial para el ambiente y salud de las personas, en torno al cual se evidencia la necesidad de adoptar las acciones técnicas y legales en pos de la restauración y monitoreo de la eficacia de las medidas ejecutadas y control ante la posibilidad de configurarse nuevos daños ambientales.

IV. Obligaciones ambientales del operador minero

La actividad minera debe procurar realizarse de manera tal que garantice la conservación y restauración del ambiente afectado por la misma. Siguiendo la clara regla hermenéutica integración de fuentes se interpele al concesionario minero a respetar y adecuar el desarrollo de la actividad (en cada fase) a la normativa de presupuestos mínimos de protección ambiental (LGA y normativa sectorial) y nor-

(17) ARANGO ARAMBURO, Marcela - OLAYA, Yris. “Problemática de los pasivos ambientales mineros en Colombia”, *Revista gestión y ambiente*, p. 128, Volumen 15 - No. 3, diciembre de 2012, Medellín, pp 125-133.

mativa complementaria local que en su consecuencia se dicte, como así también a las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos -y específicamente ambientales- de un modo coherente con todo el ordenamiento.

De esta manera, inexorablemente todo operador minero deberá ser congruente con los principios y normativa de orden público ambiental, que configuran un piso inderogable, irrenunciable, indisponible, imprescriptible, de aplicación obligatoria y directamente operativas. En dicho contexto las actividades deben prever y evitar la consecución de daños ambientales, siendo responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar. Surge tanto de nuestro marco legal como de la normativa chilena (Ley 19.300 sobre bases generales del medio ambiente)¹⁸ la obligación en cabeza del titular del derecho minero de cumplimentar el procedimiento técnico-administrativo de evaluación de impacto ambiental¹⁹⁻²⁰ (art. 262²¹ y ss. del Código Minero Argentino²²) de manera previa al inicio de la actividad; incluso nuestro sistema dispone un régimen agravado porque dicho procedimiento se debe cumplimentar para cada etapa o fase de la actividad minera.

El objeto del procedimiento de EIA es predecir, identificar, valorar, interpretar, corregir y mitigar las consecuencias y efectos ambientales que determinadas acciones o proyectos pueden causar sobre la calidad de vida de las personas y el ambiente en general (bienes y servicios ambientales). La finalidad es asegurar la identificación y previsión de los riesgos y peligros potenciales y reales de determinado proyecto para diseñar planes y medidas de monitoreo, prevención, mitigación, restauración y compensación de posibles daños ambientales.

(18) “Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley” (art. 8). Artículo 10: “Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes: (...) *Proyectos de desarrollo minero*, incluidos los de carbón, petróleo y gas, comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y *disposición de residuos y estériles*, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda (...)”.

(19) En adelante EIA.

(20) Art. 251 Código de Minería Argentino: Los responsables comprendidos en el artículo 248 deberán presentar ante la autoridad de aplicación, y antes del inicio de cualquier actividad especificada en el Artículo 249, un Informe de Impacto Ambiental.

(21) El informe de Impacto Ambiental debe incluir: a) La ubicación y descripción ambiental del área de influencia. b) La descripción del proyecto minero. c) Las eventuales modificaciones sobre suelo, agua, atmósfera, flora y fauna, relieve y ámbito sociocultural. d) Las medidas de prevención, mitigación, rehabilitación, restauración o recomposición del medio alterado, según correspondiere. e) Métodos utilizados.

(22) También se emplearán las siglas CMA.

IV. a. Residuos provenientes de la actividad minera: las medidas del fallo en torno a la escombrera

Claramente, uno de los ítems (obligación) a considerar en el desarrollo de la actividad minera será la generación y disposición de residuos, a los fines de determinar la magnitud, cantidad y medidas de disposición y remediación del sitio en que se coloquen los residuos provenientes de la actividad. Como fase integrativa de la vida de la actividad minera se debe consignar el cierre (total o parcial) y post-cierre, evitando el abandono (intempestivo o no) de las instalaciones y residuos. Nos podemos encontrar con una actividad minera activa con instalaciones y sitios que están abandonados y/o atravesando (en el supuesto óptimo) el debido proceso de cierre, porque justamente se debe planificar previendo qué hacer con los remanentes de la actividad.

El cierre es una fase más del ciclo de vida de la actividad y se revela como un mecanismo preventivo para evitar la generación de nuevos PAM, a los fines de que el área de influencia se encuentre remediada, minimizándose los impactos negativos. Por su parte, durante la etapa de post-cierre ya se habrán ejecutado las tareas de cierre planificadas en relación al desmantelamiento de la infraestructura y la rehabilitación del sitio. Además, durante la misma se implementan las tareas de monitoreo y mantenimiento, así como los programas y/o medidas de gestión social acordados, con el fin de permitir la continuidad y eficacia en el cumplimiento de los objetivos de cierre previstos.

El cierre es una fase más en el desarrollo de la planificación minera, fase que inexorablemente debe incluir la disposición final de los residuos y remediación del sitio. Existe en cabeza del operador minero la obligación de cerrar y rehabilitar el área de influencia de su actividad (tanto dentro como fuera del perímetro de su concesión). La finalidad de la implementación de esta etapa es una cuestión de atribución de costos, con el objeto de que el operador minero internalice (asuma) y contabilice los costos de la rehabilitación. La responsabilidad del operador subsiste durante las obligaciones de cierre y post-cierre, como un mecanismo de atribución de costos y de responsabilidad.

Es en esta línea que se inscribe el fallo analizado, es la empresa MLP quien debe asumir las medidas y los costos de tales medidas en torno a resolver el PAM que ha generado, por la incorrecta disposición de residuos en un sitio no autorizado (invadiendo territorio de la Provincia de San Juan). Las medidas indicadas a MLP de aislar o cerrar provisoriamente y su consecuente retiro se enmarcan en la necesidad de remediar un pasivo ambiental generado por una actividad minera activa que ha depositado sus residuos sin las medidas de seguridad y acondicionamientos necesarios para evitar un riesgo para el ambiente y salud de las personas.

La medida cautelar justamente tiende al cierre o aislamiento provisional de la escombrera que implica las siguientes acciones: disponer material fino compactado para minimizar las infiltraciones que pueden acidificarse al entrar en contacto con

el estéril acumulado; suavizar el talud; minimizar la infiltración por medio de la nivelación de superficie de la escombrera; minimizar la escorrentía; monitorear los efluentes en los puntos críticos; y si fuese necesario implementar un sistema de tratamiento activo. Medidas que coadyuvan y se complementan con la finalidad última: el plan de retiro de la escombrera. Es decir, procuran por un lado aislar y evitar que dicho PAM continúe siendo un factor de riesgo para el ambiente y salud de las personas, a través de medidas de mitigación y minimización de los efectos negativos, para finalmente con el retiro vislumbrar una posible solución ambiental y social del problema, con medidas progresivas, graduales que permitan, por un lado, la rehabilitación y remediación del sitio y por otro, a través de planes de monitoreo controlar y evitar la continuidad y agravamiento de los perjuicios. Va de suyo que en esta etapa de ejecución del retiro MLP cuenta con un plazo de cinco años, lo que evidencia las dificultades y riesgos que conlleva el plan de retiro de la escombrera, de allí que reina en dicho ejecución plena aplicación del principio de precaución, atento el posible peligro de daño que puede derivarse. Los planes de retiro y remediación de los sitios implican un trabajo de años, permaneciendo latente la amenaza de que se ocasionen y/o agraven los daños ambientales.

De allí que las acciones técnicas y legales, efectuadas por MLP, están destinadas a establecer medidas que se deben adoptar a fin de rehabilitar el área utilizada o perturbada por la incorrecta disposición de residuos para que ésta alcance características de ecosistema compatible con un ambiente saludable y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación paisajista. La rehabilitación se lleva a cabo mediante la ejecución de medidas que sean necesarias realizar antes, durante y después del cierre de operaciones.

La necesidad de contar con planes de cierre regulados se evidencia en que los abandonos y depósitos sin planificación ni controles adecuados y/o sin una debida consideración de sus consecuencias ambientales, sociales y económicas han generado la proliferación de sitios contaminados con la presencia de residuos y demás elementos altamente riesgosos para el ambiente y salud de las personas²³.

El cierre de una mina debe ser realizado de forma planificada desde la concepción del proyecto, considerando sus aspectos ambientales, sociales, culturales y económicos, entre otros, y brindando además amplia participación a los grupos de interés involucrados. El plan de cierre es un documento vivo que debe crecer junto con el desarrollo de la operación, desde el plan conceptual al inicio del proyecto hasta un plan detallado antes del fin de la operación²⁴.

(23) Ministerio de Producción y Trabajo Presidencia de la Nación - Dirección Nacional de Producción Minera Sustentable. Secretaría de Política Minera. "Guía de recursos de buenas prácticas para el cierre de minas", agosto 2019.

(24) Ibidem.

El retiro de la escombrera debe ser realizado de forma planificada desde la concepción del proyecto, considerando sus aspectos ambientales, sociales, culturales y económicos, entre otros, y brindando además amplia participación a los grupos de interés involucrados. haciendo hincapié en la necesidad de una auditoria final -debidamente fiscalizada por la autoridad de aplicación- en la que se certifique el cumplimiento íntegro de las medidas contenidas en el plan de cierre -o en el informe de impacto ambiental ya previsto en la normativa-. Corolario de lo anterior, no puede dejar de citarse que una cuestión imprescindible, es el ejercicio efectivo del poder de policía de la/s autoridad/es de aplicación, ya que sería de escasa efectividad la implementación de medidas de cierre si no son acompañados de una debida fiscalización.

V. Atribución de responsabilidad: el operador como generador de residuos y como generador de PAM

Las normas de responsabilidad asumen la función de instrumentos eficaces para que los costos de prevención, control y reparación ambiental sean imputados y asumidos (internalizados) por quienes los producen y no por el conjunto de la sociedad. Es decir, la esencia económica del derecho es que utiliza el sistema de responsabilidad para internalizar las externalidades.

“El derecho ambiental es redistributivo, en el sentido de que procura paliar el impacto económico, a través de la incorporación a los costos, de todas las externalidades que significan las medidas de prevención de la contaminación”. El daño ambiental colectivo puede generar costes a la sociedad en su conjunto, por lo que debería ser el autor del daño, no la colectividad, quien soportase dichos costes, razón de ser o fundamento que persigue el sistema de responsabilidad - principio de atribución de costes-. Como sostiene Jordano Fraga, “significa optar entre las diversas alternativas posibles de distribución de los costes de descontaminación (sociedad en su conjunto - contaminador directo), por la solución en que los costes se imputan al contaminador directo”.

En un principio la práctica frecuente (y persiste lamentablemente -en muchos casos- en la actualidad) era “que los costos ambientales no eran económicamente contabilizados o, incluso, muchas veces se asumían como costo cero. Esto en la práctica ha significado que los costos efectivos han sido con frecuencia subsidiados por los contribuyentes y los ciudadanos afectados”.

Nuestro sistema normativo establece a través del principio de responsabilidad la obligación de asunción de los costos de las acciones prevención y corrección en cabeza del generador, de los daños actuales o futuros.

El marco jurídico-normativo de atribución de responsabilidad por daño ambiental colectivo es la base o piso inicial de análisis para identificar y delimitar las reglas y principios que delinean la atribución de responsabilidad por pasivos ambientales.

Conforme el art. 28 de la LGA “el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable”. Se establece en nuestro sistema de responsabilidad ambiental (y civil) un factor de atribución objetivo, fundamentado en el riesgo (potencial) que ciertas actividades implican para el medio ambiente.

El CMA estipula en su art. 248 que “Las personas comprendidas en las actividades indicadas en el artículo 249 serán responsables de todo daño ambiental que se produzca por el incumplimiento de lo establecido en la presente Sección, ya sea que lo ocasionen en forma directa o por las personas que se encuentran bajo su dependencia o por parte de contratistas o subcontratistas, o que lo causa el riesgo o vicio de la cosa. El titular del derecho minero será solidariamente responsable, en los mismos casos, del daño que ocasionen las personas por él habilitadas para el ejercicio de tal derecho”.

En función de esa responsabilidad ambiental objetiva²⁵ el titular del derecho minero será responsable de los residuos que se generan como consecuencia del desarrollo de la actividad, incluso cuando tercerice la gestión de los mismo, en cuyo caso conforme las hipótesis que puedan suceder nos encontraremos ante responsables solidarios. Específicamente en lo que hace a residuos peligrosos deberá sujetarse a lo prescripto en la Ley 24051, que es la normativa directamente operativa y aplicable a la materia, en conjunción con la Ley 25612. En virtud de dichas legislaciones el operador de la actividad minera se configura como un generador de residuos peligrosos. De allí que el operador minero (generador) responde durante toda la vida y ciclo del residuo, es lo que en la doctrina se conoce “desde la cuna hasta la tumba”, por lo que el abandono o transferencia de los residuos no lo exime de responsabilidad, debiendo adoptar todas las medidas tendientes a la prevención, minimización y gestión de los residuos que genere. El problema ambiental más grave se plantea por los drenajes ácidos de roca y lixiviación de metales de las galerías subterráneas, minas a cielo abierto, las pilas de roca de estéril y áreas de tanques de relave. En este mandato se inscribe la responsabilidad de MLP, quien debió haber realizado una correcta gestión de los residuos.

“Los suelos que quedan tras una explotación minera contienen gran diversidad de materiales residuales -escombros estériles, entre otros- (...). El tipo de elementos

(25) Incluso hay que considera que la única causal de exención de responsabilidad es la prevista en el art. 29 de la Ley General del Ambiente (“La exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”). De manera congruente encontramos el art. 1757 del Código Civil y Comercial: Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

contaminantes, así como su concentración en el medio depende de múltiples factores (...). Así, cuando los residuos generados (escombreras, residuos de concentración o “colas”) no se disponen de forma adecuada sobre el terreno, las actividades mineras pueden generar importantes problemas de contaminación de suelos y aguas subterráneas. Por último, no debe dejarse de mencionar la posibilidad de depuración de lechos contaminados de cursos de agua y otros sistemas acuáticos, ya que la misma puede dar origen, paralelamente, a significativos aprovechamientos de metales pesados, comúnmente denominados como “minería urbana”. En consecuencia, también en este caso se hace necesaria la implementación de tecnologías de gestión de los sitios afectados, dando prioridad a las fuentes de contaminación más críticas y las situaciones que presenten mayor compromiso, a fin de controlar, disminuir o eliminar los contaminantes presentes en el medio reduciendo riesgos a la salud de la población”²⁶.

Correlativamente, es a partir de la obligación imperativa y constitucional de que *“el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer”* que se aborda la problemática de los PAM en torno a sitios contaminados con residuos y elementos remanentes de la actividad minera, tal como se evidencia en el caso analizado.

Específicamente en el CMA encontramos el art. 263 que prevé: *“Sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que establezcan las normas vigentes, todo el que causare daño actual o residual al patrimonio ambiental, estará obligado a mitigarlo, rehabilitarlo, restaurarlo o recomponerlo, según correspondiere”*. El término residual parecería hacer remisión al daño histórico, pasado, el “daño que va quedando”, en concreto a los pasivos ambientales.

No hay atisbo de duda alguna respecto a que el operador minero es quien debe cumplir con el plan de cierre, post cierre y la obligación de remediación del daño producido durante el ciclo de vida del proyecto minero. Sin embargo, no hay opiniones coincidentes respecto a esa suerte de retroactividad- daño residual- que podría estar aludiendo a PAMs. Sin embargo, la obligación de no contaminar siempre ha estado presente en nuestro ordenamiento más allá de la legislación sectorial específica posterior.

En nuestro sistema normativo, a través del Informe de Impacto Ambiental se determina la línea de base ambiental, precisándose los daños preexistentes con la finalidad de distinguir las responsabilidades. Respecto a la responsabilidad por los PAM, se suscita una mayor complejidad debido al vacío legal en la temática. En la responsabilidad por PAM se observa, la mayoría de las veces, una clara disociación entre quién es el generador del pasivo, es decir, el causante y quién asume la responsabilidad por la remediación del mismo. Siempre que sea posible y de

(26) Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva- Secretaría de Planeamiento y Políticas en Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva. *“Sector ambiente y cambio climático perfil de propuesta: sistemas de gestión de sitios contaminados”*, año 2013.

conformidad con el principio de responsabilidad debería ser el titular u operador que haya causado el riesgo quien sufrague los costos del saneamiento, situación que se evidencia en la atribución de responsabilidad a MLP que se materializa en una serie de medidas que debe ejecutar en torno a la escombrera (PAM) generado por su accionar.

En torno a la responsabilidad por PAM hay que considerar el riesgo o la incertidumbre (prevención-precaución²⁷) o certidumbre de su ocurrencia (daño ambiental). Desde la función de la responsabilidad preventiva, precautoria y reparatoria es necesario realizar la distinción entre PA contingentes y PA configurados, categorías conceptuales de origen contable, útiles para discernir el alcance de las obligaciones de prevenir, remediar o recomponer daños ambientales. Dicha distinción tiene razón de ser en una doble vertiente de análisis: por un lado, 1) *según su materialización o reconocimiento en el balance*, hablamos de PA contingentes en cuanto contablemente constituyen una obligación posible surgida a raíz de sucesos pasados, cuya existencia puede ser consecuencia, con cierto grado de incertidumbre, de un suceso futuro o no ser susceptible de cuantificación en un determinado momento²⁸. De allí que el que se asocia un valor estimado al PA conforme la probabilidad de ocurrencia determinada, nos movemos ante un cierto nivel de incertidumbre sobre la posibilidad que se asigne dicho costo a la empresa²⁹. En tanto que el PA es configurado cuando nos encontramos ante una obligación presente que genera un costo (salida de recursos) estimable y cierto para la empresa a los fines de afrontarlo. Por otro lado, 2) *según su configuración*, en dicho caso el PA configurado se asimila con el DAC, de allí que en las normativas³⁰ y la doctrina caractericen al PA como una especie o categoría de daño ambiental especial, que generará prioritariamente su recomposición, restauración o eventualmente su compensación³¹, está materializado (hay certeza del riesgo);

(27) En la sentencia analizada el Tribunal manifiesta: “Sentada la importancia de los bienes jurídicos afectados con la presente cautelar, cabe mencionar los principios de la política ambiental consagrados en la ley 25675, tales como el principio precautorio y preventivo, que el operador jurídico debe utilizar como criterios orientadores de sus decisiones”.

(28) Conforme NIC 37.

(29) “Se destacó que el pasivo emergente del estado que registraba el pozo MdT14 constituiría una deuda eventual o contingencia de YPF SA que se habría generado por hechos ocurridos con anterioridad al 31 de diciembre de 1990 en los términos del art. 1º, inc. 2º, del decreto 546/93”.

Cfr. Cámara Contencioso Administrativo Federal- Sala IV, 29266/2013 “TRIPETROL PETROLEUMSA-ANTRIM ARG-UTE-P.G.-INC MED- c/ YPF SA s/MEDIDA CAUTELAR (AUTONOMA)”, Buenos Aires, agosto de 2014.

(30) Ley N° 14343 - Ley de Regulación de Pasivos Ambientales de la Provincia de Buenos Aires- brinda una definición legal de pasivo ambiental “... se entenderá por pasivo ambiental al conjunto de los daños ambientales (...). Ley 10208 - Ley de Política Ambiental de la Provincia de Córdoba- que en su artículo 89 estipula que “se entiende por pasivo ambiental al conjunto de impactos ambientales negativos e irreversibles.

(31) MORALES LAMBERTI, Alicia. *Gestión y remediación de Pasivos Ambientales*, Alveroni, Córdoba, 2008, p. 8.

mientras que el PA contingente refiere al potencial riesgo (incertidumbre) de un daño se configure, la probabilidad de que un daño ocurra (en términos potenciales).

Dicha distinción tiene aplicación directa en el caso analizado, atento que podemos entrever dos cuestiones: por un lado, nos encontramos ante un pasivo ambiental configurado materializado en el daño ambiental colectivo que se evidencia por la situación de abandono y no adopción de las medidas de gestión y disposición de los residuos generados por la MLP, donde claramente la escombrera configura un PAM. Incluso los costos de las acciones de aislamiento, cierre y retiro son un gasto cierto, una obligación presente que genera un costo (salida de recursos) estimable y cierto. En dicho caso se encuentran plasmados los principios de prevención (riesgo cierto y conocido) y responsabilidad (asunción de los costos de las medidas por MLP).

Por otro lado, estamos ante un pasivo ambiental contingente, que se evidencia en el potencial peligro que implica el plan de retiro de la escombrera, con la probabilidad de ocurrencia de un nuevo daño ambiental colectivo e incluso ante la probabilidad de que se evidencia la necesidad de nuevas medidas que garanticen, luego del efectivo retiro, un nivel óptimo de remediación del sitio contaminado. Y es justamente en esta arista del análisis que encuentra total aplicación y operatividad el principio de precaución. En la sentencia se refiere: “(...) la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino fundamentalmente, a promover una solución enfocada en lo futuro, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan” (cfr. CSJN «Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad», 4/06/2019). Estamos ante posibles contingencias que pueden suscitarse de los planes y medidas que debe llevar a cabo MLP, ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles conforme la doctrina judicial de nuestra CSJN.

VI. Reflexiones finales

La Cámara Federal de Mendoza en el fallo analizado deja entrever el *paradigma ecocéntrico* que viene siendo afirmado por la CSJN en sus recientes causas (“Atual”, “Majul”, “Barrick Gold”), marcando una línea directriz al momento de resolver los conflictos ambientales.

En ese sentido, la propia Cámara indica que “esta temática implica un interés público relevante, que requiere de todos los ámbitos de actuación positiva por parte del Estado. La CSJN, en materia ambiental, ha dicho que (...) un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible, cambia sustancialmente el enfoque del problema, que no sólo debe atender a las pretensiones de las partes. La calificación del caso 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 fundamentalmente, a promover una solución enfocada en lo futuro, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan (cfr.

CSJN «Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad», 4/06/2019).

Bajo esa línea es que se torna palmaria que la regulación jurídica ha cambiado sustancialmente, nos encontramos ante un bien colectivo (el ambiente), indisponible, comunitario, en donde el paradigma ha mutado desde una visión antropocéntrica hacia un modelo eco-céntrico o sistémico (Fallos: 329:2316 y 340:1695) y en ese camino se direcciona la sentencia de la Cámara, que no duda en mantener una medida protectoria del ambiente, que complementa y resguarda el plan de retiro de la escombrera.

Los cambios sustanciales que estamos evidenciando no dudan en afirmar el principio in dubio pro natura “ante la duda, los conflictos han de ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales”³².

Esto último implica reconocer nuevas dimensiones de valor³³: “esos pasivos ambientales generan la responsabilidad de recomponer el daño ambiental y remediar los sitios contaminados (...) En estos casos el daño ambiental existe, el pasivo ambiental debe ser remediado (...). Pero ese daño ambiental no puede ser restringido en términos meramente patrimoniales o financieros, sino debe ser comprensivo también de la lesión de intereses más generales, de naturaleza eminentemente social, igualmente susceptibles de valoración y reparación”³⁴.

(32) CSJN, “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental”, sentencia de fecha 11 de julio de 2019.

(33) Es importante advertir que el reconocimiento de los valores intrínsecos, no niega ni altera los contenidos referidos a los derechos ciudadanos a un ambiente sano. Los dos abordajes de derechos sobre el ambiente son válidos, y es una buena cosa que se los mantuviera y se los articulara entre sí. Tan sólo es necesario tener presente que estos derechos clásicos a un ambiente sano tienen su foco en las personas: son derechos humanos, donde se cuida de la Naturaleza en tanto esto puede afectar a las personas, y no por los valores propios de ésta (GUDYNAS, Eduardo. “Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología Política” (2011). En La naturaleza con derechos. De la filosofía política. Abya Yala y Universidad Politécnica Salesiana. Quito, Ecuador, pág. 253.

(34) MORALES LAMBERTI, Alicia. “Remediación de pasivos ambientales de la minería de uranio: Deuda ecológica y social”, 2008, págs. 52-53. Pp.19-55. URL:

<http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/RFD/article/view/735>

SENTENCIA**Tribunal:** CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA BFMZ 13033/2014/1/4/CA5

Fecha: 24 de septiembre de 2019.

Autos: *“Inc. Apelación en autos Xstrata Pachón S.A. (hoy Pachón S.A.) c/Minera los Pelambres s/ civil y comercial varios”.*

Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA BFMZ 13033/2014/1/4/CA5

AUTOS: “INC.APELACION EN AUTOS XSTRATA PACHON S.A (HOY PACHON S.A) c/MINERA LOS PELAMBRES s/ CIVIL Y COMERCIAL- VARIOS”; venidos de Juzgado Federal de San Juan N° 1, a esta Sala “B”, en virtud del recurso apelación, interpuesto por la demandada, a fs. sub 164, contra el auto de fs. sub 137/142 y vta., que dispuso readecuar las medidas cautelares ambientales a las tareas llevadas a cabo en sede penal.

Y CONSIDERANDO:

1) Que, a fs. sub 164, la demandada deduce recurso de apelación contra la resolución de fs. sub 137/142 y vta. Expresa agravios, a fs. sub 166/186 y vta. Expone que la resolución recurrida se funda en un riesgo inexistente y conjetural sobre las consecuencias ambientales que provoca el retiro de la escombrera. Manifiesta que, el a quo desconoce arbitrariamente los efectos del Plan de Obras y el Acuerdo celebrado entre Argentina y Chile, para el retiro de la escombrera, ya que, esa decisión constituye una solución definitiva y ambientalmente adecuada para la causa. Expone que la resolución apelada genera un dispendio jurisdiccional y de recursos innecesario e injustificado, en perjuicio de la demandada, ya que, el a quo replica las medidas ordenadas en sede penal. Sostiene que, la resolución recurrida importa una superposición de medidas jurisdiccionales sobre el mismo objeto susceptible de generar pronunciamientos contradictorios. Expresa que la decisión de imponer las costas a la demandada resulta arbitraria en tanto debe imponerse a la actora y, en el peor de los casos, en el orden causado. Por último, solicita que se levante la medida cautelar, con costas a la actora.

2.) Que, corrido el respectivo traslado, la actora contesta, a fs. sub 182/190 y vta. y, por los motivos que allí expresa, a los que cabe hacer sucinta remisión, solícitase rechace el recurso de apelación, con expresa imposición de costas a la demandada.

3) Que, las presentes actuaciones se inician con la acción ordinaria entablada por la actora contra la Minera Los Pelambres, por la que pretende se ordene a ésta

a efectivizar: el traslado al territorio chileno del material estéril o desecho de roca y otros desechos provenientes de la actividad de la demandada; restaurar ambientalmente el espacio que ha ocupado la escombrera en su territorio; abonar un valor locativo por el tiempo que ocupó el mismo; y abonar todos los daños y perjuicios, en especial, por la apropiación indebida del agua pluvial de la heredad de la actora. Por su parte solicita medidas ambientales preventivas. Así, el a quo ordena, el 13/03/2015, una medida cautelar genérica de cierre o aislamiento provisional de la escombrera que implica las siguientes acciones: disponer material fino compactado para minimizar las infiltraciones que pueden acidificarse al entrar en contacto con el estéril acumulado; suavizar el talud; minimizar la infiltración por medio de la nivelación de superficie de la escombrera; minimizar la escorrentía; monitorear los efluentes en los puntos críticos; y si fuese necesario implementar un sistema de tratamiento activo. El magistrado fija una caución real de PESOS UN MILLÓN DE \$ 1.000.000. Que, en sede penal (exte. 6003/2015) el a quo, el 1/12/2017, aprueba el plan de retiro de la escombrera, ordenando una serie de medidas que la demandada debe cumplir, en un plazo de 5 años (en caso de ser necesario se dispondrá un plazo de un año de prórroga). El judicante dispone como medidas, entre otras: un plan de monitoreo de aguas superficiales y subterráneas; la instalación de un canal de drenaje abierto, la instalación de un canal de óxido calizo; la elaboración de un plan de recomposición de las lagunas y, un plan de reimplantación selectiva de vegas que recomponga el ecosistema afectado, entre otras. Que en 12/2017, se celebra un acuerdo, por canje de notas, entre la Argentina y Chile en relación al botadero Cerro Amarillo, por el que se comprometen ambos países a realizar y autorizar todos los actos necesarios para lograr el retiro de la escombrera.

4) Que, frente al pedido del levantamiento de la medida cautelar de cierre o aislamiento de la escombrera, como consecuencia de la aprobación del acuerdo referido supra, el a quo (el 9/08/2018) decide no hacer lugar a aquél, y en consecuencia dispone readecuar las medidas a las tareas ambientales que se están desarrollando en sede penal, por una cuestión de economía procesal. El magistrado tiene en cuenta el acuerdo mencionado y, que la aprobación del retiro de la escombrera no se encuentra firme. Que la aprobación del retiro quedó firme el 15/11/2018.

5) Que, a fs. sub 22/24, la representante de Fiscalía de Estado de la provincia de San Juan contesta el traslado, oponiéndose al levantamiento de la cautelar de aislamiento de la escombrera. Si bien reconoce que los trabajos de retiro de los residuos han comenzado a desarrollarse, sostiene que se debe maximizar la protección ambiental. Invoca la aplicación del principio precautorio, el cual busca proteger el ecosistema en general, y el principio de no regresión, a fin de no retroceder en los niveles de protección alcanzados en esta materia, por los posibles perjuicios irreversibles que se pueden generar con la actividad de la escombrera. Por su parte destaca que las medidas cautelares dispuestas en sede civil y penal, tienen distin-

tas finalidades, de manera que ambas se complementan, a fin de hacer efectivo el derecho humano a un ambiente sano.

6) Que, a fs. sub 116/124 y vta., la actora denuncia el agravamiento de la contaminación ambiental, por parte de la demandada (“las aguas de las lagunas cercanas a la escombrera indican que estas no cumplen con las normas ambientales argentinas sobre niveles de la calidad del agua, en lo que hace al pH mínimo...”), y el incumplimiento de sus obligaciones de prevención del daño ambiental.

7) Que, ingresando a resolver las cuestiones traídas a consideración de esta Alzada, me pronuncio por rechazar la apelación impetrada por la demandada, en mérito a las consideraciones de hecho y derecho que a continuación expongo. 7.1 Debe recordarse que la finalidad que tienen las medidas cautelares se circunscribe a “(...) evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita ante la posibilidad de que se dicte una sentencia favorable (...). Es decir que se trata de evitar la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten inoocuos los pronunciamientos que den término a los litigios” (NOVELLINO, Norberto; Citado en Medidas Cautelares y Procesos Urgentes- I, Digesto Practico La Ley, pág. 56; parágrafo 85; 1ª edición; Bs. As.; año 2001). ¬En este sentido “no constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente vinculadas con el reconocimiento de un derecho ulterior, cuyo resultado práctico aseguran preventivamente” (cfr. MORELLO, A. “Códigos (...)”, Ed. 1971, T.III, p.60, parág. C). 7.2 Respecto de la procedencia de las medidas cautelares, la misma está condicionada a que se acredite la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora; éste exige que la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que el peticionario espera de la sentencia por pronunciarse, no pueda en los hechos realizarse porque a raíz del transcurso del tiempo los efectos del fallo final resulten inoperantes. 7.3 Sentado lo anterior y evaluadas las constancias obrantes en la causa, se verifica que en el caso en estudio, se encuentra en crisis la decisión sobre medidas cautelares que tienen por fin inmediato proteger el medio ambiente, esto es, un derecho de tercera generación, es decir, un derecho público subjetivo que tiene como titular las generaciones presentes y futuras. Así, la esencia de orden público que acompaña al derecho ambiental por su directa vinculación con la salud de la población, con la calidad de vida y la dignidad de la persona humana, hace que sea necesario evitar el daño antes que repararlo (a veces de imposible reparación). Por ello esta temática implica un interés público relevante, que requiere de todos los ámbitos de actuación positiva por parte del Estado. La CSJN, en materia ambiental, ha dicho que “(...) un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible, cambia sustancialmente el enfoque del problema, que no sólo debe atender a las pretensiones de las partes. La calificación del caso 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 fundamentalmente, a promover una solución enfocada en lo futuro, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias

que de ella se derivan (cfr. CSJN «Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad», 4/06/2019). (...). Sentada la importancia de los bienes jurídicos afectados con la presente cautelar, cabe mencionar los principios de la política ambiental consagrados en la ley 25675, tales como el principio precautorio y preventivo, que el operador jurídico debe utilizar como criterios orientadores de sus decisiones. Así, el principio preventivo implica que, “(l)as causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”. Por su parte, el principio precautorio importa que, “(c)uando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medioambiente” (cfr. art. 4, Ley 25675). En este sentido la CSJN ha dicho que “(...) no puede dejar de señalarse que en el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la Ley General del Ambiente, la interpretación de la doctrina precedentemente enunciada debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el arto 4º de esa ley introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante (...) que deben entenderse las facultades que el art. 32 de la Ley General del Ambiente otorga a la autoridad judicial interviniente con el objeto de disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En igual sentido debe interpretarse el último párrafo de ese artículo en cuanto dispone que en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, que el juez también podrá disponer a petición de parte, aun sin audiencia de la parte contraria, prestándose debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse (...)” (cfr. CSJ 154/2013(49-C)/CS1 y CSJ 695/2013 (49-C)/CS1, en autos “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbrera Limited y otro/ sumarísimo”, sentencia de fecha 23/02/2016) (...). Cabe tener presente los objetivos que contempla la Ley General del Ambiente (ley 25675), a saber “(...) e) Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos; f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica; g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo; j) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental..”, objetivos plenamente aplicables para prevenir las consecuencias dañosas que la actividad de la escombrera Cerro Amarillo puede provocar en el medio ambiente ubicado en el terreno de la actora. Por su parte, el art 41 de la CN reza que, “(t)odos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen

el deber de preservarlo. Este camino protectorio orienta a la jurisprudencia», “la posibilidad de que se produzca el daño y la trascendencia que reviste el bien jurídico comprometido, requieren perentoria tutela cautelar”, “el rigor formal con el que el a quo ha resuelto la desestimación de la tutela preventiva no condice con el activismo con que deben actuar los jueces al atender cuestiones que, como las ambientales, obligan a una tutela jurisdiccional diferenciada”. (cfr. Cámara Única de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia de Neuquén, autos “Cooperativa de Vivienda y Consumo Nueva Esperanza de Junín de los Andes LDA y Otros c/ Mun. de Junín de los Andes S/ Inc. Apelación”, año 2017) (...).

Debo destacar que, en autos, la finalidad de la medida cautelar civil, esto es, aislar o cerrar provisoriamente la escombrera, es completamente distinta de la que persigue la medida adoptada en sede penal, esto es, el retiro de aquella. Es que ambas no se contraponen, por el contrario, son complementarias. En este sentido se ha pronunciado el Sr. Fiscal de Estado (ver fs. sub22/24), además de recomendar que se maximice la protección del medio ambiente. Es que, resulta razonable la decisión adoptada por el judicante de readecuar las medidas (no de “replicarlas”, como lo sostiene la demandada) de manera que, ante la falta de previsión, por parte de alguno de los magistrados (civil o penal), de alguna situación particular, pueda ser cubierta por las medidas que ha adoptado el otro.

Así, como anticipé, la protección del ambiente que pretende la actora por medio de la cautelar en crisis, encuentra fundamento constitucional (art. 41 CN) y legal (Ley General de Ambiente y CCYCN, en la función preventiva del daño). Por su parte, resulta preponderante el peligro en la demora en proteger estos bienes que, como mencioné, trascienden el mero interés de las partes comprometidas en la contienda. La actividad de la demandada puede generar graves daños, de difícil o imposible reparación, si se levanta la cautelar en crisis.^{7.4} En cuanto a la contracautela, estimo adecuada la fijada por el a quo, esto es PESOS UN MILLON (\$ 1.000.000).

Por lo expuesto, por unanimidad, SE RESUELVE: 1) RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto a fs. sub 164, contra la providencia de fs. sub137/142 y vta., 2) IMPONER las costas de esta Alzada a la recurrente vencida (Art.68, 2º parte del C.P.C.C.N.) 3º) DIFERIR la regulación de honorarios para su oportunidad. Protocólese. Notifíquese. Publíquese. Firmado: Dres. Alfredo Rafael Porras, Olga Pura Arrabal y Gustavo Castiñeira de Dios.

Sumario:

Palabras del Señor Decano de la Facultad de Derecho: La Facultad de Derecho y la pandemia. Virtualización de la enseñanza del Derecho: Un proceso complejo, paradójico y épico. Formación académica. Formación en posgrado. Actividades en investigación. Actividades de extensión y relaciones internacionales. Actividades para graduados.

Palabras del Señor Decano de la Facultad de Derecho. La Facultad de Derecho y la pandemia. Virtualización de la enseñanza del Derecho: Un proceso complejo, paradójico y épico

Ante la veloz expansión de la pandemia de Covid-19, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha calificado como “emergencia global sin precedentes”, nuestra querida Facultad de Derecho ha debido, de manera súbita y también impensada e inimaginada por sus autoridades, profesores, no docentes y estudiantes, readecuar su forma de enseñar, de educar, de administrar y de gestionar, para evitar la paralización de sus actividades, sin menoscabo de la excelencia académica. Fue necesario un gran esfuerzo de todos los miembros de la comunidad educativa para equilibrar los requerimientos del cuidado de la salud y de la vida, con los derechos estudiantiles, los derechos laborales de docentes y no docentes y la necesidad de preservar el nivel de calidad de la enseñanza que ha caracterizado a nuestra Casa de Altos Estudios a lo largo de sus 228 años de existencia y de los casi dos siglos previos durante los cuales la *Universitas Cordubensis Tucumanae* enseñó Derecho sin tener una Facultad específica para esa área del conocimiento.

Desde el mes de marzo a raíz de la emergencia sanitaria establecida por Ley N° 27541, lo dispuesto por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020 y 297/2020; la Resolución Rectoral N° 367/2020 y las Resoluciones Decanales N° 210/2020 y 232/2020, la Facultad debió vaciar sus aulas, pero no se resignó a dejar de cumplir su misión prioritaria de enseñar Derecho, para lo cual se potenció el trabajo con los entornos virtuales de enseñanza y aprendizaje, con variadas estrategias didácticas para continuar garantizando el derecho de enseñar y aprender.

*Reseña realizada por la Prof. Carla Saad.

El proceso de virtualización

Habiendo transcurrido ya un semestre desde que inició este proceso, de manera repentina y sin precedentes, estamos en condiciones de hacer unas primeras reflexiones sobre el camino transitado.

A partir del mes de marzo la Facultad puso en marcha diferentes acciones para trabajar con los profesores y equipos de cátedra a los fines de organizar la virtualización de las cuatro carreras que actualmente se dictan en la Facultad: Abogacía, Notariado, Profesorado en Ciencias Jurídicas y Tecnicatura Superior Universitaria en Asistencia e Investigación Penal, todas ellas diseñadas como carreras presenciales. Es significativo destacar que se trató de más de 121 cátedras, 60 espacios curriculares opcionales, alrededor de 950 docentes y de 14.000 alumnos.

El punto de partida para trabajar con la virtualización tuvo características diversas en cada una de las carreras que se dicta en la Facultad porque, mientras el Profesorado en Ciencias Jurídicas había nacido utilizando aulas virtuales muy completas y funcionales para el dictado de cada asignatura, lo que facilitó en gran medida la migración, no ocurría lo mismo con las otras carreras. Por su parte, la Tecnicatura Superior Universitaria en Investigación Penal también contaba con algunas aulas virtuales funcionando que igualmente facilitaron la tarea. En el caso de las carreras de Notariado y Abogacía -esta última la que cuenta con la mayor cantidad de alumnos y docentes- ya se había comenzado a utilizar en diversos grados e intensidad las aulas virtuales como complemento de la enseñanza presencial, pero aún existían muchas cátedras que no tenían ninguna experiencia utilizando este tipo de entornos.

No obstante ello, en todos los casos la calidad académica de las propuestas de enseñanza, la formación y trayectoria de cada Profesor y equipo de Cátedra y la predisposición inigualable de nuestros docentes hicieron que el proceso se pudiese poner en marcha, evitando así la pérdida del año.

Por supuesto que en un primer momento y frente a lo inesperado y súbito del cambio hubo cierta incertidumbre sobre cómo proceder, pero aquellas inquietudes y en algunos casos resistencias iniciales, se disiparon gracias a la vocación docente inquebrantable de nuestro cuerpo de profesores y al acompañamiento de los diferentes equipos de la Facultad que fueron trabajando codo a codo para llegar a buen puerto. Junto, claro está, a la buena disposición y adaptación para el trabajo remoto intenso por parte de los no docentes y al esfuerzo de nuestros estudiantes.

Principales decisiones

A los fines de aludir a las principales decisiones que se tomaron cabría destacar definiciones en diferentes órdenes:

Normativa respaldatoria

Como producto de consultas, reuniones y acuerdos entre diferentes Secretarías, Departamentos de Coordinación Docente y las Cátedras, se fue reglamentando gradual y progresivamente el proceso de virtualización, así como también las instancias de evaluación parciales y finales.

Definiciones académicas (enseñanza y evaluación de los aprendizajes)

En coherencia con las reglamentaciones que se definieron, se realizaron desde la Secretaría Académica, la Secretaría de Asuntos Estudiantiles y la Secretaría Administrativa, guías y orientaciones para acompañar a los docentes y estudiantes en este proceso de virtualización.

Con respecto a la evaluación, los exámenes parciales se sustanciaron a través del aula virtual.

Para la recepción de los exámenes finales, siguiendo la opinión mayoritaria de los profesores titulares de cátedra relevada mediante una consulta por escrito, la Facultad trabajó arduamente con miras a realizarlo de manera presencial con la modalidad escrita. En ese sentido, se tomaron las correspondientes medidas de bioseguridad en las instalaciones de la Facultad y se elaboró un protocolo que fue formalmente presentado ante el C.O.E. y que, según informó este organismo, reunía las condiciones adecuadas. Sin embargo, el avance de la pandemia y la evolución de la situación epidemiológica de la Provincia de Córdoba, no permitieron la habilitación de esos exámenes de manera presencial en los meses de agosto y septiembre de 2020.

Ante tal circunstancia se dispuso la recepción de dichos exámenes de manera virtual, como regla de modo oral y excepcionalmente escrito. Lo que requirió una ardua tarea de elaboración de instructivos y capacitación al personal docente y a los estudiantes, además de un esfuerzo de la Facultad, con el apoyo de la Universidad, para solucionar dificultades de conectividad de algunos docentes y alumnos.

Asesoramiento pedagógico-comunicacional

En el mes de marzo se consolidó y fortaleció el equipo pedagógico-comunicacional, a cargo de Secretaría Académica. Desde allí se brindó el apoyo técnico a los docentes de la Facultad para que virtualicen sus propuestas de enseñanza, sus recursos y formas de interacción con los estudiantes. Además, desde el equipo se brindaron numerosas instancias de capacitación y perfeccionamiento docente. Como parte de estas tareas, se concretaron asiduas reuniones virtuales con los diferentes equipos de Cátedra.

Aspectos administrativos

Desde lo administrativo los No docentes afianzaron aún más sus conocimientos sobre el manejo de GDE y Expedientes Electrónicos. Estos trámites y gestiones sin dudas favorecieron una mejor gestión en diferentes ámbitos.

Comunicación institucional

Durante todo el proceso resultó fundamental la comunicación institucional a través de los medios oficiales como correos electrónicos y la página web de la Facultad. A través de dichos medios se compartieron tutoriales y demás comunicados para facilitar la tarea de los docentes y estudiantes.

Difusión de las innovaciones

Convencidos de que lo que no se comparte se pierde, desde un Boletín de la Facultad "Derecho Innova" se comenzaron a difundir algunas de las experiencias de las Cátedras de la Facultad en este proceso. Se pretende dar continuidad a la difusión de estas experiencias en los próximos volúmenes del Boletín: <https://derecho.unc.edu.ar/derecho-innova/>

Los protagonistas de esta historia

Los Profesores de la Facultad asumieron la responsabilidad y el compromiso de trabajar al compás de las definiciones institucionales y, a partir de allí, implementaron diversas estrategias para llegar con sus clases a cada alumno, sorteando diversos escollos tales como la falta de conectividad.

Por su parte, cabe destacar la ardua y persistente tarea de los Profesores Titulares quienes coordinaron con dedicación y esmero el trabajo de las diferentes Cátedras. En ese sentido, cabe señalar que los roles de los profesores asumieron nuevos sentidos y funciones. Ya no solo se trató de seleccionar, organizar y presentar los contenidos a los estudiantes, sino que se diseñaron estrategias de enseñanza sumamente innovadoras para que la calidad de la enseñanza no se resienta en absoluto. Videoconferencias, manuales, videos grabados, artículos de investigación, apuntes de cátedra, casos prácticos, noticias periodísticas, aulas virtuales y un sinfín de estrategias de enseñanza y recursos didácticos se consolidaron como mediaciones potentes para promover aprendizajes.

Por su parte, los estudiantes también realizaron un inmenso esfuerzo para desarrollar al máximo su autonomía y compromiso con el estudio. En el mes de Julio implementamos una encuesta y los mismos estudiantes, si bien señalan dificultades y algunas limitaciones en el proceso de estudio en el marco de la virtualización, en

su mayoría manifiestan estar conformes con este proceso y con los esfuerzos de la Facultad por dar continuidad a la enseñanza aún en un panorama tan complejo.

Un proceso Complejo, Paradójico y Épico

A partir de lo que venimos señalando, podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que se trató de un proceso complejo, paradójico y hasta incluso épico.

La docencia universitaria es una tarea que asume una complejidad notable. En este caso, su complejidad habitual se vio potenciada por la cantidad de decisiones que hubo que tomar en la inmediatez, procurando siempre preservar el derecho a la educación y la calidad de la enseñanza y los aprendizajes. A su vez, los puntos de partida y posibilidades de cada cátedra, cada profesor y cada estudiante fueron muy diferentes y hubo que considerarlos para poder trabajar de una manera justa y equitativa.

Se trató sin dudas de un proceso paradójico. La paradoja consistió en que una Facultad que durante más de dos siglos había trabajado la enseñanza del Derecho de manera presencial, debió mutar en pocos días a la modalidad virtual y, con mayores o menores aciertos, pudo hacerlo. También en que docentes que conocían prácticamente de memoria cada rincón de nuestra Casa debieron reconocerse como docentes en los entornos virtuales que se utilizan para la enseñanza: el aula virtual, las clases a través de las videoconferencias, etc. Profesores que ya tenían sus formas de enseñar afianzadas debieron capacitarse para hacerlo de maneras completamente distintas, sin perder su esencia y los métodos necesarios para enseñar sus asignaturas.

Finalmente, aludimos a un proceso épico por tratarse de algo grandioso, extraordinario, heroico en alguna medida y de tremendas proporciones. Sin dudas estos calificativos hasta parecerían no alcanzar para aludir al movimiento que se generó en la Facultad por el hecho de tener que diseñar nuevas estrategias para enseñar y evaluar.

Ya no somos ni seremos los mismos

¿Cómo será el retorno a la presencialidad? Esta es una pregunta que suele circular en los ámbitos académicos. Ante ella, sin ánimos de anticiparnos con seguridad a un futuro aún incierto, hay algo de lo que estamos seguros y es del sífn de aprendizajes y experiencias que nos dejó este proceso de virtualización. Trabajo en equipo, innovación en la enseñanza, nuevas formas de comunicación y alternativas para la evaluación de los aprendizajes son algunos de los aprendizajes que nos llevamos de este proceso de virtualización.

Tuvimos la posibilidad de convertir un problema en el marco de una situación compleja y desafiante, en una oportunidad de aprendizaje institucional y didáctico. Como Facultad pudimos constatar cómo ante un panorama *a priori* complicado,

tomamos decisiones fundadas y reflexionamos una vez más acerca de la enseñanza en la universidad.

En el discurso que pronuncié al asumir el cargo de Decano, por primera vez en la historia elegido por voto directo de los claustros, dije: “No podemos seguir enseñando Derecho como hace un siglo. Es necesario actualizar la metodología”. Me había propuesto como uno de los ejes de gestión la innovación en la enseñanza, pero ni en mis sueños más audaces pude haber imaginado el salto cualitativo que se vería compelida a dar nuestra querida Facultad a causa de la pandemia porque, aunque sigo creyendo que el vínculo personal docente-alumno que se genera en el aula presencial es insustituible, el uso de las herramientas tecnológicas y la virtualidad como complemento necesario de la enseñanza presencial enriquece notablemente la tarea y optimiza los resultados, por lo que no dudo que han llegado para quedarse.

Prof. Dr. Guillermo E. Barrera Buteler

Decano

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 y tienen por objeto acompañar las trayectorias estudiantiles y fortalecer el asesoramiento pedagógico y comunicacional de los Profesores de la Facultad de Derecho durante todo el año académico, entre ellos se enumeran:

- * Proyecto de “Tutorías Individualizadas a Estudiantes”, Resolución Decanal 1044/2014.
- * Programa de Redacción Académica, Resolución Decanal 1475/2018.
- * Programa de Formación y Perfeccionamiento Docente, Resolución Decanal 1146/2018.
- * Seminario de Enseñanza de las Ciencias Jurídicas.

La Facultad cuenta como opción al grado de Abogacía, la carrera de *Profesorado en Ciencias Jurídicas* que tiene como objetivo preparar docentes formados pedagó-

gicamente en las ciencias jurídicas para desempeñarse en el sistema educativo y la *Tecnicatura Universitaria en Asistencia en Investigación Penal*, carrera que cuenta el aporte de profesores de la Casa.

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

A partir del aislamiento social preventivo y obligatorio generado por la pandemia y cumpliendo con las normativas dispuestas por las autoridades de nuestra Facultad de Derecho y de la Universidad Nacional de Córdoba, se realizaron migraciones de lo presencial a la virtualidad. Nuestra querida Facultad de Derecho durante más de dos siglos ha ido transitando el camino de la excelencia formativa y de allí siempre la primera en adaptarse a los cambios que la realidad impone. Ese tránsito a la virtualidad fue gracias al ingente y denodado esfuerzo generado por nuestras autoridades, el cuerpo académico y el administrativo quienes pusieron todo de sí para lograr los cambios necesarios para dar continuidad con esa actividad académica formativa de primer nivel. No fue fácil y requería inmediatez, la respuesta participativa fue inmediata y así nuestro posgrado hoy crece en la virtualidad. Nuevos cursos, jornadas, maestrías, diplomaturas, especializaciones, tesis doctorales y de maestría en línea; hoy se desarrollan desde lo virtual y se multiplican en la oferta y la producción que traspasa nuestra Córdoba a horizontes provinciales. El cambio no nos amilanó y surgieron convenios con distintos organismos, nuestros posgrados crecen fuertes. Si y es que desde lo intelectual decidimos enfrentarnos a la pandemia. Y aquí estamos incólumes, para que nuestros egresados crezcan en la excelencia.

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.

Forman parte de la agenda académica del año 2020:

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.

Coordinadora Académica: Prof. Dra. Esther Susana Borgarello

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 José 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. Ab. Héctor Villegas Ninci

Subdirector Prof. Dr. Maximiliano Rajjman

Diplomaturas, Seminarios y Cursos Posgrado

Diplomatura en Reformas Procesales.

Directores: de la Prof. Dra. Cristina González de la Vega y del Prof. Ab. Leonardo González Zamar.

Diplomatura en Trata de Personas. UNA NUEVA FORMA DE ESCLAVITUD EN EL SIGLO XXI.

Director: Prof. Dr. Ricardo del Barco.

Diplomatura en Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Abogada/o de NNyA.

Directores: Prof. Dra. Olga Orlandi, Prof. Ab. Fabián Faraoni.

Directora Ejecutiva Med. Amalia López (Defensora de NNyA de la Pcia. de Córdoba).

Diplomatura en Diplomacia Contemporánea.

Directora: Prof. Dra Graciela Salas

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.

También podemos citar entre otros cursos y seminarios a:

- Curso de Posgrado Gobierno, Liderazgo y Gestión Pública – 2º Edición

- Curso de Posgrado en “Comunicación Judicial” coorganizado con el Centro de Perfeccionamiento “Ricardo C. Núñez”, Poder Judicial de Córdoba.
- Seminario “Género, Derecho y Violencia” coorganizado con el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales - Conicet en el marco del Programa de Estudios e Investigación en Género y Derecho.
- Curso de Posgrado “Relaciones entre el Poder y el Derecho en la Historia Argentina”
- Seminario de Metodología de la Investigación Jurídica y Social.
- Cursos de Lecto-comprensión de Textos Jurídicos en Idioma Extranjero: Inglés, Portugués, Italiano, Latín y Francés.

Convenios de cooperación científico-académica

Para fortalecer la calidad académica desde esta Secretaría se han formalizado distintos convenios de cooperación científico - académico, entre los cuales destacamos:

- Convenios de Doble Titulación Doctoral con las Universidades de Boloña (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, 26) Asociación Argentina de Derecho Procesal, 27) Cámara Federal (superintendencia de la cuarta circunscripción judicial), entre otros.

A modo de epílogo

Esta breve reseña de la actividad de la Secretaría de Posgrado muestra a las claras que el paso de lo presencial a la virtualidad no nos atemorizó, ni menos aún nos desanimó, fue un desafío que lo transitamos con el afán de brindar la excelencia. Se superaron ampliamente nuestras expectativas, los inscriptos ansiosos por elevar su formación profesional respondieron rápidamente. Numerosos inscriptos en las nuevas ofertas, continuidad de aquellos que se iniciaron en la presencialidad, y hoy miramos con alegría tesis que se rinden desde la virtualidad. El alborozo nos invade al ver la respuesta inmediata de la comunidad universitaria, que traspasó las fronteras de nuestra Córdoba ya señera desde fines del siglo XVIII en formación intelectual.

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 e invita a contactarse para informarse de todas las actividades, eventos y apoyos científicos que ofrecen para estimular la investigación científica del Derecho.

En el mes de mayo de 2020 se finalizó la recepción electrónica de los informes contables y académicos. En total se recibieron 44 informes. De los cuales 22 son informes parciales de *proyectos Consolidar*, y 24 informes finales de las *líneas Formar y Estimular*. Actualmente todo lo receptado está en etapa de evaluación.

Durante los meses de mayo y junio las comisiones de admisibilidad evaluaron los 33 proyectos presentados (2 Consolidar, 7 Estimular y 24 Formar) en la Convocatoria 2020 de *Proyectos y Programas de Investigación y Desarrollo* subsidiados por la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba.

El día 3 de agosto se abrió la Convocatoria 2020 para las Becas Secyt (Becas de Iniciación de Maestría, Maestría, Doctorado, Finalización de Doctorado y Posdoctorales), la que estuvo abierta hasta el día 3 de septiembre. Se receptaron tres postulaciones: 1 (una) becas para Maestría, 2 (dos) beca Doctorales, las que se encuentran en etapa de evaluación. Asimismo, informamos que en la convocatoria 2019 se otorgó 1 (una) beca Doctoral.

Desde el día 3 de septiembre al 26 de octubre se recibieron postulaciones para la convocatoria 2020 a las Becas Estímulo a las Vocaciones Científicas para estudiantes avanzados de grado, otorgadas por el Consejo Interuniversitario Nacional (EVC-CIN). En esta experiencia de un año de duración los deben integrarse 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 dirección de un docente-investigador. La Beca EVC consiste en el otorgamiento de un estipendio mensual por un período de doce (12) meses, concebido como un apoyo para dedicarse durante doce horas semanales 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.

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 por teléfono: 0351-4332011, o por correo electrónico: scytec@derecho.unc.edu.ar. Mas info: 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:

Ciclos, Seminarios, Jornadas y Programas institucionales realizados a través de plataformas virtuales

Ciclo Institucional "Pensando desde el centro". Director: Esteban Llamosas.

- 1º Encuentro: Expositora María Pilar Llorens "Ciberespacio y Derecho Internacional".
- 2º Encuentro: Expositor Fidel Azarián "Trabajo y subjetivación política: luchas trans/travestis en Córdoba".
- 3º Encuentro: Expositora Cecilia Blanco "Asalarización y profesionalización. El difícil equilibrio entre la autonomía y la estabilidad".

Seminario - taller: Políticas Públicas de energías renovables y sustentabilidad. Directora: Marta Susana Juliá. Coordinadoras: María Laura Foradori – Natalia Conforti.

Seminario de posgrado: Género, Derecho y Violencia. Directora: Maríana Sánchez. En el marco del Programa de Estudios e Investigación en Género y Derecho (CIJS), en colaboración con la Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho.

Seminario Derecho Cooperativo. Una oportunidad global ante la pandemia. Director: Roberto Fermín Bertossi.

Jornadas sobre Democracia, Constitución y Derechos: presente y perspectivas. Directores: Andrés Rossetti – Magdalena Álvarez. Coordinador: Horacio Etchichury – Cecilia Ferniot.

Derecho, Democracia y Capitalismo. Director: Juan Iosa. Coordinador: Carlos Villanueva

Propuestas para combatir el cambio climático desde la tributación ambiental. Directora: Patricia Alderete. Coordinadores: Kevin Young y María de los Ángeles Morales.

II Workshop “Las relaciones intergubernamentales en el Federalismo Argentino”. Director: Marcelo Bernal. Coordinadora: Valeria Bizarro.

Taller virtual de lectura y debate: relectura de la autonomía en clave feminista. Directoras: María Julieta Cena – Mariana Villarreal.

Nuevas perspectivas en el Derecho Internacional Privado. Directora: Candela Villegas. Coordinadoras: Lucía Protti – Virginia Carletti.

Seminarios, Talleres y Cursos en desarrollo

II Seminario de Derecho Municipal: análisis comparativo de la jurisprudencia de las provincias de Buenos Aires, Mendoza y Santa Fe en materia de autonomía municipal. Directores: Norma Bonifacino y Guillermo Barrera Buteler. Coordinadores: Julio César Pereira y Emmanuel Nieto.

Diálogos sobre el libro Salud Mental y Derecho. Lecturas desde el feminismo. Directoras: Angélica Peñas Defagó - Marisa N. Fassi.

El amparo de salud desde la perspectiva jurisprudencial. Director: Lorenzo Barone. Coordinadores: Federico Acheriteguy - Andrés de Gaetano.

Conversatorio interno sobre modelos de la discapacidad. Directora: Carla Saad.

Eventos previstos durante 2020

- *Jornada sobre experiencias en investigación*. La tradicional jornada tiene como objetivo articular el encuentro de los resultados de las investigaciones desarrolladas en el Centro, el resto de la comunidad académica y la sociedad. Prevista su realización virtual en el mes de noviembre.
- *Jornadas de jóvenes investigadores*. Con la particularidad de ser organizadas anualmente por los becarios doctorales y posdoctorales, se previó su realización virtual en el mes de noviembre.

Asignaturas opcionales

- “Aspectos de los derechos de las personas con discapacidad. Perspectiva de empleo” (primer semestre). Profesoras Responsables: Carla Saad y María Alejandra Sticca

- “Tutorías de investigación” (segundo semestre). Su objetivo es desarrollar, incentivar y promover labores de investigación en los alumnos de grado de la Facultad, contribuyendo a la construcción y formación del perfil de jóvenes investigadores. Director: Esteban Llamosas. Coordinadora: Patricia Alderete
- “Feminismo jurídico. La deconstrucción del derecho positivo” (segundo semestre). Profesora Responsable: Mariana Sánchez.

Convocatoria de becas de pregrado 2020

Dirigida a los alumnos de la carrera de abogacía con el objetivo de incentivar la tarea de investigación en el grado.

Proyectos de investigación

“Diagnóstico integral sobre la valoración de riesgo cierto e inminente por padecimiento mental determinante de una internación coactiva en la ciudad de Córdoba, período 2017/2021”. Directora: Natalia Monasterolo.

“Programa estrategias procesales para la solución efectiva de los conflictos jurídicos civiles y comerciales, período 2020-2023”. Directores: Emilio H. Albarenga - M. Cristina Di Pietro.

Producción científica

- Publicación del libro resultado del “Ciclo institucional desigualdad y derecho: problemas en torno a la desigualdad. Un enfoque poliédrico”, CIJS, 2020. Esteban Llamosas - Guillermo Lariguet (editores).
- Publicación del Anuario XVIII y nueva convocatoria.
- Publicación del libro “Salud Mental y Derecho: lecturas desde el Feminismo”, Andrés Rossetti, Natalia Monasterolo y Marina Baldo.
- Convocatoria Nuestra Joven Revista Jurídica. Revista jurídica on-line de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba -Resolución Decanal Nº 107/2013. Su publicación se prevé para fines de 2020.

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 es un importante vínculo de nuestra comunidad académica con la sociedad. A esos fines organiza distintas Jornadas, Seminarios, Congresos y Talleres, Proyectos de Extensión que se materializan a lo largo del año, con la activa participación de instituciones y organizaciones de la sociedad civil.

La Secretaría cuenta con importantes propuestas para la firma de convenios:

- El Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) – Brasilia – Brasil – elevó la propuesta de llevar a cabo la firma de un Convenio de Intercambio para realizar cursos con estudiantes de Grado, Posgrado y Doctorado.
- La Universidad Pontificia Bolivariana elevó la propuesta de un Convenio Específico para llevar a cabo tareas de investigación docente.
- Con el objetivo de cursar la Maestría en Derecho Constitucional, la Universidad de Sevilla propuso la firma de un Convenio Específico.

Asimismo, en función de las actividades a su cargo:

- Se llevó a cabo la convocatoria 2020 para ayudante de alumno para realizar actividades en la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales, suspendida por razones de público conocimiento (cuarentena. distanciamiento social preventivo).
- Se extendieron avales para postulantes a Becas de Investigación Doctoral y Pos Doctoral en España – Convocatoria 2020/2021 Fundación Carolina.
- Extensión y firma de avales solicitados para postulantes a realizar Master en Universidades Asociadas a la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado (AUIP).
- Extensión y firma de avales para el Programa Botín.
- Se gestionó en forma conjunta con la Prosecretaría de Relaciones Internacionales de la UNC la repatriación de alumnos de la Facultad que se encontraban en período de estancia de intercambio en el exterior.
- Se realizó la difusión de los Programas de intercambio en el Exterior Modalidad Virtual, convocatoria abierta por la Pro Secretaría de Relaciones Internacionales de la UNC para llevar a cabo el cursado de una o dos materias en una de la Universidades adheridas a esta modalidad. Universidad de Colima-México- Universidad de Boyacá-Colombia- Universidad de Santo Tomás- Universidad de Passo Fundo- y demás universidades que se van adhiriendo al programa modalidad virtual. Esta novedosa modalidad de internacionalización despertó el interés de un nutrido grupo de estudiantes de nuestra Facultad de manera que han sido seleccionados para cursar virtualmente en estas Universidades siete alumnos de nuestra Facultad.

Cursos, seminarios y Jornadas

- Jornadas sobre “Derecho y Estado de Excepción” con modalidad virtual zoom. 8 de mayo del 2020 disertaron: Prof. Dr. Antonio M. Hernández, Prof. Dr. Andrés Rosler y el Prof. Dr. Enrique Zuleta Puceiro; 15 de mayo el Ab. Esp. Martín Diego Barbará, Ab.Mgter. Magalí Miranda y el Ab.Esp. Pablo Mina Guzmán; para cerrar la Jornada el día 22 de mayo la disertación estuvo a cargo del sr. Decano de la Facultad de Derecho de la UNC Prof. Dr. Guillermo Barrera Buteler del Prof. Dr. Pablo Ribieri y del sr. Secretario de Extensión y Relaciones Internacionales Prof. Dr. Jorge Edmundo Barbará.
- “Jornada sobre Pandemia y Política Internacional”, 02 de Junio 2020. Modalidad virtual- zoom- a cargo de la Dra. Graciela Pilnik, especialista en política internacional y del Ex Embajador de Argentina en China Diego Guelar. Coordinadores: Juan Díaz y Pablo Mina Guzmán.
- -“Jornada sobre Pandemia y Cuarentena”: enfoques delictivo, carcelario y periodístico, 07 de Julio 17.00 a 19.00 hs. Modalidad virtual zoom - Director: Pedro Depouy - Expositores: Eduardo Omar Capdevilla, Pedro Despouy y Juan Federico
- “Nuevos métodos digitales ante la comisión médica”, 14 de Julio de 2020. Modalidad virtual meet. Organizada por esta Secretaría de la que participaron los Ab Luis Marcelo Guyet y Mariela Migliori. Se llevó a cabo de manera virtual a través de la plataforma Meet.
- Jornada «La Nueva Ley de Alquileres - Aspectos Prácticos Ley 27551», 16 de Julio del 2020 16.00hs. Modalidad virtual meet. Organizada desde la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales, Secretaría de Graduados y Secretaría de Asuntos Estudiantiles de la Facultad de Derecho - UNC. a cargo del Ab. Mariano Briña.
- “Jornadas los desafíos de la pobreza”. Organizada por esta Secretaría reunió a importantes actores sociales, políticos y económicos. 4, 6 y 11 de agosto de 2020. Modalidad virtual meet. Participaron de las mismas: Luis Fernando Navarro, Secretario de Relaciones Parlamentaria de la Nación; Juan Carlos Massei, Ministro de Desarrollo Social de Córdoba; Pbro. Mariano Oberlin; RAb. Marcelo Polakoff; Carmen Álvarez; Dr. Raúl Hermida; -Dr. Daniel Arroyo. Ministro de Desarrollo Social de la Nación
- “Jornadas sobre la Ley de Teletrabajo”, se llevaron a cabo los días 2 y 8 de septiembre de 2020, de 18 a 20 hs. Modalidad virtual zoom. Estas jornadas se destinaron al público en general. Se contó con la presencia de la Dra. María Estela Piña (Prof. Titular de Derecho Laboral, UNC), Dr. César Arese (Prof. Titular de Derecho Laboral, UNC), Mgter. Tomás Rigo (Presidente del Comité de Abogados de Asociación Argentina de Dirigentes de Empresas

(ACDE). Buenos Aires) y del Ing. Sebastián Albrisi (Presidente de la Cámara Argentina de Centros de Contacto. Córdoba).

En esta situación de emergencia sanitaria seguimos trabajando con programas internacionales. Se encuentran abiertos los programas de intercambio virtual a través de la página de la UNC como así también el programa de intercambio para la Universidad Autónoma de Madrid.

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 para graduados universitarios. Orientando sus actividades hacia las cuestiones prácticas y del ejercicio de la profesión, se mencionan algunas de las actividades desarrolladas:

- “Delitos y consecuencias en torno al coronavirus”. Disertantes: el Ab. Carlos Gonella, Fiscal General ante los Tribunales Orales Federales de Córdoba y el Ab. Facundo Trotta, Auxiliar Fiscal ante los Tribunales Orales Federales de la Provincia de Córdoba. Coordinador: Ab. Juan Díaz. Director Académico: Prof. Dr. Maximiliano Hairabedian. Realización: virtual, 7 de abril de 2020 con 276 participantes.
- “Las principales normas laborales de vigencia actual”. Disertantes: Dr. Carlos Toselli y el Dr. Victorino Sola. Director: Dr. Carlos Toselli. Realización: virtual, 8 de abril de 2020 con 292 participantes.
- “El Derecho de la Emergencia”. Disertantes: Prof. Dr. Pablo Riberi, Prof. Dr. Maximiliano Rafael Calderón, Prof. Dr. Guillermo Tinti. Prof. Dr. Martín Juárez Ferrer, Prof. Dr. Ramón Pizarro, Prof. Dr. José Fernando Márquez, Prof. Huber Oscar Alberti, Prof. Dr. Daniel Brain, Prof. Dr. Francisco Junyent Bas y el Prof. Sergio Ruiz. Directores académicos: Prof. Dr. Juan José Márquez y Prof. Dr. Pablo Riberi, Coordinadores de los diferentes paneles: Prof. Magdalena Cornet, Prof. María Florencia Ramos, Prof. Pilar Rodríguez del Pozo, Prof. María Carolina Fathala, Prof. Paulina Chiachiera y Ab. Juan Díaz. Realización: virtual, los días 14, 16, 20, 22 y 24 de abril de 2020 con 137 participantes.
- “DNU 320- Régimen de alquileres”. Coorganizado con la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales y la Secretaria de Asuntos Estudiantiles.

Disertantes: Ab. Mariano Briña y Ab. Nicolás Bergesio. Realización: virtual, 14 de abril de 2020 con 290 participantes.

- “Jornada análisis del DNU 367/20 y el reconocimiento del Covid-19 como enfermedad profesional no listada”. Disertante: Dr. Horacio Schick. Director académico: Prof. Dr. Daniel Horacio Brain. Coordinadores: Ab. Santiago Saín, Ab. Pedro Yanzi Aspell y Ab. Roberto Britos. Realización: virtual, 18 de abril de 2020 con 163 participantes.
- “Seminario la emergencia sanitaria y el Derecho Administrativo”. Disertantes: Prof. Dr. Alfonso Buteler, Prof. Mag. Santiago Castro Videla, Prof. Esp. Enrique Novo, Prof. Dr. Eduardo Avalos, Prof. Mag. Fabiana Sciacca, Prof. Dr. Leonardo Massimino, Prof. Esp. María Inés Ortiz y la Prof. Dra. María Florencia Ramos Martínez. Director académico: Dr. Alfonso Buteler. Coordinadora: Ab. Lucia Pereyra. Realización: virtual, días 21, 23, 28 y 30 de abril del corriente año, con 152 participantes.
- “Jornada sobre Derecho de Familia: alimentos, régimen de comunicación y cuidado personal del hijo en tiempos de Covid-19 - las nuevas tecnologías aplicables al Derecho de Familia”. Disertante: Dr. Claudio Alejandro Belluscio. Directora académica: Ab. Esp. María Belén Mignon. Coordinadores: Ab. Santiago Saín, Ab. Romina Antinori y Ab. Carla Rosina Pedron. Realización: 25 de abril del corriente año, con 284 participantes.
- “La pandemia Covid-19 en la Argentina y sus implicancias en el Derecho Penal”. Disertante: Dr. Gustavo Arocena. Director académico: Prof. Dr. Gerard Gramática Bosch. Coordinador: Ab. Juan Díaz. Realización: 27 de abril de 2020 con 166 participantes.
- “Jornada internacional Derecho y Fútbol”. Disertantes nacionales: Barbieri, Pablo: miembro del Tribunal de Ética de la Asociación del Fútbol Argentino. y director del área educación de la AFA; Claria, Mariano, Asesor legal del Club Atlético Boca Juniors; Mayo, Gonzalo: Asesor legal del Club Atlético River Plate y como disertantes internacionales: Bellver; Reyes: socia. abogada Bellver Sports, co - Fundadora “Leadership Woman Football”. España; González Mullin, Horacio: socio en González Mullin, Kasprzyk & asociados, Uruguay. Director académico el Ab. Diego Agudo Solís. Coordinadores académicos: Ab. María Noel del Huerto Cruz y Ab. Emiliano Ramallo. Realización: virtual, 30 de abril del 2020 con 157 participantes.
- “Aspectos Jurídicos de la Firma Digital (nivel inicial y nivel avanzado)”. El objetivo fue dotar a los cursantes de herramientas prácticas y conocimiento sobre uno de los elementos clave en la instrumentación de actos de la vida civil celebrado a distancia.
- “La pandemia Covid - 19 (coronavirus) en la Argentina y sus implicancias en el Derecho Penal”. Disertantes: Dr. Rodrigo Altamira, Fiscal Martín

Berger, Fiscal Carlos María Casas Noblega, Fiscal Andrés Godoy, Prof. Dr. Gerard Gramática Bosch, el Fiscal Marcelo Hidalgo, Vocal Marcelo Nicolás Jaime, Vocal Carlos Julio Lascano, Vocal Carolina Prado, Vocal Inés Lucero. Director académico: Prof. Dr. Gerard Gramática Bosch. Realización: virtual, 5 al 8 de mayo de 2020 con 123 participantes.

- “Derecho y Estado de Excepción”. Coorganizado con la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales. Disertantes: Prof. Dr. Guillermo Barrera Buteler, Prof. Dr. Pablo Riberi y Prof. Dr. Jorge Edmundo Barbará. Realización: virtual, 22 de mayo de 2020 con 150 participantes.
- “Análisis de las nuevas reglas procesales para el reconocimiento del Covid -19 como Enfermedad profesional. Resoluciones 38/2020 - 40/2020”. Disertante: Dr. Matias Molinaro. Director académico: Prof. Dr. Daniel Horacio Brain. Coordinadores: Ab. Pedro Yanzi Aspell, Ab. Roberto Britos, Ab. Santiago Sain. Realización: virtual, 9 de mayo de 2020 con 90 participantes.
- “Jornadas virtuales sobre las consecuencias jurídicas presentes y futuras del Covid-19 en el Derecho de las Familias. Violencia familiar y niñez”. Disertantes: Ab. Sebastián Mastai, Ab. María Victoria Jalil Manfroni, Ab. Malvina Maffini. Director académico: Dr. Fabián Faraoni. Coordinador: Ab. Ezequiel Cooke. Realización: virtual, 11, 13, 15 de mayo de 2020 con 169 participantes.
- “Seminario: Amparo de salud”. Disertantes: Ab. Esp. María Ines Ortiz, Prof. Dr. Lorenzo Barone, Dr. Walter Carnota y el Ab. Agustín García Faure. Fueron coordinadores: Ab. Armando Blanco, Ab. Patricia Sanchez Celis, Ab. Octavio Sanchez, Ab. Juan Diaz; Director académico: Prof. Dr. Lorenzo Barone. Realización: virtual, 12 y 14 de mayo de 2020 con 202 participantes.
- “Proceso Civil Electrónico y Teletrabajo en tiempos de emergencia sanitaria. Protocolos aprobados por el TSJ de Córdoba. Aspectos prácticos”. La propuesta fue efectuada por el Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional. Disertante: Prof. Leonardo Gonzalez Zamar. Coordinadoras: Ab. María Fernanda Arguello y Ab. Julieta Bigo. Realización: virtual, 15 de mayo de 2020 con 197 participantes.
- “Libertad de expresión en la era digital, en tiempo de Covid -19”. Disertante: Dr. Miguel Julio Rodríguez Villafañe. Realización: virtual, 18, 19 y 20 de mayo con 104 participantes.
- “Seminario digital: Derechos Humanos laborales y OIT frente a la pandemia, visión universitaria”. Disertantes: Prof. Dr. Mauricio César Arese, Prof. Mario Ackerman y Ab. Esp. Humberto Villasmil. Director académico: Prof. Dr. Mauricio César Arese. Coordinadores: Ab. Pedro Yanzi Aspell, Ab. Noelia Pedrino, Ab. Calixto Angulo, Ab. Santiago Sain y Ab. Carolina Vera Ocampo. Realización: virtual, 19 de mayo de 2020 con 280 inscriptos.

- “Los sectores vulnerables frente al Covid – 19”. Disertantes: Abs. José Piñero, Romina Scocozza, Sabrina Kennis, Carla Olocco de Otto y Alfonsina Gabriela Muñiz. Directora académica: Ab. María Belén Mignon. Coordinadores académicos: Carla Pedron, Nazareno López Ghiano y Alfredo Salvai. Realización: virtual, 19, 21 y 23 de mayo de 2020 con 199 participantes.
- “Encuentro digital: visiones universitarias del Derecho del Trabajo actual”. Disertantes: José Daniel Machado (Universidad Nacional del Litoral), Wilfredo Sanguineti Raymond (Universidad de Salamanca, España) y Jorge Rosenbaum (Universidad de la República, Uruguay). Dirección académica: Prof. Dr. Mauricio César Arese. Coordinación: Abs. Pedro Yanzi Aspell, Jaqueline Cabutto, David Medina, Consuelo Ferreyra, Leticia Celli, Pablo Ferreyra, Juan Caminos, Santiago Sain y Natalia González Boarini. Realización: virtual, 21 de mayo de 2020 con 203 participantes.
- “El Derecho Tributario en tiempos de emergencia”. Organizado conjuntamente con el Instituto de Derecho Financiero y Tributario de la Facultad de Derecho. Disertantes: Prof. Héctor Villegas Ninci, Ab. Julieta Luchessi, Prof. Maximiliano Raijman, Prof. María Vázquez, Prof. Pablo landin, Prof. Lucrecia Nocetto, Prof. Candela Maldonado, Prof. Agustín Díaz Cafferatta. Director académico: Prof. Héctor Villegas Ninci. Realización: virtual, 26 y 28 de mayo, 2 y 4 de junio de 2020 con 114 participantes.
- “La emergencia sanitaria ante la Constitución”. Disertantes: Profs. María de la Paz Bossio, Norma Bonifacino, Pablo Garat, María a. Gelli, Aída Tarditti, Victorino Solá, Marisa Urquiza, Pablo Riberi, Ricardo Ramírez Calvo, Walter f. Carnota, Martha Altabe, Lorenzo Barone, Magdalena Álvarez, Carlos Juárez Centeno, Guillermo Barrera Buteler, Jorge Barbará, Juan F. Brügge, José Pérez Corti, Gabriela Avalos, Antonio M. Hernández, Sofía Sagüés, Daniel Sabsay, Ivana Piccardo, Cristián Altavilla, Alejandra Sticca, Christian Sommer, Hugo Seleme, Armando Andruet, Graciela Salas, Mariela Uberti, José Belisle, Cecilia Recalde y Jorge Gentile. como moderadores los siguientes abogados: Guadalupe Valcarce Ojeda, Roxana Foglia, Joséfina Ferreyra, María de los Angeles Nallín, Mariel Borgarello, Magali Miranda, María Pilar Llorens, Ercilia Adén, Paulina Chiacchiera, Pablo Cuenca Tagle y Federico Robledo. Director académico: Prof. Dr. Guillermo Barrera Buteler. Realización: virtual, 104 participantes.
- “Proyecto de ley para ampliar el nº de miembros CSJN”. Disertante: Dr. Adolfo Rodríguez Saá (autor del Proyecto-Senador Nacional por la Provincia de San Luis). Director académico: Prof. Dr. Guillermo Barrera Buteler. Coordinadores académicos: Ab. Santiago Sain, Ab. Pedro Yanzi Aspell y Ab. Roberto Britos. Realización: virtual, 16 de junio de 2020 con 54 participantes.
- “Proyecto para de ley para regular el teletrabajo en la Argentina”. Disertante: Cr. Eduardo Gabriel Fernández (autor del proyecto-diputado nacional por la

- provincia de Córdoba). Director académico: Prof. Dr. Daniel Horacio Brain. Coordinadores académicos: Ab. Santiago Sain, Ab. Pedro Yanzi Aspell y Ab. Roberto Britos. Realización: virtual, 18 de junio de 2020 con 115 participantes.
- “Protección jurídica internacional”. Disertantes: Dra. Graciela Tagle y Dra. Julia Rossi quienes dirigieron la propuesta. Coordinador académico: Ab. Exequiel Cooke. Realización: virtual, 24 de junio de 2020 con 107 participantes.
 - “Jornada digital: análisis constitucional y jurídico del caso Vicentin”. Disertantes: Dr. Antonio M. Hernández, Prof. Dr. Alfonso Buteler y el Prof. Dr. Francisco Junyent Bas. Director académico: Prof. Dr. Francisco Junyent Bas. Coordinador académico: Ab. Juan Díaz. Realización: virtual, 25 de junio de 2020 con 273 participantes.
 - “Juicio de desalojo”. Disertante: Dra. Claudia Zalazar quien también fue la Directora académica. Coordinador: Ab. Juan Díaz. Realización: 30 de junio de 2020 con 282 participantes.
 - “Actualidad del Proceso Penal en la órbita provincial y federal”. Disertantes: Dr. Carlos Gonella (Fiscal General del Tribunal Oral Federal n°2), Dr. Eduardo Federico Gómez Caminos y Dra. Ivana Rossi, Dr. Maximiliano Orlando García y Dr. Maximiliano Hairabedian (Fiscal General del Tribunal Oral Federal n° 1). Dirección académica: Dr. Maximiliano Hairabedian. Coordinación: Ab. Exequiel Cooke. Realización: virtual, 8, 15, 22 y 29 de Julio de 2020 con 41 participantes.
 - “Nuevos métodos digitales en Comisión Médica”. Coorganizado con la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales. Disertantes: Ab. Marcelo Guyet y Ab. Mariela Migliori. Directores: Ab. Esp. Pablo Mina y Ab. Esp. Viviana Salomón. Coordinadores: Ab. Esp. hernán piazza, Ab. Esp. Pablo yofre y Ab. Esp. Angela Oieni. Realización: virtual con 97 participantes.
 - “Nueva ley de alquileres: aspectos prácticos, Ley 27551”. Coorganizado con la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales. Disertante: Ab. Mariano Briña. Directores: Ab. Esp. Pablo Mina, Ab. Juan Díaz y Ab. Diego Agudo Solís. Realización: virtual, 16 de julio de 2020 con 98 participantes.
 - “Alquilar en Argentina: nueva Ley de Alquileres y DNU 320/20”. Disertantes: Evangelina Dellarossa, Maximiliano Vittar Lucero y Victoria Sánchez Vega. Director académico: Prof. Dr. Mariano Pelliza. Realización: virtual, 30 de julio de 2020 con 112 participantes.

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

ABAD CASTELOS, Montserrat. *¿Es posible combatir el terrorismo yihadista a través de la justicia? El retorno de los combatientes del Estado Islámico tras sus crímenes*, Bosch Editor, Barcelona, 2019, 397 páginas.

La monografía que paso a comentar nace del trabajo original de investigación que su autora presentó para el Segundo ejercicio del Concurso de acceso a la plaza de Catedrático (a la postre, de Catedrática) de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III de Madrid, realizado el 14 de junio de 2019. Y se trata, como se irá deduciendo de lo que escribo, de una excelente monografía. No solo por el acierto en la elección de un tema crucial, que ha venido desarrollándose, y seguirá haciéndolo un tiempo, tras la derrota del autoproclamado Estado Islámico (también conocido como Daesh) en Iraq y en Siria; también y sobre todo por la minuciosidad y la decidida intención de su autora de escudriñar todos los resquicios de un tema, o me lo parece a mí, muy complejo. Una monografía, además, que se desarrolla con un estilo fluido, argumentativo, clarificador, vertebrado con una muy, muy completa documentación (vid. pp. 327-397). 2. Invito al lector a que se adentre él mismo en su contenido. La autora de este libro explica, en el apartado III de su Introducción, mejor de lo que yo lo haría qué pretende con él y cómo ha sistematizado su discurso (pp. 37-45). Me limitaré yo a decir, citando a la autora, que en esencia “su contenido se sitúa sobre todo a caballo de dos líneas del Derecho internacional penal, que evidentemente se superponen: una se refiere a la lucha contra el terrorismo y otra a la justicia penal” (p. 37); añadiendo, ya de mi propia cosecha, que no solo “a la justicia penal” (infra párrafo 6). Y que el lector me permita a mí la libertad de exponer, como si tuviese que pintar un cuadro y fuera yo discípulo del impresionismo, las ideas que la autora del libro manifiesta y “que me han llegado” con singular impacto. 3. ¿Se puede combatir con la justicia al terrorismo yihadista?, se pregunta la autora en el título de su libro. No va a ser fácil, parece, a juicio de la profesora Abad Castelos. Lo ideal sería que los “atrocies crímenes” cometidos por Daesh, por sus “soldados”, los combatientes extranjeros incluidos (y de los que la autora da cumplida cuenta en los capítulos 2 a 4, pp. 73 ss., 117 ss. y 147 ss.) fuesen enjuiciados, dada su naturaleza, su tipología y la “unidad” de sus autores, por un solo juez, internacional mejor; digamos un tribunal penal permanente en el plano universal (como la Corte Penal Internacional). Pero del estudio de la profesora Abad, y amén la consideración de otras posibles sedes (como el sistema judicial iraquí, pp. 161 ss., o por otras jurisdicciones nacionales, pp. 219 ss.) se desprende que no va a ser posible; tales son las dificultades con las que se encuentra la Corte creada por el Estatuto de Roma (pp. 183-209). La autora de este libro, y tras un minucioso análisis, culmina el estudio de la cuestión con una cita del profesor Antonio Cassese, buen conocedor teórico y práctico, se reconocerá, de la justicia penal internacional; una cita tan gráfica como idónea para poder “visibilizar” el corazón del problema: [39] REVISTA

ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES (2020) - 2 - DOI: 10.17103/reei.39.20 “la CPI sigue asemejándose en gran medida a un gigante sin brazos ni piernas que necesita extremidades artificiales para andar y trabajar. Estos miembros artificiales (...) en el caso de la CPI... están conformados por el CSNU...” (pp. 208-209). Sí, por el Consejo de Seguridad y sus nada descartables miserias (¿tengo que identificarlas?...). 4. No cabe negar, por supuesto, la posibilidad de llevar los crímenes de Daesh ante una jurisdicción internacional de otra naturaleza. La práctica nos ha dado cuenta del fenómeno, el establecimiento de otros tribunales internacionales o híbridos. La autora del libro lo sabe y se ocupa de la cuestión (pp. 209-218), inclinándose incluso (me ha parecido entender de su lectura) por esta posibilidad. La creación de un tribunal *ad hoc* específico para el Daesh y sus grupos le parece, con sus propias palabras, “la opción que más ventajas y menos impedimentos suscita *a priori*” p. 315). Pero ella misma reconoce: “no parece haber consenso en torno a una idea así” (p. 316). 5. Cuando en este libro se abordan las dificultades para perseguir a los combatientes terroristas extranjeros autores de crímenes atroces por las jurisdicciones nacionales (capítulo 7, pp. 219 ss.), su autora estudia el caso (de “espinoso” lo califica, con razón) de los “ataques letales selectivos” (“targeted killings”) contra combatientes terroristas nacionales no retornadas (pp. 241 ss.). Y al hacerlo, deja expuesta su posición sobre una cuestión que me ha interesado desde hace tiempo y a la que deseo (desde este enfoque “impresionista” que doy a mi comentario) referirme. La profesora Abad Castelos estudia a lo largo de su libro también (pp. 117 ss.) las posiciones que ha ido adoptando sobre el Estado Islámico y sus combatientes extranjeros el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Me refiero sobre todo a las resoluciones del Consejo de Seguridad 2178 (2014), 2396 (2017) y 2379 (2017), así como a los Principios Rectores de Madrid sobre el control de movimientos de Combatientes Terroristas Extranjeros aprobados por el Comité contra el Terrorismo en julio de 2015 (S/2015/939) y la Adición a dichos Principios de diciembre de 2018 (S/2018/1177). Y hace lo propio, en el contexto de esos “ataques letales selectivos” de un Estado contra combatientes terroristas nacionales no retornados, con la resolución 2249 (2015), de 20 de noviembre, del Consejo de Seguridad (pp. 242 ss.). A la autora le interesa saber si dicha resolución ha contribuido significativamente a una ampliación del derecho de legítima defensa individual o colectiva, que permitiría a un Estado invocarla contra actores no estatales que se hallan en el territorio de otro (Estado) que no da su consentimiento a ese uso defensivo de la fuerza. La profesora Abad Castelos llega a la conclusión de que no es así, aun reconociendo la existencia de práctica en ese sentido (p. 248). La autora del libro al que me vengo refiriendo cita al autor de este comentario cuando se refiere a la posición por él mantenida (2016, 2017) que defiende que aun de aceptarse (dada la gravedad de la amenaza, así constatada formalmente por el Consejo de Seguridad, que el Daesh representa) la practica en cuestión (recuérdese la alegación ¿Es posible combatir el terrorismo yihadista a través de la justicia? El retorno de los combatientes del Estado Islámico tras sus crímenes - 3 - DOI: 10.17103/reei.39.20 [y su “ejecución”] por Francia, días antes de la adopción de la resolución 2249, de

su derecho de legítima defensa contra el Daesh en Siria, tras los atentados terroristas reivindicados por el Estado Islámico en París, noviembre de 2015), ésta debería considerarse como la respuesta tolerada en una situación “especial y excepcional”, que “debería ser reabsorbida con la erradicación del Califato”. Aprovecho la (amable) cita que mi persona y posición en el tema se efectúa en este libro (p. 249), para recordar que el mismo Gobierno francés (en un contexto distinto, el de la aplicación de la legítima defensa contra actores no estatales en el marco de las actividades en el ciberespacio) ha aclarado, sin duda posible, su posición sobre el tema: “Conformément à la jurisprudence de la CIJ, la France ne reconnaît pas l’extension du droit de légitime défense à des actes perpétrés par des acteurs non-étatiques dont l’action ne serait pas attribuable, directement ou indirectement, à l’Etat. La France a pu invoquer exceptionnellement la légitime défense à l’encontre d’une agression armée perpétrée par un acteur présentant les caractéristiques d’un ‘quasi-Etat’ comme elle l’a fait pour son intervention en Syrie face au groupe terroriste Daech. Toutefois, ce cas exceptionnel ne saurait constituer l’expression définitive d’une reconnaissance de l’étirement du concept de légitime défense à des actes perpétrés par des acteurs non-étatiques intervenant sans le soutien direct ou indirect d’un Etat” (Ministère des Armées. République Française, Droit International appliqué aux opérations dans le cyberspace, 9 septembre 2019, pp. 1-18, p. 9 » [www.defense.gouv.fr]). 6. Si de esta monografía, que estudia problemas “de carácter complejo, heterogéneo, interconectado y global así como los desafíos que todo ella plantea para el Derecho Internacional”, dice su autora (y, creo, dice bien) en la conclusión número VIII (p. 321), pudiera extraerse su almendra, su “quintaesencia”, el alma misma que la acompaña, yo me quedaría con esta idea: “el término justicia empleado en el título de este libro invoca en realidad un concepto polivalente que además debería ser omnipresente en la práctica, ya que va más allá de su utilización como sinónimo del enjuiciamiento o de la acción penal. Pretende evocar también el papel indispensable de la equidad en todo, en particular a la hora de abordar la justicia transicional..., así como en la prevención y en la actuación en general frente al yihadismo” (p. 323). 7. Sí, así es, así debería ser. Mi enhorabuena, profesora Abad Castelos. Mi enhorabuena Montserrat.

Cesáreo Gutiérrez Espada
(Universidad de Murcia)¹

ANDRUET, Armando S. (h.) (Dir.) *Consecuencias jurídicas, institucionales, ambientales y sociales de la pandemia de COVID-19*, Thomson Reuters-La Ley. Buenos Aires, 2020, 254 páginas (consulta libre en <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/08/LIBRO-COLECTIVO-ACADEMIA-DERECHO-CORDOBA-LA-LEY-ed.-Andruet.pdf>).

(1) Recensión preparada para la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (www.reei.org).

Tal como lo señala el Director de la publicación Armando S. Andruet (h.), Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director del Instituto de Filosofía del Derecho y Derecho Judicial, los diferentes Académicos de Número que han contribuido en la obra transitan casi la totalidad de los espacios curriculares principales de la ciencia del derecho. Todos son profesores titulares (catedráticos) o profesores eméritos, han dirigido Departamentos e Institutos y tienen o han tenido cargos de conducción universitaria; además, cuentan con una dilatada producción doctrinaria en el área disciplinar que les corresponde.

Recuerda el Director de la obra en la *Presentación de la edición*, que la enfermedad pandémica del COVID-19 ha llevado a circunstancias extraordinarias que han provocado situaciones completamente inesperadas, como la imposición de dilatadas cuarentenas a los ciudadanos, junto a profundas transformaciones en el derecho civil, comercial, laboral, empresarial, ambiental, penal, constitucional, internacional, requiriendo reflexiones sobre cuestiones históricas y filosóficas morales.

Hace presente Andruet en la presentación que referimos, que la diversidad de perspectivas para un mismo problema fue lo que permitió proponer este proyecto colaborativo desde la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, bajo el epígrafe de “Consecuencias jurídicas, institucionales, ambientales y sociales de la pandemia de COVID-19”.

La publicación se divide bajo cinco títulos generales: “Derecho Civil, Comercial y Derecho Internacional Privado”, “Derecho Constitucional”, “Derecho Penal”, “Derecho Internacional Público” y “Historia del Derecho, Bioética y Sociología”.

Atendiendo a que la obra agrupa diecisiete trabajos correspondientes a dieciocho autores, se vuelve imposible comentar cada contribución, por lo que nos limitaremos a enunciar al título y al autor de cada una de las divisiones temáticas.

El título general *DERECHO CIVIL, COMERCIAL Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO* contiene los siguientes aportes: *COVID-19 y contrato* (Juan Manuel Aparicio), *Los contratos frente a la emergencia del COVID-19* (Manuel Cornet Guillermo y P. B. Tinti), *La incidencia del COVID-19 en la protección internacional de niños, niñas y adolescentes* (Adriana Dreyzin de Klor), *Los instrumentos digitales: su validez y eficacia* (José Fernando Márquez), *Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad por daños derivados de la transmisión de enfermedades (con especial referencia al COVID-19)* (Ramón Daniel Pizarro), *Ante la pandemia económica, ¿qué legislar?* (Efraín Hugo Richard) y *Reuniones societarias a distancia* (Horacio Roitman).

Bajo el título general *DERECHO CONSTITUCIONAL* se reúnen los siguientes trabajos: *Emergencia sanitaria y Constitución* (Guillermo E. Barrera Buteler), *Emergencias, orden constitucional y COVID-19 en la Argentina* (Antonio M. Hernández).

El título general *DERECHO PENAL* agrupa los siguientes aportes: *De los “estrados tribunales” a los “estrados cibernéticos”: el “ciberjuicio”* (José I. Cafferata Nores), *Entre el leproso y la cárcel. Un episodio de la historia penitenciaria argentina (1946)*

(José Daniel Cesano), *La detención de personas en tiempos de COVID-19. La emergencia sanitaria en contextos de encierro* (Carlos Julio Lascano).

El área de *DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO* contiene una sola contribución: *Autoritarismo y cooperación internacional en tiempos de COVID-19* (Zlata Drnas de Clément).

El título general *HISTORIA DEL DERECHO, BIOÉTICA Y SOCIOLOGÍA* contiene *La pandemia de SARS-CoV-2 como acontecimiento histórico y una postulación de responsabilidad* (Armando S. Andruet (h.)), *Los cuerpos heridos, imaginarios colectivos, zozobras y respuestas. Las epidemias en la historia* (Marcela Aspell), *Digitalización de la justicia en tiempos de aislamiento* (María Inés Bergoglio) y *Desafíos y estrategias de la Universidad Nacional de Córdoba en tiempos de COVID-19. Enseñanza y aprendizaje pospandemia* (Ramón Pedro Yanzi Ferreira).

Como puede observarse de la sola enunciación de los títulos de los trabajos, la obra ofrece una visión general selecta sobre el efecto del COVID-19 en el derecho y las ciencias sociales, fruto de académicos reconocidos en el país y en el extranjero, lo que se vuelve más significativo cuando se tiene en cuenta la escasez de publicaciones a nivel nacional de estudios sobre el tema con alcance general y pluridimensional.

SR

BREWER-CARÍAS, Allan R. - ROMERO MUCI, Humberto (Coords.) ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE LA PANDEMIA DEL COVID-19, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Colección Estudios N° 123, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas, 2020, 762 páginas.

Esta extensa, cuidada y rica obra llama la atención desde el inicio por su sorprendente visión general a pocos meses del surgimiento de la enfermedad pandémica del COVID-19 y por el cúmulo de nutridos y variados aportes.

Está dividida en una parte de *Presentación e Introductoria*, nueve *Partes* y tres divisiones correspondientes a *Apéndice*.

En la *PRESENTACIÓN*, el Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Humberto Romero Muci, hace presente que esa entidad, como corporación pública de carácter científico, cumple la misión de ser guardiana de la consciencia jurídica y política del país, y que, según la Ley de su creación, ejerce una función consultiva de los órganos del Poder Público desde hace más de 100 años; pero que también ejerce una función consultiva espontánea que se expresa en la formación de opinión pública. No podía permanecer ajena al COVID-19, grave enfermedad sin precedentes en la historia que aqueja a la humanidad. Al respecto, bien ha señalado que el derecho en particular fue desbordado por la emergencia o por el abuso de medidas exorbitantes empleadas para atenderla, poniendo a todas sus instituciones a prueba. Sin embargo, señala que protección de la salud solo debe y

puede realizarse a través de las reglas del estado de derecho y de las instituciones democráticas, ya que la pandemia no implica que la “*legalidad esté en cuarentena*”.

En la división siguiente, **A MANERA DE INTRODUCCIÓN**, se incluyen los siguientes aportes: *Estado de excepción sin estado de derecho* (Jesús María Casal), *Venezuela y el estado de alarma por el COVID-19* (Gabriel Sira Santana), y *El decreto de estado de alarma: alcance y consecuencias prácticas* (Carlos García Soto).

Entre las nueve **PARTES**, La **PRIMERA PARTE**, se titula **LA PANDEMIA DEL CORONAVIRUS Y EL DECRETO DE ESTADO DE ALARMA DE ABRIL DE 2020** y cubre las siguientes contribuciones: *El decreto del estado de alarma en Venezuela con ocasión de la pandemia del coronavirus: inconstitucional, mal concebido, mal redactado, fraudulento y bien inefectivo* (Allan R. Brewer-Carías), *La autopsia de un decreto. Sobre el contraste existente entre el decreto por el cual se declaró el estado de alarma con ocasión del coronavirus, el marco regulatorio aplicable y la situación vivida en Venezuela desde mediados de marzo de 2020* (Caterina Balasso Tejera), *Régimen general del estado de excepción: la modalidad del estado de alarma con ocasión del covid-19 y la causa extraña no imputable* (Juan Domingo Alfonzo Paradisi).

La **SEGUNDA PARTE** sobre **ESTADO DE ALARMA Y GARANTÍAS JUDICIALES**, está conformada por los siguientes trabajos: *Breves notas sobre las garantías judiciales en el caso de estado de excepción de alarma por la pandemia del COVID-19 y el Tribunal Supremo de Justicia* (Román J. Duque Corredor), *Amparo constitucional, debido proceso y pandemia (Algunas consideraciones sobre la preservación del derecho al debido proceso en materia de amparo constitucional durante la vigencia del Estado de Alarma decretado en Venezuela con ocasión del COVID-19)* (Juan Domingo Alfonzo Paradisi, Domingo Piscitelli Nevola y Juan Andrés Miralles Quintero).

La **TERCERA PARTE** designada **PANDEMIA, ESTADO DE DERECHO Y DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS** tiene las siguientes aportaciones: *Retos de la pandemia del COVID-19 para el estado de derecho, la democracia y los derechos humanos* (Carlos Ayala Corao), *Vida, libertad y COVID-19: ¿un dilema constitucional?* (Claudia Nikken), *Venezuela: siete temas en tiempo de pandemia. Las violaciones al derecho a la vida y a la salud; a la seguridad; a la información; a la protección de los miembros de la familia; al derecho de migrantes; el derecho de los indígenas; y el derecho a los servicios públicos esenciales* (Cecilia Sosa Gómez), *Sistema interamericano de derechos humanos y COVID-19: reforzando la protección de los derechos humanos en tiempos de pandemia* (Daniela Urosa M.).

La **CUARTA PARTE**, titulada **PANDEMIA Y DERECHO ADMINISTRATIVO**, reúne las siguientes presentaciones: *Una mirada al derecho administrativo en Venezuela a la llegada del COVID-19* (Rafael Badell Madrid), *Viejos y nuevos problemas para el Derecho Administrativo frente a la pandemia COVID-19 en tiempos globales* (José Ignacio Hernández), *Breves comentarios sobre los procedimientos administrativos durante la vigencia del estado de alarma* (Juan Andrés Miralles Quintero), *Contratación pública de emergencia y transparencia en tiempos de COVID-19* (Daniel Rosas Rivero),

La retoma de los controles de precios y fiscalizaciones conjuntas por la Suddde, Sunagro y Sencamer en abril de 2020, durante la pandemia del COVID-19 y la violación de la autonomía privada empresarial (Juan Domingo Alfonso Paradisi), ¿Quién para los daños del COVID-19? (Alejandro Gallotti).

La QUINTA PARTE denominada PANDEMIA Y DERECHO PRIVADO incluye los siguientes artículos: *Consideraciones generales sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales en el derecho comparado (Enrique Urdaneta Fontiveros), COVID-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos (Carlos Eduardo Acedo Sucre), ¿Sera posible cometer un fraude con el COVID-19? (Salvador R. Yannuzzi Rodríguez), El uso de la teoría de la imprevisión o de la cláusula “rebus sic stantibus” (las cosas quedan como están), en los contratos marítimos, por causa del COVID-19, conforme a la Ley de comercio marítimo (Luis Cova Arria).*

La SEXTA PARTE relativa PANDEMIA Y DERECHO TRIBUTARIO concentra los siguientes artículos: *COVID-19 y determinación tributaria (Serviliano Abache Carvajal), Notas sobre los efectos de la pandemia en las obligaciones tributarias (Gabriel Ruan Santos), Del cumplimiento de las obligaciones tributarias en el marco del COVID-19 (Rosa Caballero Perdomo).*

La SÉPTIMA PARTE, PANDEMIA Y DERECHO DEL TRABAJO consta de un solo trabajo: *COVID-19. Breves notas sobre su influjo en las relaciones de trabajo (César Augusto Carballo Mena).*

La OCTAVA PARTE sobre PANDEMIA Y DERECHO PENAL consta de un solo aporte: *Algunos aspectos penales en tiempos del COVID-19 (Alberto Arteaga Sánchez).*

La NOVENA PARTE relativa a PANDEMIA Y EL LENGUAJE JURÍDICO lleva el trabajo titulado *Neolengua jurídica y COVID-19 (Ramón Escovar León).*

El APÉNDICE cuenta con tres partes divisorias: *ARTÍCULOS E INFORMES, PRONUNCIAMIENTOS INTERACADÉMICOS y COMUNICADOS EXTERNOS*, cubriendo una significativa extensión de más de doscientos páginas y muy rico espectro académico, al que por razones de espacio no podemos considerar.

La obra es remarcablemente destacada tanto por la apertura de la temática como por la calidad de los trabajos, debiendo ser considerada como una de las grandes contribuciones a la temática a nivel mundial.

SR

DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA, Los paradigmas ideológicos y la concepción del derecho internacional, 1a ed., Córdoba: Advocatus, 2020, 172 páginas (disponible en <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/06/LOS-PARADIGMAS-IDEOL%C3%93GICOS-drnas-de-clement.pdf>).

Los libros llegan a nuestra vida en distintos momentos, este libro llegó a mis manos en junio de este año en un momento de necesidad, debía preparar el marco teórico de un proyecto de investigación y estaba un tanto afligida sobre cómo ordenar mi proyecto en un mar de teorías que hoy se presentan en el Derecho Internacional. Y como ha pasado otras veces, la Profesora Zlata llega a dar luz con sus escritos y reflexiones.

Por ello, me atrevo a hacer la primera afirmación: esta es una obra necesaria, no sólo en español y desde nuestro lado del mundo sino a nivel mundial. Es un libro con muchas bondades: sistematicidad, claridad, pluralismo, ideas fuerza. Nos enseña un camino recorrido por la autora que con maestría, claridad conceptual y actualización es capaz de guiarnos entre los diferentes paradigmas y teorías que hoy conforman el Derecho Internacional contemporáneo.

En los ‘aspectos introductorios’ del libro, se dividen aguas considerando que las construcciones doctrinales difieren conforme partan de la “soberanía” o la “no intervención”, de la centrada en los “derechos humanos universales” o en el “orden constitucional internacional emergente consagrado en la Carta de las Naciones Unidas” (pág. 15 primer párrafo). Esta simple aclaración nos ayuda a reflexionar sobre nuestras propias posturas respecto al Derecho Internacional y, de este modo, ser más conscientes de los paradigmas que sostenemos en nuestro quehacer académico y profesional internacional.

Este primer punto clarifica algunos de los elementos que son abordados por las teorías y paradigmas, planteándonos que nos pasará por ellas, pero indicando que muchas veces no es posible encapsularlas a todas en una sola perspectiva (pág. 22), con lo que anota un sincero *disclaimer* de modo que guiar nuestra inmersión en este mundo del Derecho Internacional tan diverso. Podemos afirmar que, de lejos, este libro incorpora las principales y más diversas visiones que hoy apuntalan el desarrollo doctrinario del Derecho Internacional, sumando los autores relevantes que son los que están explicando los diversos fenómenos en la comunidad internacional ahora.

El capítulo titulado “Paradigmas normativos” inicia con el Constitucionalismo, abordando en primer lugar, el Constitucionalismo Internacional (pág. 24 y ss.), sus elementos; se indica que “El fin de la Guerra Fría (Caída del Muro de Berlín para muchos) ha dado inicio a la Globalización en el contexto contemporáneo” (pág. 26); la Globalización es una idea fuerza que tiene diversos enfoques según las distintas teorías de las que se ocupa este libro.

La autora nos señala que la Corte Internacional de Justicia (CIJ en adelante) ha actuado con una visión integradora del Derecho Internacional, mencionando los antecedentes jurisprudenciales que sustentan sus dichos, y que ratifican la visión constitucionalista internacional de la CIJ (pág. 30 y 31).

Resulta muy atractiva la cita del libro de *Principles of International Law* de Jeremías Bentham de 1789 sobre qué se entiende por Estados civilizados (aquellos que anteponen la paz a la guerra y están dispuestos a conciliar sus intereses en bien de todos, pág. 33).

Destaca el esfuerzo enorme de la autora para sintetizar los elementos que contiene el Constitucionalismo Internacional (pág. 38). En lo personal siento que es un aporte para los proyectos de investigación en el momento de los encuadres teóricos que tenemos que hacer de nuestras investigaciones poder remitirnos a este resumen concreto y de fácil entendimiento.

En esta parte, quisiera destacar los autores citados y comentados, me parece una interesante selección que no sólo nos permite realmente tener un panorama a nivel mundial de los principales autores que abordan los distintos paradigmas y teorías del Derecho Internacional, sino también porque varios de ellos han tenido una especial relación con el sur global, señalo a Armin Von Bogdandy y Christian Tomuschat en especial. El Prof. Bogdandy de entre varios textos enfocados en América Latina, acaba de lanzar un nuevo libro “Por un Derecho Común para América Latina. Cómo Fortalecer Las Democracias Frágiles y Desiguales” (Armin von Bogdandy (Autor), Leonardo García Jaramillo (traductor), Siglo XXI Editores, 1 junio 2020, págs. 267).

Luego la autora, se ocupa del ‘Constitucionalismo Global’. En la aproximación general indica que la cuestión de cómo “traducir” los diferentes elementos y dimensiones de la tradición constitucionalista a contextos más allá del Estado es un tema central del debate en las corrientes doctrinarias actuales del Constitucionalismo Global (pág. 39 y ss.); luego menciona el valor de la Legitimidad Democrática, un concepto de mucha relevancia en el contexto actual del Derecho en general, probablemente hoy mucho más complejizado por la pandemia declarada a nivel mundial a inicios de marzo del 2020.

Entre los varios autores cuyos estudios relaciona la Profesora Drnás de Clément, tenemos a Jan Klabbers, Anne Peters y Geir Ulfstein, los estudios de Oliver Diggelmann y Tilmann Altwicker entre otros; de los hispanoparlantes, menciona a Rafael Domingo con la historia del Derecho y del DI con el nuevo paradigma del Derecho Global (cfr. pág. 42). Más cercana físicamente, tenemos a Beatriz Ramacciotti (citada en pág. 47) que se ocupa del Constitucionalismo e Internet.

Nuevamente cita al Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law (MPI) de Heidelberg, esta vez con su Co-directora Anne Peters, quien señala que el Constitucionalismo aborda la interpretación constitucional para aplicar a derechos fundamentales (pág. 48). Peters ha hecho aportes precisos en los debates sobre la ‘fragmentación’ y la ‘constitucionalización’ del DI.

Asimismo, la Profesora Zlata fija su propio resumen del ‘Constitucionalismo Global’ (pág. 49 y 50), algo que se agradece. Como brillante conclusión, rescato estas

ideas “El Constitucionalismo Global metodológicamente se ubica en el cruce entre el Derecho, la Política, la Sociología. Se ocupa de las relaciones entre los individuos, de las relaciones entre Estados, Organizaciones Internacionales Intergubernamentales y Organizaciones No Gubernamentales” (cfr. pág. 65).

Desde el sur global incorpora el trabajo extenso y detallado de Sebastián López Escarcena, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, que trata sobre Derecho Transnacional como el destinado a regular los hechos o conductas que trascienden las fronteras estatales, incluyendo tanto al Derecho Internacional público como al Privado, así como otras reglas no incluidas en dichas categorías (pág. 61 y ss.).

A continuación, se hace cargo de dos proyectos específicos que nutren los paradigmas del Derecho Internacional, a saber: Proyecto “Global Constitutionalism and Global Governance” del Max Planck Institut de Heidelberg for Comparative Public Law and International Law, a cargo de Anne Peters (pág. 66 y ss.) y el Proyecto del Instituto de La Haya para la Innovación del Derecho (ex Instituto de La Haya para la Internacionalización del Derecho/ HiiL) integrado por varios proyectos previos (pág. 71 y ss.).

Las referencias y el apartado especial dedicado a los proyectos del MPI ratifican algo que siempre he intuido habiendo tenido la oportunidad de compartir en los pasados 16 años una visita anual al Max Planck Institute de Heidelberg, que es la cocina del Derecho Internacional y que claramente la generosidad de los directores (actuales y pasados como el Profesor Rüdiger Wolfrum), y de todo su staff, generan un lugar de contacto e intercambio a nivel mundial de indescriptible valor para el Derecho Internacional.

Las remisiones a estos proyectos en el libro parece que dan cuenta de un proceso evolutivo que no está para nada terminado y que tiene en estos Hub o centros de operaciones, un lugar donde se pueden generar nuevas lecturas de los paradigmas y teorías que debemos prestarle atención a futuro.

Como no podría obviarse, la autora aborda el Constitucionalismo Global y el Derecho Administrativo Global, siguiendo a Nico Krisch, que examina las dos propuestas (pág. 75). Benedict Kingsbury es analizado como parte del “GAL Project”. Una de las críticas más interesantes, según Drnas de Clément a este proyecto, devienen del trabajo de Bogdandy y su equipo en el marco del “Proyecto sobre el Ejercicio del Poder Público Internacional” en el MPI. Se incorpora un completo panorama de este proyecto y los autores que lo conforman, Escuelas y principales críticas y críticos.

El Capitulo titulado “Paradigmas orientados a la política y a la sociología” incorpora en sus Consideraciones preliminares esta aclaración de la autora “Los paradigmas orientados a la política (el derecho como proceso y no como resultado o producto) generalmente están asentados en reflexiones sociológicas (el derecho como fenómeno, como circunstancia social) (pág. 87). Se tratan las teorías que pro-

ponen la Debilitación del normativismo como el Pluralismo Jurídico Global, y las Corrientes orientadas predominantemente a la Política, entre las que están distintas Escuelas de Derecho influenciadas por la política, se alejan del normativismo en tanto conciben al derecho no como producto sino como proceso (pág. 93 y ss.). Se aborda la Escuela de Yale (Escuela de New Haven, Escuela del Proceso Jurídico Transnacional o de la Jurisprudencia orientada a la Política) y la Escuela de Harvard.

Por último, las Corrientes orientadas predominantemente a la Sociología, como el Pluralismo Interpretativo (Judicial Law Making), se refiere a Hélène Ruiz Fabri (desde Luxemburgo, el Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law) que, al referirse a la dimensión creadora del Derecho que tienen vía interpretación expansiva las decisiones internacionales, en especial, las jurisdiccionales, trascendiendo el caso particular y las relaciones interpartes, ha expresado que ese rol (creador o no) no depende de la voluntad del tribunal, sino de la *ratio* del dictamen (pág 105). Se suma mención especial de la jurista uruguaya María del Luján Flores, quien ha llamado la atención sobre la explosiva relación entre la expansión y diversificación del DI con el desarrollo de los regímenes especiales y la proliferación de tribunales internacionales (pág. 106).

En este apartado aborda el activismo judicial, desde la página 110 a 114, concluyendo que: “El rol activista voluntarista de los jueces se ha ido expandiendo”. Textualmente coincido con esta reflexión “No hay uniformidad en la doctrina para determinar en un caso concreto si un tribunal se ha pronunciado conforme a derecho en ejercicio de una legítima técnica de interpretación e integración jurídica o se ha transformado en creador del derecho, instaurador de nuevas tendencias jurídicas, imponiendo el voluntarismo judicial”. En un tema que merece especial atención, se suma una relación de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que dan cuenta también del Control de Convencionalidad.

Destaca la bibliografía y las citas al pie de páginas como una compilación ordenada actualizada sobre los autores que están pensando e interpretando hoy el Derecho Internacional como un Derecho vivo.

Si tuviéramos que resumir la frase que más nos agradó del libro es la frase final que copiamos textual: “El jurista que hunde su visión del derecho en la política, la sociología, la economía, la mera práctica -no como nutrientes del sistema normativo sino en su reemplazo- no sólo ha defraudado las expectativas sociales emergentes de su profesión y las responsabilidades que le requiere, sino que, además, se ha equivocado de profesión” (pág. 145).

La autora demuestra su dilatada experiencia en sus años consagrados a la investigación académica donde está claro que sin métodos y sin visión jurídica no vamos a cumplir los desafíos que el Derecho Internacional requiere para sus posteriores desarrollos. La Profesora Zlata Drnas de Clément nos invita a hacer este recorrido sin perder de vista lo que está debajo del agua. Aplaudimos su excelente obra y

los invitamos a leerla y a citarla como bibliografía obligada en nuestros trabajos investigativos.

Andrea Lucas Garín
(Heidelberg Center para América Latina. Directora del Instituto de
Investigación en Derecho, Universidad Autónoma de Chile)

MACEDO SOARES, Luiz Filipe de (ed.), *A World Free of Nuclear Weapons: Is it Possible? Is it Desirable? How could it be Achieved?*, OPANAL, 2017, 229 páginas.

Parecieran lejanos los devastadores ataques nucleares a Hiroshima y Nagasaki, a tan sólo un par de meses de haberse firmado la Carta de la ONU, y en cuyo preámbulo se señala que “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles”. Sin embargo, la amenaza nuclear de infligir a la humanidad sufrimientos indecibles continúa vigente. Durante la Guerra Fría, en el curso del enfrentamiento Este-Oeste, se desencadenó una carrera armamentista, preponderantemente nuclear, entre las dos superpotencias a la cual pronto se sumaron los restantes miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Por si ello no bastara, el club atómico se amplió gradualmente con un reducido número de Estados emergentes. Tras la caída del Muro de Berlín, la amenaza trascendió a la posguerra fría, y han permanecido los activos nucleares, e incluso podrían estarse agregando nuevos actores, sin descartar los no estatales. Por otra parte, las falsas acusaciones sobre posesión de insumos e instalaciones con destino bélico nuclear han servido como coartada para emprender acciones militares y sanciones diversas. Frente a la cada vez más volátil situación geopolítica mundial, resulta imperativo reforzar los mecanismos institucionales existentes, así como aplicarse en el impulso de otros nuevos. Dentro de este orden de ideas, el 14 de febrero de 2017 se conmemoró el 50 aniversario del Tratado de Tlatelolco, y un día antes se llevó a cabo en la Ciudad de México un seminario internacional cuya memoria fue editada, con idéntico nombre, en la publicación objeto de la presente reseña. Como tema de estudio, el Tratado de Tlatelolco ha sido abordado en innumerables ocasiones, y sus aportaciones al derecho internacional han sido ampliamente expuestas. Por ello, en esta ocasión, el contenido se enfocó a la actualidad del debate y las tendencias políticas en torno a las armas nucleares.

Luiz Filipe Soares, secretario general del Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe, dirigió el seminario, que estuvo dividido de la siguiente forma: Panel I. Contexto estratégico, moderado por el mexicano Sergio González Gálvez, embajador emérito y colaborador cercano de Alfonso García Robles. Panel II. Desarme y no proliferación, moderado por la sueca Beatrice Fihn, líder de la Campaña Internacional para Abolir las Armas Nucleares. Los paneles contaron con la participación de panelistas expertos provenientes de Alemania, Austria, Corea del Sur, Estados Unidos, India, Reino Unido, Jamaica,

Tailandia y Uruguay. La audiencia estuvo conformada por miembros de la comunidad académica, diplomática y de las organizaciones no gubernamentales, quienes tuvieron oportunidad de formular preguntas a los panelistas. El formato de los debates giró en torno a los interrogantes planteados por el seminario: Un mundo libre de armas, ¿es deseable, es posible?, y ¿cómo puede lograrse? Las respuestas fueron en el sentido de que, si bien la mayoría de los países están convencidos de la prohibición y eliminación de las armas nucleares, otros consideran que éstas son necesarias merced a la situación política y estratégica prevaleciente. Dicho de otro modo, su argumento es que, al menos por ahora, no es deseable un mundo sin armas nucleares. No obstante ello, consideran que una serie de medidas allanarían el camino hacia un eventual finiquito de las armas nucleares. Es precisamente en este aspecto que se concentraron las opiniones vertidas y las discusiones de los panelistas por cuanto a las implicaciones de poder en un mundo fragmentado alrededor de un escenario de alta inestabilidad institucional. El primer panel se concentró en analizar las condiciones de poder y amenaza presentes en el sistema de seguridad internacional, mientras que el segundo discutió las medidas que deberían emprenderse para salir del “precipicio nuclear”. Respecto del tema de seguridad internacional, en la presentación del panel I se cuestionó la vigencia del principio de estabilidad global estratégica, y eso planteó la necesidad de reconceptualizarlo para su adecuación a los desafíos actuales. En este sentido, resulta que la disuasión nuclear no es un valor globalmente sustentado, y que solo los Estados que poseen armas nucleares y sus aliados, bajo una disuasión nuclear extendida, se apegan a dicha doctrina, entendiéndose por ésta, a la que también se denomina “sombrija nuclear”, como un acuerdo de cooperación militar por el cual uno o más Estados nucleares se compromete a proteger nuclearmente a uno o más Estados no nucleares. Mientras que la mayoría de los Estados parte del Tratado de no Proliferación de Armas Nucleares (TNP) no le atribuyen valor a la disuasión nuclear y rechazan que las armas nucleares deban jugar algún papel en las doctrinas de seguridad y defensa. Estos Estados enfatizan la seguridad humana y han logrado direccionar el discurso hacia las catastróficas consecuencias humanitarias por cualquier uso de las armas nucleares. En el panel II, partiendo del incuestionable hecho de que la posesión por nueve países de 15,395 ojivas nucleares, de las cuales cuatro mil se encuentran desplegadas, es una aterradora realidad; y que la explosión de sólo una -intencional o accidentalmente, o aún por actores no estatales- tendría consecuencias catastróficas de largo alcance climatológico y genético. Bajo la presión de la opinión pública mundial, los Estados han estado mayormente confinados en sus negociaciones sobre control de armamentos nucleares a recortes parciales de sus arsenales, concentrándose básicamente en topes negociados sobre despliegue de armas nucleares estratégicas. A pesar de contar con seis zonas y cuatro territorios libres de armas nucleares, así como cinco tratados propiamente nucleares y cuatro acuerdos bilaterales entre los supremacistas nucleares; de conformidad con las discusiones de los panelistas, el futuro es incierto por cuanto a la viabilidad de dichos acuerdos. Por una parte, tenemos el Tratado sobre Prohibición de Armas

Nucleares, aún no vigente, y sin la suscripción de los miembros del club nuclear, y por otra el recientemente repudiado acuerdo nuclear por parte de Estados Unidos: el Plan de Acción Conjunta (JPOA), entre Irán y los cinco miembros permanentes de Seguridad más Alemania. Como parte fundamental del acuerdo, se señaló por el panel, que una implementación exitosa del mismo ayudaría en el objetivo de lograr una zona libre de armas nucleares en Medio Oriente. De tal modo que, en ese contexto particular, el papel de Irán se considera fundamental e indispensable, y de ahí la importancia de mantenerlo comprometido. Todo ello se ve ahora frustrado con la decisión de Donald Trump, de retirarse del tratado, y a pesar de que el resto de los países signatarios, incluida la propia república islámica, tratan de rescatar el acuerdo, las sanciones de Estados Unidos contra Irán se han reanudado. A este desastre de su política exterior en Medio Oriente, se suman acciones contrarias al derecho internacional, como el traslado de su embajada a Jerusalén y los ataques a Siria. Otra inquietud planteada en el seminario constituyó la situación de Corea del Norte, Estado que abandonó el TNP en 2003, y cuya actividad nuclear constituye una amenaza no sólo regional, sino mundial. Al margen de los mecanismos multilaterales, se ha creado un clima de aparente distensión iniciado por el acercamiento entre las Coreas y por la reunión entre Trump y Kim Jong. Tras serios desencuentros y amenazas recíprocas, consiguieron reunirse en Singapur, y en un comunicado conjunto, Kim Jong en Singapur se comprometió a “trabajar por la completa desnuclearización de la península coreana”. No obstante el anuncio de la suspensión de ejercicios militares conjuntos entre Estados Unidos y Corea del Sur, estimamos que mientras no haya un marco institucional no podrá establecerse un compromiso formal y duradero sobre la desnuclearización de la península coreana. Más aún, tratándose Trump y Kim Jong, dos personajes caprichosos e irascibles.

Juan Manuel Portilla Gómez
(UNAM)²

PALACIOS, Agustina - FERNANDEZ, Silvia - IGLESIAS, María Graciela. *Situaciones de discapacidad y derechos humanos*, Thomson Reuters-LA LEY, Ciudad de Buenos Aires, 2020, 830 páginas.

La obra presenta un avanzado estudio sobre las situaciones de discapacidad y derechos humanos, teniendo como eje el desarrollo del modelo social de discapacidad y su influencia en el derecho internacional y en el nacional, con especial mirada a temas específicos (capacidad, género, niñez, adultos mayores y vida familiar). Consta de un relevante prólogo, presentaciones varias y diez capítulos.

Marisa Herrera destaca en su prólogo la preocupación de las autoras sobre la efectividad y eficacia en la práctica de los derechos humanos de las personas con

(2) Recensión preparada para el Anuario Meicano de Derecho Internacional.

discapacidad, resaltando que este enfoque es clave para poder plantear un estudio sistémico, integral, interactivo e interseccional del tema.

Coincidiendo con Herrera podemos afirmar que la obra puede dividirse en dos partes. Una parte enfocada en los conceptos que fundamentan los desarrollos teóricos de la discapacidad y otra, llamada por la prologuista “especial”, ya que “lleva adelante un estudio interseccional en el que la discapacidad dialoga con otros ámbitos del saber”.

El primer capítulo, *Enfoque y perspectiva de discapacidad y derechos humanos*, de autoría de Agustina Palacios, nos posiciona sobre la base conceptual que da sustento a los desarrollos que precederán en los siguientes capítulos. Desde la descripción del modelo social se abre un interesante y profundo análisis sobre los distintos instrumentos de protección en el derecho internacional, en especial se destaca la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) buscando ampliar el estudio de sus preceptos a través de las líneas de interpretación que da el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Observaciones Generales. Tampoco olvida la autora el espacio interamericano y su sistema de protección de derechos de las personas con discapacidad.

El segundo capítulo, *La discapacidad y los valores que sustentan a los derechos humanos*, cuenta con la autoría de Agustina Palacios y María Graciela Iglesias, continúa posicionando al lector en las bases epistemológicas del pensamiento de las autoras. Relaciona la discapacidad con la dignidad humana, idea de libertad, idea de igualdad como valores que sustentan los derechos humanos. Destacamos aquí el análisis respecto de la introducción al estudio de la “igualdad inclusiva”, como un replanteo de la idea de igualdad cuando se le adiciona la perspectiva de discapacidad.

El tercer capítulo, *Accesibilidad universal*, con la autoría de Agustina Palacios y Silvia Fernández, aborda su contenido, alcance y dimensiones. Encuadra la accesibilidad en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) sumando algunas notas sobre el desarrollo interpretativo, valiéndose para ello de la Observación General nro.2 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, jurisprudencia y ejemplos de normativas provinciales que consideran un camino. Finaliza el capítulo pensando a la accesibilidad como un principio de dos dimensiones, una jurídica y otra política.

A partir del cuarto capítulo y hasta el final, se desarrolla el dialogo de saberes. La discapacidad dialoga con el instituto de la capacidad jurídica, la perspectiva de género, los temas relacionados a los derechos de las niñas y niños, los derechos de las personas mayores y, por último, al derecho a la vida familiar. Factor común de este dialogo es la perspectiva de derechos humanos.

Devandas Aguilar -en el Prólogo- resalta el valor de la obra que reseñamos. Para la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de

las Naciones Unidas, la publicación es una herramienta latinoamericana, de utilidad para operadores/ras jurídicos/as y actores/as sociales.

Un libro de fuentes diversas, donde se entrecruzan normas, doctrina, jurisprudencia y relevantes autores para dar lugar, sin dudas, a una obra de importante valor entre quienes estudian la perspectiva de discapacidad en el derecho.

Carla Saad
(Universidad Nacional de Córdoba)

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de diciembre de 2020

